



TESIS DOCTORAL

2017

DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS RECLUSOS.

JOSE PABLO SANCHA DIEZ

LICENCIADO EN DERECHO. MASTER EN DERECHOS
FUNDAMENTALES. ESPECIALIDAD: PROTECCIÓN JURISDICCIONAL
DERECHOS HUMANOS (UNED).

DEPARTAMENTO DE DERECHO POLÍTICO.
UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACION A DISTANCIA.

DIRECTOR. D. FERNANDO REVIRIEGO PICÓN.

- DEPARTAMENTO DE DERECHO POLITICO. FACULTAD DE DERECHO.

- **TITULO** TESIS DOCTORAL: “*DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS RECLUSOS*”.

- **AUTOR.** JOSE PABLO SANCHA DIEZ. LICENCIADO EN DERECHO. MASTER EN DERECHOS FUNDAMENTALES. “ESPECIALIDAD: PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DERECHOS FUNDAMENTALES”.

- **DIRECTOR** TESIS DOCTORAL. D. FERNANDO REVIRIEGO PICÓN.

AGRADECIMIENTOS

En primera instancia, a mi director de Tesis, el profesor D. Fernando Reviriego Picón: mi más amplio agradecimiento por haber confiado en mí para la realización de la misma, por su paciencia, por su valiosa dirección y apoyo, para seguir y llegar a la conclusión del mismo; sin cuya experiencia y motivación durante estos años esta labor no habría llegado a término.

Todo esto nunca hubiera sido posible sin el apoyo incondicional y el cariño que me brindaron mi mujer y mi hijo, quiénes, de forma incondicional, entendieron mis ausencias y mis malos momentos, que fueron numerosos. Las palabras nunca serán suficientes para testimoniar mi agradecimiento.

Y por supuesto a mis padres, a los que debo la adquisición de los valores de esfuerzo, sacrificio, y que supieron inculcarme los hábitos imprescindibles (“*labor omnia vincit*” me repetía incesantemente mi padre) para afrontar retos como la elaboración de esta tesis.

INDICE. -

I) INTRODUCCIÓN.....	11
II) LAS ESCUELAS PENALES Y SU REPERCUSIÓN EN LOS FINES DE LA PENA-.....	17
2.1 Etapas: De la escuela clásica a la teoría jurídica del delito.....	17
2.2 Fines de la pena: Doctrinas retribucionistas y la hipertrofia del Derecho Penal.....	19
2.3 Prevención general, prevención especial: Intimidación individual, inocuización y reinserción social.....	22
2.4 Posiciones doctrinales actuales: Criminología Crítica.....	27
III) RESEÑA HISTÓRICA DE LAS PRISIONES Y DE LOS DERECHOS DE LOS INTERNOS. -.....	29
3.1 Consideraciones Previas: Origen.....	29
3.1.1 Edad Antigua.....	30
3.1.2 Edad Media.....	32
3.1.3 Edad moderna.....	36
3.2 Edad Contemporánea.....	37
3.2. 1 Ordenanza de los Presidios de Arsenales de 20 mayo 1804.....	38
3.2.2 Reglamento de los Presidios Peninsulares de 1 de mayo de 1807....	39
3.2.3 Constitución española de 1812	40
3.2.4 Ordenanza General de los Presidios Civiles del Reino de 1834.....	45
3.2.5 La Ley de Prisiones de 21 de octubre de 1869.....	47
3.2.6 Real Decreto de 23 de diciembre de 1889.....	48
3.2.7 Real Decreto de 3 de junio de 1901.....	48
3.2.8 Reglamento de 5 de mayo de 1913.....	49
3.2.9. Reglamento de 24 de diciembre de 1928 y Reglamento del 14 de noviembre de 1930.....	50

3.2.10 Reglamento Penitenciario de 5 de marzo de 1948.....	53
3.2.11 Reglamento Penitenciario de 2 de febrero de 1956.....	54
3.2.12 Reglamento Penitenciario de 18 mayo de 1981.....	56
3.3. Proceso de internacionalización de los derechos de los internos.....	57
3.4. Nacimiento y evolución de los sistemas penitenciarios, y su relación con los fines de las penas privativas de libertad.....	70
3.4.1 Sistema Filadélfico o Pensilvánico.....	70
3.4.2 Sistema Auburniano.....	71
3.4.3 Sistema Reformatorio o de Elmira.....	73
3.4.4 Sistema progresivo inglés: Maconochie.....	74
3.4.5 Sistema de Obermayer.....	75
3.4.6 Sistema progresivo irlandés: Crofton.....	75
3.4.7 Sistema progresivo español: Coronel Montesinos.....	75
3.5 Algunos autores influyentes en la configuración de los sistemas penitenciarios: Jonh Howard y Jeremy Bentham.....	76
3.6 Diversas de formas de contemplar los modelos penal-penitenciarios: clases de cárcel.....	78
IV) REGIMEN JURÍDICO DEL RECLUSO: STATUS JURÍDICO.....	82
4.1 Fuentes de los derechos de los internos: directas e indirectas.....	82
4.1.1 Constitución española de 1978.....	86
4.1.2 Ley Orgánica General Penitenciaria: Aciertos y disfuncionalidades.....	89
4.1.3 Reglamento Penitenciario.....	94
4.1.4 Circulares, instrucciones y órdenes de servicio. Especial referencia a posibles vulneraciones del principio de jerarquía y de legalidad.....	112
4.1.5 Fuentes indirectas: Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	121
4.2 Clasificación constitucional, legal y doctrinal de los derechos de los internos.....	121
4.3 ¿Imposibilidad de una clasificación general?	135
4.4 Límites y deberes de los reclusos.....	136

4.5 Breve referencia al sistema penitenciario militar español.....	143
V) RELACIÓN JURIDICO-PENITENCIARIA: ¿UNA RELACIÓN DE SUJECCIÓN ESPECIAL?.....	146
5.1 Las relaciones de sujeción general y especial; origen y desarrollo de la figura.....	146
5.2 Crítica doctrinal y situación actual: propuestas de abandono.....	153
VI) EL ARTÍCULO 25.2 CE ¿UN DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS RECLUSOS?.....	161
6.1 Exégesis doctrinal del artículo 25 CE.....	161
6.2 El artículo 25.2 CE en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional..	167
6.3 Principio de resocialización versus voluntariedad del tratamiento.....	177
6.4 Conclusiones.....	199
VII) PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS DE LOS RECLUSOS.	203
7.1 Clasificación de las garantías: normativas, jurisdiccionales e institucionales.....	203
7.2 Fiscalización de la actividad administrativa penitenciaria.....	208
7.3 Juzgados de Vigilancia Penitenciaria: una antigua reclamación doctrinal.....	210
7.4 Origen de la figura.....	213
7.5 Regulación en el derecho comparado.....	219
7.6 Régimen jurídico y atribuciones en la LOGP, en el Reglamento Penitenciario, y en Código Penal. Régimen de recursos.....	228
VIII) ANÁLISIS DE LOS DERECHOS DE LOS RECLUSOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	234

8.1 Consideraciones iniciales.....	234
8.2 Derecho a la vida y a la integridad física y mental.....	235
8.3 Derecho a la intimidad.....	245
8.4 Derecho a las comunicaciones.....	255
8.5 Derecho a la información.....	262
8.6 Derecho a la tutela judicial efectiva.....	265
8.7 Derecho al trabajo.....	274
8.8 Derecho a la educación.....	279
IX) ANÁLISIS DE LOS DERECHOS DE LOS RECLUSOS EN LA JURISPRUDENCIA EL TEDH.....	
9.1 Consideraciones previas.....	283
9.2 Protección jurisdiccional de los derechos humanos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos como garantía normativa.....	284
9.3 Problemática de la ejecución de las sentencias del TEDH.....	288
9.4 Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre los reclusos relativa a España.....	293
9.5 Excursus sobre la doctrina Parot.....	305
9.6 Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre los reclusos no relativa a España.....	308
9.7 Diálogo entre Tribunales: La necesidad de cohonestar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	319
9.8 A modo de recapitulación.....	322
X) CRISIS DE LOS SISTEMAS PENITENCIARIOS. ¿UNA VUELTA A LOS FINES PURAMENTE RETRIBUTIVOS DE LA PENA?.....	
10.1 Sistema penitenciario vigente en nuestro país: fortalezas y debilidades.....	325

10.2 Crisis del sistema penitenciario español: concurrencia de causas.....	331
10.3 Métodos alternativos y propuestas de futuro: Derecho penitenciario mínimo y humanizado.....	342
10.4 Política pública de reducción de la cárcel y descarceración.....	347
XI) CONCLUSIONES FINALES.....	357
XII) BIBLIOGRAFÍA.....	377
XIII) APÉNDICE DOCUMENTAL (TC)	
13.1 Anexo jurisprudencial: orden cronológico.....	398
APÉNDICE DOCUMENTAL (TEDH)	
13.2 Anexo jurisprudencial: orden cronológico.....	402
13.3 Anexo jurisprudencial: derecho invocado.....	419
13.4 APÉNDICE DOCUMENTAL (INSTRUCCIONES SGIP).....	437

ABREVIATURAS EMPLEADAS. -

AAP	Auto de la Audiencia Provincial.
ATC	Auto del tribunal Constitucional.
AATC	Autos del tribunal Constitucional.
AJVP	Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.
Art.	Artículo.
Cap.	Capítulo.
CE	Constitución española.
op. cit.	Obra citada.
CP	Código Penal.
DGIP	Dirección General de Instituciones Penitenciarias.
ET	Estatuto de los Trabajadores.
I	Instrucción
JVP	Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.
LO	Ley Orgánica
LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria.
LOLR	Ley Orgánica de Libertad Religiosa.
OC	Orden Circular
OIT	Organización Internacional del Trabajo.
OM	Orden Ministerial
pág.	Página
págs.	Páginas
RD	Real Decreto.
RP	Reglamento Penitenciario.
RO	Real Orden.
SGIP	Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional.
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
s.s	Siguientes

TC Tribunal Constitucional
vol. Volumen

INTRODUCCIÓN. -

Una vez concluido, el periodo de formación, en la Universidad Nacional de Educación a Distancia, que constituye el Master Universitario en Derechos Fundamentales, especialidad en “Protección jurisdiccional de los Derechos Fundamentales”, fue mi intención la continuación del correlativo periodo investigador del programa de doctorado en Derechos Fundamentales. A tal efecto constituyó, un primer acercamiento serio al mundo penitenciario, mi trabajo “*Las penas privativas de libertad, resocialización y los derechos de los reclusos*”, del que fue precisamente Director D. Fernando Reviriego Picón. Por ende, la tesis doctoral versará sobre “*Los derechos fundamentales de los reclusos*”. La rúbrica tiene su origen precisamente en la predisposición del profesor Reviriego de abordar en profundidad el estado actual de tal cuestión a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sin perder de vista la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Las prisiones constituyen un fenómeno relativamente reciente, casi contemporáneo, al menos con la finalidad con la que la que conocemos hoy a los centros penitenciarios. Si originariamente su finalidad era la retención y custodia de los presos, aguardando su juicio o por mejor decir su castigo; la irrupción de las llamadas Escuelas penales supuso la atribución a las prisiones de lugar de cumplimiento de las penas privativas de libertad, ya en su función de castigo por el mal causado (doctrinas expiatorias o retribucionistas) ya en su función de prevenir la comisión de delitos por la sociedad en general (doctrinas de la prevención general) o por quien ya había delinquido (doctrinas de la prevención especial). La importancia de tales corrientes penalistas determinó en gran medida la finalidad de la pena privativa libertad y, por ende, al satisfacer ésta, el abanico de los derechos de los reclusos.

Se efectúa, asimismo, una reseña histórica de las normas que han jalonado nuestro derecho penitenciario, muy particularmente los diversos textos constitucionales con especial incidencia en nuestra querida Constitución de Cádiz de 1812, hasta llegar a la vigente Ley Orgánica General Penitenciaria y su Reglamento de desarrollo; pero sin olvidarnos como no podía ser otro modo, del precepto angular

de nuestro trabajo, el artículo 25.2 de la Constitución española de 1978, así como el reflejo que en la citada “lex superior” ha tenido el proceso de internacionalización de los derechos, en el que ha tenido un trascendental relieve las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos adoptadas en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.

A continuación se analiza profusamente la relación jurídico- penitenciaria, que surge de la comisión de los delitos y posterior condena a los reclusos, bajo el prisma de las llamadas relaciones de sujeción especial, por cuanto afecta al status del recluso en su relación con la Administración penitenciaria, que sigue siendo una cuestión muy controvertida en la doctrina constitucionalista, administrativista, penalista o penitenciaria, y que ha producido vacilaciones jurisprudenciales en materia constitucional. De la posición doctrinal que adoptemos sobre la naturaleza de tales relaciones de supremacía especial quedarán comprometidos en mayor o menor medida los derechos de los internos, produciéndose vulneraciones, a juicio de la doctrina, flagrantes de su status como ciudadano que sigue formando parte de la sociedad, y al que no se le puede privar sin más de tales derechos con fundamentación las polémicas relaciones de sujeción especial.

En ese orden de cosas, se aborda el cuadro derechos y deberes de los reclusos ,tanto desde la perspectiva legal y reglamentaria, como a la luz de la jurisprudencia constitucional; sin desdeñar la importancia que supone la situación actual de los centros penitenciarios, que ha desembocado en una feroz crítica doctrinal sobre la necesidad de la existencia de estos últimos, dado el escaso poder resocializador (e incluso, si se permite, desocializador) de tales centros en las últimas décadas en nuestro país y en los restantes de Europa (muy especialmente en los pioneros en esta materia como fueron los países nórdicos).

Por ello será conveniente hacernos eco de los distintos sistemas penitenciarios a lo largo de la evolución penitenciaria, para conocer mejor por qué se habla en la actualidad del posible fracaso de la finalidad resocializadora de las penas privativas de libertad. No obstante, el hecho de que la doctrina de forma generalizada venga reconociendo la más que palpable crisis de la ideología resocializadora en nuestro país,

confiemos en que ello no suponga su abandono definitivo; toda vez que la finalidad reinsertadora de las penas privativas de libertad hunde sus raíces en la proclamación de España como Estado Social y Democrático de Derecho, que efectúa el artículo 1 de nuestra “norma normarum”. A lo que cabe añadir que el respeto a la dignidad humana se configura en ésta última como uno de los valores fundamentales de nuestro Ordenamiento jurídico, y por tanto del derecho que rige la vida cotidiana de los reclusos, el penitenciario.

Nuestra Carta Magna se ha inclinado por reconocer una función resocializadora o de reintegración, alejada de las teorías puramente retribucionistas o expiatorias; aunque nuestro Alto Tribunal haya admitido que las penas privativas de libertad no sólo tienen como única finalidad legítima la reeducación o re inserción social, sino finalidades de prevención general e incluso de mero castigo. *De lege data* el mandato de resocialización contenido en el artículo 25.2 CE ha sido dignamente llevado a efecto, primero por la LOGP¹ y más tarde por su Reglamento Penitenciario de desarrollo. Lo que lleva a formularnos una cuestión de vital importancia en el desarrollo de este trabajo: ¿Quedan suficientemente garantizados los derechos de los reclusos en las cárceles españolas? Entiendo que así debiera ser a pesar las limitaciones recogidas en el mismo precepto constitucional: *el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria*; aunque, desgraciadamente, como tendremos ocasión de comprobar en el desarrollo esta tesis, de facto son múltiples las vulneraciones de los derechos fundamentales de los internos en nuestros centros penitenciarios.

La legislación penitenciaria patria se encuentra a la vanguardia en los ordenamientos penitenciarios contemporáneos y es tributaria de las corrientes más avanzadas de la Ciencia penitenciaria. Una contribución fundamental en la situación actual de nuestra legislación penitenciaria se debe, sin duda, al proceso de

¹ La Exposición de Motivos de la LOGP en consonancia con el mandato resocializador contenido en nuestra Carta Magna, intentando impregnar todo su articulado, señala que “*el penado no es 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 encaminado a preparar su vuelta a la vida libre en las mejores condiciones para ejercitar socialmente su libertad*”. A lo largo de este trabajo comprobaremos si dicho mandato ha sido cumplido fielmente o es tan solo un desiderátum del constituyente.

internacionalización que ha sufrido los derechos fundamentales de los reclusos y a la posterior recepción de tales convenios y tratados internacionales en nuestro ordenamiento jurídico.

Por otro lado, la obra del profesor Reviriego Picón², constituye una obra de obligada referencia. Muy especialmente el capítulo IV “Análisis específico de los derechos a la luz de la jurisprudencia constitucional” de su obra “Los derechos de los reclusos en la jurisprudencia constitucional”, por tratarse de una materia a la que la doctrina constitucional no había dispensado la atención necesaria. Procede ahora por tanto de forma pormenorizada abordar, con mayor minuciosidad, el análisis específico de cada uno de los derechos fundamentales que pueden verse afectados por el ingreso en prisión de una persona y en qué medida han sido sus límites perfilados por nuestro Alto Tribunal. Contribuye a la citada labor la jurisprudencia emanada de las resoluciones del TEDH, al interpretar el contenido y límites de los derechos consagrados y garantizados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, con la consiguiente repercusión en la aplicación que de tales preceptos efectúen los Estados Parte, hayan sido parte o no en el procedimiento en el que se hubiere dictado la sentencia. En definitiva, ha venido y viene desarrollando una labor que hemos calificado de “*pretoriana*”. Con todo se hace imprescindible conohestar la recepción en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo con la nacida de nuestro Alto Tribunal. Tarea por lado nada exenta de dificultades como se acredita en el capítulo noveno en el que se aborda el estudio de la jurisprudencia del TEDH.

Mas sin perjuicio de los enormes esfuerzos desplegados tanto desde la Administración penitenciaria como desde la doctrina para ofrecer métodos alternativos a la *cárcel*, máxime en los momentos que nos ha tocado vivir de crisis del “*otrora intocable*” Estado del Bienestar, se ha desembocado en la crisis de la ideología resocializadora. Por lo que se está produciendo, como consecuencia de la crisis de los sistemas penitenciarios, una más que posible vuelta a los fines puramente retributivos de las penas privativas de libertad. A pesar de tan preocupante afirmación llegaremos a la conclusión que frente a la crisis de la ideología resocializadora debemos

² Reviriego Picón, F. “*Los derechos fundamentales de los reclusos en la jurisprudencia constitucional*”, Universitas, Madrid, 2008.

reafirmarnos de un lado, en la defensa de un Derecho Penitenciario mínimo, basado en los derechos fundamentales reconocidos (y garantizados) a toda persona, incluidos los reclusos, por la Constitución española, y de otro, en el respeto a la dignidad humana, que debe impregnar nuestro ordenamiento jurídico. En esta dirección apunta la doctrina española más reciente ,proponiendo la que se ha calificado muy gráficamente como *descarcelación*³, *principios para una política pública de reducción de la cárcel, desde un garantismo radical*, entendido como un programa, que sin incurrir en un abolicionismo del sistema penal, lo que por otro lado sería prácticamente imposible, permita de una forma gradual un abandono de la institución carcelaria; una vez que las pretendidas alternativas⁴ a la pena privativa de libertad se han demostrado ineficaces en gran medida como instrumento para luchar contra la criminalidad creciente.

Convendrá, por otro lado, habida cuenta del fracaso, al menos en la praxis penitenciaria, aunque no sea una cuestión pacífica en la doctrina, como podrá apreciarse en el capítulo de la idea de resocialización, por las consideraciones que se van desgranando lo largo del presente trabajo, ahondar en el que constituye el verdadero reto, no solo de la Administración penitenciaria, sino de la sociedad en su conjunto, evitar una mayor “desocialización” del penado (amén de la que ya suele sufrir antes del ingreso en prisión), procurando no incrementar los efectos de lo que llamó Clemmer⁵ la “*prisionización*“, es decir, la adaptación del recluso a la subcultura carcelaria, o usos y costumbres que los demás internos imponen en los establecimientos carcelarios.

El presente trabajo se completa con anexos relativos a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, así como sobre la jurisprudencia del TEDH (tanto relativa a España como al resto de países signatarios del CEDH) siguiendo un criterio cronológico y en razón del derecho invocado, que permitirán un análisis exhaustivo de los derechos de los internos recogidos en el CEDH.

³ Rivera Beiras,I., “*Descarcelación. Principios de una política de reducción de la cárcel. (desde un garantismo radical)*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

⁴ Pavarini, “*Castigar al enemigo. Criminalidad, exclusión e inseguridad*”, Flacso, Quito, 2009, pág 142, quien al respecto mantenía que “*el bello sueño de la ecuación más alternativas sería igual a menos cárcel, terminó abruptamente y se demostró falaz*”.

⁵ Clemmer, D., “*The prisión community*”, Publisher, Rinehart, 1958.

Nos parece acertado finalizar, esta sinopsis de lo que constituirá la tesis doctoral relativa a los derechos fundamentales de los reclusos, recordando el *desiderátum* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos exigiendo que “**la justicia no se detenga a la puerta de las prisiones**“, en su *Sentencia Campell y Fell v. Reino Unido*, de 28 de junio de 1984, reproducido por nuestro Alto Tribunal por primera vez en la STC 2/1987, de 21 de enero, que debe presidir el análisis, estudio o formación de la materia penitenciaria y, por ende, del régimen jurídico de los reclusos.

II) LAS ESCUELAS PENALES Y SU REPERCUSIÓN EN LOS FINES DE LA PENA. -

2.1 Etapas: De la escuela clásica a la teoría jurídica del delito.

Como afirma Cándido Conde-Pumpido⁶, “la Historia de la Ciencia del Derecho Penal es la historia de las llamadas *Escuelas penales* “. A juicio de este autor se pueden distinguir tres épocas en la evolución de aquéllas: Una primera, llamada *Escuela Clásica*, que se extiende desde finales del siglo XVIII hasta finales del siglo XIX, y parte de la noción de delito como una creación del derecho y no como una realidad de hecho. Esta corriente acogió todo el pensamiento que surge del Iluminismo y, por ende, es tributaria del iusnaturalismo.

Una segunda etapa, que iniciará su andadura a finales del siglo XIX, en la que destacan la famosa “*Scuola italiana*” con sus tres “evangelistas” al frente: Ferri, Lombroso y Garófalo, para quienes el delito es un fenómeno social y como tal debe ser estudiado. Debe llamarse la atención sobre la concepción del delito y del delincuente que mantenía uno de los precursores de la llamada “*Scuola positiva*”, César Lombroso, quien su obra “*Lúomo Delinquente*” cataloga al delincuente como “*delincuente nato*”, una modalidad de la especie humana caracterizada por su atavismo o regreso a épocas superadas del “homo sapiens”.⁷

Asimismo, dentro de la segunda época debemos incluir el positivismo alemán o la llamada *Escuela sociológica*, con el jurista alemán V. Listz a la cabeza, para quien “*la pena correcta es la pena necesaria* “, así como a la “*Terza scuola italiana*” o *Escuela crítica*, filosóficamente positivista pero jurídicamente clásica, y representada por Carnevale y Alimena.⁸

⁶ Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido. “*Contestaciones de Derecho Penal al programa de judicatura*”, Colex, Madrid, 2004, pág 20

⁷ Ibidem, pág 20.

⁸ Ibidem, pág 25.

Una tercera época, que abarcaría precisamente el nacimiento de la denominada “*teoría jurídica del delito*”, obra del jurista italiano Rocco, para quien el delito y la pena son realidades reguladas por el Derecho positivo. Debe, del mismo modo, incluirse en dicha etapa el advenimiento de la llamada “Escuela de Kiel”, con Dahm y Schafsteim, como principales precursores, y cuyos planteamientos permitieron justificar actuaciones constitutivas de delitos de genocidio y las múltiples atrocidades llevadas a cabo por el III Reich durante la Segunda Guerra Mundial.⁹

En nuestro país la Escuela clásica fue acogida por Marcos Gutiérrez y por Lardizábal, mientras que la correccionalista encontró eco en Silvela y muy especialmente, en Concepción Arenal. Doctrina correccionalista española que se dirigirá a rehabilitación social del reo y sobre todo a la humanización de las penas. Por el contrario, la Escuela positiva italiana y la escuela sociológica alemana, encontraron adeptos en nuestro país, respectivamente, en Jiménez de Asúa y en Cuello Calón. Por su parte, las doctrinas de la Escuela de Kiel influyeron muy particularmente en Castejón, en su proyecto de “Código penal subjetivo” o del autor y, en menor medida, en Del Rosal.¹⁰

La importancia de estas Escuelas radica en la finalidad que atribuyen al instrumento jurídico de coacción más importante de que dispone el Estado para ejercer el denominado “*ius puniendi*”: la pena. No olvidemos que en la actualidad, y solo muy recientemente, la función del Derecho penal es la consecución de la paz social, como afirma Rodríguez Mourullo¹¹. Por tanto, el Derecho Penal solo tutela los bienes jurídicos más importantes y únicamente respecto de aquellos de los ataques menos intolerables. Es lo que se ha venido en llamar por la doctrina penalista el *carácter fragmentario* del Derecho Penal y el que constituya la “última ratio” de la tutela de los bienes jurídicos”.

⁹ *Íbidem*, págs.. 26-27

¹⁰ *Ibidem*, pág. 43.

¹¹ *Íbidem* pág.19

Por eso advertíamos al inicio de este capítulo, que la Historia del Derecho Penal es, en definitiva, la de las Escuelas penales, pero al mismo tiempo, la del concepto del delito, sus elementos configuradores, y en última instancia, la de la finalidad de la pena.

Entiendo que el fin que atribuya cada Escuela y corriente doctrinal que venimos exponiendo, en el momento de la determinación y ejecución de la pena privativa de libertad, condicionará, de manera directamente proporcional, qué derechos se reconozcan a los reclusos en los centros penitenciarios, y, por ende, su status jurídico.

2.2 Fines de la pena: Doctrinas retribucionistas y la hipertrofia del Derecho Penal.

Antes de desarrollar las doctrinas penales sobre los fines de la pena, convendrá hacer referencia siquiera de forma breve al concepto y al fundamento de la pena. Respecto de su definición, dirá Cuello Calón, que supone “*una privación de bienes jurídicos impuesta conforme a Ley, por los órganos jurisdiccionales competentes, al culpable de una infracción penal*”.¹² Se han formulado numerosas teorías en la búsqueda del fundamento mismo de la pena. Las posiciones negativas, netamente anarquistas, que suponían la negación al hombre de la facultad de castigar a los demás; las doctrinas afirmativas, que entendían que el “*ius puniendi*” halla su justificación en la misma existencia del ordenamiento jurídico; la fundamentación estrictamente normativa, por la que toda norma o regla jurídica lleva aparejada una sanción, toda vez que la sanción prevista por el ordenamiento penal es precisamente la pena, de la que toma su nombre; y por último las teorías que se basan en la finalidad: la represión o castigo del hecho, que pretende simplemente la restauración del orden jurídico perturbado o reintegración, la prevención general o especial, y dentro de esta última la rehabilitación de los delincuentes o corrección. Dirá Maurach, en el ámbito de las doctrinas puramente expiatorias, que *la pena es la retribución expiatoria de un delito por un mal proporcionado a la culpabilidad*”¹³.

¹² Cuello Calón, E., Derecho Penal, Parte general, t. I, vol. II, Bosch, Barcelona, 1981, pág 714.

¹³ Conde-Pumpido Ferreiro, C., (2004), op. cit. pág 22.

Las teorías absolutas o retribucionistas aparecen vinculadas a Estado teocrático y al Estado Liberal. Supone la concepción y fundamentación más tradicional de la pena, puesto que la conceptúan como una simple realización de la justicia. La pena se impone, exclusivamente, porque el delincuente ha cometido el delito, su esencia es pura compensación ; lo que realmente decisivo es la afirmación del Derecho mediante la retribución de la pena por el mal del delito.¹⁴

Estas teorías responden a la arraigada convicción de que el mal no puede quedar sin castigo. La pena, sea útil o inútil para asegurar la paz social, debe imponerse si lo exige la justicia.¹⁵

Ha de recordarse que las *doctrinas retribucionistas* poseen como único objetivo la expiación del mal causado. “El mal de la pena debe ser igual al mal del delito“, decía Kant¹⁶, toda vez que la pena es considerada como una necesidad de la Justicia que se impone como castigo del delito (*quia peccatum est*).

Precisamente fue la Escuela de Kiel la que propugnó la sustitución de la antijuridicidad objetiva por la antijuricidad subjetiva, esto es, la eliminación del “Derecho penal del hecho” y su sustitución por el “Derecho penal del autor”, naciendo los tipos de autor (*Tätertypus*)¹⁷ en los códigos penales. Los Estados que han dado cabida a estas corrientes retribucionistas, consistentes en la pura expiación del mal producido, sin atender a otras consideraciones, han sido precisamente Estados totalitarios, como por ejemplo la Alemania nazi de Adolf Hitler. La utilización del Derecho Penal con fines represivos, desemboca en lo que se ha venido en denominar “*terror o hipertrofia del Derecho Penal*”. La consecuencia inmediata de cuanto venimos afirmando es de una enorme gravedad para la defensa de los derechos humanos: La ruptura del principio de legalidad, al castigarse por lo que se es y no por el hecho cometido.

¹⁴ Landrove Díaz, G. , “Las consecuencias jurídicas del delito”, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 20

¹⁵ Mir Puig, S., “Problemática de la pena y seguridad ciudadana”, *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, pág. 116.

¹⁶ Conde-Pumpido Ferreiro, C., (2004), op. cit. pág 22.

¹⁷ Íbidem, pág 28.

Como advierte Bueno Arús¹⁸, la finalidad retributiva de las penas y sus módulos responden a un instinto primario y a un sentimiento de justicia arraigado en la conciencia popular, por ello legislar en ese sentido supone el desprestigio de la pena. Además, puesto que lo irracional forma parte de la naturaleza humana no debe ser descalificada sin más.

La extrapolación de estas teorías, como ya apuntábamos, al tema que nos ocupa, supone una merma de la consideración de la persona del recluso y de sus derechos como tal. Buena prueba de ello será las palabras de Sauer, para quien el trabajo carcelario será duro y monótono, el sueño breve y la alimentación mala. Las penas irán haciéndose más duras a medida que se aproximen a su cumplimiento, para conseguir una *“purificación del penado a través del sufrimiento”*.¹⁹

Afortunadamente hoy las doctrinas retribucionistas puras se hallan en franca retirada en la mayoría de los países de nuestro entorno²⁰ y ha prevalecido en el cumplimiento de las penas privativas de libertad el “tratamiento” sobre el “castigo”.

La propia Exposición de Motivos de la LOGP señala entre sus rasgos más sobresalientes, *“la sumisión del régimen penitenciario a las exigencias del tratamiento”*, añadiendo que *“la sanción de privación de libertad se concibe como tratamiento, esto es, como actividad directamente dirigida a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados, mediante la utilización de los métodos científicos adecuados”*.

De lege data, nuestra ley penitenciaria el artículo 59 dispone expresamente que: *“El tratamiento penitenciario consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados. Añadiendo el apartado segundo del citado precepto: “El tratamiento pretende hacer*

¹⁸ Bueno Arús, F., “La legitimidad jurídica de los métodos de la criminología aplicada al tratamiento penitenciario”, *Estudios penales y penitenciarios*, 1981, pág. 195.

¹⁹ Gudín Rodríguez- Magariños F., “Capítulo Introducción. Historia de las prisiones” op.cit.

²⁰ Mappeli Caffarena, B., Terradillos Basoco, J., “Las consecuencias jurídicas del delito”. Civitas, Madrid, 1990, pág 35, donde se afirma que *“El principio de humanización veta la imposición de sanciones inútiles inspiradas exclusivamente en la idea de castigo”*.

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.”

2.3 Prevención general, prevención especial: Intimidación individual, inocuización y reinserción social.

La alternativa a las teorías puramente expiatorias, son las teorías relativas, en las que la pena no se orienta a un fin de compensación por el hecho cometido, sino a una prevención de futuras condenas. La pena no tiende a la retribución del hecho pasado, sino a la prevención de futuros delitos.

La prevención general, defendida en sentido moderno por Feurbach, Filangieri y Bentham, supone la actuación de la pena sobre la colectividad; la prevención especial es la lucha contra el delito mediante la actuación sobre el delincuente para que no vuelva a delinquir. La tesis preventivo- especiales tuvieron su desarrollo en torno a tres tendencias doctrinales: el correccionalismo español, el positivismo crítico español, y la dirección moderna alemana²¹.

La tesis de la prevención especial fue defendida por Von Liszt en su *Programa de Marburgo*, quien *pretendió adecuar las finalidades preventivas a las tres categorías de delincuentes que había distinguido la Criminología: frente al delincuente ocasional, la pena sería un recordatorio; frente al delincuente de estado actuaría como medio correctivo y resocializador; y frente al delincuente habitual incorregible, la pena había de conseguir la inocuización*²².

²¹ Mappeli Caffarena, B., Terradillos Basoco, J.,(1990), op. cit. pág 27. En nuestro país las doctrinas de la prevención especial cristalizan, a través de la Institución Libre de Enseñanza, en el correccionalismo, y en su figura cumbre Dorado Montero, quien con su obra “El Derecho protector de los criminales” (1915) , defendería la idea de que la pena es pura pedagogía correccional, tratamiento científico, nunca aflicción gratuita.

²² Mappeli Caffarena, B., Terradillos Basoco, J., (1990), op. cit. pág, 28

En la actualidad se atribuye a las penas²³, y muy especialmente en lo que se refiere a la privativas de libertad, una doble finalidad: Prevención general o especial. La primera tiende a la prevención del delito mediante el efecto de la pena sobre la colectividad, y se le atribuyen además como fines accesorios, según se ponga el acento en la conminación o en la ejecución, restaurar la tranquilidad social perturbada por el delito y reafirmar la moral social y el sentido de la justicia de la comunidad.

La prevención general, en palabras de Mir Puig²⁴, no solo tiene una finalidad de inhibición respecto del delincuente potencial, sino también una internalización positiva en la conciencia colectiva de la reprobación jurídica de los delitos y en la satisfacción jurídica de la comunidad.

Por su parte la prevención especial, a juicio de Cándido Conde-Pumpido²⁵, posee diversas formas para lograr disuadir de cometer en el futuro nuevos hechos delictivos :

- *Mera intimidación individual*: el delincuente debe ser inducido por el por el efecto del mal de la pena a que se le somete a no cometer más delitos. La agravación de la pena por reincidencia forma parte de esta intimidación individual.

- *Inocuización*²⁶: Derogada la pena de muerte, la prisión se justifica por la necesidad de apartar temporalmente al delincuente del medio social en el que desarrolla su conducta antijurídica, protegiendo a la sociedad de sus comportamientos lesivos.

²³ Conde-Pumpido Ferreiro, C., (2004) op. cit. págs. 380 y 381.

²⁴ Mir Puig, S., “Problemática de la pena y seguridad ciudadana”, El derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho, Ariel Derecho, Barcelona 1994, pág 120.

²⁵ Conde- Pumpido Ferreiro, C. (2004), op. cit. pág 381.

²⁶ Rivera Beiras, I., (2017) op.cit. pág. 37. Con precisa terminología, ahonda en esta forma de prevención especial Rivera Beiras, quien dirá “*que este discurso terminológico no solo no es novedoso sino que hunde sus raíces en autores como Garófalo y quienes desde aquella Scuola italiana decimonónica, bautizaron semejante aspiración con el nombre preciso de prevención especial negativa. Incluso, creo que dicho discurso alcanzó sus cuotas más elevadas cuando el programa de Marburgo listziano describió claramente la tipología criminal, reservándose la aspiración de la inocuización del enemigo como receta que fundaría una disciplina conocida como Kriminalpolitik.*”. De esta tradición nacería más tarde la conocida tendencia del llamado “*derecho penal del enemigo*”.

- *Rehabilitación o reinserción social*: También denominada por Antón Oneca como “educación” y cuyo *objetivo es conseguir, mediante la aplicación de la pena, que el reo se convierta en una persona adaptada para vivir en la sociedad.*

En este sentido la Escuela Sociológica²⁷ sostenía que la finalidad del Derecho penal es la defensa social, a través de la pena, cuya función es la prevención especial.

Pero también se han formulado críticas en la doctrina penalista patria cuando la prevención, general o especial, se desarrollan en exceso, generando hipertrofia penal o inmunidad de los actos delictivos, respectivamente: “*Contra la prevención general se ha argumentado, que, sin el freno de la proporción con la gravedad del delito, puede llevar a extremos inadmisibles. La carencia de una política criminal y aun social, adecuada tendería a ser suplida por una exasperación ad infinitum del rigor penal, podría acabar transformándose en auténtico terror penal*” (... ..) *Contra la prevención especial se suele argumentar, que por sí sola llevaría a al resultado intolerable de, incluso de delitos muy graves, cuando el delincuente no precisa ser intimidado, reeducado o inutilizado, pues en estos casos deja de ser el peligro de la reincidencia. En aquellos casos en que no fuese posible la resocialización , la prevención especial obligaría a una inadmisibile inocuización perpetua.*”²⁸

Por tanto, la prevención especial defiende luchar contra el delito mediante la actuación del sobre el delincuente para evitar su posible reincidencia, finalidad que fue postulada por el correccionalismo y el positivismo criminológico italiano, siendo más tarde postulado por Marc Ancel en la Nueva Defensa Social.

En ese orden de cosas debemos recordar que la doctrina correccionalista española, con Concepción Arenal a la cabeza, ya propugnaba la rehabilitación social del reo. Se convirtió en la gran defensora de los derechos de los presos, al ser nombrada en 1863, “*Visitadora de Cárceles de Mujeres*”. Destacan entre sus obras “*Cartas a los delincuentes*” (1865), “*Examen de las bases aprobadas por las Cortes para la reforma*

²⁷ Conde Pumpido Ferreiro, C., (2004), op. cit. pág 25.

²⁸ Ibidem, pág 28 y 29.

de las prisiones” (1869),” *Estudios penitenciarios*” (1877), “*La cárcel llamada Modelo*” (1877), y “*El visitador del preso*” (1894).

Se debatido en la doctrina sobre la prevalencia de la prevención general sobre la especial o viceversa, o al decir del Muñoz Conde²⁹ ¿estamos en presencia de un conflicto irresoluble?. Se ha producido dicha colisión en el ámbito del Derecho Penal y que tiene su reflejo de forma especial en el Derecho penitenciario. Aunque históricamente el conflicto se ha resuelto en favor de la prevención general, agudamente subraya que “*frente a un Derecho penal tradicional predominantemente preventivo general tendríamos ahora un Derecho penitenciario orientado a la prevención especial y dentro de ella a la resocialización*. Por el contrario, la praxis penitenciaria viene a demostrar una *función netamente asegurativa y custodial*, lejos todavía de meta ideal resocializadora que la LOGP propone en su artículo 1. Siendo el profesor Muñoz Conde es uno de los más críticos en el análisis del mandato resocializador contenido en el artículo 25.2 de nuestra Carta Magna, no debe llevarnos a la extrañeza que afirme que “*el mito de la resocialización sigue invocándose más como un fantasma que como una realidad el sistema penitenciario*”.

En cuanto a la cuestión que formulábamos más arriba, concluye, el citado autor, que el conflicto entre la prevención general y especial, es a todas luces irresoluble, debiendo reducirse a su mínima expresión tanto en la determinación de la pena, campo propio del Derecho penal, como en la ejecución de la misma, ámbito específico el derecho penitenciario.³⁰

Como superadoras de la confrontación entre las teorías absolutas y relativas, surgen las teorías mixtas, de entre las que sobresale la tesis dialéctica de Roxin³¹. Considera el citado autor que cada fase en las que se manifiesta la pena debe ser regida

²⁹ Hassemer, W., Muñoz Conde, F., “Excurso: La prisión en el Estado Social y Democrático de Derecho. Prevención general versus prevención especial: ¿Un conflicto insoluble?”, *Introducción a la Criminología y al Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pág 137. La contradicción entre la prevención general y especial se visualiza, a juicio de este autor, en instituciones penitenciarias como los establecimientos de régimen cerrado a que se refiere el artículo 10 de la LOGP, en el que predominan las finalidades puramente defensistas, de vigilancia y control, quedando relegado el fin puramente de reinserción y reeducación social.

³⁰ *Ibidem*, pág 143.

³¹ Roxin, C., “Sentido y límites de la pena estatal”, *Problemas básicos del Derecho penal* Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros, Madrid, 1994, pág 14.

por una distinta finalidad. Así la conminación o tipificación se regiría por la prevención general; la fase de imposición, estaría presidida por la medida de la culpabilidad del sujeto; y por último, en la ejecución de la pena, habrá de estarse a la prevención especial y, en particular, a la resocialización.

En definitiva como recalca Landrove Díaz, la pena es una amarga necesidad; por lo que debe intentarse una huida hacia delante, prescindiendo progresivamente de la misma e incrementando las medidas encaminadas a humanizar el tratamiento penitenciario y buscando nuevas soluciones lejos del Derecho penal³².

Nuestro ordenamiento jurídico ha tomado posición en lo que concierne a la finalidad de la pena, y en especial de las penas privativas de libertad, insertándose en ese grupo de sistemas penitenciarios más avanzados en los que aquélla se dirige a la prevención especial (*nec peccetur*) y primando dentro ella la reeducación y reinserción social. Así lo dispone, no sin polémica, el artículo 25.2 de nuestra Carta magna.

A ese respecto y desde un punto de vista terminológico, apunta Bueno Arús, la declaración constitucional habría ganado en exactitud si se hubiese hecho una redacción como a que sigue : “*estarán orientadas preferentemente*” , pues las señaladas no son las únicas finalidades que las penas privativas de libertad pueden cumplir.³³

Sobre esta cuestión ahondaré en los capítulos sexto y décimo, cuando analice, de un lado el controvertido precepto constitucional, así como las consecuencias de la crisis de los sistemas penitenciarios actuales y la posible vuelta a las doctrinas retribucionistas de la pena privativa de libertad en algunos ordenamientos europeos y en el ordenamiento penitenciario patrio.

Baste ahora decir que significativamente tanto el Código penal de 1973, como el vigente, el de 1995, guardan silencio sobre los fines de la pena. No así la LOGP que en su Exposición de Motivos que establece que “(…) *la finalidad fundamental que*

³² Landrove Díaz, G., (1995), op.cit., pág. 17.

³³ Bueno Arús, F., “Las normas penales en la Constitución de 1978”, Doctrina penal, 1979, pág 378.

doctrina y legislación atribuyen en la actualidad a las penas y medidas de privación de libertad es la prevención especial, entendida como reeducación y reinserción social de los penados (...).”

2.4 Posiciones doctrinales actuales: Criminología Crítica.

No podríamos abandonar este capítulo sin reseñar las modernas tendencias abanderadas por el “*Grupo Europeo para el estudio de la conducta desviada*” encabezado por Alessandro Baratta, y que pretende la abolición de las penas privativas de libertad, la despenalización de las conductas mínimas, y la desjudicialización del enjuiciamiento de los ilícitos penales. En el polo opuesto de estas tendencias, y como consecuencia del fracaso de las políticas penitenciarias sustentadas en la prevención especial y en concreto en la rehabilitación social del reo, se sitúan los llamados “*movimientos de ley y orden*”³⁴, que vienen reclamando un cambio de política penitenciaria, tales como el cumplimiento de las penas privativas de libertad en establecimientos de máxima seguridad, recordándonos en cierta medida a los postulados de la Escuela de Kiel, y su preferencia por el sistema retributivo de las penas.

La trascendencia de este último y reciente movimiento radica en que determinados países, como Estados Unidos, han abandonado el sistema de la “probation” y los sistemas de penas indeterminadas y han reanudado la instauración de la pena de muerte. Incluso algunos, como Suecia, uno de los más avanzados en materia penitenciaria, ha comenzado de nuevo a aplicar el sistema de penas fijas. En nuestro país el endurecimiento de las penas se dejó sentir en la reforma del Código Penal operada por la LO 7/2003 de cumplimiento íntegro de las penas.

A mayor abundamiento se han alzado recientemente voces que reclaman una pérdida de protagonismo del delincuente, del penado y por tanto del recluso, en favor de la “*gran olvidada*” del Derecho Penal: la víctima. Estas tendencias, que se insertan dentro de las modernas tendencias de la “*Criminología crítica*”³⁵, subrayan el papel

³⁴ Conde-Pumpido Ferreiro, C., (2004) op.cit. pág. 34.

³⁵ Conde –Pumpido Ferreiro, C., (2004, op.cit. pág. 34

de la víctima tanto antes como después de haberse cometido el delito. La repercusión de estas teorías tiene su reflejo en el ámbito penitenciario puesto que proponen, entre otras medidas, que se exprese la opinión de la víctima antes de concederse al penado, en su condición de autor del delito, beneficios penitenciarios o para aplicarle las “*medidas de diversión*”.

En palabras de Cándido Conde-Pumpido³⁶ puede augurarse que “si el siglo XX fue el siglo del delincuente, el siglo XXI lo será el de la víctima”.

Para finalizar podríamos recordar las palabras un tanto utópicas, dada la condición humana, de Gustav Radbruch, al decir que lo mejor que podemos dejar a la sociedad no es un mejor Derecho penal, sino algo mejor que un Derecho penal.³⁷

³⁶ Ibidem, (2004), pág.35.

³⁷ Radbruch, Gustav, Rechtsphilosophie, 6ª ed. Stuttgart, 1963, pág 269.

III) RESEÑA HISTÓRICA DE LAS PRISIONES Y DE LOS DERECHOS DE LOS INTERNOS. -

3.1 Consideraciones Previas: Origen

Las prisiones, tal y como las conocemos hoy son un fenómeno reciente, contemporáneo diría para ser más exactos.

Prácticamente tienen su origen y consolidación en el siglo XVI, sufriendo una crisis exacerbada durante el XIX³⁸, para acabar en tela de juicio en la mayoría de los países de nuestro entorno y en el nuestro propio. Antes de iniciar el presente capítulo, querría traer a colación las palabras del gran penitenciarista Bueno Arús³⁹ sobre la pena de prisión, que vienen a refrendar que no es una constante en el derecho penal de los pueblos: *“Los hombres de hoy estamos tan acostumbrados a pensar que la prisión constituye un institución arraigada en nuestro sistema social de premios y de castigos, que nos cuesta un verdadero esfuerzo reflexionar sobre el carácter histórico (y, por tanto, no eterno) de la misma. La prisión no pertenece a la naturaleza de las cosas: hubo un tiempo en que no existía y tampoco faltan las voces actuales que postulan su supresión. Lo único perenne es la existencia de penas, sanciones o medios de disciplina, los cuales consisten en definitiva en privación de derechos y libertades. Pero la privación de la libertad de movimientos, la prisión, tal como la entienden nuestros Códigos, es el resultado de una evolución racionalizadora del Derecho punitivo”*.

De la lectura sosegada de las palabras del insigne penitenciarista español, se deduce que la prisión no ha existido siempre, no ha acompañado al hombre en todo su viaje histórico, es más hubo un tiempo en donde no existía. Lo que permanece es la

³⁸ El propio Ferri, manifestó que la prisión, en su manifestación de sistema celular, constituye una de las aberraciones del siglo XIX. Así se recoge en su obra Sociología Criminal, t.II, Madrid, s.f., pág 315.

³⁹ Prólogo del libro de Téllez Aguilera, A., *“Los sistemas penitenciarios y las prisiones. Derecho y Realidad*, Edisofer, 1998, pág. 11.

necesidad social del internamiento, variando tan solo la manera de llevarlo a cabo y la función del mismo, como señala Téllez Aguilera.⁴⁰

Las diversas funciones que ha venido a cumplir la prisión se sistematizaron por Lucas en el siglo XIX, clasificándola en *cárcel preventiva*, *cárcel pena*, y *pena reformadora*⁴¹. La primera de ellas, también denominada cárcel custodia, sirvió, afirma Garrido Guzmán⁴², durante siglos como auténtica antecámara de suplicios, donde los acusados, esperaban, generalmente en condiciones inhumanas, la celebración de juicio.

3.1.1 Edad Antigua.

Para los tratadistas clásicos de la Historia del Derecho, se consideró que la cárcel durante este periodo tuvo un papel prácticamente marginal.

Situándonos en el Egipto Antiguo, durante el Primer Periodo Intermedio, se preveía la existencia de una fortificación donde se recluían a los deudores del Estado, denominada *reclusorio*, siendo sometidos a trabajos forzados; no teniéndose noticias de la cárcel- custodia.⁴³

Se contienen referencias asimismo en el Antiguo Testamento sobre la existencia de una cárcel, *para los presos del Rey*, dirigida a reprimir los delitos de lesa majestad. Incluso se tienen noticias a través de dos libros sagrados, datados en el año 2600 a. C., de origen chino: el “*Chou-King*” y el “*Lun-yú*”, especialmente en el segundo de ellos, de prisiones preventivas.⁴⁴

⁴⁰ Téllez Aguilera, A., “Calístrato frente a Ulpiano. Reflexiones sobre la pena de encarcelamiento en el Mundo Antiguo”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, Extra-2013, pág 238.

⁴¹ Lo recoge acertadamente García Valdés, C. en “La prisión, ayer y hoy”, en VVAA, I Jornadas Penitenciarias Andaluzas, Junta de Andalucía, 1983, pág. 114.

⁴² Garrido Guzmán, L., *Manual de Ciencia Penitenciaria*, Edersa, Madrid, 1983, pág. 73

⁴³ Téllez Aguilera, A., (2013), op. cit. pág. 239.

⁴⁴ *Ibidem*, pág. 240.

En la Grecia clásica se mantiene la existencia de la cárcel-custodia, reservada para delitos de especial gravedad, eludible mediante abono de fianza. Pero aquí la doctrina se divide entre quienes niegan la existencia de la prisión en esta época, los que la limitan a supuestos de prisión por deudas y quienes la admiten como pena principal, directa o indirecta, de corta y larga duración, denominada “*desmos*”. Se suele citar el Libro IX “Las Leyes” de Platón donde se distinguían tres tipos de prisiones: una situada en la plaza del mercado, con finalidad de custodia; otra llamada “*sofronisterion*”, para la enmienda y corrección de delincuentes; y una tercera, destinada al suplicio, y situada en un lugar desértico y sombrío, lo más alejada posible de la ciudad.⁴⁵

En Roma se conoce la existencia, por vestigios arqueológicos, de dos tipos arquitectónicos de prisiones: las *lutumiae*, donde tenían los prisioneros cierta libertad y las *lapidicinae*, donde se hallaban encadenados los presos. Esta última se encontraba dividida en tres niveles: el subterráneo, destinado a las ejecuciones, el intermedio, para los presos encadenados (*custodia areta*) y el tercero, para los no encadenados (*custodia communis*). Si bien es cierto que no puede hablarse de edificaciones destinadas específicamente a prisiones hasta la época de Alejandro Severo, entre el 222 y 235 d. C, hemos de reseñar que quizás la cárcel más conocida en la época de dominación romana lo fue el Tuliano (*Tullignum*), que recibió más tarde la denominación de “*mamertina*”. Consistía básicamente un lugar (al que se accedía por un agujero en el techo) sin apenas luz, ni ventilación, situado a doce metros de profundidad, lo que lo convertía en una estancia repugnante y asquerosa.

Como brillantemente narra Téllez Aguilera⁴⁶, la “*carcer romana*” solo tenía una función netamente custodial y asegurativa, en base a la tesis del romanista Mommsen, que se sustentaba en un texto del gran jurista romano Ulpiano, recogido en el Digesto (D., 48, 19,8,9): “*carcer enim ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet*”, la cárcel debe ser para retener a los hombres no para castigarlos”.

⁴⁵ Ibídem, pág. 241-242.

⁴⁶ Ibídem, pág. 244, donde Tellez Aguilera revela que sigue en su exposición a Rodríguez Martín, J. D. en su obra “La pena de prisión bajo Justiniano. Ulpiano versus Calístrato”, en VVAA, (Sofía Torrallas Tovar e Inmaculada Pérez Martín, eds.) ,*Castigo y Reclusión en el Mundo Antiguo*, Consejo Superior de Investigaciones científicas, Madrid, 2003, pág. 181.

Se trataba pues de un encierro eminentemente más procesal que pena, pues el arsenal punitivo de la época emplea otras sanciones para los reos condenados, fundamentalmente las penas corporales y las infamantes, apostilla García Valdés⁴⁷.

Por el contrario, se ha desarrollado una corriente crítica en torno a la idea de que en Roma sí existió la pena de prisión con una finalidad más punitiva que asegurativa. Esta tesis iniciada por el italiano Marco Balzari, ha venido a demostrar tal afirmación en base a unos textos de un jurista, coetáneo a Ulpiano, Calístrato, que aparece en el capítulo “*De poenis*” del Digesto y donde se reconocen expresamente que la cárcel cumplía una función punitiva.⁴⁸

Amén de estas manifestaciones de la *carcer romana*, prosigue el citado autor, se produjeron otras privaciones de libertad, como la prisión por deudas, los trabajos forzados en sus diversas manifestaciones: trabajo en minas (*damnatio in metallum*), trabajo en los servicios de explotación de minas (*damnatio in opus metalli*), trabajos auxiliares (*damnatio in ministerium metallicorum*), ejecución forzosa de obras de construcción y mantenimiento e instalaciones públicas (*damnatio in opus publicus*), que en el caso de ser perpetuas acarreaban la pérdida de la ciudadanía romana; y el *ergastulum*, consistente en la reclusión temporal o perpetua, de los esclavos (normalmente en número de quince o más) de la casa. Eran encaadenados durante la noche en un lugar subterráneo y les servía de cárcel durante el día, bajo la vigilancia de un esclavo denominado “*ergastollium*”.⁴⁹

3.1.2 Edad Media.

Señala la doctrina, aunque sin unanimidad, que el más antiguo sistema de prisión es la cárcel, cuyo antecedente más remoto, es la construcción en 1166, en Claredon, por Enrique II de Inglaterra, de un centro de tales características. A lo que el penalista Cuello Calón replica, sosteniendo que el origen de la prisión se encuentra en un Edicto

⁴⁷ García Valdés, C., “La prisión, ayer y hoy”, *Derecho Penitenciario (Escritos 1982-1989)*, Ministerio de Justicia, 1989, pág 3.

⁴⁸ Téllez Aguilera, (2013), op. cit. pág 244-245.

⁴⁹ *Ibidem*, pág. 246.

del Rey de los Longobardos, Liutprando I (712-744 d.C.), en el que se ordenaba que en cada ciudad existiera una cárcel para ladrones, a cargo de un juez.⁵⁰

Polémicas doctrinales aparte, durante el Medievo la cárcel-custodia predominaba ampliamente sobre cualquiera otra función que pudiera cumplir la misma, especialmente sobre su faceta punitiva. La explicación puede hallarse, de un lado en el carácter nómada de los pueblos indoeuropeos, bárbaros en la terminología romana, que habían desbordado el “*limes*”, produciendo la caída del Imperio romano de Occidente en el año 476 d.C., y de otro porque las penas corporales eran mucho más eficaces y menos costosas que la pena de prisión. Incluso penas como el destierro o el extrañamiento, poseían una eficacia intimidante mayor que la pena de prisión, por la situación de inseguridad jurídica, social y militar que se vivía prácticamente en todo el territorio europeo⁵¹. Si bien no es menos cierto que se produjeron excepciones a la cárcel preventiva, como la *prisión de estado*, nacida para combatir a los enemigos del poder político. Su rasgo común es la ausencia de una arquitectura penitenciaria propiamente dicha, aunque destacaron fortificaciones y torres, de tétrica popularidad: los *plomos* del Palacio Ducal veneciano, la Bastilla de París, el Castillo de San Ángel en Roma. Junto a la prisión de estado, la prisión por deudas, surge una tercera excepción a la finalidad puramente asegurativa de la prisión medieval: *la prisión eclesiástica*, aplicada en principio a los monjes rebeldes o que habían cometido algún delito. Perdería su carácter penitencial y adquiriría un sentido de verdadera pena en el siglo XIII, por un Decreto del Papa Bonifacio VIII, confirmado por otro de Clemente V. La *detrussio in monasterio* constituiría una de sus más manifestaciones más conocidas, siendo aislado el clérigo en una celda del monasterio y más tarde en una edificación construida a tal fin, denominada “*cárcer o ergastulum*”. La importancia de esta prisión eclesiástica radica precisamente en que el aislamiento celular y su finalidad redentora que la caracterizan, influirán sobremanera en los sistemas penitenciarios venideros, especialmente en el auburniano, del que se cita como antecedente la Prisión de Gante, donde se prescribía la regla del silencio en régimen comunal.⁵²

⁵⁰ Cuello Calón, E., *La moderna penología*, Bosch, Barcelona, 1958, pág. 9

⁵¹ Ramos Vázquez, I., “*Arrestos, cárceles y prisiones en los Derechos históricos españoles*”, Ministerio del Interior, Madrid, 2008, pág 71.

⁵² Tal y como lo recoge Téllez Aguilera, A., (2013), op. cit. pág 255.

En lo que se refiere a los reinos cristianos ibéricos, antes de su reunificación bajo los Reyes Católicos en 1492, llama la atención Cándido Conde-Pumpido⁵³ como convivía junto a “*Liber Iudiciorum*” o Lex Visigothorum (654 d.C.), un derecho penal primitivo propio del derecho consuetudinario y de los Fueros Municipales que mantenía la venganza privada que da lugar a la “*inimicitia*”, tanto en su vertiente particular como general. Afirma asimismo, el citado autor, que la Partidas simbolizaban la recepción del Derecho romano y que a pesar de su espíritu avanzado para la época, tuvieron tan solo aplicación parcial y supletoria.

Se podrían citar en este periodo las regulaciones contenidas en el “*Fuero Juzgo*”, traducción del *Liber Iudiciorum* visigótico, ordenada en 1241 por Fernando III de Castilla, especialmente en su Libro VII, Título IV, leyes tercera y cuarta; así como en las “*Partidas*”, destacando la Partida VII, Título XXXI y de forma muy particular el Título XXIX dedicado específicamente a la manera como se hallaban reclusos los presos en las prisiones.

En ese sentido en las “*Partidas*” de Alfonso X el Sabio (1.221- 1.284), se afirmaba que “*Ca cárcel debe ser para guardar los presos, e non para facerles enemiga*” (Ley 2ª, Título II, Partida VIII) y “*Ca cárcel non es dada para escarmentar los yerros, mas para guardar los presos an solamente en ella fasta que sean juzgados*”.⁵⁴

En dicho cuerpo jurídico se clasificaron las penas en mayores y menores. Las primeras incluirían la muerte, mutilación, trabajos forzados perpetuos, destierro perpetuo con confiscación de bienes, y prisión perpetua, esta última solo aplicable a esclavos, puesto que “*tal prisión non la deben dar a home libre sino a esclavo*”. Por su parte las menores se dividían en destierro sin confiscación de bienes, privación de derechos, azotes y las penas “*afrentosas*”, como la de tener atado al reo a la exposición pública en la picota. Como consecuencia de la falta de infraestructuras para dar

⁵³ Conde Pumpido-Ferreiro, C., (2004), op.cit.pág. 39

⁵⁴ Tellez Aguilera, A., (2013), op. cit, pág 252.

cumplimiento a la pena de trabajos forzados apenas se recurrió a ella, utilizándose las de muerte, azotes y destierro con mayor asiduidad.⁵⁵

En los citados cuerpos legislativos, así como otros contemporáneos como el “*Libro de las Costumbres de Tortosa*”, compilación de derecho consuetudinario hecha en 1272 y promulgada en 1279, queda patente que la prisión es un instrumento de aseguramiento de la persona del delincuente hasta el momento de la celebración del juicio, denominada la “cárcel de custodia”, como apunta García Valdés.⁵⁶

Durante toda Edad Media el preso era sometido a toda clase de torturas y sufrimientos, si ello era preciso para obtener su confesión. Obviamente las condiciones en la que esperaban tal juicio eran de hacinamiento y de absoluta insalubridad. Era un periodo pues marcado claramente por una inexistencia absoluta de respeto por los derechos de los reclusos en las prisiones. El rigor punitivo con que el poder público, castigaba a los responsables de los delitos era de una extraordinaria crueldad: la rueda, el aceite hirviendo, maceramiento, desmembramiento por rueda o con caballos, el ahogamiento, la galera, la muerte por saetas o por fuego⁵⁷.

Puede sin embargo vislumbrarse un cierta mitigación del rigor punitivo en España, durante el reinado de los Reyes Católicos, con la promulgación de la *Real Pragmática de 1480*,⁵⁸ que permitieron la sustitución de las penas corporales, incluso la de muerte por la de galeras; lo dicho sea de paso permitió obtener una ingente mano de obra, remeros, para los navíos españoles, en una época en la que los reinos de Castilla y Aragón y muy especialmente con Carlos V y Felipe II se habían lanzado a la conquista y colonización del Nuevo Mundo.

⁵⁵ Llorente de Pedro, P.A., que cita entre las “afrentosas” la contenida en la Ley 4ª, Título XXI, Partida VII, : “*le desnuden haciendolo estar al sol untado de miel porque lo coman las moscas alguna hora del día.*”

⁵⁶ García Valdés, C., “*Comentarios a la legislación penitenciaria*”, Civitas, Madrid, 1982, pág. 23.

⁵⁷ Conde Pumpido-Ferreiro, Derecho Penal, Parte General, Colex, Madrid, 1990, pág 52

⁵⁸ Conde- Pumpido-Ferreiro, (2004), op.cit. pág 40.

3.1.3 Edad Moderna.

Sin embargo tal dulcificación punitiva operada por los Austrias en nuestro país, no impidió, por el contrario, que autores contemporáneos como Sandoval en su “*Tratado del cuidado que se debe tener con los presos pobres*” de 1564, o por Guevara “*Relación de la cárcel de Sevilla*”, o Chaves, reflejaran la verdadera situación de hacinamiento e insalubridad que venían padeciendo los reclusos en las prisiones del momento⁵⁹.

Como hitos penitenciarios son destacables las cárceles (*casas de corrección*) construidas en Ámsterdam conocidas como Raphuis, destinadas a albergar hombres que se encargaban de raspar madera, y Sphinius, donde se encargaban de labores de lavandería para mujeres. En 1600 se completa con un tercer establecimiento destinado a jóvenes rebeldes que eran entregados por sus propios padres. Pero su extrema dureza hizo inviable cualquier propósito de correccionalista, toda vez que encerraban, a juicio de Téllez Aguilera, un fondo ideológico que quedaba reflejado en el pórtico del Sphinius: “*No temas. No vengo del delito, solo te obligo que seas bueno. Dura es mi mano, pero piadoso es mi espíritu.*”⁶⁰

Europa no era ajena situación de barbarie que se vivía en las prisiones, y buena prueba de ello lo constituye la creación en Ámsterdam durante el siglo XVI, de cárceles, donde los reos, bajo un hipotético afán correccionalista, eran sometidos a trabajos forzados, azotes, castigos inhumanos tales como la famosa “*celda de agua*”, que se inundaba de forma permanente y obliga al preso allí recluso a extraer continuamente el agua y a expulsarla de la misma o morir por ahogamiento en caso contrario.⁶¹

Volviendo a nuestro país, durante el siglo XVII, aparece en Almadén la prisión con trabajo en las minas, y las casas de reclusión para mujeres que andan perdidas y

⁵⁹ Salillas, R., *Evolución penitenciaria en España*, t. I, Madrid, 1983, pág 13.

⁶⁰ Tellez Aguilera, A., “*Los sistemas penitenciarios y sus prisiones: derecho y realidad*”, Edisofer, Madrid, 1998, pág 42.

⁶¹ García Valdés, C. “Las casas de corrección de mujeres. Un apunte histórico. Libro en homenaje al Profesor Torío López, Granada, 1999, págs. 587-592.

vagabundos, como la de Madrid y Valladolid, cuya fundadora fue la Hermana Magdalena de San Jerónimo, Granada y Valencia. Ya en siglo XVIII, destaca la casa de corrección de San Fernando de Jarama de Madrid, destinada a la reforma de mendigos y pequeños delincuentes de ambos sexos, que Howard visitó en su periplo europeo, haciendo de él un buen elogio.⁶²

3.2 Edad Contemporánea.

Resulta cuando menos paradójico que ya en siglo XVIII, bajo el influjo ya del “Iluminismo” que propugnaba el principio de humanización de las penas, y dentro del reinado de los Borbones, con Felipe V y Carlos III se promulgaran algunas Pragmáticas que retornaran a castigos corporales de gran crueldad. El progresivo endurecimiento de la represión impuesta por las monarquías absolutas, tuvo asimismo reflejo en la Ley dictada por Felipe V, que castigaba con pena capital a quien robara en el territorio de la Corte y cinco leguas de su rastro y distrito, cualquiera que fuera la cantidad.⁶³

Se atribuye a Cesar Beccaria⁶⁴ con su obra “*Dei delitto e della pena*”, publicada de forma anónima en 1764, el influjo del *Iluminismo*, como pensamiento penal, capaz de mitigar el rigor punitivo de tal periodo histórico en toda Europa. Como afirma el profesor Tomás y Valiente se trataba de “*un pequeño libro, pero fundamental libro,.....con un espíritu humanista y una notable capacidad de síntesis, Beccaria sometió a un enfoque crítico unitario los horrores y defectos de la legislación y práctica penal y procesal penal.....Hacia falta observar que los defectosobedecían a unas raíces comunes y que solo sustituyendo éstas por premisas humanitarias, moderadas y respetuosas para el hombre que hay en cada delincuente, era posible eliminar los abusos e injusticias del sistema procesal y penal. Y eso fue lo*

⁶² Garcia Valdés, C. (1982), op. cit. pág 36.

⁶³ Conde-Pumpido Ferreiro, (2004), op. cit. pág 40

⁶⁴ Conde-Pumpido Ferreiro, C., (2004)op.cit., pag 20

que hizo Beccaria. Sus críticas eran aplicables a por igual a todas las legislaciones europeas y ello contribuyó también al éxito espectacular de su libro.”⁶⁵

A lo largo del siglo XIX va a tener lugar en nuestro país la consolidación de la pena privativa de libertad, y la paulatina desaparición de la pena de muerte y de las corporales. Además, vamos a asistir a un movimiento codificador que va a sustituir la dispersión normativa propia de épocas anteriores.

3.2. 1 Ordenanza de los Presidios de Arsenales de 20 mayo de 1804

A partir de este momento se intensifica la labor normativa relativa a los presidios en nuestro país y se suceden las ordenanzas intento poner cierta uniformidad en el ámbito penitenciario. Sirva a modo de ejemplo la Real Ordenanza de 20 de marzo de 1.804 para el Gobierno de los Presidios de los *Arsenales de Marina*, de Carlos IV, en la que se dividieron los presidios en tres clases y se introdujo el sistema de clasificación y el progresivo. Debe destacarse, como hace García Valdés⁶⁶ que tuviera que ser en los presidios de naturaleza militar donde comenzara a aplicarse el sistema progresivo, en concreto en los Presidios Industriales de Cádiz y en el de San Agustín de Valencia regentado por el Coronel Montesinos, sobre el que más tarde volveré cuando analicemos los sistemas penitenciarios.

En la citada Ordenanza se dividía a los reclusos en tres clases, explica Arribas López⁶⁷, en razón de al tiempo cumplido de condena y de las tareas que desempeñasen en los presidios: en primera y segunda de peonaje y tercera de marineros y operarios. A su vez los de clase primera se encontraban “amarrados con cadenas, aparedados”, los de clase segunda en ramal y los de tercera, soportaban un grillete grueso o delgado, según la gratificación que percibiesen, un real y medio o dos. Ello sin perjuicio de los “grillos” para los reclusos en los calabozos. Ni que decir tiene que los reclusos de las dos primeras categorías citadas se les encomendaban las labores más penosas y no

⁶⁵ Tomás y Valiente, F. *Manual de Historia del Derecho español*, Madrid, Tecnos, 2004, pág 494.

⁶⁶ García Valdés, C., “La ejecución de las penas privativas de libertad en la nueva legislación penitenciaria”, *Boletín de información*, Ministerio de Justicia, 1997, nº 1810, pág 2379.

⁶⁷ Arribas López, E., “El régimen cerrado en el sistema penitenciario español”, pág 36.

percibían gratificación alguna, mientras que los de la tercera desarrollarían labores más livianas y recibirían gratificaciones según sus habilidades.

En lo que se refiere al régimen disciplinario, a los efectos de imposición de sanciones se utilizaba la clasificación antes expuesta. Así a los de primera clase se les aplicaban los denominados castigos de “cañón y paliza”, a los de segunda “paliza” y a los de tercera no se les podía imponer castigos corporales. Para demostrar la ausencia absoluta de respeto hacia la dignidad e integridad física de los confinados, así como la severidad de los castigos, valga como ejemplo el supuesto en el que un recluso cometía una infracción consistente en atentar contra la “Divinidad de la Sagrada Hostia”, era sometido al “cañón de corrección” para que recibiese doscientos azotes, y en el caso de que sobreviviera a tal aberración punitiva, era entregado al Tribunal de la Santa Inquisición para la “evacuación de las diligencias que le competían”.⁶⁸

3.2. 2 Reglamento de los Presidios Peninsulares de 1 de mayo de 1807.

A la Ordenanza de 1804 le seguirá el Reglamento *General de Presidios Peninsulares de 1807*, cuyo ámbito lo constituirían los trabajos efectuados por los penados en carreteras, canales, puertos. Al igual que en la Ordenanza de Arsenales se dividía a los internos en función del delito cometido y de la condena impuesta, salvo en lo que se refiere a la tercera clase. Como cabe esperar el régimen más estricto se aplica a los de primera clase, a quienes no se les permitía llevar otras prendas que las propias, aunque sí a los de segunda y tercera categoría. Aquellos debían llevar chaquetas encarnadas con mangas pardas, debiendo ser encadenados en collera, “encollerados”, pudiendo ser sometidos, además, a castigos tales como el “de palos” ejecutado por “prevostes”.⁶⁹

Precisamente tuvo que ser la promulgación de la Constitución de Cádiz la que se hiciera eco de las ideas reformadoras de la época, que, aunque no llegaron a cuajar en un código penal, ya que hubo de esperarse hasta 1822. Sí que influyeron, tales

⁶⁸ *Ibíd.*, pág. 36.

⁶⁹ *Ibíd.*, pág. 38.

doctrinas, sobremanera en autores como Lardizábal, Meléndez Valdés, Jovellanos, Cabarrús, Forondas, Juan Pablo Forner, Sempere y Guarinos, quienes formularon severas críticas al derecho penal vigente y al sistema procesal penal. Sin embargo se pudieron apreciar voces contrarias al reformismo ilustrado, como el canónigo Pedro de Castro que llegaron a defender incluso la aplicación de la tortura⁷⁰. Este clérigo, relata Gudín Rodríguez-Magariños, fue autor de un tratado titulado “*Defensa de la tortura y leyes patrias que la establecieron, e impugnación del tratado que escribió contra ella el doctor D. Alfonso María de Acevedo*”, publicado en Madrid en 1778.⁷¹

Desde luego la mejor respuesta al *catálogo de desatinos*, que supuso la obra de Castro, prosigue el citado autor, procedía del magistrado, secretario y miembro de la Real Academia Española, Don Manuel de Lardizábal y Uribe, quien publicó en 1782 su célebre “*Discurso sobre las penas*”, el más importante tratado de derecho penal español del siglo XVIII.⁷²

No es de extrañar asimismo que el propio Colegio de Abogados de Madrid hubiese manifestado su posición favorable a tal institución en 1778, considerándola como justa, útil y necesaria; o que la mismísima Inquisición incluyese en el Índice de libros prohibidos de 20 de junio de 1777, la obra de Beccaria.⁷³

Puede apreciarse el influjo de la obra de Beccaria en determinados párrafos del discurso preliminar de la Constitución gaditana.

3.2. 3 Constitución española de 1812.

Aun cuando se echa en falta en la *Constitución de 1812*⁷⁴ una parte dogmática o declaración propiamente dicha de derechos individuales, sí se produjeron avances

⁷⁰ Tomás y Valiente, F.,(2004) op.cit. pág 495.

⁷¹ Gudín Rodríguez- Magariños, F., “Evolución de la tortura en España: de un reputado instituto procesal a un execrable delito”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 2021,2006, pág 17.

⁷² *Ibidem*, pág. 18.

⁷³ *Ibidem*, pág. 19.

⁷⁴ Rico Linage, R., “Constituciones Históricas”.Ediciones oficiales, Universidad de Sevilla, 1989, pág 19

muy significativos que por su trascendencia traemos a colación: Se suprime la tortura, cuando el artículo 303 dispone que : *“No se usará nunca del tormento ni de los apremios“* . Correspondió a Argüelles formular la propuesta de la abolición de la tortura o tormento y de los eufemísticamente denominados apremios⁷⁵, que fueron abolidos por Decreto de las Cortes de 22 de abril de 1811. Con la expresión apremios se denominaba toda una serie de prácticas próximas a la tortura, pero de menor intensidad, que consistían en aplicar al reo, durante amplios periodos, esposas, *“perrillos”*, calabozos inmundos, *“grillos”*, considerados como calabozos poco mayores que un sepulcro.

También se eliminan las penas infamantes y de confiscación al amparo del artículo 304:” *Tampoco se impondrá la pena de confiscación de bienes”*. Se anuncia el Código Penal, dando acogida al principio de legalidad. Así se dispone en artículo 258: *El código civil y criminal, y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes”*.⁷⁶

Se consignan garantías que ya obligan a los jueces, pero estos no pueden atender directamente derechos, debiéndose atender a la, aplicación de las leyes: Así lo atestigua el artículo 246: *“Tampoco podrán los jueces suspender la ejecución de las leyes, ni hacer reglamento alguno para la administración de justicia”*.⁷⁷

Fuera del ámbito sustantivo y adentrándonos en el ámbito netamente procesal, ha de destacarse que el ordenamiento procesal también se establecerá por ley. En su artículo 286 se asevera que *“las leyes arreglarán la administración de justicia en lo criminal, de manera que el proceso sea formado con brevedad y con vicios, a fin de que los delitos sean prontamente castigados “*.⁷⁸

⁷⁵ Alzaga Villamil, O., “La justicia en la Constitución de 1812”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 28, 2011, pág 252.

⁷⁶ Rico Linage, R., “Constituciones Históricas”, Ediciones oficiles,Universidad de Sevilla, 1999,pág. 19 y ss.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ *Ibidem*.

Del mismo modo, en el frontispicio del Título V, que lleva por rúbrica “De los Tribunales y de la Administración de Justicia en los Civil y en lo criminal” (y que contenía sesenta y seis artículos), se establece en su artículo 242, bajo el dogma de la división de poderes⁷⁹, que “*la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los Tribunales*”. La organización judicial tenía su distinción entre los poderes, que su título recalca: “*Ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar abrir los juicios fenecidos* “(artículo 243); “*los Tribunales no podrán ejercer otras funciones que la de juzgar y hacer que se execute lo juzgado* “(artículo 245)⁸⁰.

No olvidemos que para los revolucionarios franceses y para el creador de la teoría de la división de poderes, Montesquieu el poder judicial era *nulo*, puesto que los jueces eran meramente *la boca que pronunciaba la ley*. Debe asimismo hacerse notar que de conformidad con el artículo 172 impedía al Rey acordar la privación de libertad a ningún individuo, ni imponerle pena alguna. Es más, se castigaba al Secretario de Despacho que firmara la orden y al juez que ejecutara la misma, como reos de atentado contra la libertad individual. Como excepción se habilitaba al monarca la posibilidad de dictar órdenes de arresto en el caso de que estuvieran en peligro el bien y la seguridad del Estado, bajo condición de que dentro de cuarenta y ocho horas deberá ponerla a disposición judicial.

Con la base que ya ofrecía la abolición de jurisdicciones señoriales, se proclamaba la Unidad Jurisdiccional, con las excepciones expresas de un fuero eclesiástico y militar (Artículo 249 “*Los eclesiásticos continuarán gozando del fuero de su estado...*” y artículo 250. “*Los militares gozarán también de fuero particular* “). La Justicia se administrará en nombre del Rey, como determina el artículo 257, quien nombra a los jueces mediante propuesta del Consejo de Estado.⁸¹

⁷⁹ Alzaga Villaamil, O., op. cit. pág 245, donde se señala que el avance es significativo no ya desde la óptica del derecho procesal, sino desde la perspectiva de los cimientos de la nueva Monarquía Constitucional, que pasará a regirse por un auténtico Estado de Derecho, edificio construido sobre tres pilares esenciales: Imperio de la Ley y sumisión de los ciudadanos y de los poderes públicos al principio de legalidad; garantía jurídica de la observancia de los derechos y libertades proclamados, y aceptación de las consecuencias básicas de la doctrina de la división de poderes y especialmente institucionalización de un poder judicial independiente y solo sometido al imperio de la ley.

⁸⁰ Rico Linage, R., (1999), op.cit., pág. 19 y ss.

⁸¹ *Ibidem*.

Se declara la responsabilidad de los jueces por inobservancia de las leyes procesales (artículo 254^o: *Toda falta de observancia de las leyes que arreglan el proceso en lo civil y en lo criminal, hace responsables personalmente a los jueces que la cometieran* “). Se entiende que serán profesionales. Se consigna expresamente el sometimiento de los jueces al imperio de la ley, como consecuencia de los abusos cometidos por la “aristocracia togada” durante el Antiguo Régimen, en su artículo 279: *“Los magistrados y jueces al tomar posesión de sus plazas jurarán guardar la Constitución, ser fieles al Rey, observar las leyes y administrar imparcialmente la justicia”*.⁸²

Dentro del capítulo III, dedicado a “la Administración de justicia de lo criminal”, del citado Título V, se reconocen en los artículos 263 a 308 una serie de disposiciones relativas a los detenidos, arrestados, presos a la espera de juicio, penados y sus familiares, que impregnan a la norma gaditana de un todavía incipiente humanismo en la aplicación de las penas. Sobresalen, como garantías procesales, que guardan cierta similitud con los derechos reconocidos en los artículos 17 y 24 de nuestra Carta Magna de 1978, los contemplados en el artículo 287 de la constitución gaditana al reconocer que ningún español podrá ser preso, sin que preceda información sumaria del hecho, por el que se merezca según ley ser castigado con pena corporal, y asimismo un mandamiento del juez por escrito, que se le notificará en el acto mismo de la prisión. E incluso podría hablarse de la recepción en el artículo 290 de una especie de procedimiento “habeas corpus” habilitándose *“que el arrestado antes de ser puesto en prisión será presentado al juez, siempre que no haya cosa lo estorbe, para que le reciba declaración, más si esto no pudiere verificarse, se le conducirá a la cárcel en calidad de detenido y el juez le recibirá declaración dentro de las veinte y cuatro horas”*. Como garantía al justiciable el artículo 291 dice que *“la declaración del arrestado será sin juramento, que a nadie ha tonarse en materias criminales sobre hecho propio”*.⁸³

⁸² *Ibíd.*

⁸³ *Ibíd.*

Ahondando ya en un ámbito estrictamente penitenciario, el 19 de abril de 1811 un grupo de diputados liberales (D. Dueñas, M. Goyanes, M. Luján, G. Moragués, y F. Navarro), presentó ante las Cortes un proyecto de Reglamento para la abreviación de las causas criminales, que era consecuencia de las numerosas cartas de presos y familiares, con quejas sobre la tardanza en la instrucción de causas penales. Ante tal situación se determinó que la Comisión de Justicia, creada a propuesta de Argüelles, visitase toda clase de establecimientos penitenciarios con la finalidad de conocer directamente los abusos que se cometieran para después proponer al Rey cuanto convenga para remediarlos; concretándose en un Reglamento para que *“las causas tengan un curso más expedito, sin los perjuicios que resulten a los reos de la arbitrariedad de los jueces”*⁸⁴.

Como consecuencia de los mandatos contenidos en la Constitución de 1812, se constituyó una Comisión *“para el arreglo de las cárceles”* a quien se confió la adaptación de la normativa penitenciaria al *Código Penal de 1822*⁸⁵. Sin embargo, los trabajos de la citada Comisión no produjeron efectos de ningún tipo. Una explicación a ello pueda encontrarse en brevísima vigencia del Código Penal de 1822, que comenzó a regir el 1 de enero de 1823 hasta el 1 de octubre de ese mismo año en el que, uno de los más nefastos monarcas de la historia de nuestro país, Fernando VII, dejó sin efecto todos los actos del llamado *“Gobierno Constitucional”* surgido de las Cortes de Cádiz. Fue el primer Código penal español y nació de una Comisión, la que las Cortes el 20 de agosto de 1820 encargaron la redacción de un proyecto de Código penal, en el que participaron activamente, entre otros, Calatrava, Martínez Marina y Florez Estrada. Formalmente queda dividido en un título preliminar, una primera parte destinada a los delitos contra la sociedad y una segunda parte, que se ocupa de los ilícitos contra particulares. Aun cuando en él podemos encontrar reseñas de Filangeri o de Beccaria, entendemos con el profesor Tomás y Valiente⁸⁶ que la mayor influencia se debe al filósofo y jurista británico Jeremías Bentham, quien por cierto no tuvo una opinión

⁸⁴ Alzaga Villaamil, O.,(2011), op. cit. pág. 252

⁸⁵ Tomás y Valiente, F., (2004),op. cit. pág.497.

⁸⁶ *Ibíd.*

demasiado favorable sobre el mismo. Aspecto negativo lo constituía obviamente el mantenimiento de la pena de muerte mediante garrote⁸⁷ en su artículo 38.

El Código de 1822 distinguía tres grandes grupos de penas: las corporales, no corporales y pecuniarias⁸⁸. Las susceptibles de regulación penitenciaria dentro de las primeras eran los trabajos perpetuos, obras públicas, presidio y reclusión, caracterizadas por su dureza. Solamente la pena de prisión en fortaleza tenía la consideración de pena privativa de libertad. Y dentro de las no corporales, el arresto en una cárcel pública o depósito municipal, reunía un carácter mínimamente penitenciario.

3.2.4 Ordenanza General de los Presidios Civiles del Reino de 1834.

Hubo de esperarse a la *Ordenanza General de Presidios del Reino de 1834*, obra de uno de nuestros mejores administrativistas como era Javier de Burgos, a quien debemos la primera división provincial de España, para lograr una cierta uniformidad normativa en materia de penitenciaria. Ha sido calificada⁸⁹ como la norma de mayor trascendencia en materia penitenciaria hasta el siglo XX. En cuanto a su estructura hemos de decir que constaba de 371 artículos que se distribuían en cuatro partes. Una primera relativa a arreglo y gobierno superior de los Presidios. Una segunda correspondiente al régimen interior de los Presidios. Del régimen administrativo y económico se encargaba la tercera parte. Y una cuarta y última comprensiva de la materia de justicia relativa a los Presidios. Destaca en ella la posibilidad de reducir parte de la condena impuesta a los reclusos que hubieran realizado trabajos extraordinarios o hubieran manifestado un verdadero arrepentimiento. Por otro lado merece la pena señalar que amplió su ámbito de aplicación más allá de los establecimientos militares para llegar a todos los existentes en el país, incluyendo el sistema de clasificación que era solo propio de los presidios militares.

⁸⁷ Señalaba dicho precepto que “*el reo condenado a muerte, sufrirá en todos los casos la de garrote, sin tortura alguna ni otra mortificación previa de la persona, sino en los términos prescritos en este capítulo*”.

⁸⁸ Llorente de Pedro, P.A., “El reflejo penitenciario de legislación del Antiguo Régimen y la primera codificación legal española”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, Extra-2013, pág. 167.

⁸⁹ Garrido Guzmán, L., *Manual de Ciencia Penitenciaria*, Edersa, Madrid, 1983, pág. 159.

En la citada Ordenanza se prevía un régimen especialmente restrictivo para los presidiarios de tercera categoría, propio de los presidios españoles en el Norte de Africa. Desgraciadamente establecía respecto de los incorregibles la posibilidad de encierro temporal o perpetuo para evitar “*pendencias y muertes*”, e incluso la obligación de llevar hierros mas gruesos que los demás, habida cuenta de su peligrosidad. Llama la atención del citado régimen *un sistema progresivo de hierros*, en palabras de Arribas López⁹⁰, y que en manos del Comandante del presidio permitía la reducción de éstos hasta su total desaparición. De mayor gravedad parece la sanción prevista en el artículo 334, “*prisión solitaria*”, consistente en recluir a un interno en “*una celdilla de seis u ocho pies de ancho y nueve de elevación, aislada y con incomunicación absoluta, aun con el que cuide de proveer alimento al preso*”.

Mediante la Orden de 5 de septiembre de 1844 tuvo su desarrollo normativo la Ordenanza de 1834, en todo lo atinente al uso de hierros por los reclusos.

Pocos países del entorno europeo se encontraban a mediados del siglo XIX sin contar con un código penal liberal, entre los que podemos citar al nuestro. Para intentar paliar esta situación se elaboró el Código Penal de 1844. Suele atribuirse la paternidad del mismo a Francisco Pacheco, como consecuencia del erróneo testimonio de Silvela, cuando en realidad la Comisión General de Codificación, presidida por Manuel Cortina, encargó su redacción a Manuel Seijas Lozano, como acreditan Antón Oneca y Alicia Fiestas⁹¹.

Merece la pena reproducir las palabras del profesor Tomás y Valiente para recalcar el carácter infamante de algunas de las penas contempladas en el mismo: “*.....imponía la máxima pena con mucha frecuencia y ello a pesar de que entonces comenzaba a difundirse por Europa un movimiento abolicionista contra la pena capital. Además al establecer el ceremonial de la pena de muerte incurría en morbosos detalles tales como los contenidos en el artículo 90 (como ser conducido al patíbulo con hopa negra, en cabellería o en carro) y en el 91 (el regicida y el parricida serán conducidos al patíbulo con hopa amarilla y un birrete del mismo color, uno u*

⁹⁰ Arribas López, E., (2009) op. cit. págs. 38 y 39.

⁹¹ Tomas y Valiente, F., (2004) op. cit. págs. 499 y 500.

otro con manchas encaranadas). Detalles que si no fuean macabros serían ridículos, y que sin embargo, merecieron en su tiempo , la aprobación y alabanza del mismo Pacheco.”⁹²

Como consecuencia del Código Penal de 1.848, la *Ley de 26 de julio de 1849* atribuyó, en la línea ya marcada por la Ordenanza de 1834, el Servicio de prisiones bajo la autoridad del Ministro de Gobernación

La Revolución “gloriosa” de 1.868 trajo consigo la promulgación del “Código de verano”⁹³, como lo calificó Silvela, o Código Penal de 1.870, del que se esperaba diera cabida a las ideas correccionalistas, aunque mantuvo un criterio retribucionista en lo que al fin de la pena se refiere. Amén de ser un texto marcadamente liberal, aparecen en el reformas de naturaleza técnica que sirvieron para dar cabida o reforzar principios del derecho penal liberal, tales como el legalismo o garantía de la legalidad, “nullum crimen sine lege”, el individualismo, entendido como criterio de individualización de la pena, y el humanitarismo, como criterio de benignidad y dulcificación de las penas.⁹⁴

3.2.5 La Ley de Prisiones de 21 de octubre de 1869.

Donde se pueden apreciar nítidamente los intentos de mejorar la pésima situación penitenciaria de nuestro país, es sin duda alguna, en la *Ley de Prisiones de 21 de octubre de 1.869*. Sus notas más destacables serían el desgajamiento definitivo de los establecimiento penitenciarios civiles de los castrenses, y la dependencia orgánica de aquéllos del Ministerio de Justicia y en concreto de la Dirección General de Prisiones. Debe asimismo subrayarse muy enérgicamente la inspección efectuada por la Autoridad judicial mediante visitas periódicas a los centro penitenciarios. Se instauró un sistema penitenciario muy próximo al de “Auburn“, al establecerse un

⁹² Ibídem.

⁹³ Conde-Pumpido Ferreiro, C. (2004) op. cit, pág. 42.

⁹⁴ Tomás y Valiente, F., (2004) op. cit. pág. 501.

sistema mixto de separación y aislamiento durante la noche y trabajo en común durante el día, por grupos y clases. ⁹⁵

3.2.6 Real Decreto de 23 de diciembre de 1889.

Con fecha 23 de junio de 1881 se aprueba el Decreto por el que se crea el cuerpo de Funcionarios de Prisiones, “Cuerpo especial de empleados de establecimientos penitenciarios”, dividido en dos secciones: dirección y vigilancia y de administración y contabilidad.

Tan solo unos años más tarde, el Real Decreto de 23 de diciembre de 1889 implanta una colonia penal en Ceuta, permitiendo que los penados trabajen en obras particulares. Por lo demás en él se instaura un sistema progresivo de ejecución de penas de cuatro periodos: Periodo celular, en régimen de aislamiento, de seis a doce meses, según la condena; un segundo periodo de instrucción, con asistencia a la escuela y al trabajo en común en obras públicas y talleres, y aislamiento fuera de las horas de trabajo y enseñanza; tercer periodo intermedio, en el que se autoriza el trabajo libre de los penados en la ciudad, obras o campo contiguo, y pernoctando en el establecimiento penitenciario; y por último, un cuarto periodo denominado de circulación libre dentro de la colonia penitenciaria, pero de pernoctación en el lugar que se les designara fuera aquélla. ⁹⁶

3.2.7 Real Decreto de 3 de junio de 1901.

A pesar de la lamentable situación de las prisiones españolas, hemos de esperar al siglo XX para encontrar normas penitenciarias que plasmaran las doctrinas correccionalistas de Cadalso, Salillas y muy particularmente de Concepción Arenal. Habida cuenta de los magníficos resultados obtenidos por el Coronel Montesinos en el Presidio Correccional de Valencia, el *Decreto de 3 de junio de 1901* adoptó el

⁹⁵ Royo Vilanova, A., Elementos de Derecho Administrativo, Imprenta castellana, Valladolid, 1946, pág. 405.

⁹⁶ Arribas López, E., (2009), op. cit. pág. 39-40.

sistema progresivo, siempre y cuando sea posible, por lo que el de clasificación tendrá carácter supletorio. Este Real Decreto se caracteriza por dar acogida a los principios de ciencia penitenciaria y los métodos de aplicación seguidos en los países más adelantados en el campo de la reforma penitenciaria.⁹⁷

En esa línea se dictó el *Real Decreto de 18 de marzo de 1.903* en el que se afirma que el fin de la pena es la prevención general, huyendo de ideas puramente retribucionistas, por lo que la estancia en prisión tendrá necesariamente una finalidad de tratamiento rehabilitador del penado. Se han dejado sentir en esta norma las ideas de Fernando Cadalso y Dorado Montero.⁹⁸

3.2.8 Reglamento de 5 de mayo de 1913.

Preveía para el cumplimiento de las penas privativas de libertad, el sistema irlandés o de Crofton, con idénticos periodos a los contemplados en el Real Decreto de 1901, y en su defecto, se seguiría el de clasificación cuando lo impidiese el número de celdas disponible. Las prisiones eran clasificadas en Centrales, provinciales, y de partido. Las primeras se subdividían además en centrales, de mujeres, reformatorio de jóvenes, de y de sexagenarios.⁹⁹

Ley de libertad Condicional de 1914.

La *Ley de Libertad Condicional de 1914* ha sido calificada de forma mayoritaria por la doctrina penalista y penitenciaria como “*el primer Código Penitenciario español*”.¹⁰⁰

Desde un punto netamente formal se componía de 518 artículos, una disposición final y cinco disposiciones transitorias, que daban lugar a cuatro Títulos: El Personal

⁹⁷ Giménez Salinas I Colomer, E., “*Autonomía del derecho penitenciario. Principios informadores de la LOGP*”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº XXXIII. Derecho penitenciario, Madrid, 1995, pág. 73.

⁹⁸ García Valdés, C., “*Del presidio a la prisión modular*”, Opera Prima, Sistema editorial, Madrid, 1998, pág. 43.

⁹⁹ Arribas López, E., (2009), op. cit. pág. 43.

¹⁰⁰ Cuello Calón, E., “*Penología. Las penas y las medidas de seguridad. Su ejecución*”. Ed.Reus, Madrid, 1920, pág. 148.

de prisiones; De la Organización de los Servicios; El Régimen y Disciplina general de las prisiones; y el Régimen Económico de las prisiones, respectivamente.

Garrido Gúzman destaca que se trata del primer texto que regula de forma sistemática la materia penitenciaria¹⁰¹.

3.2.9. Reglamento de 24 de diciembre de 1928 y Reglamento de 14 de noviembre de 1930.

Como acertadamente recuerda Tomás y Valiente, cada régimen político, necesita su propio código penal¹⁰². El advenimiento de la dictadura de Primo de Rivera como consecuencia del golpe de Estado de 1923, supuso la promulgación del *Código Penal de 1928*. En su redacción intervinieron Galo Ponte, Inocencio Jiménez Vicente y Eugenio Cuello Calón. En él quedarán contenidas las teorías sobre los fines de la pena de Cuello Calón¹⁰³, influenciado por la “Terza scuola” italiana, y de Saldaña. Será necesario pues llamar la atención en esta norma penal de algunas consecuencias penitenciarias de la misma, como por ejemplo la “sentencia indeterminada” para los delincuentes habituales o incorregibles, y ciertas medidas rehabilitadoras, tales como los “bonos de cumplimiento” que suponían anticipar el momento de la libertad condicional.

Recibió el texto penal más críticas que opiniones favorables, como las que efectuó Jiménez de Asúa¹⁰⁴, calificándolo de “engendro”, llegando a afirmar que se trata una “obra de que merece la áspera censura”, como consecuencia de su rigor punitivo, al aplicar la pena de muerte en más casos que el código penal de 1870. Destacan Cerezo y Rodríguez Mourullo que a pesar de su carácter autoritario, supuso una inclusión positiva las medidas de seguridad. Quizás el más extremista de sus detractores fuera el propio Marino Barbero, que señala que tiene una impronta

¹⁰¹ Garrido Guzmán, L., (1983), op. cit. pág. 168.

¹⁰² Tomás y Valiente, F., (2004) op. cit. pág. 502.

¹⁰³ Conde Pumpido -Ferreiro, C. (2004), op. cit, pág. 43.

¹⁰⁴ Tomás y Valiente., (2004), op. cit. pág. 503.

totalitaria o fascista. A pesar de todo ello se mantuvo vigente hasta la llegada de la República.

Tanto el Reglamento para la aplicación del Código penal en los Servicios de Prisiones de 24 de diciembre de 1928, como en el Reglamento de los Servicios de Prisiones de 14 de noviembre de 1930, preveían la creación de una “Prisión Central de Incorregibles”. Este último consideraba, en su artículo 84, que el internamiento en ella constituía una medida de seguridad complementaria de la pena. Los reclusos en aquella tenían la obligación de pernoctar en la celda, principio celular, con reparto de las comidas en las celdas, supresión o limitación de las comunicaciones, y por supuesto una mayor severidad en la imposición de correcciones y sanciones. A tales efectos los internos eran clasificados en casos de “*multirreincidencia e incorregibilidad*, en virtud de sentencia condenatoria o de declaración de incorregibilidad por la Junta de Disciplina de las prisiones ex artículo 157 del Código Penal de 1928, y en casos de “*mala conducta-peligrosidad*”. Asimismo quedaban los internos sometidos a tres periodos: observación, ascenso y aislamiento, correspondiendo a la Junta de Prisiones la permanencia indefinida en cada uno de ellos.¹⁰⁵

Aunque de naturaleza reglamentaria, sí reguló el Reglamento de Prisiones de 14 de noviembre de 1930, de manera prolija el régimen jurídico de los funcionarios de prisiones es decir, el catálogo de derechos y obligaciones de los mismos, con especial atención a su ingreso, ascenso, traslados, recompensas y régimen disciplinario. Por otro lado, se continúa con sistema progresivo de ejecución de las penas privativas de libertad, siendo además las prisiones clasificadas en Centrales, Provinciales, y de partido. Las Centrales a su vez en Comunes y Especiales. Y estas últimas en las de jóvenes, ancianos, incorregibles y mujeres.¹⁰⁶

La proclamación de la II República, el 14 de abril de 1931, supuso la llegada del *Código Penal de 1932*, influyendo en su redacción Jiménez de Asúa, representante en nuestro país de la Escuela positiva italiana, los catedráticos de Derecho penal Ruiz Funes, Rodríguez Muñoz, y Antón Oneca, el psiquiatra Sanchís Banús y un joven

¹⁰⁵ Arribas López, E., (2009), op. cit. pág. 48-50.

¹⁰⁶ Giménez Salinas I Colomer, E., (1995), op. cit. pág. 73.

procesalista, de enorme importancia para la política de nuestro país, Niceto Alcalá-Zamora.¹⁰⁷

Algunos de los preceptos de la Constitución republicana de 9 de diciembre de 1931, incidían en el ámbito penal y se recogieron necesariamente más tarde en el Código Penal de 1932, como por ejemplo, cuando se reconoce en su artículo 28 de aquella que “*solo se castigarán los hechos declarados punibles por ley anterior a su perpetración*”, otorgando así rango constitucional al principio *nullum crimen sine lege*, y por otro lado, prohibiendo la pena de confiscación de bienes en su artículo 44.¹⁰⁸

En definitiva, el código republicano supuso la recepción del principio de humanización del derecho penal, que tiene su reflejo en la introducción de la inimputabilidad por enajenación mental o trastorno mental transitorio, fórmula debida a Sanchís Banús, la introducción de la sordomudez como eximente, y la reducción de circunstancias agravantes y la ampliación de las atenuantes; cuestiones netamente penales, pero de indudable repercusión en el ámbito penitenciario. Aunque se mantuvo la pena de muerte para los delitos de terrorismo y robo, como consecuencia de las revueltas revolucionarias de Asturias, por la Ley de 11 de octubre de 1934, sí se eliminaron los hierros y grilletes. A pesar de ello se efectúa por la doctrina penalista y penitenciaria un juicio global sobre el código de 1932 de carácter favorable, incluso por juristas nada proclives al régimen republicano, como Cuello Calón.¹⁰⁹

En el ámbito penitenciario sobresale la labor humanitaria (mediante la retirada de las cadenas, supresión de hierros y grilletes, mejoras en la alimentación, ropa para indigentes) de la Directora General de Prisiones, Victoria Kent, quien se preocupó además por la mejora de la selección de los funcionarios de prisiones.¹¹⁰

¹⁰⁷ Tomás y Valiente, F., (). op. cit. pág. 503.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ *Ibidem*, pág. 504.

¹¹⁰ García Valdés, C., Derecho penitenciario (Escritos 1982-1989), op.cit. pág. 17.

3.2.10 Reglamento de los Servicios de Prisiones de 5 de marzo de 1948.

Mediante Decreto se aprobó el Código Penal (texto refundido) de 1944 tras el alzamiento del General Franco y consiguiente Guerra española española . A pesar de producirse retrocesos en materia penológica al instaurarse la pena de muerte, debe reseñarse¹¹¹la posibilidad de redención de penas por el trabajo. En materia propiamente penitenciaria se estableció el régimen progresivo dividido en cuatro periodos sucesivos: Observación en régimen celular mixto (con un mínimo de treinta días), un segundo periodo de trabajo en comunidad (hasta que quede extinguida una cuarta parte de la condena); una tercera fase de readaptación social; y por último la fase de libertad condicional. A pesar de ello la doctrina venía reclamando mejoras de toda índole en la ya lamentable situación de los reclusos en los establecimientos penitenciarios.

El reglamento de prisiones de 1948 ha sido calificado como “ *el cénit de los regímenes restrictivos y aseguradores, por la dureza y severidad de las normas aplicables*”¹¹². Aquí se prevé, como ya ocurriera en el Reglamento de 1930, la creación de una Prisión Central de Inadaptados y una prisión Central de Multirreincidentes”. La primera de ellas hallaba su régimen jurídico en los artículos 119 a 121. Los reclusos allí confinados se alojaban en alguno de los tres pabellones en que se dividía el establecimiento penitenciario, y que se correspondían con los tres tipos de tratamiento: observación, con una duración no superior a seis meses, en régimen de silencio absoluto; “moderación”, donde apreciamos una cierta dulcificación de las condiciones de la fase de observación; y enmienda , a la que pasaban los penados que se hubiesen corregido. La permanencia en las fases de observación y enmienda lo determinaba la Junta de Régimen y Administración. Por lo demás los principios del tratamiento se reflejaban en una disciplina severa, trabajo sin derecho a remuneración, imposibilidad de libertad condicional y limitación y supresión de las comunicaciones orales y escritas.¹¹³

¹¹¹ Conde-Pumpido Ferreiro, C. (2004) op.cit, pág. 45.

¹¹² Arribas López, E., (2009) op. cit. pág. 50.

¹¹³ *Ibíd*em, pág. 52.

Por su parte los alojados en la Prisión Central de Multirreincidentes, era objeto de escasa atención por el Reglamento de 1948, al no establecerse las fases del tratamiento ni su duración. En su artículo 15 sí se establecía que serían destinados a la misma los reclusos que tuvieran antecedentes penales, esto es mulirreincendencia, habitualidad en el delito y vida depravada, así como los que se hubiesen evadido de otros establecimientos, y por último aquellos sobre los que se hubiesen efectuado observaciones consistentes en la posibilidad de convertirse en focos de perversión en los centros, por el medio social en que se habían desenvuelto en el exterior o afinidad y concomitancia con el delito.¹¹⁴

De todas formas debe destacarse que el lamentable estado de los centros penitenciarios de nuestro país como consecuencia de las ideas retribucionistas propias de un sistema autoritario¹¹⁵.

3.2.11 Reglamento Penitenciario de 2 de febrero de 1956.

Ha sido considerada una norma muy importante en el devenir del ordenamiento jurídico penitenciario, toda vez que ha servido de norma de enlace entre el régimen autocrático en el que ve la luz y la vigente Ley Orgánica General Penitenciaria.

De forma muy gráfica se ha dicho, que el Reglamento de 1956 entró en el túnel del tiempo con resabios propios de una legislación penitenciaria de principios del siglo XIX, para salir con el mérito de haber sentado algunas de las bases de un sistema de ejecución de la pena privativa de libertad, que en no pocas de sus características de fondo, se mantiene en los albores del siglo XXI.¹¹⁶

El origen de su nacimiento ha de buscarse en la necesidad de adecuar el derecho penitenciario español a las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas en el seno de las Naciones Unidas, en el primer Congreso sobre prevención

¹¹⁴ *Ibidem*, pág. 54.

¹¹⁵ Bueno Arús, F., "Las prisiones españolas desde la guerra civil hasta nuestros días, Cárceles de España, n° extra *Historia 16*, octubre 1978, pág. 114.

¹¹⁶ Arribas López, E., (2009) *op. cit.* pág. 56.

del Delito y tratamiento del Delincuente celebrado en en 1955 en Ginebra, lo que revela un cierto “*carácter humanista del nuevo texto reglamentario, pero adaptándolo, en nuestro caso, al concepto moral de la época propia de un Estado Confesional*”, como apunta Rodríguez Alonso.¹¹⁷

Si analizamos con detenimiento los artículos 1 y 2 del citado reglamento, parece desprenderse que la finalidad de las Instituciones Penitenciarias no era solo “*la mera retención y custodia de de los internos*” sino además “*también y primordialmente realizar sobre ellos una labor reformadora*”¹¹⁸.

Lamentablemente la praxis penitenciaria vendría a demostrar que la verdadera intención de los establecimientos penitenciarios de esta época era, por encima de la finalidad reformadora o resocializadora, el mantenimiento de la seguridad de los mismos, toda vez que dicha norma reglamentaria debe insertarse en un ordenamiento jurídico autocrático.

La citada norma reglamentaria se vio afectada por modificaciones de hondo calado: por el Real Decreto 162/1968 de 25 de enero, y por el Real Decreto 2273/1977 de 29 de julio, tanto en el sistema de ejecución de las penas privativas de libertad, como en los regímenes penitenciarios. El primero de ellos trajo consigo la creación de los Equipos de Observación y Tratamiento y que a la postre desembocaría en la creación del Cuerpo Técnico de Instituciones Penitenciarias mediante la Ley 30/1970 de 22 de diciembre, de Reestructuración de Cuerpos Penitenciarios, puesto que supuso la acogida del tratamiento científico y criminológico y la congruente flexibilización del sistema progresivo cuyos periodos cambian de denominación: reeducación,

¹¹⁷ Rodríguez Alonso, A., “Visión empírica de la evolución del sistema penitenciario español en los últimos tiempos. Situación actual.”, *Revista de Estudios penitenciarios*, nº 256-2012, págs. 67 a 79.

¹¹⁸ En el Reglamento de Servicios de Prisiones de 1956 en su artículo 1 se establece: “*Las Instituciones Penitenciarias que se regulan en este Reglamento tienen por objeto no sólo la retención y custodia de detenido, presos y penados en orden a la ejecución de las penas y medidas de seguridad, sino también y primordialmente a realizar sobre ellos una labor reformadora, con arreglo a los principios y orientaciones de la ciencia penitenciaria. La misión penitenciaria se ejercerá respetando la personalidad humana de los reclusos, así como los derechos e intereses jurídicos no afectados por la condena*”. Lo que es de aplaudir, pero a continuación añade en el artículo 2: “*Los establecimientos Penitenciarios se organizarán sobre la base de un régimen general 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*”.

readaptación social, prelibertad y libertad condicional. Además desaparecen los Establecimientos de incorregibles, multirreincidentes e indaptados, y con ellos, los regímenes limitadores y securitarios en ellos aplicados, recuerda Arribas López.¹¹⁹

La segunda modificación operada representó un serio intento de elaborar un estatuto jurídico el interno, al abrigo de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Trajo novedades dignas de mención como los beneficios penitenciarios, suavizó el régimen disciplinario, y la de *“atribuir una mayor intervención y protagonismo a las Autoridades Judiciales en la ejecución de las penas privativas de libertad, lo que supone un paso importante en orden a garantizar los derechos de los internos.”*¹²⁰

Antón Oneca ha señalado que el derecho penal de postguerra supuso la existencia de leyes represivas, incluso de carácter retroactivo, caracterizadas por su especial severidad en las sanciones y aplicación por Tribunales especiales, integrados por Generales, miembros de la Falange y algún magistrado, lo que repercutía terriblemente en las escasas garantías procesales de los juzgados, y a la postre, condenados. *“Lo que mejor podemos hacer respecto del citado periodo, que ya es historia, reciente y dolorosa, es desear y procurar que no se repita”*¹²¹.

3.2.13 Reglamento Penitenciario de 18 mayo de 1981.

El análisis del Real Decreto 1201/1981 por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, así como de las distintas normas reglamentarias (como por ejemplo el RD 787/1984, que suprime el régimen cerrado especial) que lo complementaron y modificaron, se efectuará en el capítulo siguiente, en el apartado correspondiente a las fuentes de los derechos de los reclusos.

¹¹⁹ Arribas López, E., (2009), op. cit. pág. 59.

¹²⁰ Rodríguez Alonso, A., (2012) op. cit. pág.71.

¹²¹ Tomas y Valiente, F., (2004) op.cit. pág. 505.

Lo mismo cabe decir respecto del vigente Reglamento Penitenciario aprobado en virtud del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, dictado en desarrollo de la vigente LOGP.

3.3 Proceso de internacionalización de los derechos de los reclusos.

Nuestra “lex superior” se hizo eco, en su artículo 10, del proceso de internacionalización de los Derechos Humanos y muy especialmente por el impulso que a los mismos les dió la adopción, en 1948, en el seno de las Naciones Unidas de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Como explica Reviriego Picón¹²², el germen de las actuales Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, lo constituye el intento en el seno de la Sociedad de Naciones de dotar a los reclusos de un referente normativo a nivel internacional. Por ello la Comisión Penitenciaria Internacional, en los años 20, fijó las reglas que contenían la regulación de las condiciones de los centros penitenciarios, y que fueron aprobadas unos años más tarde por la Quinta Comisión de la Sociedad de Naciones. Fruto de los trabajos que venimos reseñando, en 1955 el Primer Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra, aprobó las “Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos”, ratificadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones de 31 de junio de 1957 y de 13 de mayo de 1977.

El objeto de las citadas Reglas es, según sus observaciones preliminares, no describir de forma detallada un sistema penitenciario, sino establecer “los principios y reglas de una buena organización penitenciaria y de la práctica relativa al tratamiento de los reclusos”.

Desde un punto de vista formal se divide en “Observaciones preliminares” y dos partes, la primera, donde se contienen las “reglas de aplicación general”, a todos

¹²² Reviriego Picón, F., ¿Crisis de los sistemas penitenciarios europeos?, “. Revista de Derecho de la Unión europea, nº 16, 2009, pág. 242.

los establecimientos penitenciarios y a toda categoría de reclusos, y una segunda, aplicable a las categorías especiales de reclusos a los que se refiere cada sección: a) *condenados*, b) *reclusos alienados y enfermos mentales*, c) *personas detenidas o en prisión preventiva*, d) *sentenciados por deudas o por prisión civil*, e) *reclusos, detenidos o encarcelados sin haber cargos en su contra*. En este último apartado de las Observaciones se advierte que las Reglas Mínimas no se dirigen a organizar los establecimientos para los delincuentes juveniles, toda vez que parte de la premisa de que no debería condenarse a aquéllos a penas privativas de libertad.

La parte general contiene en su regla sexta un principio fundamental de igualdad en la aplicación de sus reglas y de prohibición de no discriminación, sin que en ningún caso puedan producirse diferencias de trato por la raza, el color, sexo, lengua, religión, opinión política, origen nacional o social, o fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

A continuación se sucede la proclamación de derechos de diversa índole:

-Reconocimiento del *principio celular* en su regla nº 9, de manera semejante a como lo hace nuestra legislación penitenciaria en el artículo 19 de la LOGP y el artículo 13 del Reglamento Penitenciario vigente, al establecer la necesidad de que los celdas o cuartos destinados al aislamiento nocturno no porán ser ocupados por más de un solo recluso, aunque razones especiales, tales como el exceso temporal de población carcelaria, se habilite la posibilidad de alojar a dos presos en una misma celda; el *derecho a la salud física y mental de los reclusos*, contenido en las reglas nº 22 a 26, que incluye la obligatoriedad en cada centro penitenciario de un médico de conocimientos psiquiátricos, así como que en los centros para mujeres deberán existir instalaciones especiales para el tratamiento de las reclusas embarazadas, de las que acaben de dar a la luz y de las convalecientes; derecho a la integridad física, proscribiéndose el uso de penas corporales o sanciones crueles inhumanas o degradantes, es decir, las antiguas penas aflictivas e infamantes en la terminología de Carrara¹²³; *derecho de*

¹²³ Conde -Pumpido Ferreiro, C. (2004) op.cit. pág. 381.

petición o de queja, plasmado en la regla n° 36, al facultar al recluso a presentar peticiones o quejas ante el Director del establecimiento o funcionario debidamente autorizado para representarle, al Insoector de prisiones durante su visita al Centro, y por supuesto ante cualquier Autoridad administrativa o judicial, debiendo sin demora ser examinada y obtener una respuesta equivocada; *derecho de comunicación con el exterior y de recibir información veraz*, toda vez que los reclusos podrán comunicarse periódicamente con familiares y amigos y tanto por correspondencia como a través del sistema de visitas, aunque con la adecuada vigilancia e incluso con representantes diplomáticos y consulares, cuando se trate de un recluso extranjero, como recogen las reglas n° 37 y 38; derecho a recibir información en la regla n° 39, que le permita estar en contacto con el mundo exterior, puesto que sigue siendo miembro de la sociedad, a través de revistas, diarios, publicaciones penitenciarias especiales, emisiones de radio, conferencias, siempre que sea debidamente autorizado y fiscalizado por la administración penitenciaria, derecho a la cultura, contenido en la regla n° 40, con la obligación de garantizar dicho derecho a través de la existencia de una Biblioteca en cada centro penitenciario y promoviendo el acceso de todos los internos a la misma con independencia de su categoría.

-Libertad religiosa, cuando en su regla n° 6 se obliga a respetar las creencias religiosas y los preceptos morales propios de la cultura o el colectivo al que pertenezca el recluso, *derecho a la propia imagen y al honor*, al exigirse que los reclusos a quienes no se le permita vestir sus propias ropas, reciban las adecuadas para mantenerle en buen estado de salud, sin que en ningún caso puedan ser degradantes y humillantes, como previene la regla n° 17.

Mención especial merecen, a mi juicio, las reglas 27 a 34 relativas a la *disciplina y sanciones*. En primera instancia se proclama el principio de legalidad de las sanciones, por cuanto solo se pueden castigar las conductas que constituyen infracción disciplinaria. Del mismo modo se proscriben las *sanciones e plano*, de modo que no será sancionado sin que previamente haya sido informado de la infracción que se le atribuye, y sin que pueda ejercer previamente su derecho de defensa, lo que exige la instrucción del preceptivo procedimiento. Es igualmente de alabar la prohibición de

sancionar dos o más veces a un mismo recluso por la misma infracción, dándose acogida así al principio *ne bis in idem*.

Es regulado con especial minuciosidad, en las reglas 31 y 32, la protección al derecho a la integridad física, al declararse que “*las penas corporales, encierro en celda oscura, así como toda sanción cruel, inhumana y degradante quedarán totalmente prohibidas como sanciones disciplinarias*”, así como que “*las aislamiento y reducción de alimentos solo se aplicarán cuando el médico, después de haber examinado al recluso, haya certificado por escrito que puede soportarlo*”.

Con la misma prolijidad, en la regla n° 33, como garantía de los reclusos, se contemplan los medios de coerción. Por de pronto las esposas, cadenas, grillos y camisas de fuerza no podrán aplicarse como sanciones, ni las cadenas o grillos como medios de coerción. Enumera la citada regla, de forma taxativa, que éstos solo podrán emplearse por razones médicas y a indicación del médico del establecimiento, como medida de precaución en caso de evasión durante un traslado, y por orden del Director para impedir que se cause lesiones a sí mismo, a otros reclusos o daños materiales.

Aunque fuera del capítulo reservado a disciplina y sanciones, que hemos desglosado *ut supra*, sería conveniente recordar que la regla n° 54 conmina a los funcionarios de prisiones a no recurrir al uso de la fuerza, salvo en aquellos casos en los que sea imprescindible, como pueden serlo la legítima defensa, tentativa de evasión, o resistencia por parte de un recluso a una orden contemplada en la ley o a nivel reglamentario.

Tal y como adelantamos al inicio de este apartado relativo a las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, junto a las Observaciones preliminares y la primera parte dirigida a todos los internos, existe una Segunda aplicable a *categorías especiales* de éstos: *reclusos alienados y enfermos mentales, personas detenidas o en prisión preventiva, sentenciados por deudas o a prisión civil, y reclusos detenidos o encarcelados sin haber cargos contra ellos*. Afortunadamente en nuestro ordenamiento penal ha desaparecido la “prisión por deudas” (aun cuando algún sector de la doctrina patria haya querido ver un resquicio de ella en el ingreso en prisión por el

impago de días-multa) por cuanto es incompatible con los postulados de un derecho penal moderno propio de un Estado de Derecho. En aquellos países en los que todavía se mantiene vigente, la regla nº 94 dispone que los internados en un centro penitenciario no serán sometidos a mayores restricciones ni tratados con mayor severidad que la necesaria para el mantenimiento del orden. Lo mismo cabe decir respecto de la categoría de los *reclusos, detenidos o encarcelados sin que hayan cargos en su contra*, de suerte que en nuestro país sería inconcebible, por cuanto vulneraría el artículo 24 CE, aunque las Reglas Mínimas, conocedoras de la realidad penal y procesal de otros países, prescribe que gozaran de la misma protección prevista en la Primera parte (que son las normas aplicables a todas las categorías de reclusos) y en la sección C de la Segunda parte.

Por otro lado las reglas nº 56 a 81 desarrollan las normas aplicables a los *condenados*. Comienzan proclamando en la regla nº 58 que *“el fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son proteger a la sociedad contra el crimen”*. Se declara además que para alcanzar tal fin el régimen penitenciario recurrirá al tratamiento individual de los reclusos (regla 59). En definitiva se pretende que el periodo de privación de libertad, que discurre dentro del centro penitenciario, permita que el condenado una vez finalizado, pueda vivir en libertad respetando la Ley. Queda patente pues, que las Reglas Mínimas atribuyen a la pena privativa de libertad una finalidad plenamente resocializadora, abandonando posiciones netamente retribucionistas o expiatorias. Lo establece de forma tajante la regla nº 65, cuando dispone que *“el tratamiento de los condenados penas o medidas de seguridad privativa de libertad debe tener por objetoinculcarles la voluntad de vivir conforme a la ley, mantenerse con el producto de su trabajo y crear en ellos la aptitud para ello.”* Para lograr tales propósitos se vale de la individualización del tratamiento, lo que supone indefectiblemente la clasificación del penado, previo informe, de los grupos de reclusos; prestando especial atención al derecho al trabajo penitenciario, que en ningún caso tendrá carácter aflictivo como obliga la regla 71, y a las medidas postpenitenciarias contenidas en las reglas en las reglas nº 80 y 81, que permitan en definitiva la consecución del objetivo a que tienden las instituciones penitenciarias: que los reclusos no están excluidos de la sociedad, sino que continúan formando parte de la misma.

Del mismo modo se ocupan las reglas nº 82 y 83 de los reclusos alienados y enfermos mentales, respecto de los que dispone que no deberán ser reclusos en prisiones y ser trasladados a establecimientos adecuados a los mismos, garantizándoles asistencia médica durante su estancia en prisión y atención psiquiátrica.

En lo que se refiere a las personas detenidas o en prisión preventiva prevén las reglas nº 84 a 93, que serán separados de los reclusos condenados y los acusados jóvenes de los adultos. Se les garantiza asimismo el derecho a la asistencia de letrado.

Estas Reglas Mínimas han sido objeto de revisión mediante Resolución nº 70/175, de fecha 17 de diciembre de 2015, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (previa propuesta de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal) por la que se producía la aprobación de las llamadas “Reglas Mandela” en homenaje de Nelson Rolihlahla Mandela, que permaneció en prisión durante 27 años, como consecuencia de su defensa de los derechos humanos de las personas de color durante el “apartheid” sufrido durante décadas en Sudáfrica, país del que a la postre sería el primer Presidente de raza negra.

Hemos de destacar en las mismas su afán de restringir los efectos negativos inherentes al encarcelamiento como recoge su Regla 4ª al establecer :”1. *El régimen penitenciario procurará reducir al mínimo las diferencias entre la vida en prisión y la vida en libertad que tiendan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a su dignidad como ser humano.*

2.La prisión y demás medidas cuyo efecto es separar a una persona del mundo exterior son aflictivas por el hecho mismo de que despojan a esa persona de su derecho a la autodeterminación al privarla de su libertad. Por lo tanto, a excepción de las medidas de separación justificadas y de las que sean necesarias para el mantenimiento de la disciplina, el sistema penitenciario no deberá agravar los sufrimientos inherentes a tal situación”.

Asimismo las Reglas Mandela pretenden reducir el efecto de desocialización que produce en los internos la pena privativa de libertad. Así dispondrá la Regla 5ª: “1.

El régimen penitenciario procurará reducir al mínimo las diferencias entre la vida en prisión y la vida en libertad que tiendan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a su dignidad como ser humano.”

Junto a las de las Reglas Mínimas, en el seno de las Naciones Unidas se han producido innumerables resoluciones tanto de la Asamblea General, como del Consejo Económico y Social (ECOSOC) respecto de los derechos de los reclusos:

-Conjunto de Principios para la Protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, mediante Resolución 43/173, adoptada por la Asamblea General el 9 de diciembre de 1988.

-Principios Básicos para el tratamiento de los reclusos Resolución 45/111, adoptada por la Asamblea General el 14 de diciembre de 1990.

-Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, aprobada por Resolución 45/113, adoptada por la Asamblea General el 14 de diciembre de 1990.

-Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, mediante Resolución 37/194, adoptada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 1982).

-Salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte a través de Resolución 1984/50, adoptada por el ECOSOC el 25 de mayo de 1984.

Pero como reconocen, en sus Observaciones preliminares, las propias Reglas Mínimas, la heterogeneidad de los países destinatarios y de sus poblaciones de reclusos, así como la gran variedad de condiciones jurídicas, sociales, económicas y geográficas existentes en todo el mundo, impiden su aplicación a todas las partes y en

todo momento, lo que propició que en el ámbito europeo vieran la luz, en 1973, las *Reglas Penitenciarias del Consejo de Europa*¹²⁴, actualizadas en 1973 y más recientemente el 11 enero de 2006, mediante Recomendación REC (2006)2 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, en la 952ª Reunión de Delegados de ministros. En su afán individualizador de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas, abogan por el respeto a los derechos de los reclusos y la finalidad resocializadora del cumplimiento de las penas privativas de libertad en sus nueve principios fundamentales. Llama la atención el profesor Reviriego¹²⁵ sobre dos aspectos esenciales a su juicio, como son el “proceso de personificación que se produce (*Las personas privadas de libertad deben ser tratadas en el respeto a los derechos del hombre, Regla 1ª*), así como la desaparición de sus principios fundamentales de la finalidad reinsertadora hasta el momento contenida en la regla tercera”. Adentrándonos en los *principios fundamentales* contenidos en las nueve primeras reglas, merece destacarse la segunda que dispone que “*las personas privadas de libertad conservan todos los derechos, salvo aquellos que les hayan sido retirados de acuerdo por la ley por su condición de condenados a una pena prisión o sometidos a prisión provisional*”.

Se ha sistematizado doctrinalmente por la doctrina, concretamente por Mapelli¹²⁶, los principios informadores de la ejecución de la pena privativa de libertad en la nueva versión de las Reglas Penitenciarias europeas:

- *Principio de reinserción social*, dándole, como consecuencia de las críticas y el fracaso de las pretensiones resocializadoras, una nueva formulación de los fines preventivo especiales. No extraña, pues, que las nuevas reglas no hagan mención en ningún momento a la reeducación o resocialización.
- *Principio de normalización social*, que tiene su fundamento en la regla nº 5, cuando dispone que “*la vida en la prisión se adaptará en la medida de*

¹²⁴ Reviriego Picón, F., (2009) op. cit. pág. 242.

¹²⁵ Ibídem, pág. 242.

¹²⁶ Mapelli Caffarena, B., “Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 8- r1, 2006.

los posible a los aspectos positivos de la vida en el exterior de la prisión". No hay razón, indica el citado autor, para que la vida dentro de una prisión se trate de prisionalizar, antes al contrario debe lograrse la normalización social, a la que se llega más por los caminos de la humanización del castigo que con pretensiones rehabilitadoras. Para ello es preciso reforzar las relaciones fluidas sociedad/prisión.

- *Principio de legalidad*, que impide que ningún reglamento o disposición de rango inferior pueda restringirse el ejercicio de los derechos de los condenados. Como analizaremos en el capítulo cuarto de este trabajo, baste ahora decir que no se ha llevado hasta sus últimas consecuencias en nuestro país, especialmente en el caso de los Ficheros de internos de especial seguimiento (FIES), o en la tipificación de infracciones disciplinarias en el ámbito el procedimiento sancionador penitenciario.

- *Control judicial*. Si ha recibido una fervorosa crítica la redacción de la regla nº 9, al establecer que *"todas las prisiones deben ser objeto de una inspección gubernamental regular, como de un control por parte de una autoridad independiente"*. Comparto la opinión de Mapelli, por cuanto por exigencia de los principios ineludibles del Estado de Derecho, es preceptivo que el control en la ejecución de las penas privativas de libertad, no se efectúa por una autoridad independiente sino por un órgano judicial, toda vez que las personas reclusas se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad. A ello cabría añadir que aunque la ejecución de las penas privativas de libertad en nuestro país estén residenciadas en la Administración penitenciaria, su actividad, queda sujeta al control judicial por mandato del artículo 103 CE, al proclamar el sometimiento del Estado y de todos los poderes públicos al ordenamiento jurídico, y del artículo 106 CE, al control de los órganos jurisdiccionales. Sobre la polémica doctrinal acerca de la naturaleza judicial o administrativa de la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad, me remito al capítulo séptimo de esta tesis.

Desde un punto de vista formal se estructura en un Preámbulo y 108 reglas que se distribuyen en 9 Partes o Títulos, que son los siguientes: Principios fundamentales (1 a 13), Condiciones de detención(14 a 38), Salud (39 a 48), Buen orden (49 a 70), Dirección y Personal (71 a 91), Inspección y Control (92 a 93), Preventivos (94 a 100), Objetivos del régimen de los detenidos y penados (101 a 107), Actualización de las Reglas (108).

Sin embargo a pesar de dicha declaración de intenciones, contenida en los principios fundamentales, las Reglas Penitenciarias europeas han sido objeto de severas críticas por la doctrina penal y penitenciaria española. Así, Téllez Aguilera¹²⁷ dirá que la nueva versión es consecuencia del pulso tembloroso de políticos timoratos, produciéndose un texto normativo caracterizado por la potenciación regimental, de un lado, y la relativización de los derechos y garantías de los reclusos, por otro. Llega aun más lejos cuando afirma que *“la huella el derecho penal del enemigo ha llegado al humanista Consejo de Europa, ahora totalmente despreocupado de los temas tratamentales”*.

Otro hito en el proceso de internacionalización de los derechos humanos, y en particular de los derechos de los reclusos, lo constituye el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, auspiciado en el seno de las Naciones Unidas, el 19 de diciembre de 1966, y que ha acabado formando parte del ordenamiento español¹²⁸ en los términos del artículo 96 de nuestra “norma normarum”. De entre sus preceptos, y en lo que al objeto de este trabajo se refiere, es de vital importancia la declaración del artículo 7, relativa a la prohibición de sometimiento a persona alguna a tortura o penas o tratos inhumanos o degradantes, y que se completa, en el ámbito penitenciario, con la contenida en el artículo 10, al exigirse que *“toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el debido respeto a la dignidad inherente al ser humano”*. En consonancia con cuanto venimos diciendo, el apartado tercero del citado precepto recalca la finalidad resocializadora de las penas privativas de libertad, señalando que *“el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la recaptación social de los internos”*. Se garantiza asimismo

¹²⁷ Téllez Aguilera, A., “Las nuevas Reglas Penitenciarias del Consejo de Europa,” Edisofer, Madrid, 2006, pág. 7.

¹²⁸ BOE nº 103, de 30 de abril de 1977.

la separación de los procesados de los condenados, y en cada una de estas categorías, los menores de los adultos. Por su parte el artículo 8 proscribía la esclavitud, la servidumbre, y los trabajos forzados, sin perjuicio de reconocer el derecho al trabajo de los internos en los centros penitenciarios, que en ningún caso tendrá carácter aflictivo. Aunque no se mencione *expressis verbis*, se recoge el procedimiento *habeas corpus*, a los efectos de que cualquier persona privada de libertad en virtud de detención o en prisión pueda poner en conocimiento de un órgano jurisdiccional su situación, a fin de que verifique la legalidad de su situación de restricción de libertad.

No podemos abandonar este apartado sin mencionar al menos otros instrumentos internacionales en el citado proceso de internacionalización, como lo fueron la *Convención contra la Tortura y otros tratos o penas inhumanas o degradantes, de 10 de diciembre de 1984*, adoptada por las Naciones Unidas, y que fue objeto de ratificación por Estado español en los términos del artículo 96 CE; o ya en el ámbito europeo el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, en el seno del Consejo de Europa y que también forma parte del derecho interno español.

Precisamente la *Convención contra la Tortura y otros tratos o penas inhumanos o degradantes*, de 10 de diciembre de 1984, en la que se obliga a los Estados signatarios, a tomar todas las medidas necesarias y de toda índole para garantizar en el territorio bajo su jurisdicción no se producirán actos constitutivos de tortura o penas o tratos inhumanos o degradantes.

Por su parte el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*, dado en Roma el 4 de noviembre de 1950¹²⁹, prohíbe expresamente el sometimiento a tortura o a penas o tratos inhumanos o degradantes, así como la realización de trabajos forzados, en sus artículos 3 y 4. De los numerosos Protocolos de los que ha sido objeto de modificación, debe reseñarse sobremanera el nº 6, en que se determina que “*queda abolida la pena de muerte. Nadie podrá ser condenado a tal pena ni ejecutado*”.

¹²⁹ BOE nº 243, de 10 de octubre de 1979.

En última instancia, y ahora dentro del ámbito de la Unión Europea, hemos de reseñar la existencia de la Carta de los Derechos Fundamentales, hecha en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007, publicándose en el Diario Oficial de la Unión Europea nº C. 303, de 14 de diciembre de 2007, y produciéndose su entrada en vigor el 1 de diciembre de 2007. Este instrumento sustituye, desde el mismo día de su publicación, a la Carta proclamada el 7 de diciembre del año 2000. Sin embargo y respecto a nuestro país, debe tenerse en cuenta que con anterioridad al Tratado de Lisboa, el artículo 2 de la LO 1/2008 de 30 de julio ya disponía:

“A tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución española y en el apartado 8 del artículo 1 del Tratado de Lisboa, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales publicada en el «Diario Oficial de la Unión Europea» de 14 de diciembre de 2007”.

Sin perjuicio de que el artículo 2 proteja el derecho a la vida de toda persona, por lo que nadie puede ser condenado a pena de muerte ni ejecutado, merece la pena transcribir, por su trascendencia para el objeto de esta tesis, el artículo 4 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que proclama solemnemente que : *“Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”*, así como el artículo 5 que decreta que nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre; nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio; prohibiéndose la trata de seres humanos.

Innovadora, es sin duda, la propuesta de Baras González,¹³⁰ relativa al *“Espacio Penitenciario Europeo”* (incardinado dentro del Derecho Penitenciario Europeo) que implica primordialmente la superación de una Unión Europea basada exclusivamente en materias económicas, y la necesidad de internacionalizar el Derecho Penal y el Derecho de Ejecución de Penas (Derecho Penitenciario), mediante la imprescindible

¹³⁰ Baras González, M., “Espacio penitenciario Europeo”, Premio Nacional Victoria Kent, año 2012, Premio Accésit, pág. 239.

conexión con el Derecho Internacional y especialmente, con el Derecho de la Unión Europea.

Como describe el citado autor, se compone el “*Espacio Penitenciario Europeo*” de las leyes penales y penitenciarias de los Estados miembros; resoluciones del Consejo de Europa y demás normas internacionales sobre la materia y los Derechos Humanos; la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; en la Decisión marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea; la Decisión marco 2008/947/JAI del Consejo, de 27 de noviembre 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas; la Decisión marco 2009/829/JAI del Consejo de 23 de octubre de 2009 relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional; la Decisión marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias; la orden europea de detención y entrega y en los Tratados y el Derecho derivado.¹³¹

La Decisión Marco 2008/909/JAI fue modificada por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo de 26 de febrero de 2009, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparencia del imputado.

Debo dejar constancia de que en nuestro país se ha dictado recientemente la LO 23/2014, de 20 noviembre de Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, que regula en su Título III las resoluciones para el cumplimiento de penas o medidas de libertad. Esta norma viene a incorporar a nuestro ordenamiento jurídico la Decisión Marco 2008/909/JAI de 27 de noviembre, modificada, como

¹³¹ *Ibíd*em, pág. 240.

hemos indicado, por la Decisión Marco 2009/299/JAI de 27 de febrero, que permite que una resolución condenatoria dictada en Estado miembro sea ejecutada en otro Estado Miembro, con el fin de facilitar así la reinserción social del condenado. Por tanto las autoridades judiciales españolas podrán transmitir sentencias condenatorias a otros Estados miembros, cuando en ellas se impongan penas o medidas privativas de libertad y se cumplan las condiciones señaladas por la Ley, debiendo asimismo ejecutar aquellas que le hayan sido transmitidas.

3.4. Nacimiento y evolución de los sistemas penitenciarios, y su relación con los fines de las penas privativas de libertad.

El impulso reformador europeo se dejó notar en el movimiento penitenciario norteamericano. En ese país se ensayaron dos sistemas penitenciarios durante el siglo XVIII y XIX, que luego se exportaron a Europa: el sistema Pensilvánico o Filadélfico y el Auburniano. Ambos tienen como denominador común su preocupación por economizar y racionalizar los presupuestos y la pena. Asimismo desaparecen en apariencia el aspecto tenebroso de los edificios y surge una arquitectura original con formas sugestivas (radiales, panópticas, circulares). Sin embargo en su interior las condiciones físicas y psíquicas de los penados no iban a encontrar mejores condiciones para un desarrollo equilibrado de la personalidad, lo que se debe en gran parte a que los dos sistemas calmaban la conciencia de los ciudadanos al comprobar el empeño cívico-religioso que los inspiraba.¹³²

3.4.1 Sistema Filadélfico o Pensilvánico.

El sistema Pensilvánico o Filadélfico nace en la segunda mitad del siglo XVIII y está basado en las ideas religiosas de los cuáqueros, e influenciado por las ideas del penitenciarista John Howard. Se implantó primero en el patio de la prisión de Walnut Street Jail, para aproximadamente unos treinta penados y más tarde en la Eastern

¹³² Mapelli Caffarena, B., Terradillos Basoco, J., “Las consecuencias jurídicas del delito”, Civitas, Madrid, 1990, pág. 58.

Penitenciary, en Pittsburg, de planta panóptica. Caracterizado fundamentalmente por el aislamiento continuado en celda durante el día y la noche, y desocupación y silencio absoluto. De esta manera afirmaba su fundador, W. Penn, que el penado podía encontrar más fácilmente esa parte de de Dios que todo el mundo lleva dentro.¹³³

Como características del modelo filadélfico, se señalan doctrinalmente: aislamiento celular diurno y nocturno: ausencia de visitas exteriores salvo las del director, maestro, capellán y miembros de las Sociedades de Philadelphia para ayuda a los presos, ociosidad casi total al principio, posteriormente permitirían el trabajo en la celda que resultaría nada saludable y productivo, buena higiene y alimentación, carácter ético-religioso del sistema donde, sólo a través del aislamiento y la penitencia, los reos podrían encontrar la paz con Dios y consigo mismos, férrea disciplina beneficiada por la arquitectura celular del edificio y la falta relación entre los reclusos.

Durante el siglo XIX, el experimento filadélfico fue considerado por los gobiernos europeos como “el invento del siglo”.¹³⁴

Por el contrario hemos de dejar constancia que mucho se ha criticado por parte de la doctrina el sistema filadélfico. Entre los detractores más destacados encontramos a Ferri, que lo cataloga como “una de las aberraciones del siglo XIX”¹³⁵.

Se ha dicho de este sistema que conducía a “la creación de seres débiles y resentidos, inadaptados a la sociedad cuando eran liberados, quedando de otro lado la salud de los internos seriamente dañada por causas que son fáciles de deducir”.¹³⁶

3.4.2 Sistema Auburniano.

Los orígenes del sistema auburniano, también conocido como mixto o sistema de silencio (*syilent system*) los encontramos en la ciudad de Nueva York, concretamente en la prisión de Newgate, inaugurada en 1799. A partir de las críticas al

¹³³ *Ibidem*, pág 59.

¹³⁴ Garrido Gúzman, L. “Manual de Ciencia Penitenciaria”, Edersa, Madrid, 1983, pág. 132.

¹³⁵ Ferri, E., “Sociología Criminal”, T.II, Madrid, pág 317.

¹³⁶ Conde-Pumpido Ferreiro, C., “Derecho Penal, Parte General, 1990, pág. 597.

sistema penitenciario pensilvánico se ensayará un nuevo sistema, que basado en las ideas de mejora y expiación, permitiera a los internos un trabajo en común durante el día aunque en silencio absoluto y durante la noche cada uno ocupaba una celda individual.¹³⁷

Para su creador, Lynds, este sistema contaba con las siguientes ventajas: Economía en la construcción, reducción de gastos mediante trabajo en colectividad, evitar los malos efectos del aislamiento completo, evitar el contagio moral mediante la regla del silencio absoluto.¹³⁸

Como inconvenientes, podemos llegar a la conclusión, como así lo hace la práctica totalidad de la doctrina científica, del carácter inhumano de la regla del silencio, así como que el régimen era especialmente duro, dado que cualquier infracción se castigaba con penas corporales.¹³⁹

Como señala Téllez Aguilera, el sistema auburniano tenía como propósito evitar los resultados del sistema anterior donde se dio lugar una serie de seres alienados, llenos de complejos, antisociales víctimas del aislamiento, inclusive durante años, pero resultó igualmente un fracaso.¹⁴⁰

En lo que se refiere a nuestro país el sistema celular se plasmó en los textos de 1844, 1876, 1833, mientras que el sistema auburniano tuvo eco en disposiciones legislativas de 1849 y 1961, construyéndose en Vitoria, en 1861, la primera prisión celular.¹⁴¹

Entre la doctrina española se mostró especialmente partidaria del sistema auburniano, la correccionalista Concepción Arenal,¹⁴² consistente en dormitorios

¹³⁷ *Ibíd.*, pág. 59.

¹³⁸ *Ibíd.*, pág. 60.

¹³⁹ *Ibíd.*, pág. 60.

¹⁴⁰ Téllez Aguilera, A., *“Los sistemas penitenciarios y sus prisiones, Derecho y Realidad”*, Edisofer, Madrid, 1981, pág. 74.

¹⁴¹ *Ibíd.*, pág. 60.

¹⁴² Rico Lara, M., *“Concepción Arenal: La utopía realizada”*, Boletín Oficial del Ministerio de Justicia. Año XLVIII, nº 1700, 1994, pág. 117.

aislados y trabajo en común durante el día, bajo la regla del silencio, contraponiéndose al filadélfico.

3.4.3 Sistema Reformatorio o de Elmira.

En Estados Unidos nacería en la segunda mitad del siglo XIX, un movimiento penitenciario preocupado por reformar a los delincuentes jóvenes¹⁴³, en concreto de edades comprendidas entre los dieciséis y treinta años. Surge así el Reformatorio de Elmira, que bajo la dirección de Brockway en 1876, constituirá un antecedente de los ideales de rehabilitación del condenado a través del tratamiento.¹⁴⁴

Como señala Gudín Rodríguez-Magariños, el objetivo de los sistemas reformativos era lograr la readaptación del interno, combinándose con el sistema de la pena relativamente indeterminada. Concluirá, el citado autor, que en ese momento histórico podría considerarse al país norteamericano como un “laboratorio de seres humanos”.¹⁴⁵

Esta institución carcelaria tendría su réplica femenina en el “*reformatory de Hermon*”, como nos explica Royo Vilanova.¹⁴⁶

Dorado Montero nos cuenta, en su monografía, que se caracterizaba dicho sistema por la utilización de someter a los internos a enseñanza religiosa, instrucción, y trabajos, métodos físicos y trabajo.¹⁴⁷

¹⁴³ Tamarit Sumalla, J:M, (2005), op. cit. págs. 25-26.

¹⁴⁴ *Historia de las prisiones: teorías economicistas, crítica (curso de doctorado)*, García Valdés, C (Dir.), Edisofer, Madrid 1997, pág. 17.

¹⁴⁵ Gudín Rodríguez-Magariños, F., “Capítulo Introducción. Historia de las Prisiones” pág. 13, disponible en “<http://ocw.innova.uned.es/ocwuniversia/derecho-constitucional/derecho>”

¹⁴⁶ Royo Vilanova, A., “*Elementos de Derecho Administrativo*”, Imprenta castellana, Valladolid, 1927, pág. 411.

¹⁴⁷ Dorado Montero, P., “El reformatorio de Elmira”, La España Moderna SA, Madrid, pág. 34 (Reproducido por Analecta E. , Pamplona , 2000).

Cierto sector doctrinal, como Tamarit Sumalla, ha creído ver en el sistema de Elmira un cuarto sistema penitenciario, junto al filadélfico, auburniano, progresivo y de individualización científica.¹⁴⁸

3.4.4 Sistema de Maconochie.

El capitán de la marina Alexander Maconochie puso en práctica en la isla australiana de Norfolk, a la que se deportaban a los criminales más perversos y especialmente reincidentes, en 1840, como gobernador un nuevo sistema penitenciario. Se concebían tres periodos: el de prueba o aislamiento absoluto; el de trabajo común durante el día y en régimen de silencio y aislamiento celular de noche (durante el cual se empleaban el sistema de vales para premiar la buena conducta de los reclusos¹⁴⁹), y en último lugar el de libertad condicional.

El sistema de Norfolk fue exportado a Londres, a la prisión de Pentoville en 1842, estableciéndose tres fases al cumplimiento de la pena de prisión. Un aislamiento continuado, seguido de un tramo consistente en recluir al penado en las llamadas “*public work houses*” con trabajo diurno y un aislamiento celular nocturno. A lo que se añadía un tercer periodo que se alcanzaba el cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena.¹⁵⁰

Sin embargo, la consecuencia de la aplicación del sistema de Maconochie en Inglaterra fue una incesante masificación carcelaria, como consecuencia de la suspensión del sistema de deportación a las colonias británicas.¹⁵¹

¹⁴⁸ Tamarit Sumalla, J.Mª, (2005), op. cit. pág. 24,

¹⁴⁹ Muñoz Pereira, J.G., “Recepción en Europa de los sistemas penitenciarios norteamericanos”, *Historia de la Prisión: Teorías economicistas, crítica*, García Valdés, C. (dir.) Eisofer, Madrid, 1967, pág. 168.

¹⁵⁰ Mapelli Caffarena, B., Terradillos Basoco, J., (1990), op. cit., pág. 60.

¹⁵¹ Tellez Aguilera, A., “Los sistemas penitenciarios y sus prisiones”, pág. 81.

3.4.5 Sistema de Obermayer

En Alemania, fue George Michael Von Obermayer, Director de la prisión de Munich desde 1830 el que experimentaría su sistema progresivo a partir de 1842.

Se estructuraba en tres periodos: una primera de vida en común con obligación de silencio, una segunda donde el penado formaba parte de un grupo de unos treinta reclusos de diversa índole; y en tercer lugar la libertad anticipada, fruto del trabajo y una buena conducta.¹⁵²

3.4.6 Sistema progresivo irlandés: Crofton.

El conocido como *sistema irlandés* fue utilizado por el Director de Prisiones de Irlanda, Sir Walter Crofton, su creador en 1851. Este sistema se dividía igualmente en tres fase o periodos: el primero de ellos en régimen cerrado, el segundo en centros intermedios (*intermediate prisión*) y el tercero en libertad condicional. Durante el segundo se emplearon técnicas muy progresistas para su época, como la disciplina atenuada, trabajos en el exterior preferentemente agrícola y comunicación con la población libre.¹⁵³ Este sistema se extendió a varios países como Italia, Noruega y Rumania, tal y como narra Cuello Calón.¹⁵⁴

Royo Vilanova destaca que el sistema era progresivo dividiéndose las fases del tratamiento en cuatro grados, el tercero de los cuales los presos viven en el establecimiento pero trabajan fuera de él.¹⁵⁵

3.4.7 El sistema progresivo español: Coronel Montesinos.

Según Bernaldo de Quirós, el sistema penitenciario ideado por el Coronel Montesinos constituyó “un hito español” en en la historia del penitenciarismo

¹⁵² Garrido Guzmán, L., “Manual de Ciencia penitenciaria, Edersa, Madrid, 1983, pág. 135.

¹⁵³ Cuello Calón, E., “*La moderna penología*”, Bosch, Barcelona, 1974, pág. 314.

¹⁵⁴ Cuello Calón, E., “Derecho Penal”, T. I, Parte General, Bosch, Barcelona, 1945, pág. 673.

¹⁵⁵ Royo Vilanova, A., (1927), op. cit. pág. 404.

español.¹⁵⁶ Será el propio Crofton el que atribuyera la paternidad del sistema progresivo a Montesinos en el Congreso Internacional de Londres de 1872, dirá el citado autor mejicano.

El Director del Presidio de Valencia dividía el periodo de internamiento en tres periodos: el de hierros o de aislamiento, el desempeño de oficios de entre los que se llevaban a cabo en el presidio, y el de libertad intermedia, mediante la prestación de un trabajo en libertad en la ciudad.

El profundo humanismo del sistema de Montesinos queda reflejado en sus palabras: *“El objeto de los castigos no es la expiación del crimen sino la enmienda, porque el oficio de la justicia no es vengar sino corregir”*.¹⁵⁷

El sistema de Montesinos, recuerda Salillas, dio tan buenos resultados que ha sido considerada un milagro de la ciencia penitenciaria: la disciplina de más de mil penados era mantenida sin necesidad de cerrojos ni de guardias, y la reincidencia llegó a anularse en los últimos años.¹⁵⁸

En definitiva todos estos modelos vinieron a satisfacer las tendencias humanizadoras nacidas por impulso del pensamiento ilustrado.¹⁵⁹

3.5 Algunos autores influyentes en la configuración de los sistemas penitenciarios: Jonh Howard y Jeremy Bentham.

El autor que más ha influido en los sistemas penitenciarios y muy especialmente en las condiciones de vida de los reclusos, y de sus derechos, ha sido sin lugar a dudas John Howard.

¹⁵⁶ Bernaldo de Quirós, C., *“Cursillo de Criminología y Derecho penal”*, Ciudad Trujillo, México, 1940, pág. 210.

¹⁵⁷ Montesinos y Molina, M., *“Bases en las que se apoya mi sistema penal”*, REP n° 159 (homenaje al Coronel Montesinos) octubre-diciembre, 1962, pág. 290.”.

¹⁵⁸ Gudín Rodríguez-Magariños, F.: Capítulo “Introducción: Historia de las prisiones”, pág. 25, [“http://ocw.innova.uned.es/ocwuniversia/derecho-constitucional/derecho”](http://ocw.innova.uned.es/ocwuniversia/derecho-constitucional/derecho)

¹⁵⁹ Mapelli Caffarena, B., Terradillos Basoco, J., (1990), o. cit., pág 61.

El británico publica una obra titulada “El estado de las prisiones de Inglaterra y Gales” (The states of prisons of England and Wales”) en 1777, siendo definido como “*El evangelio de la reforma penitenciaria*”. Este autor es el que más ha influido en el progreso y humanización de las cárceles y en la concepción del sistema penitenciario.¹⁶⁰

Howard fallece como consecuencia de la fiebre carcelaria o tifoidea (tifus exantemático) que contrajo visitando las cárceles de mediomundo: Marsella, Nápoles, Malta, Levante, Venecia, San Fernando del Jarama, Rusia, Suecia, Ucrania, muriendo en la ciudad de Kerson en 1790. En el curso de tales viajes, conocidos como la *geografía del dolor*,¹⁶¹ y a la vista del lamentable estado de la inmensa mayoría de los establecimientos visitados: propugna que deben darse una serie de condiciones: cárceles higiénicas, para evitar enfermedades y epidemias; separación de condenados por delitos mayores de los que los sean por delitos menores; incentivación del trabajo; y por último adopción del sistema celular, mediante el aislamiento del condenado en una celda, eliminando la promiscuidad y corrupción moral de los presos.

Por su parte el jurisconsulto y filósofo Jeremy Bentham (creador del utilitarismo) en su obra “*Panóptico*” ofrece, desde un punto de vista arquitectónico, su visión de como debiera ser una cárcel. Debía tener forma semicircular, donde los penados se encontrarían expuestos a la vigilancia de los guardias o “inspectores”, más no a la inversa. Crea una cárcel con pabellones en forma de abanico con una torre central que permitiría a un solo guardián vigilar a todos los condenados, sin que éstos puedan verlo a aquél.¹⁶²

¹⁶⁰ Gudín Rodríguez-Magariños, F., “Capítulo Introducción.Historia de las Prisiones” pág. 13, disponible en “<http://ocw.innova.uned.es/ocwuniversia/derecho-constitucional/derecho>”

¹⁶¹ García Valdés,C., “Introducción a la penología”.Instituto de Criminología de la Universidad complutense. Madrid, 1981,pág. 113.

¹⁶² Gudín Rodríguez- Magariños, F., “Capítulo Introducción: Historia de las prisiones”,disponible en “<http://ocw.innova.uned.es/ocwuniversia/derecho-constitucional/derecho>” pág. 16. Además de su aportación primordial al mundo penitenciario, fue autor de otras dos obras: “*Rationale punishment and rewards*” (Teoría de las penas y recompensas) y “*Principes of penal law*”. De forma injusta, a juicio de Rodríguez –Magariños, se ha considerado a Bentham como el “*creador de los principios del derecho penitenciario en orden a obtener la rehabilitación*”.

Como consecuencia de la situación en la que se encontraban las cárceles de su época, pretendió buscar una solución que permitiera mejorar la vigilancia de los internos.¹⁶³

Desde su visión utilitarista, propugna un establecimiento penitenciario con mayor seguridad y economía, permitiéndole, gracias a su diseño, avanzar en su reforma moral mejorando su buena conducta.¹⁶⁴

Con posterioridad a Bentham (1748-1832), el creador de la Sociología Criminal, en 1907, escribía sobre el Panóptico, que consistía en “*galerías en forma de radios que permitan a un solo vigilante, colocado en el centro de esta formidable colmena humana, inspeccionarla toda entera*”.¹⁶⁵

Con sentido más crítico Foucault, resalta de la estructura del Panóptico que impide la comunicación de cualquier tipo, por cuanto el interno no puede ver a quien le vigila, pero tampoco ver a los demás condenados, impidiéndose así cualquier tipo de conspiración colectiva o de complot entre aquéllos. Por ello el citado autor no dudó en calificar el Panóptico de Bentham como un “*cruel ingenio o jaula cruel*”.¹⁶⁶

3.6. Diversas de formas de contemplar los modelos penal-penitenciarios: clases de cárcel.

Permitáseme la licencia de tomar prestada la denominación parcial de este epígrafe, de un apartado de la obra de Rivera Beiras publicado en este ejercicio, donde desgrana las diferentes modelos de gestión y de gobierno de las cárceles, poniéndolas

¹⁶³ González Parra, R., “Jeremy Bentham. Utilitarismo y su influencia en la reforma del sistema penitenciario”, *Historia de las prisiones: teorías economicistas, crítica (curso de doctorado)*, García Valdés, C (Dir.), Edisofer, Madrid 1997, pág. 138.

¹⁶⁴ *Ibíd.*, pág. 138.

¹⁶⁵ ¹⁶⁵ Gudín Rodríguez- Magariños, F., “Capítulo Introducción: Historia de las prisiones”, pág. 16, disponible en <http://ocw.innova.uned.es/ocwuniversia/derecho-constitucional/derecho>.

¹⁶⁶ Foucault, M., “Vigilar y castigar, 1975, S. XXI, Madrid, 1978, pág. 203.

en relación con los diferentes sistemas penitenciarios y las finalidades de la pena privativa de libertad que han venido a cumplir.¹⁶⁷

En particular clasifica los modelos penal-penitenciarios en los siguientes que a continuación se relacionan:

- *Modelo de cárcel terapéutica*: Aunque hunde directamente sus raíces en la ideología positivista y correccionalista tanto europea (*Scuola positiva* italiana) como norteamericana (*New Penology* emanada del Congreso de Cincinnati de donde emergió el *Elmira System*), en puridad sus antecedentes se encuentran en los ideales píos de cuáqueros, católicos y demás seguidores de la idea penitencial. Cuando más tarde la penología la bautizó con el nombre de prevención especial positiva se presentó con finalidad de servir a la curación, corrección y rehabilitación de presos enfermos y desviados; lo que al mismo tiempo constituyóla falacia central sobre la que se constituyó la cárcel terapéutica: *enseñar a vivir en libertad privando de la misma a sus destinatarios*.¹⁶⁸

Ésta y muchas otras razones supusieron el abandono de la cárcel terapéutica, en el propio ámbito donde había surgido, el de la cultura penal norteamericana en la primera mitad de los años setenta, justo cuando en Italia, Alemania y España, esa finalidad era adoptada por sus primeras leyes penitenciarias de 1975, 1976 y 1979.¹⁶⁹

- *Modelo de cárcel eficiente*: Se trata de un modelo de cárcel que solo busca el buen funcionamiento del gobierno de la institución carcelaria, desprovista de un recurso de legitimación externa. Esta vinculada a las

¹⁶⁷ En concreto de la Primera parte, (Bases teóricas para un efectiva descarceración) epígrafe primero, Rivera Beiras, I., “*Descarceración. Principios para una política pública de reducción de la cárcel (Desde un garantismo radical)*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017. Tendremos ocasión de detenernos en este trabajo, con más minuciosidad, en el capítulo décimo de esta tesis, donde analizaré como se está produciendo en las modernas políticas penitenciarias una vuelta a los fines puramente retributivos de la pena privativa de libertad, así como, al mismo tiempo, un movimiento anti carcelario europeo, cuyo exponente en nuestro país bien podría ser la obra citada del profesor de la Universidad de Barcelona.

¹⁶⁸ Rivera Beiras, I., (2017), op. cit., págs. 29-30.

¹⁶⁹ *Ibíd*em, pág. 31.

nuevas teorías del “*managerealismo*” o *gestión eficiente* del sistema penitenciario y de sus establecimientos.¹⁷⁰

- *Modelo de cárcel ¿garantista?:* A pesar de los continuos intentos de aplicar el garantismo penal intramuros (de ahí los signos interrogativos en el calificativo de garantista), el citado autor llega a conclusión que para que los derechos de los internos puedan *tomarse en serio*, el respeto de esos derechos no puede lograrse en la cárcel, sino mediante el proceso de reducción incesante e inacabada de reducción carcelaria. Por tanto es el *garantismo radical* la hoja de ruta que llevará al paradigma de la abolición y superación de la pena carcelaria.¹⁷¹

- *Modelo de cárcel guerra:* El término procede del autor italiano Pavarini, no tanto porque las prácticas de internamiento difuso u masivo hagan que el sistema carcelario presenta se parezcan cada vez más un archipiélago concentracionario, sino por la especie de refuncionalidad que se le ha venido dando a la pena privativa de libertad y del sistema de justicia penal a una retórica y a una praxis de declarada y explícita hostilidad frente a quien cada vez más es visto como “el otro” (alguien absolutamente diferente y frente a quien debe ser eliminado cualquier sentimiento e comprensión): un asesino en serie, un pedófilo, terrorista, mafioso, pero aún más habitualmente el delincuente común.

Este modelo penitenciario “*hunde sus raíces en autores como Garófalo, quien desde la Scuola positiva decimonónica, bautizaron esta aspiración con el nombre de prevención especial positiva; alcanzando sus cuotas más elaboradas cuando el programa de Marburgo listziano descubrió la tipología criminal reservándose la aspiración de inocuización del enemigo como recta que fundaría una disciplina*

¹⁷⁰ Para evitar reiteraciones innecesarias, me remito al capítulo décimo de esta tesis, en el apartado relativo a las crisis de los sistemas penitenciarios y sus causas, especialmente por los riesgos que implica para los derechos fundamentales de los reclusos la nueva “*Criminología Crítica o actuarial*”, que incluye tendencias privatizadoras de los establecimientos penitenciarios basadas en la gestión eficiente de éstos.

¹⁷¹ Rivera Beiras, I., pág. 34-35. El autor advierte que no debe *confundirse abolicionismo penal y abolicionismo de la cárcel*.

conocida como Kriminalpolitik".¹⁷² De donde nacería más tarde la conocida tendencia del llamado "derecho penal del enemigo", que tras los primeros pasos de Jakobs y de la guerra global contra el terrorismo, hizo que la cárcel renaciera en su empleo neopunitivista actual liberada de toda pretensión terapéutica.¹⁷³

- *Modelo de no-cárcel*: Tras analizar los diversos paradigmas de cárcel, concluye Rivera Beiras que solo es posible pensar en una política penitenciaria de reducción, hasta el "abolucionismo de la cárcel".

¹⁷² *Ibíd.*, pág. 37.

¹⁷³ *Ibíd.*

IV) REGIMEN JURÍDICO DEL RECLUSO: STATUS JURÍDICO.

4.1 Fuentes de los derechos de los internos: directas e indirectas.

En una primera aproximación, el Derecho es una ordenación de conductas humanas que se impone coactivamente.¹⁷⁴

Puede ser concebido o bien como un conjunto de normas (derecho objetivo), o como una serie de facultades atribuidas a los sujetos por esas mismas normas (derecho subjetivo) o bien como un estado producido por la aplicación de tales normas y el libre ejercicio de esas facultades (justicia).¹⁷⁵

También se le ha considerado como un orden de la convivencia humana en el mundo, inspirado en unos criterios de justicia¹⁷⁶. Se tendría sin embargo una visión o concepción equivocada si se pensara que el derecho está formado únicamente por las normas, y que estas se presentan como un conjunto en alguna medida heterogéneo o inarmónico. Antes al contrario el ordenamiento jurídico no es solo un conjunto de normas que en un determinado momento histórico rigen en una comunidad, sino que supone una trabazón o urdimbre dentro del conjunto; lo que presupone unas normas ordenadas, jerarquizadas, compatibilizadas, no antinómicas.

Una de las clasificaciones más utilizadas doctrinalmente, es la distinción entre el Derecho público y privado. La contraposición de estas dos grandes zonas jurídicas es debida al genio de los jurisconsultos romanos¹⁷⁷.

Sin embargo, es quizás una de las cuestiones más oscuras, complejas y difíciles de la teoría general del Derecho. Durante siglos se han enconado las posturas y no se ha llegado a la deseada solución. Se ha mantenido que el Derecho público es

¹⁷⁴ Conde-Pumpido Ferreiro, C., (2004), op. cit. pág 15.

¹⁷⁵ De Cossío y Corral, A., *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1988, pág.

¹⁷⁶ Díez –Picazo, L., y Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 31.

¹⁷⁷ Castán Tobeñas, J., (1988), op. cit. 101. En particular deriva de un pasaje de Ulpiano D, 1,1,2): “Ius publicum est quod ad status rei romanae spectat, ius privatum est quod ad utilitatem singulorum pertinet”.

el Derecho de la necesidad , y en el privado domina la autonomía de la voluntad. Por ende, el derecho público es *ius cogens*, derecho imperativo o derecho necesario, siendo sus normas rigurosas y exactamente cumplidas. Por el contrario el derecho privado contiene normas dispositivas, que solo rigen en defecto de la voluntad particular¹⁷⁸.

Esta clasificación que venimos exponiendo es extrapolable para calificar al derecho penitenciario como derecho público. Las relaciones jurídico-públicas se producen entre el Estado y los súbditos, hoy ciudadanos. Las relaciones privadas se dan entre particulares, sin perjuicio de que hoy en día el Estado es titular de relaciones de Derecho privado. Pero lo característico de una relación jurídico-pública es precisamente que uno de los sujetos, el Estado, que interviene se encuentra en una posición de superioridad, revestido de unos poderes denominados potestades públicas derivadas de una principal, la de “*imperium*”. En las relaciones de derecho privado los sujetos se encuentran siempre en pie de igualdad. Por tanto la relación jurídico-penitenciaria que nace con el ingreso en un establecimiento penitenciario de un recluso como consecuencia del fallo condenatorio, es de naturaleza pública, y supone el ejercicio del “*ius puniendi*” por uno de los dos sujetos que intervienen en la misma, la Administración penitenciaria, que se encuentra en una posición de supremacía (relaciones de sujeción especial) .

Señala la doctrina civilista patria que es fuente en sentido figurado la razón primitiva de cualquier idea o la causa generatriz o productora de un hecho.¹⁷⁹

Cuando la palabra fuente se usa en el lenguaje jurídico se hace en realidad en un sentido metafórico, pues por fuente en el lenguaje usual se entiende el lugar por donde mana o sale agua. En el ámbito estrictamente jurídico, la expresión fuentes del Derecho es susceptible de poseer los siguientes significados: Modo de producción de las normas jurídicas; instancia de legitimación o causa de justificación del ordenamiento jurídico; o medio de conocimiento del material normativo o como instrumento del cual nos podemos servir para conocer un determinado derecho positivo (*fontes ex quibus iuris notitia hauritur*).¹⁸⁰

¹⁷⁸ Díez Picazo, L., y Gullón, A., (1989), op. cit., págs. 37 a 39.

¹⁷⁹ Castan Tobeñas, J., (1988), op. cit. pág 411.

¹⁸⁰ Díez Picazo, L y Gullón. A., (1989), op. cit., pág. 114.

Las fuentes del Derecho positivo se han venido dividiendo por la doctrina tradicional en directas (que encierran en sí la norma jurídica), e indirectas (que ayudan a la producción y a la comprensión de la regla jurídica, pero sin darle existencias por sí mismas). Las fuentes directas suelen reducirse a dos: la ley y la costumbre. Como fuentes indirectas se citan la jurisprudencia y la doctrina científica, entre otras.

La distinción entre fuentes formales y materiales, guarda conexión con la anterior. Con carácter general, las fuentes formales son las propias fuentes directas o inmediatas.

De Castro ya estableció la distinción entre fuente material y formal, considerando a la primera, fuente de producción del derecho (cada fuerza social con potestad normativa creadora) y la segunda como fuente de manifestación, esto es, los modos o formas a través de los cuales el Derecho se manifiesta.¹⁸¹

Asimismo en la doctrina civilista se habla de fuentes materiales del derecho positivo, refiriéndose a todas aquellas fuerzas que actúan determinando el contenido de las normas y de fuentes formales del derecho, para referirse a la teoría de los modos en que el derecho puede manifestarse para conseguir la nota de positividad, su fuerza vinculante en una sociedad.¹⁸²

En lo que se refiere a nuestro ordenamiento jurídico es mención obligatoria la referencia al artículo 1 del Código Civil, en la nueva redacción del Título Preliminar nacido de la reforma de 1974, que establece que las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.¹⁸³ Esta afirmación es predicable respecto del ordenamiento civil, pero no lo es respecto de aquellos en los que predomina el principio de legalidad, como por ejemplo el derecho

¹⁸¹ Castán Tobeñas, J., (1988) op. cit. pág.414.

¹⁸² Díez –Picazo, L., y Gullón, A., (1989) op. cit., págs. 61 y 62.

¹⁸³ Vino a sustituir al antiguo artículo 6, en el que se ordenaba al juez que, a falta de ley aplicable al punto controvertido, acudiese a la costumbre del lugar y en su efecto al principio general del Derecho, prohibiéndole además que se abstuviera de fallar a pretexto de inexactitud, de oscuridad o defecto de Ley, bajo sanción de incurrir en responsabilidad.

penal y el penitenciario. en los que no cabe aplicar la costumbre o los principios generales del Derecho. El citado artículo efectúa una enumeración de las fuentes del Derecho, y una jerarquización en orden de prioridad de las mismas. Pero la aprobación de nuestra Constitución de 1978, ha supuesto una variación sustancial de este planteamiento. Además el artículo 149.1.8 atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la determinación de las fuentes del derecho, con respeto a las normas de derecho foral o especial. Téngase asimismo en cuenta que al mismo tiempo es competencia exclusiva estatal, la legislación civil, penal y penitenciaria, y procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas.

A tales efectos para determinar las fuentes directas o de producción, como la indirectas o de comprensión de la norma, de nuestro ordenamiento penitenciario, tenemos que remitirnos necesariamente, y con independencia del art 25.2 CE, al artículo 2º de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria *“La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Ley, los reglamentos y las sentencias judiciales. Del mismo modo el artículo 3.2 del vigente Código penal establece que “tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y los reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accientes que los expresados en su texto”*.

La doctrina penitenciarista considera que las resoluciones judiciales son fuentes del Derecho penitenciario tanto por contener el quantum de la pena y medida de seguridad privativa de libertad, como por establecer modalidades que afectan a los derechos y deberes tanto de la administración penitenciaria como de los propios reclusos (autos de prisión, concesión y revocación de la libertad condicional, beneficios penitenciarios, etc). A mi modo de entender la sentencia judicial, mencionada *expressis verbis* en el artículo 2 LOGP, pueden considerarse fuente del derecho penitenciario en la medida en que constituye uno de los marcos de delimitación del ámbito del cumplimiento de la pena y techo máximo del tiempo de internamiento, que podrá ser en su caso reducido en virtud de los llamados beneficios penitenciarios.

Dentro de las llamadas fuentes indirectas hemos de citar los tratados internacionales, según la eficacia que les otorgue el artículo 96 CE¹⁸⁴, así como las recomendaciones y reglas de los distintos organismos internacionales, que si bien no tienen carácter vinculante para nuestro Estado, sí puede decirse que han influido notoriamente en la construcción del Derecho penitenciario español.

Junto a ellas cabe mencionar la jurisprudencia, a la que se refiere el Código civil en su artículo 1.6 señalando que aquella “*complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.*”¹⁸⁵

Con carácter general concluye Díez–Picazo que la jurisprudencia no es fuente del Derecho, aunque se le aproxime por estar mencionada en el artículo 1 del Código Civil. La función por tanto que se le otorga es la de complemento o de integración del ordenamiento, por cuanto aunque no crea las fuentes el Derecho, les sirve de complemento.

4.1.1 Constitución española de 1978.

No es objeto de esta tesis, ni por tanto lo pretende, el análisis exhaustivo de la Constitución española, pero ello en modo alguno empece la necesidad de efectuar algunas consideraciones de trascendencia para los derechos de los reclusos, que a continuación reflejamos.

¹⁸⁴ 1.Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.

2.Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94.

¹⁸⁵ En Roma se identificaba la jurisprudencia con la “*prudentia iuris*”, como noticia de las cosas divinas y humanas (*divinarum atque humanarum rerum noticia*) y como el arte o la ciencia de lo justo o lo injusto (*iusti atque iniusti scientia*), como explica Díez –Picazo, L., (1989), op. cit, pág 169. En un sentido más restringido y estricto, especialmente en los países latinos, la expresión jurisprudencia se ha empleado para designar el conjunto de criterios de interpretación de las normas, costumbres y principios generales el Derecho y de decisión establecidos por usos foro o por los Tribunales de Justicia.

A la CE se la considera la “lex superior” , “norma normarum”,esto es la norma suprema del ordenamiento jurídico, pero al mismo tiempo es la norma reguladora de las demás fuentes del derecho y la primera de las fuentes de producción, lo que ha permitido distinguir tradicionalmente entre *poder constituyente*, de quien surge la constitución (el pueblo en quien reside la soberanía nacional, art. 1.2 CE) y los *poderes constituidos*, de los que emanan todas las normas ordinarias.

La supremacía de nuestra Carta magna sobre las normas internas y en especial sobre las leyes, es de naturaleza material y formal.

La superioridad material significa que los mandatos y reglas constitucionales tienen mayor eficacia jurídica que los de cualesquiera otras normas jurídicas, incluidas, claro está, las leyes emanadas del Parlamento. Esta condición de “Lex superior” de la CE está establecida explícitamente en el artículo 9.1 al determinar rotundamente que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico; precepto del que se deriva no solo la vinculación normativa general del texto constitucional, sino el principio de “*vinculación más fuerte*” de la misma (como lo denomina García de Enterría) y hacer sus artículos 159 y siguientes de la norma fundamental, a través del Tribunal Constitucional y de su facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes en sentido formal, así como la interdicción a los jueces ordinarios de la aplicación de las normas contrarias a aquella norma fundamental, una norma justiciable. La doctrina del Tribunal Constitucional, ya desde sus primeras resoluciones, SSTC de 10 de abril y 23 de noviembre de 1981, como no podía ser de otro modo, extrae todas sus virtualidades, tanto de la normatividad como de la superioridad constitucional.¹⁸⁶

La superioridad formal de la CE se expresa en su rigidez¹⁸⁷, es decir, en su específica resistencia a ser modificada. Esta segunda característica también la posee

¹⁸⁶ Parejo Alfonso, L, Jiménez Blanco, A., Ortega Álvarez., “Manual de Derecho Administrativo”, Ariel, Barcelona, 1990, págs. 105 y 106.

¹⁸⁷ James Bryce, “*Constituciones flexibles y constituciones rígidas*”, Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 2015. En el contexto de la comparación entre el Imperio Romano y el Imperio Británico, Bryce distingue, frente al criterio tradicional de clasificación de las constituciones en escritas y no escritas, las flexibles de las rígidas. Las primeras, las propias de Roma y de

nuestro texto constitucional, en la medida en que al regular la reforma constitucional en su Título X, artículos 166 a 169, establece exigencias reforzadas tanto para la reforma parcial, como para la revisión total de la misma, a la que se equipara la reforma parcial que afecte al Título Preliminar, al capítulo II, Sección 1ª del Título I, o al Título II.

Otro rasgo destacable de nuestra Carta magna es que no solo reconoce una amplia gama de derechos fundamentales, como veremos, sino que articula una diversidad de mecanismos para que pueda llevarse a cabo su efectividad, en el caso de que fueran lesionados por el Estado o por los particulares. En esto radica la diferencia entre los Estados autocráticos y los democráticos. En los primeros, por ejemplo en la Leyes Fundamentales del Reino del régimen franquista, también se reconocían los más fundamentales derechos, pero su efectividad quedaba remitida al desarrollo que de los mismos hiciera la legislación ordinaria, constituyendo ésta la verdadera fuente de los derechos subjetivos, y no las normas constitucionales, a las que se atribuía una eficacia meramente programática.

No obstante, el carácter consensuado con que discurrió el proceso constituyente condicionó que el texto constitucional fuera un punto de equilibrio y compromiso entre las diferentes fuerzas políticas abierto al futuro, pero sin que sea posible encontrar en el mismo una opción clara por alguna de las teorías de los derechos fundamentales elaboradas por la doctrina y la teoría jurídicas. La única cláusula interpretativa expresa es la referencia al Derecho internacional contenida en el artículo 10.2, de la que ha hecho abundante uso el Tribunal Constitucional (así, entre otras, las sentencias de 13 de febrero, 10 de abril, 18 de mayo, 15 de junio, 2 y 14 de julio y 23 de noviembre de 1981), constituyendo las restantes cláusulas generales guías interpretativas que corresponde al Tribunal dotar de operatividad. En suma, podría afirmarse que el constituyente, sin perjuicio del papel que pueda corresponder en el plano político a las mayorías parlamentarias,

Inglaterra, de amplia trayectoria histórica, destacan por componerse de un conjunto complejo de leyes, costumbres, sentencias y prácticas susceptible de ser modificado por las leyes ordinarias. Las segundas, modernas, nacidas una vez que se han asentado los mecanismos de la representación política, están recogidas en uno o varios textos solemnemente promulgados y no pueden ser alteradas mediante los procedimientos legislativos ordinarios.

ha dejado en manos del Tribunal Constitucional la tarea de elaborar una teoría jurídica de los derechos fundamentales acorde con la Constitución.¹⁸⁸

4.1.2 Ley Orgánica General Penitenciaria: Aciertos y disfuncionalidades.

Para poder analizar con profundidad el sentido y espíritu de nuestra LOGP hay que acudir forzosamente al contexto normativo, social y penitenciario en que surge.

La LOGP surge en un momento apasionante desde el punto de vista político, difícilmente sociable y desolador a la vista de realidad penitenciaria. Entre 1978 y 1979 ninguna prisión escapó a la ola de incendios y motines que se sucedieron de forma organizada y agitada. Siendo Ministro de Justicia Landelino Villa, y tras el asesinato del entonces Director General de Instituciones Penitenciarias, recibiría el encargo de reformar todo el sistema penitenciario español un joven profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, García Valdés, discípulo de Gimbernat Ordeig. Para ello se rodeó de colaboradores de la talla de Bueno Arús, Ruiz Vadillo, Alarcón Bravo, y Zapatero Sagrado.¹⁸⁹

Se elabora un proyecto que se tramita inicialmente como ley ordinaria, puesto que en el momento de ser presentado en el Congreso aún no se había aprobado la Constitución. En el Pleno del Congreso y por acuerdo de su Mesa el Proyecto fue sometido a una votación final para cumplir con lo previsto en el artículo 81 CE, en lo que se refiere a la aprobación de las Leyes orgánicas. Su tramitación se caracterizó por la validez sustancial del proyecto, reduciéndose al mínimo el debate en el Congreso de los Diputados, y en el Senado, donde, por no existir enmiendas, las intervenciones

¹⁸⁸ Aguiar, L., “Dogmática y teoría jurídica de los derechos fundamentales en la interpretación de éstos por el Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho Público*, nº 18-19, verano-otoño, 1983, pág. 3.

¹⁸⁹ Para un adecuado conocimiento de la génesis de la LOGP puede verse el llamativo trabajo de García Valdés, C., “Sobre la transición política vivida. Los orígenes de la reforma penitenciaria”, *Revista de Estudios penitenciarios*, extra 2013, págs. 51 a 68.

quedaron reducidas a un turno de declaraciones por los portavoces de los grupos parlamentarios.¹⁹⁰

La realidad penitenciaria española a finales de la década de los setenta es desalentadora. Las cárceles son el escenario de una tragedia permanente, que atenta contra la sensibilidad humana.¹⁹¹

Hay un antes y un después de la Ley de 1979. La ley ecléctica, progresista, reinsertadora, y garantista sobrepasa todas las reglas mínimas de carácter internacional elaboradas, constituyendo en la actualidad un referente en la consolidación de España, conforme a la declaración contenida en el artículo 1.1 de nuestra CE.¹⁹²

La LOGP es uno de los acontecimientos más importantes que se han originado en el panorama penal y penitenciario en los últimos cincuenta años. Con su entrada en vigor y con la reiterada frustración de los proyectos y anteproyectos de código penal de 1980 y de 1983, respectivamente. Se demuestra la mayor capacidad de reforma y de adaptación de la normativa penitenciaria a los cambios sociales y políticos. Pese a las dificultades de todo tipo que vivió entonces nuestro país, la LOGP supo hacerse eco de la nueva concepción de la pena privativa de libertad. España se incorporaba así, aunque con cierta precipitación, al intenso movimiento legislativo que paralelamente se estaba produciendo en Europa. En donde cabe destacar además de la aprobación del Consejo de Europa de las Normas Mínimas para el Tratamiento del delincuente, la ley italiana de 1975 y la alemana de 1977.¹⁹³

De forma muy gráfica se refleja en la propia Exposición de Motivos del Proyecto de Ley General Penitenciaria, (Boletín Oficial de las Cortes, nº 148, de 15 de septiembre de 1978. que la *“necesidad de una Ley General Penitenciaria en nuestro ordenamiento había sido puesta de relieve desde hace largo tiempo por la doctrina,*

¹⁹⁰ *Ibíd.*

¹⁹¹ Andrés Laso, A., “Veinticinco años desde la aprobación de la Ley Orgánica General Penitenciaria, primera norma con este rango de la democracia española”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 5, enero 2005, págs. 85 a 121.

¹⁹² *Ibíd.*, pág. 99.

¹⁹³ Mappelli Caffarena, B., “La crisis de nuestro modelo legal de tratamiento penitenciario”, *Eguzkilore*, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, nº extraordinario 2, 1989, pág 99.

al no constituir el Código Penal ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal lugares adecuados para regulación de la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad, al no revestir las normas reglamentarias la fijeza que demanda la consagración positiva de los derechos y deberes fundamentales de los internos”.

Por otro lado para su redacción *“se han tenido en cuenta principalmente junto a las conclusiones de la ciencia penitenciaria de nuestro tiempo, las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos elaboradas por las Naciones Unidas y el Consejo de Europa, los pactos internacionales sobre derechos humanos, las leyes penitenciarias de los países más avanzados y el anteproyecto de la Constitución española”.*

Por su parte la doctrina penitenciarista¹⁹⁴ ha sistematizado los rasgos fundamentales que deben destacarse de la misma como *aciertos*:

a) El Título Preliminar, donde se establecen los principios informantes y orientadores del sistema penitenciario español actual, como son la finalidad de reeducación y reinserción social en su artículo 1, el de legalidad, artículo 2, el de no discriminación en su artículo 3, el de presunción de inocencia en el régimen de los preventivos en el artículo 5 y el de prohibición de malos tratos de palabra u obra a los internos, artículo 6, así como el reconocimiento expreso de los derechos de los reclusos siempre que no se vean afectados o limitados por el fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley Penitenciaria, constituyendo todo ello, conjuntamente con los deberes, un “status jurídico” del interno.

¹⁹⁴ Rodríguez Alonso, A., “Lecciones de Derecho Penitenciario”, Comares, Madrid, 2011, págs. 54 a 65.

Aunque la Exposición de Motivos recoja como rasgos más sobresalientes de la misma: consagración expresa del principio de legalidad con referencia a la ejecución de las penas y medidas penales, potenciación del régimen abierto, y reducción del régimen cerrado a supuestos excepcionales, sumisión general del régimen penitenciario a las exigencias del tratamiento científico de los internos, trabajo equiparado al trabajo en libertad, régimen disciplinario adaptado a las normas promulgadas en 1973 del Consejo de Europa, implantación de la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria, como órgano decisivo amparador de los derechos de internos, importancia atribuida a la asistencia social durante el internamiento y pos penitenciaria, que conduce a la creación de la Comisión de Asistencia Social y del Cuerpo de Asistentes al servicio de la Administración penitenciaria, como elementos clave de dicha asistencia.

b) La implantación del sistema de individualización científica, con abandono del tradicional sistema progresivo y la consideración del tratamiento penitenciario como instrumento capaz de lograr el fin último de las penas y medidas de privación de libertad, la reeducación y reinserción social sobre la base del conocimiento de la personalidad del penado y de la libertad que se le otorga para aceptar o rechazar su propio tratamiento.

c) La aparición, por primera vez, en nuestro ordenamiento jurídico, del Juez de Vigilancia Penitenciaria, como órgano institucional incardinado en la jurisdicción penal, garante de la ejecución penal y de los derechos y beneficios de reclusos.

En cuanto a su estructura formal cuenta con dos disposiciones transitorias, dos disposiciones finales, y ochenta artículos distribuidos en un Título Preliminar y seis títulos:

- Título Preliminar (artículos 1 a 6) , se ocupa de la finalidad de las Instituciones penitenciarias, y se regulan los derechos y deberes de los internos, su status jurídico.

- El Título I (artículos 7 a 14) lleva por rúbrica “De los establecimientos y medios materiales: Clasificación de los centros penitenciarios de preventivos, de cumplimiento y especiales, así como sus fines.

- Título II (artículos 15 a 58) intitulado “Del Régimen penitenciario”. Es el único que se divide en capítulos: Organización general; Trabajo; Asistencia sanitaria; Régimen disciplinario; Recompensas; Permisos de salida; Información, quejas y recursos; Comunicaciones y visitas; Asistencia religiosa, Instrucción y educación.

- Título III (artículos 59 a 72) “ Del tratamiento”: Se define el tratamiento y se establece la clasificación en grados de tratamiento. Se define el modo de ejecución de las penas privativas de libertad, regulándose además la Central Penitencia de Observación.

- Título IV (artículos 73 a 75) “De la asistencia postpenitenciaria”.

- Título V (artículos 76 a 78) “Del Juez de Vigilancia Penitenciaria”: Se crea la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria, regulándose sus funciones.

- Título V (artículos 79 a 80). “De los funcionarios”. Estableciéndose las funciones de la Dirección General de Instituciones penitenciarias en materia de dirección, organización e inspección, así como cuestiones relativas los diferentes funcionarios penitenciarios.

La LOGP ha sido modificada en varias ocasiones:

- Mediante la LO 13/1995, de 18 de diciembre por la que se modifican los artículos 29.e) (relativo al periodo de excepción de la obligatoriedad trabajar de la mujeres embarazadas), el artículo 38. 2 (relativo a la edad de los hijos de las internas hasta la que podrán permanecer con éstas en los establecimientos penitenciarios) y añadiendo al citado artículo 38 un nuevo apartado 3º (relativo al régimen de visitas de los hijos de las internas de hasta diez años).

- Por la LO 5/2003, de 27 de mayo, por la que se modifica el artículo 76.2.h), que regula el auxilio judicial que los jueces de Vigilancia Penitenciaria deberán prestar en el ejercicio de sus funciones al Juez Central de Vigilancia Penitenciaria.

- La LO 6/2003, de 30 de junio, mediante la que se modifica el artículo 56, que se refiere a las condiciones en que los internos pueden acceder al servicio público de educación universitaria.

- LO 7/2003, de 30 de junio, por la que se modifica el artículo 72, estableciendo nuevas condiciones para la clasificación o progresión a tercer grado de tratamiento, introduciendo dos nuevos párrafos, el 5º y 6º, en cuya virtud la clasificación a tercer grado de tratamiento requerirá, además de los demás requisitos establecidos en la Ley, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, y que para determinados de terrorismo y en el seno de organizaciones criminales, muestren signos inequívocos de haber abandonado los medios y los fines terroristas, y hayan colaborado activamente con las autoridades.

Dentro de lo que hemos venido en llamar posibles *disfuncionalidades de la LOGP* que pudieran apreciarse en la praxis penitenciaria¹⁹⁵ por los profesionales encargados de aplicarla en los distintos establecimientos penitenciarios, ha de señalarse la relativa al diseño, “*para el enjuiciamiento de las faltas muy graves y graves un procedimiento disciplinario excesivamente formalista, complejo para la capacidad de entendimiento de nuestros internos y poco operativo en las instituciones penitenciarias por su tardanza en la ejecución del fallo sancionado.*”

4.1.3 Reglamento Penitenciario.

El actual Reglamento Penitenciario, aprobado por el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, a tenor de su disposición final única, entró en vigor el 25 de mayo de 1996, previa publicación en el Boletín Oficial del Estado el 15 de mayo, sustituyendo al Reglamento Penitenciario aprobado por RD 1201/1981, de 8 de mayo.

Para su estudio abordaremos las razones de su nacimiento, objetivos que persigue, estructura formal y por último las reacciones doctrinales que ha suscitado.

El propio Reglamento en su Preámbulo, da cuenta de los *motivos* que han llevado a su redacción y a la sustitución el texto de 1981, de las *novedades* que comparte, y en última instancia, de su mejora en *aspectos estructurales*, para la consecución de aquellos objetivos.

En lo que hace a los *motivos* que impusieron a sus redactores destacan:

- La necesidad de abordar una reforma completa del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, ya se ponía de manifiesto en el Preámbulo del Real Decreto 787/1984, de 28 de marzo, por el que se efectuó la modificación parcial de mayor

¹⁹⁵ Rodríguez Alonso, A., “Lecciones de Derecho Penitenciario”, Granada, Comares, 2011, págs. 54 a 65, quien añade que “*no resulta aconsejable ni operativo, por razones obvias, que un procedimiento disciplinario en un medio tal especial como el penitenciario pueda llegar a durar desde su iniciación hasta tres meses*”.

envergadura del mismo. Desde aquel momento hasta el presente las razones que llevaron a pensar la necesidad de desarrollar un nuevo Reglamento Penitenciario capaz de extraer las potencialidades más innovadoras de la LOGP, no solo no han desaparecido sino que se han incrementado.

- Es en el aspecto de la ejecución del tratamiento, conforme al principio de individualización científica que impregna la LOGP, donde se encuentra el potencial más innovador, donde a través de una amplia gama de actividades y programas específicos de tratamiento la Administración Penitenciaria pueda preparar a los reclusos para su futura reinserción social paliando las carencias y problemas de la población penitenciaria.

- La reciente reforma de nuestra legislación penal mediante la promulgación del nuevo Código Penal aprobado por L.O. 10/1995 del 23 de noviembre, y la modificación del art.38 de la LOGP mediante la Ley 13/1995 del 18 de diciembre, que exige la regulación de las unidades dependientes y las visitas de convivencia familiar. Ley Orgánica 13/1995, 18 de diciembre (BOE nº 302, 19 diciembre) modifica el art. 38.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria en relación con la posibilidad de que las internas podían conservar consigo a sus hijos hasta alcanzada la edad de escolarización obligatoria. Según la Exposición de Motivos de la citada norma legal deja constancia del hecho de que en los últimos años se han incrementado el número de mujeres reclusas, pasando entre 1980-1994 de 487 a 3997, lo que representa un incremento del 800 por 100. La mayoría de estas mujeres tienen entre 21 y 35 años de edad, siendo la media de 32 años.

Además añado lo que se denomina “*otras razones*” que justificarían, si cabe, aún mas el nuevo texto reglamentario, y que podemos agrupar en :

- La transformación operada en la sociedad española de la que no ha quedado exenta la población reclusa: incremento notable de la misma, variaciones sustanciales producidas en su composición (mayor presencia de mujeres y reclusos extranjeros envejecimiento de la población reclusa), y variación del perfil sociológico de los mismos, la aparición de nuevas patologías de especial incidencia en la población reclusa (drogadicción, SIDA) la universalización de la prestación sanitaria, que demanda una nueva normativa de una las prestaciones básicas de la Administración penitenciaria, como es la sanitaria. Incluso el cambio de mentalidad, hábitos, y costumbres de la sociedad española ha hecho necesario flexibilizar determinadas normas regimentales en especial las relacionadas con las comunicaciones de los internos.

- La nueva exégesis jurisprudencial nacida de la LOGP, incorporando la emanada de nuestro Tribunal Constitucional.

- La necesidad de romper una dinámica de “marginalización” de las Instituciones penitenciarias, largamente denunciada por la doctrina, y ajustándolas, mediante un proceso de *normalización* de las mismas, a las normas legislativas nacidas de la nueva Constitución: tales como la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, las nuevas formas de contratación previstas en la Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratación de las Administraciones Públicas, en materia de función pública (como la Ley 30/1984, de 2 de agosto de Medidas para la reforma de la Función Pública, la nueva Ley 1/1990, de 3 de octubre de Ordenación del Sistema Educativo, o la propia Ley 14/1986, de 25 de abril General de Sanidad.

El desarrollo de las nuevas tecnologías hace necesaria la integración de la normativa referente al uso de los ficheros informáticos, así como su utilización por los propios internos.

Partiendo de los planteamientos más actuales de la dogmática jurídica y de la ciencia de la conducta, haciendo hincapié en el componente resocializador más que en el concepto clínico del tratamiento, el Reglamento apuesta por una concepción amplia del tratamiento que no sólo incluye las actividades terapéutico-asistenciales, sino también las actividades formativas, educativas, laborales, socioculturales, recreativas y deportivas, concibiendo la reinserción del interno como un proceso de formación integral de su personalidad, dotándole de instrumentos eficientes para su propia emancipación.

Las principales novedades del extenso contenido del Reglamento Penitenciario, recogidas en el apartado II del Preámbulo del Real Decreto por el que se aprueba aquél, se dirigen a la consecución de los siguientes objetivos:

-Profundizar en el principio de individualización científica en ejecución del tratamiento, implantando modelos individualizados de intervención que se extienden a los presos preventivos en cuanto sea compatible con el respeto al principio de la presunción de inocencia (Art. 24.2 CE y art. 4.2 de la LOGP). Con ello se consigue que la estancia en prisión de una parte de la población reclusa sólo tenga fines asegurativos custodiales, al tiempo que se amplía la oferta de actividades educativas, formativas, socioculturales, deportivas y medios de ayuda que se programen para propiciar que su estancia en prisión sirva para paliar, en lo posible, las carencias detectadas. Además la regulación de las llamadas *formas especiales de ejecución* (Título VII), de las salidas programadas (art.114), y de los programas de actuación especializada y medidas regimentales para la ejecución de programas especializados para penados clasificados en segundo grado (arts. 116 y 117) proporcionan los medios necesarios para adaptar el tratamiento y las necesidades individuales de cada interno, cuyo programa podrá combinar, incluso, elementos de los diferentes grados de clasificación, en las condiciones establecidas en el artículo 100.2 que permite el principio de flexibilidad.

Dentro de las formas especiales de ejecución se crean los Centros de Inserción Social, y se regulan con detalle las unidades dependientes y las unidades extrapenitenciarias, como instrumentos para el tratamiento de colectivos específicos

de reclusos que permiten utilizar los recursos extrapenitenciarios existentes en la sociedad a la que se encomienda su gestión por vía de las entidades colaboradoras (artículo 62).

-Potenciación y diversificación de las ofertas de actividades en tanto que instrumento de ejecución del tratamiento que permitan dinamizar la vida de los centros penitenciarios hasta configurarlos como un auténtico servicio público dirigido a la resocialización de los reclusos.

-En materia de régimen penitenciario se efectúa una redefinición del régimen cerrado, estableciendo dos modalidades de vida: 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, cuyo destino se efectúa mediante resolución motivada fundada en causas objetivas.

-En lo que se refiere al Estatuto jurídico de los reclusos, el Reglamento Penitenciario regula con amplitud sus derechos y deberes, así como su acceso a las prestaciones de las Administraciones públicas. Destaca la nueva regulación de materias que afectan al derecho a la intimidad de los reclusos como la protección de los datos de carácter personal contenidos en los ficheros penitenciarios y la recepción de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre comunicaciones con los abogados defensores y sobre la forma de realizar los cacheos personales.

-Apertura de las prisiones a la sociedad ,que formula crecientes demandas de participación y se implica, cada vez más, en la actividad penitenciaria, para potenciar la acción de la Administración con los recursos existentes en la sociedad y para fortalecer los vínculos entre los delincuentes y sus familias y la comunidad, en línea con las conclusiones de las Naciones Unidas en su reunión de Tokio de diciembre de 1990.

El Reglamento, no sólo contiene un variado elenco de contactos con el exterior (permisos de salida, comunicaciones especiales, potenciación del régimen abierto,

tratamiento extrapenitenciario), sino que favorece decididamente la colaboración de entidades públicas y privadas dedicadas a la asistencia de los reclusos.

-Regulación detallada del procedimiento sancionador con un incremento de las garantías que vienen siendo exigidas por la doctrina constitucional y con las observaciones de los Jueces de Vigilancia. Se especifican las manifestaciones del principio de oportunidad en materia disciplinaria mediante la regulación de mecanismos de aplazamiento de la sanción, de suspensión de su efectividad y reducción o revocación de las sanciones impuestas para dar entrada al principio de oportunidad.

-Regulación de la relación laboral especial penitenciaria.

-En cuanto al control de la actividad penitenciaria, destaca la intervención del Ministerio Fiscal en numerosas materias y una mayor comunicación con la Jurisdicción de Vigilancia.

En ese orden de cosas, en los *aspectos estructurales* para mejorar la gestión, el Reglamento Penitenciario da cabida de un lado, a los nuevos modelos del sistema prestacional de la Administración penitenciaria, y por otro, de organización de los centros penitenciarios:

En este sentido, en el capítulo I del Título IX se garantiza el derecho de los internos a una asistencia sanitaria orientada tanto a la prevención como a la curación y rehabilitación y se regula la corresponsabilidad de la Administración penitenciaria y de las Administraciones sanitarias, que se articulará mediante la formalización de los correspondientes convenios de colaboración que contemplen los protocolos, planes, procedimientos y responsabilidades financieras.

Con este mismo objetivo de optimizar la utilización de los recursos extrapenitenciarios, se reordenan la acción social y los servicios sociales penitenciarios, que se coordinan con las redes públicas de asistencia social de las Administraciones públicas.

El establecimiento, en el Título XI, de un nuevo modelo organizativo de los Centros Penitenciarios¹⁹⁶ en el que se procede a una racionalización y desconcentración de funciones propias de los establecimientos penitenciarios entre órganos colegiados especializados para adecuar la gestión a la nueva realidad de los establecimientos polivalentes, y en general para dinamizar la gestión penitenciaria potenciando la participación de los empleados públicos.

Desde un punto de vista estrictamente formal, el Reglamento Penitenciario vigente, consta de un artículo único por el que se acuerda su aprobación, cuatro disposiciones adicionales (relativas a los depósitos municipales de detenidos a disposición judicial, viviendas penitenciarias, condecoraciones penitenciarias, y disposiciones orgánicas), cinco disposiciones transitorias (redención de penas por el trabajo y normas de derecho transitorio; adecuación de las normas de régimen interior; servicios, unidades y puestos de trabajo en los centros penitenciarios¹⁹⁷; refundición de circulares, instrucciones y órdenes de servicio; y régimen transitorio de los procedimientos) una disposición derogatoria y una disposición final (por la que se dispone su desarrollo normativo y entrada en vigor), y 325 artículos, distribuidos en XII Títulos.

El Reglamento Penitenciario de 1996, consta de los siguientes Títulos:

¹⁹⁶ Dicho modelo organizativo sólo resulta aplicable a las Comunidades Autónomas con competencias ejecutivas en materia penitenciaria como derecho supletorio. Me remito en esta materia a los artículos 10.14 y 12.1 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco (LO 3/1979, de 18 de diciembre); al artículo 168 del Estatuto de Autonomía para Cataluña (LO 6/2006, de 19 de julio), artículo 17.1 del Estatuto de Autonomía para Andalucía (LO 6/1981, de 30 de diciembre); al artículo 58.1 de la Ley de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (LO 13/1982, de 10 de agosto). De las cuatro Comunidades que prevén la asunción de competencias en materia penitenciaria, sólo se ha producido la transferencia en favor de la comunidad catalana en virtud del Real Decreto 3482/1983 de 28 de diciembre, sobre trasposos de servicios del Estado a la Generalidad de Cataluña en materia de administración penitenciaria (BOE nº 43, de 20 de febrero de 1984).

¹⁹⁷ El contenido de los artículos 277 a 324; 328 a 332 y 334 a 343 del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, se mantendrá vigente, con rango de resolución del centro directivo de la Administración penitenciaria correspondiente, en lo que no se oponga a lo establecido en el Reglamento Penitenciario que se aprueba por este Real Decreto, hasta que por el centro directivo correspondiente se dicte la resolución que establezca la nueva regulación de la organización de los servicios y unidades de los centros penitenciarios, así como las funciones de cada uno de los puestos de trabajo de los mismos.

- Título I “Disposiciones generales”. Ámbito de aplicación y principios generales; de los derechos y deberes de los internos; protección de los datos de carácter personal de los ficheros informáticos, y de los establecimientos penitenciarios.
- Título II. “De la organización general.” Del ingreso en un establecimiento penitenciario; de la libertad y excarcelación; conducciones y traslados; relaciones con el exterior; información, quejas y recursos; participación de los internos en las actividades de los establecimientos; de la participación y colaboración de las Organizaciones no gubernamentales, y de la seguridad de los establecimientos.
- Título III. “Del régimen de los Establecimientos Penitenciarios”. Disposiciones generales; régimen ordinario; régimen abierto; régimen cerrado, y régimen de preventivos.
- Título IV. “De la separación y clasificación de los internos”. Separación de los internos, clasificación de penados.
- Título V. “Del tratamiento penitenciario”. Criterios generales; programas de tratamiento; formación, cultura y deporte; relación laboral especial penitenciaria, y trabajos ocupacionales no productivos.
- Título VI. “De los permisos de salida”. Clases, duración y requisitos de los permisos; procedimiento de concesión.
- Título VII. “Formas especiales de ejecución”. Internamiento en un Centro de Inserción Social; Unidades Dependientes. Internamiento en un Establecimiento o Departamento Mixto. Internamiento en Departamento para Jóvenes. Internamiento en Unidades de Madres. Cumplimiento en Unidades extra-penitenciarias. Internamiento en un Establecimiento o Unidades Psiquiátricas Penitenciarias.

- Título VIII. “ De la libertad condicional y de los beneficios penitenciarios”.
- Título IX. “De las prestaciones de la administración penitenciaria”. Asistencia sanitaria e higiénica; acción social penitenciaria, y asistencia religiosa.
- Título X. “Del régimen disciplinario y de las recompensas”. Ámbito de aplicación y principios; determinación de las sanciones; procedimiento; ejecución y cumplimiento de las sanciones; prescripción y cancelación, y recompensas.
- Título XI. “De la organización de los Centros penitenciarios». Modelo organizativo del Centro Penitenciario; Órganos colegiados y unipersonales.-
- Título XII. “Del régimen económico administrativo de los establecimientos penitenciarios. Principios generales; Régimen patrimonial; gestión de los economatos, cafetería y cocinas; gestión económico-administrativa de los gastos de alimentación; gestión económico-administrativa del vestuario, equipo y utensilio de los internos; custodia de los objetos de valor de los internos; peculio de reclusos, y normas relativas al Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones penitenciarias.¹⁹⁸

Del conjunto de disposiciones transitorias merece citarse la primera, relativa a la Redención de penas por el trabajo y normas de derecho transitorio, y que se transcribe

¹⁹⁸ La Ley de Presupuestos Generales del Estado para el ejercicio 2014, en su disposición adicional octogésima séptima, establece que con efectos de 1 de enero de 2014, y vigencia indefinida el organismo autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, se transforma en entidad estatal de derecho público de las previstas en el artículo 2.1.g) de la ley 47/2003 de 26 de noviembre General Presupuestaria, y otorga al Gobierno un plazo de tres meses para adaptar el Real Decreto 865/2005 de 15 de julio, por el que se aprueba el estatuto del organismo autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, a las previsiones contenidas en tal disposición adicional. La citada adaptación tuvo lugar mediante el Real Decreto 122/2015, de 27 de febrero por el que se aprueba el Estatuto de la entidad de derecho público Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo.

a continuación por su importancia para los penados conforme al extinto Código penal de 1973.

“Continuarán aplicándose después de la fecha de entrada en vigor del Reglamento Penitenciario que se aprueba por este Real Decreto los artículos 65 al 73 del Reglamento de los Servicios de Prisiones, aprobado por Decreto de 2 de febrero de 1956, y las disposiciones complementarias dictadas hasta dicha fecha por la Administración penitenciaria correspondiente en materia de redención de penas por el trabajo, a los únicos efectos siguientes:

a) Para determinar la ley penal más favorable para el reo, conforme a lo establecido en las disposiciones transitorias primera, segunda, tercera y cuarta de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

b) Para el cumplimiento de las penas impuestas y que se ejecuten conforme al Código Penal que se deroga por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en aplicación de lo previsto en las citadas disposiciones transitorias de dicha Ley Orgánica.

Cuando en aplicación de las citadas disposiciones transitorias de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, los Jueces y Tribunales no hubiesen acordado la revisión de la sentencia por considerar más favorable la liquidación efectuada conforme al Código Penal derogado, y como consecuencia de la pérdida por el interno del beneficio de la redención de penas por el trabajo, resulte que la pena que se está ejecutando pueda ser de duración superior a la que le correspondería por la citada Ley Orgánica 10/1995, el Director del centro penitenciario, de oficio o a solicitud del interno, lo pondrá en conocimiento del Juez o tribunal.

En ningún caso resultarán aplicables las disposiciones sobre redención de penas por el trabajo a quienes se le apliquen las disposiciones de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Cuando un penado deba de cumplir dos o más penas privativas de libertad, una de las cuales se deba ejecutar conforme a las normas del Código Penal derogado y

otras con arreglo a la Ley Orgánica 1º/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, comenzará el cumplimiento por las penas cuya ejecución eba regirse por el Código derogado, aplicándose entre éstas el criterio de prelación fijado en el artículo 70.1 del de cumplimiento conforme a lo dispuesto en los dos párrafos anteriores, el Director del centro lo pondrá en conocimiento del Juez de Vigilancia correspondiente a los efectos oportunos.

Cumplidas todas éstas, se iniciará la ejecución de las penas impuestas o revisadas al amparo de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, aplicándose entre las mismas el criterio de prelación del artículo 75 de dicho Cuerpo legal. En ningún caso resultará de aplicación a estas penas el beneficio de la redención de penas por el trabajo.

Fijado el orden Fijado el orden de cumplimiento conforme a lo dispuesto en los dos párrafos anteriores, el Director del centro lo pondrá en conocimiento del Juez de Vigilancia correspondiente a los efecectos oportunos.

Para computar las tres cuartas partes de la condena u otros plazos con efectos legales, se aplicarán las siguientes reglas:

Se sumarán todas las penas de prisión, con independencia de que correspondan a uno u otro Código, de tal manera que la suma de las mismas será considerada como una sola pena. De la suma parcial de las penas cuya ejecución se rija por el Código derogado se rebajarán los días de redención concedidos al interno.

En los casos en que el interno esté condenado a varias penas de las cuales unas se rijan por el Código derogado y otras por la Ley Orgánica 10/1975, de 23 de noviembre, del Código Penal, y resultasen de aplicación las reglas penales de acumulación de condenas previstas en el artículo 70.2 de la citada Ley Orgánica 10/1995, para la ejecución de la pena resultante se estará a lo que disponga el Juez o Tribunal, en orden al sometimiento de la ejecución a las normas de uno u otro Código”.

En lo que concierne a su *Disposición Derogatoria* única dispone que, además de todas las normas de igual o inferior rango en lo que contradigan o se opongan a lo dispuesto en el mismo, quedan derogadas expresamente las siguientes disposiciones:

- Todos los preceptos del Reglamento de los Servicios de Prisiones, aprobado por Decreto de 2 de febrero de 1956, declarados vigentes por el Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, sin perjuicio de lo establecido en la disposición transitoria primera.

- El Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, así como el Real Decreto 787/1984, de 28 de marzo, que modificó el anterior, salvo los preceptos que se indican en el apartado siguiente. (No obstante se mantiene la vigencia de los artículos 108, 109, 110 y 111 y del primer párrafo del artículo 124 del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, en la redacción dada por el Real Decreto 787/1984, de 26 de marzo, relativos a las faltas o infracciones de los internos, a las sanciones disciplinarias y a los actos de indisciplina grave cuya sanción puede ser inmediatamente ejecutada).

- El Real Decreto 2715/1986, de 12 de diciembre, sobre dotación de medios económicos a los municipios para mantenimiento del Servicio de Depósito de Detenidos a Disposición Judicial.

- El Real Decreto 319/1988, de 30 de marzo, sobre asistencia hospitalaria extrapenitenciaria a internos.

El Reglamento Penitenciario de 1996 ha sufrido las siguientes modificaciones:

- El artículo 213 ap. 4, relativo a la custodia de medicamentos) fue declarado nulo de pleno derecho por la STS de 18 de octubre de 1997.

- *Real Decreto 1203/1999, de 9 de julio* (BOE nº 173 de 21 de julio), por el que se integran en el Cuerpo de Maestros a los funcionarios pertenecientes al Cuerpo de Profesores de EGB de Instituciones Penitenciarias, derogándose expresamente los artículos 272.1.d) y 274.2.g); así como deroga los artículos 294 y 295 del Reglamento Penitenciario de 1981 que permanecían vigentes con rango e resolución del Centro Directivo.

- *Real Decreto 782/2001 de 6 de julio* (B.O.E nº 162, 07/07/2001), por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad. Derogó los artículos 134 a 152 del RP de 1996.

- RD 782/2001 fue modificado por el Real Decreto 2131/2008, de 26 de diciembre (BOE Nº 16, de 19 de enero de 2009), dando una nueva redacción a los artículos 22 y 23.

- *Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo* (BOE nº 105 de 7 de mayo de 2005), por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, que modificó el artículo 272.1.e) , añadiendo a la composición de la Junta de Tratamiento, al Trabajador Social que haya intervenido en las propuestas sobre las que delibere dicho órgano colegiado.

- El RD 515/2005 ha sido derogado por *Real Decreto 840/2011, de 17 de junio* (BOE nº 145 de 18 de Junio de 2011) por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas.

*-Real Decreto 419/2011, de 25 de marzo*¹⁹⁹ (BOE nº 73, de 23 de marzo) por el que se modifica el Reglamento Penitenciario en los siguientes artículos: Se modifica el apartado segundo del artículo 6 (datos de carácter personal de los reclusos), añadiéndose un apartado cuarto (relativo a los ficheros de internos tengan como finalidad garantizar la seguridad y el buen orden del establecimiento, así como la integridad de los internos); se modifica el apartado primero del artículo 65 y se introducen un apartado segundo y un apartado tercero; se introduce un apartado tercero en el artículo 90 (creando en los centros con módulos o departamentos de régimen cerrado, un programa de intervención específico que garantice la atención personalizada a los internos); se introduce un apartado cuarto en el artículo 92 (permitiendo que cuando el interno sea menor de veintiún años, toda revisión, tanto de modalidad como de grado, que supere los seis meses de permanencia en el mismo régimen de vida, será remitida al Centro Directivo para su resolución); se modifica el apartado segundo del artículo 268 (estableciéndose la periodicidad mensual para las sesiones ordinarias de la Junta de Tratamiento); se modifica el apartado primero del artículo 270, añadiéndose el párrafo g) (relativo a la composición de la Consejo de Dirección, e incluyéndose al Subdirector o Subdirectores de Centros de Inserción Social); se da una nueva redacción al apartado primero del artículo 272 (para incluir en la composición de la Junta de Tratamiento al Subdirector de Tratamiento o Subdirector Jefe de Equipo de Tratamiento en los Centros de Inserción Social independientes).

Sobre el RD 419/2017 volveremos con más detenimiento en el epígrafe siguiente, donde se analizan las circulares, instrucciones y órdenes de servicio, así

¹⁹⁹ Esta modificación del Reglamento trae causa de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de marzo de 2009, que declaró la nulidad de pleno derecho del apartado primero de la Instrucción 21/1996, de 16 de diciembre, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, que contenía normas de carácter general sobre seguridad, control y prevención de incidentes relativos a internos muy conflictivos y/o inadaptados, exigiéndose que dicha materia fuera objeto de regulación en una disposición administrativa de carácter general.

como su problemática en relación con el principio de legalidad y de jerarquía normativa.

Destacable es sin duda el nuevo régimen jurídico que se establece en el Reglamento en lo que respecta a la protección de los datos de carácter personal de los ficheros penitenciarios. La Exposición de Motivos del Reglamento penitenciario destaca la nueva regulación de materias que afectan al derecho a la intimidad de los internos, como la protección de los datos de carácter personal contenidos en los ficheros penitenciarios. Dicha regulación se ubica sistemáticamente en Título I, capítulo III, artículos 6 a 9, pasando a continuación a exponerla:

El primero de ellos, el artículo 6, relativo a la *limitación del uso de la informática penitenciaria* dispone:

1. *Ninguna decisión de la Administración penitenciaria que implique la apreciación del comportamiento humano de los reclusos podrá fundamentarse, exclusivamente, en un tratamiento automatizado de datos o informaciones que ofrezcan una definición del perfil o de la personalidad del interno.*

2. *La recogida, tratamiento automatizado y cesión de los datos de carácter personal de los reclusos contenidos en los ficheros se efectuará de acuerdo con lo establecido en la legislación sobre protección de datos de carácter personal y sus normas de desarrollo*

3. *Las autoridades penitenciarias responsables de los ficheros informáticos penitenciarios adoptarán las medidas de índole técnica y organizativa necesarias para garantizar la seguridad de los datos de carácter personal en ellos contenidos, así como para evitar su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, y estarán obligadas, junto con quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento automatizado de este tipo de datos, a guardar secreto profesional sobre los mismos, incluso después de que haya finalizado su relación con la Administración penitenciaria.*

4. *La Administración penitenciaria podrá establecer ficheros de internos que tengan como finalidad garantizar la seguridad y el buen orden del establecimiento,*

así como la integridad de los internos. En ningún caso la inclusión en dicho fichero determinará por sí misma un régimen de vida distinto de aquél que reglamentariamente corresponda”

Recordaremos aquí brevemente que los apartados segundo y cuarto de este precepto deben su redacción al R.D. 419/2011, de 25 de marzo, por el que se modifica el Reglamento Penitenciario, al objeto de dar cobertura reglamentaria a los ficheros de internos de especial seguimiento; como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo 2009, que declaró que las Instrucciones y circulares, no son medio idóneo para regular los derechos de los internos.

Por su parte el artículo 7, relativo a la recogida y cesión de datos de carácter personal de los internos dispone:

1. *Cuando los datos de carácter personal de los reclusos se recojan para el ejercicio de las funciones propias de la Administración penitenciaria no será preciso el consentimiento del interno afectado, salvo en los relativos a su ideología, religión o creencias.*

2. *Tampoco será preciso el consentimiento del recluso afectado para ceder a otras Administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, los datos de carácter personal contenidos en los ficheros informáticos penitenciarios que resulten necesarios para que éstas puedan ejercer sus funciones respecto de los internos en materia de reclutamiento para la prestación del servicio militar, servicios sociales, Seguridad Social, custodia de menores u otras análogas.*

3. *También se podrán ceder datos de carácter personal contenidos en los ficheros informáticos penitenciarios sin previo consentimiento del afectado cuando la cesión tenga por destinatarios al Defensor del Pueblo o institución análoga de las Comunidades Autónomas que ejerzan competencias ejecutivas en materia penitenciaria, al Ministerio Fiscal o a los Jueces o Tribunales, en el ejercicio de las funciones que tienen atribuidas, así como cuando se trate de cesión de datos de*

carácter personal relativos a la salud de los reclusos por motivos de urgencia o para realizar estudios epidemiológicos.

4. Las transferencias internacionales de datos de carácter personal contenidos en los ficheros informáticos penitenciarios se efectuarán en los supuestos de prestación de auxilio judicial internacional, de acuerdo con lo establecido en los tratados o convenios en los que sea parte España.

Se presta una protección reforzada a los datos penitenciarios especialmente protegidos, en el artículo 8:

1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, los datos de carácter personal de los reclusos relativos a opiniones políticas, a convicciones religiosas o filosóficas, al origen racial y étnico, a la salud o a la vida sexual, que hayan sido recabados para formular los modelos individualizados de ejecución o los programas de tratamiento penitenciarios, sólo podrán ser cedidos o difundidos a otras personas con el consentimiento expreso y por escrito del recluso afectado o cuando por razones de interés general así lo disponga una Ley.

2. Cuando se soliciten de la Administración Penitenciaria este tipo de datos especialmente protegidos por medio de representante del recluso, deberá exigirse, en todo caso, poder especial y bastante otorgado por el mismo en el que conste expresamente su consentimiento para que su representante pueda tener acceso a dichos datos personales del recluso.

El régimen jurídico de la protección de los reclusos en esta materia , culmina con el artículo 9 relativo a la rectificación y conservación de los datos

1. Los reclusos podrán solicitar de la Administración penitenciaria la rectificación de sus datos de carácter personal contenidos en los ficheros informáticos penitenciarios que resulten inexactos o incompletos. De la rectificación efectuada se informará al interesado en el plazo máximo de dos meses desde su solicitud, así como al cesionario o cesionarios, en el supuesto de que los datos incorrectos hubiesen sido objeto de cesión previa.

2. *Los datos de carácter personal de los reclusos contenidos en los ficheros informáticos penitenciarios no serán cancelados cuando, ponderados los intereses en presencia, concurran razones de interés público, de seguridad y de protección de los derechos y libertades de terceros, así como cuando posean un valor intrínseco de carácter histórico y estadístico a efectos de investigación.*”

Como colofón a cuanto venimos diciendo, coincido plenamente con Reviriego Picón, cuando concluye que la *“actividad penitenciaria, marcada lógicamente por las exigencias derivadas de la seguridad y orden , debe encontrar el equilibrio justo con el respeto a los derechos fundamentales del interno, que no deben verse limitados más allá de lo estrictamente necesario”*²⁰⁰.

El contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria son los elementos que singularizan las limitaciones, actuaciones o intervenciones. Éstas, en cualquier caso, deben quedar sujetas al principio de proporcionalidad, configurado en nuestra jurisprudencia constitucional mediante la triada idoneidad, necesidad, o subsidiariedad y proporcionalidad estrictu sensu”.²⁰¹

Finalizaremos esta disertación sobre el vigente RP, trayendo a colación las reacciones que ha suscitado su entrada en vigor en la doctrina.Ésta suele achacar al nuevo texto reglamentario haberse articulado de espaldas a la Ley, contar con graves deficiencias de rigor y sistemática de las que adolece. Pero quizás ha sido la regulación de determinadas ex “novo”, lo que le ha acarreado la crítica más exacerbada de la mayoría de la doctrina constitucionalista y penitenciaria, por la posible vulneración del principio de reserva de ley en su vertiente material; por ello habría sido más acertado, acometer una reforma de la LOGP, habida cuenta de la transformación sufrida por la sociedad española (y su consiguiente repercusión en la población penitenciaria) y de las obligadas modificaciones legislativas operadas para su adaptación al nuevo texto constitucional, en lugar de asumir esa tarea el propio Reglamento penitenciario.

²⁰⁰ Carcedo González, R, Reviriego Picón, F., (Eds), *“Reinserción, derechos y tratamiento en los centros penitenciarios”*, Amaru, Salamanca, 2007, pág162.

²⁰¹ Reviriego Picón, F., (2008), op. cit. págs. 145 y 146.

En esos términos se manifiesta Tamarit Sumalla al afirmar que *“Lejos de procederse a una Reforma de la LOGP que cubriera definitivamente sus muchas lagunas y recortara el excesivo protagonismo que asume la regulación reglamentaria , el nuevo Reglamento muestra hasta qué punto sigue por desgracia subsistiendo una concepción patrimonialista, por parte del Poder Ejecutivo, de la ejecución de las penas privativas de libertad. Y no podría ser de otra forma, cuando el nuevo Reglamento, en su preámbulo, invoca las poderosas y múltiples razones, que exigen una reforma completa de la normativa reglamentaria de 1981; razones que parecen no alcanzar, sorprendente y absurdamente, a la propia ley, siendo que tan obsoleta normativa no hace sino que desarrollar, o al menos así debería en puridad de principios, la propia ley penitenciaria de 1979”*²⁰²

4.1.4 Circulares, instrucciones y órdenes de servicio. Especial referencia a posibles vulneraciones del principio de jerarquía y de legalidad.

El artículo 21 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común disponía que :
“1. Los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio.

Cuando una disposición específica así lo establezca o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, las instrucciones y órdenes de servicio se publicarán en el periódico oficial que corresponda.

2. El incumplimiento de las instrucciones u órdenes de servicio no afecta por sí solo a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que se pueda incurrir”.

La extinta Ley 30/1992 alude en su artículo 3 al principio de jerarquía, contemplado en el artículo 103.1 CE, y al principio de jerarquía administrativa, como hemos visto, al regular en su artículo 21, las instrucciones y órdenes de servicio.

²⁰² Tamarit Sumalla, J.M., García Albero, R., Sapena Grau, F., Rodríguez Puerta, M.J., *“Curso de Derecho Penitenciario”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 55.

Dicho precepto tiene su origen en el artículo 7 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 (BOE nº171, de 18 de julio)²⁰³, aunque no menciona las circulares, a las que sí hacía referencia la citada norma preconstitucional.

La jerarquía administrativa supone que los órganos de la Administración Pública que tienen la misma competencia material se integran en una determinada estructura relacional, que se ordena de forma vertical, de manera que los órganos superiores dirigen y controlan la actuación de los inferiores. Las funciones de dirección y de control que los órganos superiores realizan de la actividad de los inferiores y subordinados se efectúa mediante el ejercicio de una serie de potestades, que el ordenamiento jurídico atribuye a aquéllos (poderes que integran el contenido de una relación interorgánica de jerarquía), y entre los que se encuentra la potestad de dirección de los órganos inferiores mediante instrucciones y órdenes de servicio.²⁰⁴

En el ámbito de la Administración General del Estado, la Ley 6/1997 de 14 de abril de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, en su artículo 3, señalaba que la Administración General del Estado se organiza y actúa, con pleno respeto al principio de legalidad, y de entre los principios de organización el de jerarquía.²⁰⁵

La nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE nº 235, de 2 de octubre de 2015), que ha derogado la Ley 30/1992, no contiene disposición alguna sobre esta cuestión. Por

²⁰³ El citado artículo 7 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 decía que “los órganos superiores podrán dirigir con carácter general la actividad de los inferiores, mediante instrucciones y circulares”

²⁰⁴ Lisset Borrel, F., Romero Hernández, F., López Pellicer, J.A., “Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Comentarios a la Ley 30/1992, modificada por la Ley 4/1992 y su conexión con el Régimen Local”, EL CONSULTOR, Madrid, 2000, pág 98.

²⁰⁵ Como consecuencia del principio de jerarquía administrativa, el artículo 11 de la Ley 6/1997 dispone la ordenación jerárquica de los órganos ministeriales de la siguiente forma:

“1. Los Ministros son los jefes superiores del Departamento y superiores jerárquicos directos de los Secretarios de Estado.

2. Los órganos directivos dependen de alguno de los anteriores y se ordenan jerárquicamente entre sí de la siguiente forma: Subsecretario, Director general y Subdirector general.

Los Secretarios generales tienen categoría de Subsecretario y los Secretarios generales técnicos tienen categoría de Director general.”

su parte, la Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE núm. 236, de 02 de Octubre de 2015) que procedió en virtud de su Disposición derogatoria única a dejar sin efecto a la Ley 6/1997 de 14 de abril, antes citada, dispone, además, en su artículo 6, que “ 1. Los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio.

Cuando una disposición específica así lo establezca, o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, las instrucciones y órdenes de servicio se publicarán en el boletín oficial que corresponda, sin perjuicio de su difusión de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

2. El incumplimiento de las instrucciones u órdenes de servicio no afecta por sí solo a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que se pueda incurrir”.

En el ámbito estrictamente penitenciario, dentro del Título primero, “Disposiciones Generales”, capítulo primero “Ámbito de aplicación y principios generales”, en el artículo 3, apartado 5º del Reglamento penitenciario, permite que los órganos directivos de la Administración penitenciaria puedan dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante circulares, instrucciones y órdenes de servicio.

A modo ejemplificativo, y con habilitación normativa en estas disposiciones, se han dictado multitud de instrucciones por los Servicios Centrales de Instituciones Penitenciarias, pudiendo citarse a modo ejemplificativo, las siguientes:²⁰⁶

- I. nº 9/2007 de 21 de mayo , sobre Clasificación y Destinado de Penados. Régimen Cerrado. Régimen Abierto. Informes.
- I. nº 3/2008 de 6 de marzo, sobre permisos de salida y salidas programadas.
- I. nº 3/2010 de 12 de abril, sobre Protocolo de actuación en materia de seguridad.

²⁰⁶ En los apéndices que acompañan a esta tesis, tras las conclusiones, puede consultarse un listado de las Instrucciones dictadas por la entonces Dirección General de Instituciones Penitenciarias, y por la actual Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

- I. nº 12/2011 de 29 de julio, sobre Internos de especial seguimiento y medidas de seguridad.

La proliferación de circulares, instrucciones y órdenes de servicio obligó a la propia Administración penitenciaria a dictar la Instrucción de 11 de abril de 1994 sobre criterios para la elaboración y actualización de circulares e instrucciones. En ella se afirmaba que el enorme número de normas de esta naturaleza dificultaba el conocimiento puntual y exacto de todas las órdenes dirigidas a los diferentes órganos dependientes de la entonces Secretaria de Estado de Asuntos Penitenciarios. Ello obligó a la necesaria actualización y sistematización de de las circulares e instrucciones existentes estableciendo la forma y características de cada una de tales normas:

- Revestirán la forma de *Circulares*, todas aquellas disposiciones de carácter general que se dicten para la mejor organización interna de los servicios y que señalen o recuerden la aplicación de disposiciones generales o indiquen una exégesis adecuada al espíritu y principios fundamentales de tales disposiciones.
- Revestirán la forma de *Instrucciones*, aquéllas que dirijan la actividad de los subordinados, estableciendo bases, procedimientos y pautas generales de actuación.
- Revestirán la forma de *órdenes de servicio*, las que se dicten dirigiendo aspectos concretos y puntuales de la gestión administrativa.

Continuando con esa línea, el Reglamento Penitenciario de 1996 en su Disposición transitoria cuarta, relativa a la refundición de circulares, instrucciones y órdenes de servicio, ya manifestaba la necesidad de su ordenación, para evitar una innecesaria dispersión normativa en la materia:

“1. Se procederá a la refundición, armonización y adecuación a lo dispuesto en el Reglamento Penitenciario que se aprueba por este Real Decreto de las circulares, instrucciones y órdenes de servicio dictadas por los órganos directivos de la Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios antes de la entrada en vigor del

mismo. Dichas circulares, instrucciones y órdenes de servicio conservarán su vigencia, en lo que no se opongan a lo dispuesto en el citado Reglamento, a partir de su entrada en vigor y hasta que se produzca la mencionada refundición, en cuyo momento se aplicarán íntegramente.

2. Las circulares, instrucciones y órdenes de servicio se publicarán de forma regular en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior o Boletín autonómico equivalente, conforme a lo dispuesto en el artículo 37.10 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

La doctrina administrativista señalaba respecto de su naturaleza que se trata de disposiciones internas cuya virtualidad opera intramuros de la Administración, por lo que no constituyen auténticas normas jurídicas: carecen por ello de naturaleza reglamentaria. Para sostener dicha posición citan la STC 26/1986, de 19 de febrero, en la que se manifiestan que no tienen la consideración de fuente del Derecho, sino tan solo directivas de actuación que las autoridades superiores imponen a los subordinados en virtud de las atribuciones propias de esa jerarquización, no siendo una especial manifestación de la potestad reglamentaria, cuyos efectos jurídicos consisten en su cumplimiento por los destinatarios, incurrindo en responsabilidad disciplinaria en caso contrario, y sin que sea menester su publicación, como se requiere de verdaderas normas reglamentarias, bastando que la instrucción llegue a conocimiento del inferior jerárquico.²⁰⁷

Por su parte, y dentro de la doctrina penitenciaria, Bueno Arús defendiendo al menos su naturaleza reglamentaria, sentenciaba respecto de los tales normas internas que podrían considerarse como “*un reglamento de régimen interno y por ende, el último e ignorado peldaño del Derecho penitenciario positivo*”²⁰⁸.

²⁰⁷ Lisset Borrel, F., Romero Hernández, F., López Pellicer, J.A., op. cit. (2000), pág. 99.

²⁰⁸ Bueno Arús, F., “*Los principios informadores del nuevo Reglamento Penitenciario*”, en su Conferencia de clausura del Curso de Derecho Penitenciario, en el Paraninfo de la Universidad de Granada, 19 de mayo de 1997.

El propio Tribunal Supremo ya se ocupó de la naturaleza y posición jurídica de estas normas en nuestro ordenamiento jurídico, en la Sentencia de 1 de febrero de 1.990, Sala III de lo Contencioso-administrativo, secc. 9º determinando que “*las circulares ostentan una naturaleza normativa particular de carácter interno*”, configurándolas más tarde en la STS de fecha 16 de noviembre de 1.999, Sala III, de lo Contencioso-administrativo, Secc. 2ª, como “*un acto administrativo general con destinatario plural, no siendo disposiciones de carácter general, ni simples instrucciones de carácter interno*”.

La posible vulneración de derechos fundamentales de los reclusos se produce cuando se utiliza la figura jurídica de las instrucciones o circulares para regular los llamados Ficheros de Internos de Especial Seguimiento (FIES), lo que tuvo lugar mediante la Circular de 6 de marzo de 1991, 28 de mayo de 1991 y 28 de febrero de 1995, siendo refundidas y armonizadas en virtud de la disposición transitoria cuarta. en la *Instrucción nº 21/1996, de 16 de diciembre*, de la entonces Dirección General de Instituciones Penitenciarias²⁰⁹. Impugnada dicha norma, tanto los Autos de 9 de febrero de 2001, de 11 de enero de 2002 y de 21 de marzo de 2006, de la Audiencia Provincial de Madrid, así como la Sentencia de 1 de marzo de 2004 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, declararon ajustada a derecho la creación del Fichero de Internos de Especial Seguimiento por aquella Instrucción.

²⁰⁹ La Instrucción 21/1996, de 16 de diciembre efectúa la siguiente clasificación:

F.I.E.S.-1 (Control Directo) Aquí se incluyen a las personas peligrosas y conflictivas que dentro o fuera de la cárcel hayan protagonizado incidentes, intento de fugas, motines, o hayan puesto en peligro la vida de Funcionarios, otros Internos o algún tipo de Autoridad.

F.I.E.S.-2 (Narcotraficantes) Toda persona vinculada a una organización nacional o extranjera, Preventiva o Penada, Presunta o Autora de delitos contra la Salud Pública (Tráfico de Drogas o Estupefacientes) o delitos ligados a estos (Blanqueo y Tráfico de Dinero).

F.I.E.S.-3 (Bandas Armadas) Todos los ingresados en prisión vinculados a Bandas Armadas o Grupos Terroristas o a aquellos a quienes los informes de las Fuerzas de Seguridad establezcan algún tipo de vinculación con ellos.

F.I.E.S.-4 (Funcionarios de Seguridad y Funcionarios de I.I.P.P.) A los que han pertenecido a cualquiera de estos colectivos profesionales y haya que proteger su integridad física y mantener su seguridad.

F.I.E.S.-5 (Características Especiales) En este apartado se contemplan diversos colectivos. Entre ellos a los Delincuentes Comunes Internacionales autores o presuntos autores de delitos muy graves y violentos contra la Libertad Sexual y con ello hayan provocado una gran alarma social. Hasta hace pocos años, también estaban en este Fichero los reclusos que habían ingresado por negarse a cumplir el Servicio Militar o la Prestación Social sustitutoria.

Recientemente se ha dictado por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, la Instrucción 2/2015 sobre inclusión de determinados internos en el Fichero Fies Colectivo.

Sin embargo la STS, Sala III de lo Contencioso-administrativo, sección Quinta, de 17 de marzo de 2009, anuló el apartado primero encabezado con la rúbrica “*Normas de seguridad, control y prevención relativas a internos muy conflictivos o inadaptados*” de la Instrucción 21/1996, por cuanto las circulares o instrucciones, al carecer de la naturaleza y de las garantías de las normas jurídicas o disposiciones de carácter general, no son medio idóneo para regular derechos y deberes de los internos en los centros penitenciarios.

Esta Sentencia del Tribunal Supremo motivó que hubiera de dictarse el RD 419/2011, de 25 de marzo por el que se modificaron varios artículos del Reglamento Penitenciario de 1996, entre ellos el artículo 6.2 para dar cobertura reglamentaria a los ficheros de internos²¹⁰. Su Exposición de Motivos justifica así la reforma llevada a cabo: “ *La Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de marzo de 2009, declaró la nulidad de pleno derecho del apartado primero de la Instrucción 21/1996, de 16 de diciembre, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, que contenía normas de carácter general sobre seguridad, control y prevención de incidentes relativos a internos muy conflictivos y/o inadaptados. De acuerdo con la mencionada sentencia, las «circulares o instrucciones, al carecer de la naturaleza y de las garantías de las normas jurídicas o disposiciones de carácter general, no son medio idóneo para regular derechos y deberes de los internos en los centros penitenciarios». Efectivamente, el Tribunal Supremo recuerda que todo lo relativo a la clasificación y tratamiento de los internos está reservado a la Ley Penitenciaria y a su reglamento de desarrollo. En consecuencia, concluye, la regulación contenida en la Instrucción 21/1996, de 16 de diciembre, «se excede del cometido y finalidad de los denominados «reglamentos administrativos o de organización» para adentrarse en el ámbito reservado a la ley y a sus reglamentos ejecutivos, rodeados estos de unas garantías en su elaboración y requisitos de publicidad de los que aquella carece (...)». A la luz de la citada jurisprudencia, la regulación de los procedimientos de seguridad ajustados a la potencial peligrosidad de los internos debe contenerse en una disposición administrativa de carácter general.*”

²¹⁰ El artículo 6.2 del RP vigente señala que *la recogida, tratamiento automatizado y cesión de los datos de carácter personal de los reclusos contenidos en los ficheros se efectuará de acuerdo con lo establecido en la legislación sobre protección de datos de carácter personal y sus normas de desarrollo.*

Nuestro *intérprete supremo de la Constitución*, ya advirtió tempranamente, en la Sentencia de 11 de abril de 1981, que el *reglamento independiente*²¹¹ *es solo admisible tras la CE, en el ámbito interno con fines puramente organizativos o en el marco de las relaciones de sujeción especial, no cuando regula abstractamente derechos y obligaciones de los ciudadanos en situación de sujeción general.* Y esa fue la labor que llevó a cabo la Instrucción 21/1996 al regular los ficheros de los internos de especial seguimiento en el marco de las relaciones de sujeción especial que constituye el internamiento en un centro penitenciario.

A la vista de cuanto venimos podemos llegar a tres conclusiones fundamentales: En primer lugar la Instrucción vulnera abiertamente el principio de legalidad, que en el ámbito penal constituye el principio rector y la garantía de los ciudadanos (STC 78/1984). Esta vulneración del principio de legalidad en la fase de ejecución penal se concreta en la vulneración de varios preceptos constitucionales, entre los que cabe reseñar el artículo 25.2. de la Constitución, 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”; el 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”, y al mismo tiempo conculcaría preceptos legales como el artículo 3.2. del Código Penal, “no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y Reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto”. En tal sentido el artículo 3 de la LOGP señala que 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

²¹¹ La doctrina administrativista, en base a la vieja clasificación de la costumbre de Von Stein, distingue por su relación con la Ley, entre reglamentos *secundum legem o ejecutivos* (cuyo cometido es dotar a la Ley de los pormenores que exige su aplicación), reglamentos *praeter legem o extra legem* (también llamados independientes, que, a falta de una ley, se basan en la imposibilidad que tiene el poder legislativo para regular y solucionar los problemas que se presentan cotidianamente) y por último, reglamentos de necesidad (que por graves causas naturales o sociales, *salus populi suprema lex*, suspenden la aplicación de una Ley, o imponen especiales obligaciones a los administrados).

el artículo 3 Ley Orgánica General Penitenciaria 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 cualesquiera otra circunstancia de análoga naturaleza”.²¹²

En segundo lugar, la Instrucción 21/96, al regular los FIES, cumple todas las características que se exigen para otorgarle una naturaleza jurídica de reglamento encubierto, ya que crea un régimen nuevo, no previsto, ni en la Ley, ni en el Reglamento penitenciario. La Instrucción constituye una auténtica regla imperativa nueva, una decisión de carácter general, acompañada de ciertas medidas de aplicación. Puede decirse, con todo rigor, que impone un determinado *modus vivendi* fuera de los estrictos confines de la relación de sujeción especial, ya que crea una subespecie de dicha relación por cuyo efecto se somete a los internos a sujeciones nuevas.²¹³

La relación de sujeción especial del interno en establecimiento penitenciario se concreta en la Ley Orgánica General Penitenciaria y en el Reglamento Penitenciario, y no puede admitirse un tratamiento distinto de la ejecución de la privación de libertad sin una Ley Orgánica. Se trata de una exigencia del principio de legalidad penal. La reserva de ley en materia penal se extiende a la forma en que se ha de verificar la detención, la prisión y la ejecución de la privación de libertad.²¹⁴

En tercer lugar, el derecho a la libertad personal implica 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 CE, esto es, que lo desnaturalicen, lo hagan impracticable, lo dificulten más allá de lo razonable o lo despojen de la necesaria protección. Efectivamente, la protección de la libertad personal se construye, sobre todo, a través de la interdicción de sus limitaciones no justificadas constitucionalmente.

²¹² Disponible en <https://pendientedemigracion.ucm.es/info/eurotheo/normativa/fies.htm>

²¹³ *Ibíd.*

²¹⁴ *Ibíd.*

Por lo demás el fichero es abiertamente inútil desde la finalidad resocializadora de la Administración penitenciaria, a que viene obligada a servir la Administración penitenciaria por mandato constitucional.

4.1.5 Fuentes indirectas : Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En esta cuestión, para evitar reiteraciones innecesarias, nos remitimos al capítulo noveno donde se analizarán de forma pormenorizada las resoluciones del TEDH tanto referidas a nuestro país como a otros estados signatarios del Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como al capítulo séptimo donde se estudiarán con más detenimiento, desde un punto de vista orgánico y competencial, a nuestro Alto tribunal, y al capítulo octavo donde se realizará la exégesis de los derechos fundamentales de los reclusos a la luz de la jurisprudencia del supremo intérprete de la CE.

4.2 Clasificación constitucional, legal y doctrinal de los derechos de los internos.

El término derechos fundamentales, *droits fondamentaux*, aparece en Francia hacia 1770 en el movimiento político y cultural que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. La expresión ha alcanzado luego especial relieve en Alemania, donde bajo el título de los *Grundrechte* se ha articulado el sistema de relaciones entre el individuo y el Estado en cuanto fundamento de todo el orden jurídico-político²¹⁵. Este es su sentido en la *Grundgesetz* de Bonn de 1949 (Ley Fundamental de Bonn). De ahí que gran parte de la doctrina entienda que los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos positivizados en las constituciones estatales.

²¹⁵ Pérez Luño, A.E., “*Derechos Humanos, Estado de Derecho, y Constitución*”, Tecnos, Madrid 1991, págs. 30 y 31. Resalta el citado profesor la ambigüedad de la expresión derechos humanos. Si se interroga a un ciudadano medio sobre lo que se entiende por derechos humanos, se apreciará que las divergencias son notables, en cuanto se profundice en el alcance que cada persona otorga a esta expresión, o se intente pormenorizar en el conjunto de atribuciones que se estime se derivan de tales derechos, sin que falten respuestas contradictorias.

En todo caso, continua el citado autor, se puede advertir una cierta tendencia no absoluta, a reservar la denominación de *derechos fundamentales* para designar los derechos humanos positivizados a nivel interno, en tanto que la fórmula *derechos humanos* es más usual en el plano de las declaraciones y convecciones internacionales.

Por su parte Peces-Barba²¹⁶ conceptúa los derechos fundamentales como “*facultades que el Derecho atribuye a las personas y a los grupos sociales, expresión de sus necesidades en lo referente a la vida, la libertad, la igualdad, la participación política o social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte al desarrollo integral de las personas en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto o la actuación de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y con garantía de los poderes públicos para restablecer su ejercicio en caso de violación o para realizarla prestación*”.

Antes de su positivización, las raíces de los derechos fundamentales se remontan a los avatares históricos del pensamiento humanista, por lo que puedo concluir que es a finales del siglo XVII y durante el siglo XVIII cuando se se asienta la base sobre la que se construirá todo el edificio doctrinal de los derechos fundamentales, en la obra especialmente de Locke, Rousseau, con su teoría del contrato social contrato social, y Kant.

La formulación jurídico-positiva de los derechos humanos cristaliza a finales del siglo XVIII, en dos documentos de vital importancia para el devenir de los derechos fundamentales : La Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, en unos Estados Unidos todavía en construcción como Estado federal, en 1776; y en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, adoptada en Versalles, París, en pleno proceso revolucionario, donde se proclama solemnemente que *los representantes del pueblo francés considerando que la ignorancia, el olvido y el menosprecio de los derechos del hombre, son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer en una declaración*

²¹⁶ Peces-Barba Martínez, G, “*Derecho positivo de los Derechos Humanos*”, Debate, Madrid, 1987, pág. 15.

solemne los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre. Además el artículo 16 de la Declaración francesa nos recuerda que toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos y determinada la separación de poderes, carece de Constitución.

Tienen por tanto los derechos fundamentales una doble significación: Objetiva, responden a un sistema de valores y principios de alcance universal, como recoge la STC de 15 de junio 1981, que han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico; y subjetiva, determinan el estatuto jurídico de los ciudadanos, tanto en sus relaciones con el Estado, como entre sí.

El Tribunal Constitucional ha ahondado en la significación objetiva de los derechos fundamentales, conceptuándolos como orden objetivo de valores. Así los califica de “*elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional*” (STC 14 de julio de 1982), o en parecidos términos reforzando su objetivización “*los derechos y libertades fundamentales son elementos del ordenamiento, están contenidos en normas jurídicas objetivas que forman parte de un sistema axiológico positivizado por la Constitución y que constituyen los fundamentos materiales del orden jurídico entero*” (SSTC 8 de abril de 1981, 14 de agosto de 1981 y 5 de agosto de 1982).

Respecto de la naturaleza se afirma doctrinalmente²¹⁷ que parece innecesario advertir que es éste el punto más crucial para la elaboración de una teoría jurídica de los derechos fundamentales. Por de pronto es preciso constatar una posición que no por obvia ha de ser pasada por alto: los derechos fundamentales constituyen básicamente un derecho subjetivo que deja en manos de su titular un haz de facultades que éste puede actuar con carácter puntual ante las posibles restricciones que en su ámbito de *agere licere* se produzcan por vía de una actuación de los poderes públicos. Se trata, en suma, de la consideración de los derechos fundamentales como derechos subjetivos (más precisamente como derechos públicos subjetivos) propios de la concepción tradicional del Estado liberal de Derecho, y que está reiteradamente presente en la

²¹⁷ Aguiar, L., (1983), op. cit. pág. 20.

jurisprudencia de nuestro alto Tribunal, como corresponde a la función que a la misma otorga el artículo 55 de la LOTC.

Desde un punto de vista individual, podemos decir que los derechos fundamentales están ligados a la dignidad de la persona, son la proyección positiva, inmediata y vital de la misma. Constituyen asimismo la condición de su libertad de autodeterminación. Su desconocimiento o conculcación vulnera la dignidad e impide el desarrollo del individuo como persona. Por eso su disfrute resulta imprescindible. Los derechos fundamentales constituyen el núcleo básico, ineludible e irrenunciable, del status jurídico del individuo, afirma Solozábal Echavarría.²¹⁸

Pero los derechos fundamentales, además de esta dimensión subjetiva, disponen de otra dimensión objetiva, ya que constituyen elementos asimismo esenciales del orden jurídico-político general.

En primer lugar, los derechos fundamentales son condición misma de la democracia, que, como sistema político, no puede existir sin el reconocimiento y el ejercicio de los derechos fundamentales. Sencillamente: no hay democracia sin derechos fundamentales.

En segundo lugar, los derechos fundamentales son normas competenciales del ordenamiento jurídico. En la doble medida en que establecen ámbitos inmunes a la actividad pública, espacios protegidos de la intervención estatal, que ésta ha de respetar, y asimismo, en el sentido en que, incluso cuando una actuación normadora sea imprescindible, la misma no puede realizarse por cualquier sujeto público, sino sólo por el legislador, en veste ordinaria u orgánica en el ordenamiento español, dependiendo del alcance configurador o meramente ordenador de su actuación, y a quien, por lo demás, se le impone un comportamiento no desfigurador del derecho fundamental cuyo régimen detalla, al establecer la indisponibilidad para el mismo del contenido esencia del derecho constitucional de que se trate.²¹⁹

²¹⁸ Solozábal Echavarría, J.J, "Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales", Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), nº 71, enero-marzo, pág 88.

²¹⁹ *Ibíd.*, pág. 87.

En tercer lugar, en la medida en que los derechos fundamentales definen el status jurídico básico del individuo, actúan como un factor de homogeneización de todo el sistema jurídico y suponen un límite a la variedad deducida del pluralismo territorial.

220

Entiendo que los derechos fundamentales son la primera garantía con que cuentan los ciudadanos de un Estado de Derecho de que el sistema jurídico-político se orientará hacia el respeto y promoción de la persona, bien en su estricta dimensión individual (Estado liberal de Derecho), bien conjugando aquella con la exigencia de la solidaridad, derivada de la dimensión social y colectiva de la vida humana (Estado Social de Derecho)²²¹.

El Estado social, finalmente, que en su formulación primigenia entendía que el Estado contemporáneo, lejos de limitarse a fijar las reglas conforme a las cuales deben desenvolverse los individuos en sus relaciones sociales y económicas, adopta una posición activa, más intervencionista, pues considera como un nuevo fin que le compete, el garantizar "la procura existencial" o *Deseinvorsorge* del ius publicista alemán Ernest Forsthoff, el mínimo vital para poder desenvolverse en la sociedad. La idea de Estado social de Derecho se debe al tratadista alemán, Hermann Heller, quien, entre los años veinte y treinta del siglo pasado, lo propugna, como alternativa socialdemócrata entre la anarquía económica y la dictadura fascista; se trata de no renunciar al Estado de Derecho sino de dar a éste un contenido económico y social, de realizar en el marco del Estado de Derecho un nuevo orden laboral y de distribución de bienes. Lo que inicialmente forma parte del ideario de los partidos socialdemócratas pasa progresivamente a extenderse a los partidos democristianos, conservadores o liberales, de manera más o menos intensa, es cierto, según los momentos, lugares e ideologías políticas de los gobernantes. Esa generalización lleva al Profesor García-

²²⁰ *Ibidem*, pág. 88.

²²¹ En nuestra Constitución el artículo 1 proclama: "*España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.* En nuestro constitucionalismo histórico tan sólo en la Constitución de 1931 se recoge una fórmula parecida. En su art. 1 se declaraba que "España es una República democrática de trabajadores de toda clase, que se organiza en régimen de libertad y justicia".

Pelayo a sostener que el Estado social significa históricamente el intento de adaptación liberal-burgués a las condiciones de la civilización industrial y postindustrial.²²²

Nuestra Constitución toma el concepto de Estado social de la Ley Fundamental de Bonn, que es la primera Constitución que lo consagra, y lo reconoce con amplitud en el art. 9.2: "Corresponde a los poderes públicos 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, social y cultural.

La evolución posterior de los derechos fundamentales motivará inexorablemente la primera clasificación, en el constitucionalismo moderno, de aquéllos, en derechos individuales y derechos económicos y sociales. Los primeros, derechos civiles o políticos, también denominados de libertad, suponen un límite al ejercicio del poder político, constituyéndose en una garantía para los particulares. Por el contrario, los segundos, asimismo calificados como derechos de igualdad, se les ha otorgado un sentido positivo, al configurarlos como fines directores de la acción positiva de los poderes públicos. Fueron la Constitución de Méjico de 1917 y la alemana de Weimar en 1919, las que incorporaron a su articulado, junto a los derechos individuales, otros de corte social.

De forma sintética pero clarificadora, se han sistematizado los derechos fundamentales²²³.

- Hoy suele admitirse la diferenciación en su seno, primeramente, de los *derechos libertad, derechos autonomía o derechos defensa*, que reconocen un ámbito autónomo al individuo sin interferencias estatales necesario para el desarrollo de sus potencialidades vitales. La configuración de los mismos o la determinación de su efectivo contenido corresponde a sus titulares, exigiéndose exclusivamente una actitud de abstención o respeto por parte de los poderes públicos en relación con su ejercicio, que puede dar lugar a una actuación

²²² García Pelayo, M., "*Las transformaciones del Estado contemporáneo*", Alianza, Madrid, 1980, págs. 16 a 18.

²²³ Solozábal Echavarría, J.J., (1991), op. cit. págs. 88 y 90

normativa de los mismos tuteladora y marginal, pero no definidora ni sustancial de su régimen (son *Achtungspflichte*). Su titularidad es universal. Históricamente, su reclamación consistió en el objetivo político del liberalismo frente al intervencionismo y proteccionismo del antiguo régimen.

- En segundo lugar, los *derechos democráticos* reconocen facultades de intervención en el proceso político, abriendo la composición de los órganos del Estado y la formación de la voluntad de los mismos a la participación de los ciudadanos por sí, respectivamente, o mediante la actuación de sus representantes. Es a través del ejercicio de los derechos-participación mediante los que selleva a cabo la definición de la forma política como Estado democrático.

- Finalmente, suele hablarse de los *derechos sociales o derechos prestación* para referirse a determinadas pretensiones de los ciudadanos a actuaciones concretas o prestaciones de los poderes públicos. No se reclama la abstención ni la participación, sino el desempeño de una actividad por parte de los poderes públicos. La actuación que se solicita, sin merma de su necesaria previsión legal, corresponde esencialmente a la Administración y depende, consecuentemente, no sólo de una voluntad política o de una disposición ideológica a su rendimiento, sino antes que nada de una cierta capacidad económica o presupuestaria. Por eso el reconocimiento de estos derechos se realiza, a nivel constitucional, en las democracias del Estado de bienestar.

El desarrollo evolutivo de los derechos fundamentales es lo que ha llevado a cierto sector de la doctrina española²²⁴ a calificarlos de *generaciones de derechos* :

- Derechos *personalísimos*, protegen a la persona en sí misma, con independencia de la vida social y sus relaciones con los demás, incluyéndose entre ellos el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad ideológica y religiosa, el derecho al honor y a la propia

²²⁴ Peces-Barba Martínez, G. Lecciones de Derechos Fundamentales, Dykinsosn, Madrid, 2000, pág. 284.

imagen, y el derecho a la objeción de conciencia. Tradicionalmente llamados individuales.

- Derechos *de sociedad, comunicación y participación*, se trata de aquellos derechos que protegen a la persona en el ámbito de la sociedad civil, favoreciendo el libre tráfico entre todos sus miembros y su intervención en las relaciones sociales, como el derecho a la igualdad y a la no discriminación, libertad de cultos, inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones, la libertad de residencia y de circulación, libertad de expresión y de información, derecho a la creación literaria, artística, técnica, libertad de cátedra, libertad de enseñanza, el derecho de reunión y de manifestación, y el derecho de asociación. Tradicionalmente se les conoce como derechos civiles.
- Derechos *políticos*, son aquellos que favorecen la participación de sus titulares en la formación de la voluntad estatal y en la configuración de los poderes y los órganos públicos, del Estado, de las comunidades locales. Junto con los derechos políticos se integran el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, el derecho a participar.
- Derechos de *seguridad jurídica*, pudiendo estar reforzados por la libertad, tienen carácter individual o social, y su finalidad y objetivo principal es la de asegurar al individuo frente a las leyes criminales, es decir, persiguen el fin característico del iusnaturalismo y de Hobbes, que son la paz y la seguridad, incluyéndose en ellos, el derecho a la libertad y a la seguridad, el derecho a la asistencia de letrado y a obtener la tutela judicial efectiva
- Derechos *económicos, sociales y culturales*, que permiten el libre desarrollo de la personalidad, caracterizándose porque protegen los beneficios de los que se goza como la propiedad, o pretenden crear nuevos beneficios como la educación, sanidad, seguridad social, vivienda.

Pero incluso se ha llegado a afirmar que hemos llegado a una *cuarta generación de derechos humanos*, en los que se incluirían los derechos de la personalidad, económicos, sociales, y culturales; se trata de derechos que comparten una característica común: son carencias de ciertos bienes que se consideran precisos para la conservación de la vida humana o para su mejora, son habalando con propiedad y rigor, necesidades, que por el ferviente eseo de ser satisfechas, calificamos erróneamente de derechos fundamentales o de derechos humanos.²²⁵

Ya aludíamos al inicio de este epígrafe a la diferenciación entre los derechos y los derechos fundamentales, así como efectuábamos con la doctrina constitucionalista, una clasificación de estos últimos. Nos centraremos, pues, ahora en las posibles clasificaciones de los derechos de los internos atendiendo a nuestra Carta magna, la legislación positiva y los autores patrios.

En primera instancia y desde un prisma netamente constitucional, hemos de acudir al Título I de nuestra lex superior para concretar dicha clasificación.

Nuestra Carta magna en su Título I, que lleva por rúbrica, “De los derechos y deberes fundamentales”, incluye cinco capítulos intitolados respectivamente a los derechos “de los españoles y extranjeros”, a los “derechos y libertades”, a “los principios rectores de la política social y económica”, a las garantías de las libertades y derechos fundamentales” y a la “suspensión de los derechos y libertades”. El segundo de ellos, a su vez admite una subdivisión en una Sección Primera “de los derechos fundamentales y libertades públicas” (art. 15 al 29) y una Sección Segunda “de los derechos y deberes de los ciudadanos” (arts 30 a 38).

El Tribunal Constitucional ha considerado que solo son derechos fundamentales los artículos 15 a 29, esto es, los contenidos en la sección primera del capítulo segundo del Título I, al que añade el principio de igualdad del artículo 14; no siendo por el contrario otros como la objeción de conciencia al servicio militar (art. 30 CE), el derecho al matrimonio o el derecho a la propiedad. Si bien esto ha sido ampliamente

²²⁵ Sánchez González, S., Los derechos fundamentales en la CE de 1978, Sánchez González, (Coord.), “*Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 18.

debatido, algunos autores consideran que todos los derechos del capítulo, y no solo los de Sección Primera, han de estimarse derechos fundamentales.²²⁶

A juicio de Solozábal Echavarría el criterio de la fundamentalidad de los derechos no puede ser sino material. Los derechos constitucionales no deben su fundamentalidad al nivel de su eficacia o protección institucional o procesal, pues estos aspectos de los derechos fundamentales no son la causa de su valía, sino solo el exponente de la misma. Por lo que concluirá el citado autor, que los derechos fundamentales se protegen por su importancia, pero, obviamente, no deben su importancia a su protección.²²⁷

La doctrina penitenciarista insiste en que la condición de penado no es obstáculo para disfrutar de todos los derechos fundamentales del texto constitucional, es decir, desde el artículo 14 al 38, incluyendo el artículo 10 referido a la dignidad.²²⁸

En una clasificación desde la legislación positiva, ni la LOGP, ni el Reglamento penitenciario vigente utilizan en su articulado la expresión derechos fundamentales, sino simplemente la de derechos de los presos. Están contemplados en el artículo 3 LOGP y 4 del RP.

Ha de advertirse que todos los derechos enumerados en el artículo 4 del RP son aplicables a toda clase de internos, preventivos y penados, salvo el contemplado en el apartado d) que solo es aplicable a los penados.

Doctrinalmente²²⁹ suele distinguirse entre derechos humanos, derechos como ciudadanos (ya sean civiles, sociales o políticos), y derechos en cuanto interno de un establecimiento penitenciario.

²²⁶ López Melero, M., “Los derechos fundamentales de los reclusos”, Edisofer, Madrid, 2015, pág. 36.

²²⁷ Solozábal Echavarría, J.J., (1991), op.cit. , pág. 92.

²²⁸ Bueno Arús, F., “A propósito de la reinserción social del delincuente”, *Cuadernos de Política Criminal*, n ° 25, 1985, págs. 65 y 66.

²²⁹ Armenta González- Palenzuela, F.J., y Rodríguez Ramírez, V., Reglamento Penitenciario comentado, MAD, 2001, Sevilla, págs. 61 a 66.

Entre los derechos como persona (derechos humanos), inherentes a la condición humana se hallan:

El derecho a la igualdad ante la Ley o no discriminación ,artículo 14 CE, y artículo 3 LOGP²³⁰, y 4.1 RP.

El derecho a la vida y a la integridad física y moral (artículo 15 CE) y el correlativo deber de la Administración penitenciaria de velar además por la salud de los internos (3.4 y 6 LOGP²³¹y 4.2.a RP), que tienen como desarrollo penitenciario la alimentación suficiente, sana y equilibrada (art.21.2 LOGP y 226 RP), el uso de prendas de vestir adecuadas (art.20 LOGP y 18.2 RP), ropa necesaria para su cama y uso personal, lugar adecuado para guardar sus pertenencias, aunque comparta celda con otros internos (art.21.1 LOGP y 14.2 RP), régimen satisfactorio de higiene (art. 19.2 ,38.3 LOGP y 221,222RP), añadiéndose que se entregaran preservativos a los internos, y descanso nocturno (art. 25.2 LOGP y 77RP) y semanal (art.33 LOGP).

Derecho a la libertad religiosa recogido en el art 16 CE y en el art. 51.3 LOGP y 49.5 RP (comunicaciones con sacerdotes o Ministros de su religión, previa reclamación del interno). El régimen alimenticio ha de tener en cuenta, en la medida de lo posible, sus convicciones personales y religiosas (art. 21.2 LOGP y 226.1 RP).

Derecho al honor consagrado en art. 18 CE, que tendrá su reflejo en el ámbito penitenciario en el derecho a que se preserve su dignidad, sin perjuicio de las medidas exigidas por la vida ordenada en prisión (art. 4.2 RP), derecho a ser designado por su propio nombre (art. 3.5 LOGP y 4.2.b RP),derecho a vestir sus propias prendas, en lugar del desaparecido uniforme (art. 20 LOGP), derecho a ser respetado en los traslados (art.18 LOGP y art. 36 RP), cacheos (art.23 LOGP y 63 RP) y requisas.

²³⁰ “La actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otras circunstancias de análoga naturaleza”.

²³¹ Art 3. 4. LOGP: “La Administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos”. Por su parte el artículo 6 conmina a la Administración penitenciaria a que “Ningún interno será sometido a malos tratos de palabra u obra.”

Derecho a la intimidad (art. 18 CE), reconociéndose en el ámbito penitenciario en particular, el derecho a que se preserve su dignidad, sin perjuicio de las medidas exigidas por la vida ordenada en prisión (art. 4.2 RP), derecho a que su condición sea reservada frente a terceros, alojamiento preferentemente en celdas individuales (principio celular, art. 19 LOGP y art. 13 RP), y régimen de visitas íntimas familiares (art. 51 LOGP, y 41 y 45 RP).

Derecho al desarrollo integral de la personalidad contenido en el art 25.2, 27 y 10 CE, así como en los artículos 55 a 58 LOGP y 118 y ss del RP.

En segundo lugar se citan los derechos de los internos como ciudadanos, entre los que se encuentran en primer lugar los derechos civiles, los derechos sociales, económicos y culturales, y por último, los derechos políticos.

Así el artículo 3 LOGP dirá respecto de esta clase de derechos : *“La actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otras circunstancias de análoga naturaleza, En consecuencia los internos podrán ejercitar los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, sin exclusión del derecho de sufragio, salvo que fuesen incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de la condena.*

Respecto de los de naturaleza civil se incluyen: el derecho de propiedad (art 33 CE, 22 LOGP y 317 RP), y adquisición de bienes de consumo (art. 24 LOGP y 298 RP); derecho a la protección de la familia en el plano económico, social y jurídico y a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica (art.32 CE), derecho del interno a contraer matrimonio, derecho de las internas a tener en su compañía a los hijos menores de tres años (art.38 LOGP) y derecho a mantener el contacto familiar mediante comunicaciones y visitas, de manera escrita, oral o telefónica (art. 51 LOGP y 41.1 RP).

Junto a los derechos civiles, deben mencionarse los sociales, económicos y culturales, tales como el derecho a la educación y acceso a la cultura (art.27, 44 CE y arts. 55 a 58 LOGP) , el fomento del interés por el estudio (art. 55.3LOGP), la existencia de una escuela en cada centro para instrucción de los internos (art. 55.1LOGP), la existencia de una Biblioteca en cada centro (art., 57 LOGP y 127.1 RP),el derecho a disponer libros, periódicos, y revistas de libre circulación en el exterior, con limitaciones (art. 58 LOGP y 128.1 RP), la posibilidad de disponer de ordenadores personales bajo determinadas condiciones (art. 129RP); derecho-deber al trabajo (art. 35 CE , art. 26 y ss LOGP, art. 4.2 f. RP)

Dentro de los derechos como ciudadanos, asimismo se reconocen los derechos políticos. El propio artículo 3 LOGP hace un expreso reconocimiento de los derechos políticos, entre los que deben incluirse y por tanto son ejercitables por los internos, salvo que lo impida el contenido de la pena de inhabilitación o suspensión, los derechos de participación en los asuntos públicos, petición individual y colectiva, referéndum, participación de la Administración de justicia mediante la acción popular (arts 23, 29, 92 y 125 CE) . Queda incapacitado para participar en el Jurado popular, en virtud del artículo 9 LO 5/1995 de 22 de mayo.

En tercer lugar se anotan los derechos en cuanto interno de un Establecimiento penitenciario, llamados *derechos penitenciarios*, toda vez que son consecuencia de la relación jurídico-penitenciaria, ya sea relacionados con el régimen penitenciario o con el tratamiento, o una vez producida la liberación. La mayoría de la doctrina suele negarles el carácter de fundamentales.

En lo que concierne a los derechos derivados del régimen penitenciario, se distinguen, entre otros, el derecho a participar en las actividades del centro (arts 24 LOGP y art. 4.2.i RP); a no ser sancionado sino en los casos establecidos en el Reglamento , y con las sanciones previstas en la LOGP, así como el derecho a la defensa verbal o escrita en el procedimiento (art 42 y 44 LOGP y arts 231 a 262 RP); el derecho a recibir información personal y actualizada de su situación procesal y penitenciario (art. 4.2.k RP) y , de sus derechos y obligaciones así como de los procedimientos para hacerlos efectivos art. (49 LOGP y art. 21 RP) .

En lo que se refiere a los derechos relacionados con el tratamiento penitenciario se encuentran los siguientes:

La LOGP, en su artículo 61, configura, aunque no de manera expresa, el tratamiento como un derecho, al limitarse a ordenar que se fomentará y estimulará la colaboración de los internos en el tratamiento y su planificación, pudiendo ser rechazado libremente (art. 112.3 RP). De donde se deriva el derecho a la revisión de la clasificación inicial (art. 105 RP), a la progresión de grado (art. 106 RP) a las a ser notificado de la resolución clasificatoria y de sus motivos, a ser estudiado por la Central de Observación penitenciaria, a no ser mantenido en un grado inferior cuando por la evolución del tratamiento se haga mercedor de su progresión, a ser destinado al establecimiento que por clasificación le corresponda (103 a 106)RP y por último a los beneficios penitenciarios (adelantamiento libertad condicional e indulto particular en el art. 202 RP).

En última instancia surgen los *derechos del liberado*: En el momento de la excarcelación ha de entregarse al interno lo establecido en el artículo 17.4 LOGP²³² y 30 RP²³³. Además le corresponde la asistencia social necesaria por los Servicios sociales penitenciarios (arts 74 y 75 LOGP y 229. 2 RP), la prestación por desempleo (art. 35 LOGP), así como la rehabilitación (art 73 LOGP) o reintegración plena al ejercicio de sus derechos como ciudadanos.

²³² Saldo de la cuenta de su peculio, los valores y efectos depositados a su nombre, así como una certificación del tiempo que estuvo privado de libertad y cualificación profesional obtenida durante la reclusión. Si careciese de medios económicos, se le facilitarán los medios necesarios para llegar a su residencia y subvenir a sus primeras necesidades.

²³³ Artículo 30 RP Certificación y ayudas.

1. En el momento de la excarcelación de detenidos, presos o penados, se expedirá y entregará al liberado certificación acreditativa del tiempo que estuvo privado de libertad o de la situación de libertad condicional en su caso, así como, si lo solicita el interno o debe proseguir su tratamiento médico, informe sobre su situación sanitaria y propuesta terapéutica. En dicho informe médico no constará referencia alguna que indique que ha sido expedido en un centro penitenciario.

2. Si el interno careciese de medios económicos, la Administración penitenciaria le facilitará los necesarios para llegar a su residencia y subvenir a sus primeros gastos”.

4.3 ¿Imposibilidad de una clasificación general?.

Asunto trascendente, aunque nada pacífico en la doctrina, es el relativo a la titularidad de los derechos fundamentales. Ni siquiera nuestro Alto Tribunal ha podido zanjarla de modo tajante, por cuanto tiene declarado en la STC 19/1983, de 14 de marzo, que “ *la cuestión de la titularidad de los derechos fundamentales no puede ser resuelta con carácter general en relación a todos y cada uno de ellos. La mera lectura de los artículos 14 a 29 de la CE acredita que existen derechos fundamentales cuya titularidad se reconoce expresamente quienes no pueden calificarse como ciudadanos (artículo 16, 27.6, 28.2), otros derechos fundamentales que por su propio carácter no entran en aquellos de los que eventualmente pueden ser titulares las personas jurídicas, como es la libertad personal y el derecho a la intimidad personal, y en algunos supuestos, la Constitución, utiliza expresiones cuyo alcance hay que determinar, como sucede en relación a la expresión “todas las personas” que utiliza en su artículo 24*”.

Habida cuenta de la dificultad que plantea la determinación de modo general de la titularidad de los derechos fundamentales, de la heterogeneidad de las clasificaciones doctrinales sobre los mismos, y extrapolando dichas circunstancias a los derechos fundamentales de los reclusos, vengo obligado a concluir, indefectiblemente, en la imposibilidad de lograr una clasificación general de éstos. Partiendo por tanto de la afirmación constitucional de que el condenado a pena de prisión gozará de los derechos fundamentales recogidos en el Título I de la CE, será preciso para determinar con exactitud qué derechos corresponden a un interno, atender íntegramente a las limitaciones expresadas en el artículo 25.2 CE: el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria.

Como consecuencia del determinante “*papel que nuestro Tribunal Constitucional, mas allá de discrepancias sobre la formula teórica articulada para la configuración de la relación penitenciaria, ha venido desempeñando como elemento dinamizador en este campo con su amplia y consolidada jurisprudencia con relación a los derechos fundamentales*”, coincido plenamente con mi maestro en que es más fructífero centrarnos en aquellos recursos y resoluciones del Alto Tribunal *que*

*entendemos que deben dar la pauta de la modulación de los derechos fundamentales en este ámbito.*²³⁴ Por ende, entiendo más razonable huir de discusiones bizantinas, un tanto estériles, sobre clasificaciones de los derechos de que sean titulares los internos y analizar, de forma pormenorizada, los derechos de los reclusos a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Precisamente a ello dedico ampliamente el capítulo octavo del presente trabajo.

4.4 Límites y deberes de los reclusos.

Los derechos fundamentales no son absolutos, ya que están sujetos a los límites que impone el ejercicio de otros derechos o la actuación de otros bienes constitucionales.

La limitación de los derechos fundamentales puede derivarse de la necesaria coexistencia de los mismos entre sí o con otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, toda vez que los conflictos que surjan entre ellos no se resolverán de ordinario con la afirmación de la prevalencia incondicionada o absoluta de algunos sobre los demás, sino con la afirmación de la vigencia debilitada de todos.²³⁵

El mismo artículo 25 de la CE establece tres limitaciones: el contenido del fallo, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En cuanto al *contenido del fallo*, los reclusos no podrán ejercer aquellos derechos fundamentales expresamente limitados por por la condena. En lo que hace al *sentido de la pena* hay algunos autores afirman que debe entenderse referida a la privación de ciertos derechos de imposible ejercicio por razón de la condena, aunque no se encuentren expresamente limitados por el fallo condenatorio, mientras que otros opinan que el sentido de la pena hace referencia a la finalidad de la misma, es decir, a la reeducación y reinsertión, y al tratamiento para conseguir tal finalidad. Por último la expresión *Ley penitenciaria* debe entenderse referida únicamente a la Ley en sentido formal.²³⁶

²³⁴ Reviriego Picón, F. (2008), *op. cit.* págs. 55 y 143.

²³⁵ Solozábal Echavarría, J.J., (1991), *op. cit.*, pág 98.

²³⁶ López Melero, M., “*Los derechos fundamentales de los reclusos*”, Edisofer, Madrid, 2015, pág. 40.

Bueno Arús entiende que son incompatibles con el sentido de la pena de privación de libertad, al menos en 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 junio²³⁷.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 2/1982 de 17 de enero, ha afirmado también que no existen derechos ilimitados, debiendo distinguirse entre limitar y delimitar, entendiéndose por aquél fijar la extensión que pueden tener la autoridad o los derechos o facultades de alguien, y por éste, determinar con precisión los límites de algo. Aunque anteriormente ya había señalado en su Sentencia de 8 de abril de 1981, FJ 7º, que “ La Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones; en otras el límite deriva de la Constitución solo de una manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no solo otros derechos constitucionales, sino otros bienes constitucionalmente protegidos”. Habrá de recordarse en este punto que la propia “lex superior”, en su artículo 10, situado en el frontispicio del Título I (De los derechos y deberes fundamentales), consagra la dignidad de la persona, los derechos individuales que son inherentes, y el respeto a la ley y *a los derechos de los demás, como fundamentos el orden político y la paz social*”.

La seguridad y el orden del centro también pueden ser causa de limitaciones del status de los internos, como los contemplados en la Disposición final primera de la LOGP: “*Los derechos reconocidos a los internos en esta Ley podrán ser suspendidos parcial y temporalmente por acuerdos de los Ministros de Justicia e Interior en los supuestos de graves alteraciones del orden en un centro que obliguen a la autoridad*”.

²³⁷ 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.

penitenciaria a requerir la intervención de los Cuerpos de Seguridad del Estado. Desde el momento que intervengan dichas fuerzas asumirá la dirección del establecimiento penitenciario en cuanto a custodia, vigilancia y restauración del orden el Jefe de las mismas, sin perjuicio de continuar la autoridad penitenciaria en la dirección de las actividades de tratamiento, procedimiento administrativo en relación con las autoridades judiciales, régimen económico-administrativo y funciones asistenciales. Independientemente del supuesto considerado en el número anterior, los Ministerios de Justicia e Interior podrán acordar, por razones de seguridad pública, que la custodia y la vigilancia interior de un establecimiento cerrado o de un departamento especial de éste corresponda a los Cuerpos de la seguridad del Estado". Esta disposición debe cohererse con el artículo 55 CE.

Debe recordarse a estos efectos que el Reglamento penitenciario distingue dentro de la seguridad de los establecimientos penitenciarios, una seguridad exterior a la que dedica el artículo 63, atribuyéndola a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, o en su caso, a los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autonomas (recibiendo instrucciones de los Directores de aquéllos), y una seguridad interior, regulada en el artículo 64, que corresponde a los funcionarios de los Cuerpos de Instituciones Penitenciarias, con arreglo a las funciones y cometidos de cada uno de ellos y a la distribución de servicios que efectúe el Director. Los medios²³⁸ que para garantizar el buen orden regimental y la convivencia, pone a disposición de la Administración penitenciaria, la ley (artículo 23LOGP) y el texto reglamentario (artículos 66 a 69) ha generado una profusa polémica doctrinal y numerosa jurisprudencia constitucional, muy especialmente en lo que a la vulneración del derecho a la intimidad de los reclusos, que abordaremos con más lujo de detalles en el capítulo octavo de esta tesis concerniente al análisis pormenorizado de la jurisprudencia del Tribunal constitucional.

Junto a esas limitaciones legales, existen a semejanza de los llamados derechos penitenciarios, otras restricciones a los derechos de los reclusos que participan de esa

²³⁸ Nos referimos a la observación de los internos, recuentos, registros, cacheos y requisas, y los polémicos cacheos con desnudo integral.

naturaleza penitenciaria, tales como el régimen cerrado²³⁹ (artículo 10 LOGP, 89 a 98 y 102.5RP) la limitación de la propiedad privada por razones de higiene del establecimiento (artículo 22 LOGP), limitaciones por razón de seguridad, interés del tratamiento, y buen orden del establecimiento (51.1 LOGP) o la posibilidad de intervención o suspensión de las comunicaciones (artículo 51.2 LOGP). Tienen como rasgo en común que no proceden de contenido del fallo condenatorio, sino que tienen su justificación en la necesidad de regular el marco de convivencia donde se produce la ejecución de la pena privativa de libertad.

El ingreso en una comunidad o institución cerrada implica el acatamiento de normas y obligaciones, que garanticen un mínimo de orden y el mantenimiento de la propia institución. Ello es común a todo tipo de institución cerrada (hospitales, cuarteles). Los centros penitenciarios son, desde luego, instituciones muy especiales en las que concurren riesgos añadidos, dadas las especiales características de la población que albergan, y precisan de especiales normas de convivencia y orden.

De lege data, los deberes de los internos están relacionados, como contraprestación de las obligaciones de la Administración Penitenciaria, en el artículo 4 de la LOGP, que por su trascendencia a los efectos de este epígrafe se reproduce a continuación:

²³⁹ Sin perjuicio de la polémica doctrinal en torno a este tipo de régimen de cumplimiento de penas privativas de libertad, y a la que nos referiremos más adelante, el artículo 10 LOGP establece respecto del mismo lo siguiente: “1. *No obstante lo dispuesto en el número 1 del artículo anterior, 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.*

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

3. 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.

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”.

“1. Los internos deberán

- *a) Permanecer en el establecimiento a disposición de la autoridad que hubiere decretado su internamiento o para cumplir las condenas que se les impongan, hasta el momento de su liberación.*

- *b) Acatar las normas de régimen interior, reguladoras de la vida del establecimiento, cumpliendo las sanciones disciplinarias que le sean impuestas en el caso de infracción de aquéllas, y de conformidad con lo establecido en el artículo 44.*

- *c) Mantener una normal actitud de respeto y consideración con los funcionarios de instituciones penitenciarias y autoridades judiciales o de otro orden, tanto dentro de los establecimientos penitenciarios como fuera de ellos con ocasión de traslado, conducciones o prácticas de diligencias.*

- *d) Observar una conducta correcta con sus compañeros de internamiento.*

2. Se procurará fomentar la colaboración de los internos en el tratamiento penitenciario con arreglo a las técnicas y métodos que les sean prescritos en función del diagnóstico individualizado.”

La inclusión en este artículo, de este segundo párrafo, muy a pesar de su ubicación sistemática, no debe considerarse como un deber u obligación jurídica del interno, sino un principio inspirador del tratamiento y de su necesaria voluntariedad en la aceptación por parte del interno²⁴⁰. El Reglamento penitenciario después de reiterar en su artículo 112, la necesidad de estimular la participación del interno en la planificación y ejecución del tratamiento, ordena en su apartado tercero que *“ el interno podrá rechazar libremente o no colaborar en la realización de cualquier técnica de estudio de su personalidad, sin que ello tenga consecuencias disciplinarias, regimentales ni de regresión de grado”*.

²⁴⁰ Artículo 61 LOGP establece como mandatos dirigidos a la Administración Penitenciaria que: *“1. Se fomentará que el interno participe en la planificación y ejecución de su tratamiento y colaborará para, en el futuro, ser capaz de llevar, con conciencia social, una vida sin delitos.*

2. Serán estimulados, en cuanto sea posible, el interés y la colaboración de los internos en su propio tratamiento. La satisfacción de sus intereses personales será tenida en cuenta en la medida compatible con las finalidades del mismo”.

Por su parte el vigente Reglamento penitenciario, en su Título Primero, capítulo II, intitulado “*Derechos y deberes de los internos*” desarrollando al artículo 4 de la LOGP, establece en su artículo 5:

1. El interno se incorpora a una comunidad que le vincula de forma especialmente estrecha, por lo que se le podrá exigir una colaboración activa y un comportamiento solidario en el cumplimiento de sus obligaciones.

2. En consecuencia, el interno deberá:

a) Permanecer en el establecimiento hasta el momento de su liberación, a disposición de la autoridad judicial o para cumplir las condenas de privación de libertad que se le impongan.

b) Acatar las normas de régimen interior y las órdenes que reciba del personal penitenciario en el ejercicio legítimo de sus atribuciones.

c) Colaborar activamente en la consecución de una convivencia ordenada dentro del centro y mantener una actitud de respeto y consideración hacia las autoridades, los funcionarios, trabajadores, colaboradores de instituciones penitenciarias, reclusos y demás personas, tanto dentro como fuera del establecimiento cuando hubiese salido del mismo por causa justificada.

d) Utilizar adecuadamente los medios materiales que se pongan a su disposición y las instalaciones del establecimiento.

e) Observar una adecuada higiene y aseo personal, corrección en el vestir y acatar las medidas higiénicas y sanitarias establecidas a estos efectos.

f) Realizar las prestaciones personales obligatorias impuestas por la Administración penitenciaria para el buen orden y limpieza de los establecimientos.

g) Participar en las actividades formativas, educativas y laborales definidas en función de sus carencias para la preparación de la vida en libertad.”

De entre los deberes enunciados, la inclusión de la obligación de permanecer en el centro, puso fin a la vieja polémica doctrinal de si el recluso tenía o no “derecho a la fuga” del establecimiento penitenciario. Supone la fuga, la ruptura de la relación jurídico-penitenciaria y la infracción de tal deber.²⁴¹

²⁴¹ Conde Pumpido Ferreiro, C., (2004), op. cit. pág 473.

El incumplimiento de la obligación de permanecer en el centro hasta su liberación podrá generar responsabilidad penal para el interno, constitutiva de quebratamiento de condena. Por el contrario las obligaciones de acatar las normas de régimen interior, de utilización adecuada de los medios materiales o instalaciones, de contribución al buen orden y limpieza de los establecimientos podrá acarrear consecuencias negativas en el régimen disciplinario. Difícilmente podrá originar responsabilidad disciplinaria no acatar las medidas higiénicas, sanitarias, y corrección en el vestir. Igualmente novedoso y polémico es el deber de participar en las actividades formativas, educativas y laborales (artículo 24 LOGP y 5.2.d), al poder colisionar con el principio de voluntariedad el tratamiento, pudiendo entenderse que responde a una finalidad de evitar la ociosidad de los penados y preventivos. Respecto de estos últimos la doctrina se ha planteado que imponerles el deber de participación en actividades orientadas a paliar carencias para su preparación para la vida en libertad, podría constituir una forma activa de reeducación resocializadora.²⁴²

La STC 116/2002, de 20 de mayo ha establecido que ninguna de las previsiones contenidas en este precepto, *puede considerarse contraria a los derechos fundamentales de los internos.*

En lo que concierne al apartado primero el artículo 5 del RP y a la especial vinculación del interno con la comunidad penitenciaria, el Alto Tribunal tiene declarado en la STC 129/1995, de 11 de septiembre, que *el internamiento de un ciudadano en un Centro penitenciario vincula al interno con la Administración estableciendo una relación de sujeción especial (SSTC 747/1985, 27/1987, 120/1990, 57/1994, entre otras) que le somete a un poder administrativo autónomo y más intenso que el que se proyecta sobre el común de los ciudadanos. Aunque ciertamente el ejercicio de dicho poder está sujeto a normas legales de estricta observancia y, además se encuentra limitado tanto por la finalidad propia de dicha relación (artículo 1 LOGP), como por el valor preferente de los derechos fundamentales del recluso, que el artículo 25.2CE, expresamente reconoce (SSTC 129/1990, FJ 6y 57/1994, FJ 3).*

²⁴² Armenta González-Palenzuela, F.J., Rodríguez Ramírez, V., “Reglamento Penitenciario comentado”, MAD, Sevilla, 2001, pág. 67 y 68.

Por ende, de dicha relación de sujeción especial, que se produce con internamiento, continua diciendo la STC 129/1995,: *“deriva de un lado la obligación de la Administración penitenciaria de velar por el buen orden y la seguridad regimental del centro y y el correlativo deber del interno de acatar y observar las normas de régimen interior reguladoras de la vida el esatblecimiento”* (STC 57/1994, FJ 3º). *A cuyo fin la legislación penitenciaria atribuye a dicha Administración específicos poderes para adoptar medidas encaminadas no sólo a prevevenir alteraciones del régimen disciplinario, sino también a sancionar administrativamente las infracciones de dicho régimen que puedan cometer los internos (SSTC 74/1984, 2/1987, 190/1987,161/1993, 229/1993,297/1993).”*

Como colofón a cuanto venimos diciendo, coincido plenamente con Reviriego Picón, cuando concluye que la *“actividad penitenciaria, marcada lógicamente por las exigencias derivadas de la seguridad y orden , debe encontrar el equilibrio justo con el respeto a los derechos fundamentales del interno, que no deben verse limitados más allá de lo estrictamente necesario”*²⁴³.

El contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria son los elementos que singularizan las limitaciones, actuaciones o intervenciones. Éstas, en cualquier caso, deben quedar sujetas al principio de proporcionalidad, configurado en nuestra jurisprudencia constitucional mediante la triada idoneidad, necesidad, o subsidiariedad y proporcionalidad estrictu sensu”.²⁴⁴

4.5 .Breve referencia al sistema penitenciario militar español.

Si durante esta tesis he venido manteniendo la necesidad de prestar una mayor atención doctrinal a los derechos fundamentales de los reclusos, no digamos la escasísima consideración que se ha dispensado al sistema penitenciario militar español.

²⁴³ Carcedo González, R, Reviriego Picón, F., (Eds), *“Reinserción, derechos y tratamiento en los centros penitenciarios”*, Amaru, Salamanca, 2007, pág162.

²⁴⁴ Reviriego Picón, F., (2008), op. cit. págs. 145 -146.

A esa labor ha contribuido impecablemente Serrano Patiño, como consecuencia de su labor profesional. Como el mismo señala en su trabajo²⁴⁵ relativo al sistema penitenciario militar español, se trata de una materia que a pesar de ser muy especializada, ha sido poco atendida doctrinalmente. Pero al mismo tiempo se plantea si existen las razones para la supresión y otras consideraciones para no mantener un sistema penitenciario distinto al común. Por de pronto argumenta el citado autor que la jurisdicción militar es objeto de mención “*expressis verbis*” en la Constitución española, en su artículo 117.5, al establecer que “*la ley regulará la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución*” A ello habría que añadir que desde un punto de vista cuantitativo es difícil defender su mantenimiento por cuanto en la actualidad solo hay un “*Establecimiento Penitenciario Militar*”, el situado en Alcalá de Henares y su número de internos no supera la centena.

Con independencia de cual sea la posición que se adopte sobre el mantenimiento o supresión del sistema penitenciario militar español, sigue vigente en nuestros días, por lo que a juicio de Serrano Patiño²⁴⁶ las fuentes propiamente militares serían las siguientes:

-El Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares, aprobado por Real Decreto 1396/ 1992, de 20 de noviembre, y todas aquellas Instrucciones que el Ministerio de Defensa dicte en su desarrollo conforme se prevé en su Disposición Adicional 1º y conforme con la autorización prevenida en la Disposición Final 1ª.

-El Código Penal Militar aprobado por la Ley Orgánica 13/ 1985, de 9 de diciembre.

- La Orgánica 4/ 1987, de 15 de julio, sobre la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar; principalmente su artículo 2 relativo a la potestad jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado; Ley que ha sufrido una importante reforma con la Ley

²⁴⁵ Serrano Patiño, J.V, “Sistema penitenciario militar español”. Premio Nacional Victoria Kent, año 2012, Segundo Accésit, págs. 33 y siguientes.

²⁴⁶ *Ibíd*em, pág. 47.

Orgánica 9/ 2003, de 15 de julio, a fin de garantizar plenamente el derecho a un juez imparcial.

- La Ley Procesal Militar, aprobada por la Ley Orgánica 2/ 1989, de 13 de abril; principalmente sus artículos 348 a 355 sobre la ejecución de las penas privativas de libertad; los artículos 219 a 223, 237 y 239 relativos al cumplimiento de la prisión preventiva y el artículo 224 sobre la prisión incomunicada, en fin, también los artículos 213 y 237 relativos a la detención.

Debe tenerse en cuenta que el vigente Reglamento Penitenciario es de aplicación supletoria en los establecimientos penitenciarios militares, en lo no previsto en el Reglamento penitenciario militar.

Como conclusión destacable de su trabajo señalará que los internos militares gozan de todos los derechos fundamentales reconocidos en la CE y en el resto del Ordenamiento Jurídico a excepción de los que se vean expresamente limitados por la resolución judicial, el fallo condenatorio y sus efectos.²⁴⁷

²⁴⁷ *Ibíd*em, pág. 160. El mismo autor como anacronismo que debiera corregirse y que nació fruto de la singularidad militar viene a manifestar respecto de las comunicaciones del interno y el abogado defensor: “*No consideramos que sea una especialidad militar la suspensión de las comunicaciones con el abogado defensor en base a pretendidas razones de una situación extraordinaria de seguridad recogido en el art. 19.4 del RPM, debiendo considerarse este precepto nulo e inaplicable*” (pág. 161).

V) RELACIÓN JURIDICO-PENITENCIARIA: ¿UNA RELACIÓN DE SUJECCIÓN ESPECIAL?

5.1 Las relaciones de sujeción general y especial; origen y desarrollo de la figura.

Señala la doctrina que la Ciencia Penitenciaria nació originariamente bajo el nombre de Penología, y en concreto por la labor del publicista germano-americano Francis Lieber, a mediados del siglo XIX. Pero es a finales de ese siglo, y como consecuencia de los esfuerzos de la “Escuela Penitenciaria francesa” y de la “Société des Prisons” de París, cuando la Penología, centrada ya en las penas privativas de libertad y sus sistemas para su cumplimiento (sistemas penitenciarios), dejara su lugar a la Ciencia Penitenciaria.²⁴⁸

El Derecho Penitenciario o derecho de ejecución penal ha sido definido por Novelli como “ *el conjunto de normas jurídicas que regulan la ejecución de las penas y medidas de seguridad desde el momento en que es ejecutivo el título que legitima su ejecución* ”. ²⁴⁹ Es palmario que su contenido vendrá integrado por estudio de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad también privativas de libertad, así como de las instituciones penitenciarias y post -asilares complemento de aquéllas.

En nuestro país García Valdés lo definiría como ;“*El conjunto sistemático de normas jurídicas, destinadas a regular el cumplimiento o ejecución de las penas (o, en su caso, medidas de seguridad), sobre todo las referentes a las de privación de libertad, por parte del condenado a las mismas, e impuestas en virtud de sentencia legítima*”.²⁵⁰

Históricamente se discutió la autonomía del Derecho penitenciario, incluso por el penalista Jiménez de Asúa, para quien la penología y la ciencia penitenciaria carecen de contenido propio. Prestigiosos procesalistas, como Carnelutti, consideraron que

²⁴⁸ Conde-Pumpido Ferreiro, C., (2004) op. cit. pág. 465.

²⁴⁹ Ibídem, pág. 466.

²⁵⁰ García Valdés, C., “Derecho penitenciario”, Escritos (1982-1989), Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pág. 9.

toda la materia de la ejecución penal es objeto del Derecho procesal penal, al incardinar el Derecho penitenciario en la fase ejecutiva del proceso penal. Es hoy, afortunadamente, una posición aislada, toda vez que desde el tercer Congreso Internacional de Derecho Penal, celebrado en Palermo, en 1932, se viene afirmando con rotundidad la autonomía del Derecho penitenciario.

En nuestro país, García Valdés ya se pronunciaba en favor de la autonomía del Derecho penitenciario, en orden a un triple orden de argumentos: primero, autonomía legislativa, por la existencia de un solo cuerpo legal, un código de ejecución penal, misión que vendría a cumplir la vigente LOGP; autonomía jurisdiccional, mediante la creación, por la primera Ley orgánica de la democracia, de la figura del Juez de Vigilancia penitenciaria, garante judicial de la legalidad de la ejecución penitenciaria; y autonomía científica, al constituir su objeto, la ejecución de la pena y medida privativa de libertad²⁵¹.

Sin duda alguna, forma parte de ese Derecho penitenciario el haz de derechos y obligaciones recíprocas que corresponden a la Administración penitenciaria y al interno, y que quedan plasmadas en los artículos 3 a 6 de la LOGP y en los artículos de desarrollo del Reglamento Penitenciario, muy particularmente en el 4 y 5.

La relación jurídico-penitenciaria nace mediante su título ejecutivo, que es la sentencia y se extingue con el cumplimiento de la pena de conformidad con el artículo 130.2 del Código Penal. En los artículos 15 y 17 de la LOGP se regula de forma más detallada el comienzo y fin de la misma.²⁵²

²⁵¹ Conde- Pumpido, Ferreiro, C, (2004) op.cit. pág. 468.

²⁵² La LOGP regula el ingreso de un detenido o preso en su artículo 15: “1. *El ingreso de un detenido, preso o penado, en cualquiera de los establecimientos penitenciarios se hará mediante mandamiento u orden de la autoridad competente, excepto en el supuesto de presentación voluntaria, que será inmediatamente comunicado a la autoridad judicial, quien resolverá lo procedente, y en los supuestos de estados de alarma, excepción o sitio en los que se estará a lo que dispongan las correspondientes Leyes especiales.*

2. *A cada interno se le abrirá un expediente personal relativo a su situación procesal y penitenciaria del que tendrá derecho a ser informado, y para cada penado se formará un protocolo de personalidad.*

Del mismo modo el artículo 17 LOGP, hace lo propio con la excarcelación de los detenidos, presos y reclusos, al ordenar: “1. *La libertad de los detenidos, presos o penados sólo podrá ser acordada por la autoridad competente.*

Señala la doctrina penalista más clásica que una vez producida la comisión de un delito nace una *relación punitiva* entre el Estado, titular del “ius puniendi” y sujeto activo, y el autor del delito, lado pasivo de la relación, quedando sometido al ejercicio de tal potestad pública superior. Recordaré brevemente que todas las potestades públicas derivarían de la superior denominada “*imperium*”. Por ende, la extrapolación de la relación punitiva al campo penitenciario produciría el nacimiento relación jurídico- penitenciaria.

Esta relación jurídico-penitenciaria ha sido calificada doctrinalmente y jurisprudencialmente, como veremos, relación de sujeción especial o de supremacía especial. Toda vez que no constituye el objeto de este trabajo el análisis pormenorizado de las situaciones en las que se pueden encontrar los administrados, hoy ciudadanos por mejor decir, baste ahora decir que son fundamentalmente dos: *las relaciones de sujeción general*, en la que se hallen todos los ciudadanos que no tienen una especial vinculación a la Administración, y *las relaciones de sujeción especial*, propias de todos aquellos ciudadanos que sí poseen una especial vinculación administrativa, por existir una mayor intensidad en el ejercicio de las potestades administrativas sobre ellos.

Las relaciones de sujeción especial tienen su origen en los juristas del llamado Estado- policía del siglo XIX, y muy particularmente en Jellinek, Laband, y Otto Mayer, es decir, en la Dogmática alemana.

El primero en emplear la expresión con éxito fue Laband, sin embargo en 1845 Schmitthener, distinguiría entre una relación en la que existe una pretensión jurídica y

2. *Los detenidos serán puestos en libertad por el Director del establecimiento si, transcurridas las setenta y dos horas siguientes al momento del ingreso, no se hubiere recibido mandamiento u orden de prisión.*

3. *Para proceder a la excarcelación de los condenados será precisa la aprobación de la libertad definitiva por el Tribunal sentenciador o de la propuesta de libertad condicional por el Juez de Vigilancia.*

4. *En el momento de la excarcelación se entregará al liberado el saldo de su cuenta de peculio, los valores y efectos depositados a su nombre, así como una certificación del tiempo que estuvo privado de libertad y cualificación profesional obtenida durante su reclusión. Si careciese de medios económicos se le facilitarán los necesarios para llegar a su residencia y subvenir a sus primeros gastos.”* Por su parte el Reglamento Penitenciario, regula, respectivamente, en sus artículos 15 a 21 y 22 a 30, el ingreso en establecimiento penitenciario, y la libertad y excarcelación de los detenidos, presos y penados, así como las condiciones y requisitos en que se producen.

aquella que está determinada por la existencia de un deber de carácter estatal. Laband usó este concepto con el fin de acalarar la situación jurídica de los funcionarios públicos en relación con sus superiores, siendo desarrollado posteriormente por Jellinek, Nawiasky, Fleiner. Pero es en primer lugar a Otto Mayer a quien debemos que se impusiera rápidamente y de manera general en el Derecho Administrativo. Por su parte Obermayer la definirá como *“aquella relación jurídico-pública de sometimiento, en el ámbito del Derecho Administrativo, en el que se encuentran aquellas personas que, como parte integrante del aparato administrativo, están bajo la dirección inmediata del Poder público, con cierto carácter duradero y en favor de un determinado fin administrativo”*, incluyendo expresamente dentro dicho concepto los establecimientos penitenciarios.²⁵³

En rasgos generales, el ciudadano está sujeto en su quehacer diario a la Administración y al ejercicio de las potestades administrativas, entre ellas, la sancionadora, lo que justificaría la posición del denominado, por la doctrina constitucionalista y administrativista, *administrado simple*. Existen, junto a él, dentro de la propia Administración otros administrados (tales como funcionarios, soldados, reclusos) para los que no es posible utilizar el modelo explicativo basado en la distancia o separación entre Administración y administrado, el *“Distanz- modell”* en terminología alemana²⁵⁴. Cuando la sujeción cobra especial intensidad, no encontramos ante las relaciones especiales de sujeción. Para la doctrina alemana clásica en las relaciones de supremacía especial no eran aplicables los postulados propios del Estado de Derecho: necesidad de habilitación legal, control judicial de la actuación administrativa y respeto por los derechos fundamentales de los ciudadanos. Se decía que la justificación de su inaplicación radicaría en el principio de voluntariedad, en virtud del cual, el administrado cualificado, adquiriría tal condición por su propia voluntad, por lo que el consentimiento general en que se basa el Estado democrático

²⁵³ Así narra el origen de las “relaciones especiales de sujeción”, gallego Anabitarte, A., en su trabajo “Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración”, *Revista de Administración Pública*, nº 34, enero-abril, 1961, pág. 17. Nótese como el autor español manifiesta ya en la década de los sesenta, que (al tratarse de una figura de contornos poco claros incluso en la doctrina alemana) *“cualquier definición de las relaciones especiales de sujeción será siempre insuficiente, y, por tanto, inútil”*, por consiguiente *“no existe ninguna relación especial de sujeción, sino relaciones especiales de sujeción, o mejor todavía, relaciones especiales jurídico-administrativas”*.

²⁵⁴ Parejo Alfonso, L., Jiménez Blanco, A., Ortega Álvarez, L., “Manual de Derecho Administrativo”, pág. 234

se sustituye por uno individual (*violenti non fit inuria*). Coincido plenamente con la opinión de con Jimenez Blanco²⁵⁵, en la afirmación que este “*planteamiento, con sus consecuencias y justificaciones, es inaceptable a la luz de nuestros preceptos constitucionales*”. A lo que debo añadir que el argumento de la voluntariedad en la aceptación de dicha sujeción, esgrimido por la doctrina alemana creadora de las relaciones de supremacía especial, está totalmente ausente en el nacimiento de la relación jurídico-penitenciaria, toda vez que esta nace del ejercicio del “*ius puniendi*” por el Estado al imponer la pena privativa de libertad.

Sin ambages, añade el citado autor²⁵⁶ que la figura del administrado cualificado y su correlato las relaciones de sujeción especial, siguen siendo admisibles en nuestro ordenamiento constitucional y administrativo, aunque matiza que para determinar el régimen jurídico aplicable a cada categoría concreta, habrá que estar a los bienes jurídicos concretos en juego. En aras de una mayor comprensión de institución de las relaciones de supremacía general y especial, de hacer constar que el administrado, no sólo está sujeto al ejercicio de las potestades administrativas, de donde nace dicha sujeción como corolario de aquéllas, sino que es titular de situaciones jurídicas activas: potestades, derechos e interés legítimos²⁵⁷. Fue Jellinek, quien en su formulación clásica, llegó a la siguiente sistematización de los derechos públicos subjetivos: status libertatis, status civitatis y status activae civitatis. Partiendo de semejante clasificación, y aplicándola a nuestro ordenamiento constitucional, Jiménez Blanco²⁵⁸ propone diferenciar dentro de las situaciones jurídicas activas en las que se puede encontrar un ciudadano las siguientes:

-*Derechos de libertad*, como ámbito de no injerencia de la Administración en la esfera de los particulares, sino en los términos previstos en la CE y en la Ley, quedando reservada a esta última la regulación de esta materia.

²⁵⁵ Jiménez Blanco, A., op. cit. pág. 236.

²⁵⁶ Jiménez Blanco, A., op.cit. pág. 236

²⁵⁷ Dado que la expresión administrado, como participio pasado del infinitivo administrar, es poco afortunada y ha sido sustituida en la doctrina administrativista por la de ciudadano, por resultar incompatible con la titularidad por parte de éste del conjunto de derechos que nacen del artículo 24 de la CE.

²⁵⁸ Jiménez Blanco, L., op. cit. pág. 234 y 235.

- *Derechos de participación en la cosa pública*, con reconocimiento en el artículo 23²⁵⁹ de nuestra Carta Magna, de suerte que sistema constitucional se monta sobre la base de una democracia representativa y no directa.

-Derecho a obtener la prestación de servicios públicos, recogidos como tales en los artículos 39 a 52 CE, como *principios rectores de la política social y económica*, y que no bastan por sí mismos para fundamentar pretensiones jurídicas. Nos hallamos en presencia, pues, de lo que se ha venido en llamar derechos prestacionales, que necesitan para su ejercicio de la preceptiva normativa de desarrollo. Esta última clasificación es especialmente importante a la hora de abordar por el Tribunal Constitucional el derecho al trabajo de los reclusos, que como sabemos, aun ubicado sistemáticamente en artículo 25.2 CE (esto es fuera del capítulo III, del Título I) es un derecho de *naturaleza prestacional* y no constituye *un derecho subjetivo perfecto frente a la Administración, sino solo un derecho de aplicación progresiva, no pudiendo pretenderse, conforme a su naturaleza, su total exigencia de forma inmediata*²⁶⁰.

A mayor abundamiento Parejo Alfonso²⁶¹ estima que el principio de legalidad exige que *“la Administración no es un sujeto con autonomía de la voluntad, capaz de escoger entre sus fines y de optar entre distintos medios e instrumentos para alcanzar éstos, ni siquiera es libre para decidir si actúa o no”*, por lo que la Administración destinataria de la habilitación y del mandato, que constituye una potestad administrativa, queda obligada a realizar la acción necesaria para satisfacer el interés general al que se refiere tal potestad. Recordemos necesariamente que el artículo 103.3 CE, constitucionaliza las líneas maestras de comportamiento de la Administración, al disponer que *las Administraciones Públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración, y con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.*

²⁵⁹ Artículo 23 CE: Los ciudadanos y los poderes públicos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.”

²⁶⁰ Así lo recoge la STC 17/1993, de 18 enero.

²⁶¹ Parejo Alfonso, L., op. cit. 328

Tampoco faltan administrativistas patrios que definen las relaciones de sujeción general desde una óptica generalista, poniendo el énfasis en el grado de inserción o integración del administrado en la esfera de la Administración.²⁶²

En la labor de investigación que me ha supuesto esta tesis, he de confesar que llamó mi atención poderosamente, y no de forma especialmente grata, que la mayoría de la doctrina española (al menos durante la década de los setenta y ochenta) no sólo administrativista, sino penitenciarista española, mostrara cierta simpatía por las relaciones de sujeción general. Así sorprende que administrativistas de la talla de Sosa Wagner señalara, en 1976, que la teoría de las relaciones de sujeción especial son criticables por distintos motivos, aunque es innegable en el supuesto de los penados, que la institución penitenciaria establece una relación de la que se deriva un status especial que nace con el hecho el ingreso en uno de los establecimientos penitenciarios, de lo cual solo puede desprenderse una especificidad en los derechos y deberes el interno, pero no un espacio jurídicamente vacío. Más sorprendente es aún el argumento utilizado por González Navarro para la aplicación de las relaciones de sujeción al ámbito penitenciario, a través de la llamada *potestad domesticadora*, que ejerce la Administración penitenciaria sobre los internos, siendo definida como *dominio del hombre mediante la obtención de un saber de su pasado, de su presente y de su futuro*²⁶³. Mal se compadece desde luego, a mi entender, la denominación de la potestad con los principios constitucionales de reeducación y reinserción social, así como la voluntariedad en el tratamiento al que dedica la propia LOGP todo el título III.

Como adelantábamos *ut supra*, la doctrina penitenciaria española de los años ochenta y el propio Tribunal Supremo se mostraron asimismo partidarios de la aplicación de las relaciones de sujeción especial: Bueno Arús, García Valdés, Garrido

²⁶² López Benítez, M., en su obra “Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones de sujeción especial”, Civitas, Madrid, 1994, pág. 161, afirmará que “*las relaciones de sujeción especial caracterizadas por su duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la Administración, a resultas de la cual queda sometido a un régimen peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantía, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación*”.

²⁶³ Mapelli Caffarena, B., “El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional”, *Revista del Instituto Fray Bartolomé de las Casas*, 1993, págs. 431 y 432.

Guzmán, o González Vicente. Por ello dirá Borja Mapelli, que resulta paradójico como la jurisprudencia germánica había provocado una reforma que pusiera fin a la aplicación judicial de la teoría de las relaciones de sujeción especial, y sin embargo, en nuestra patria parece que los tribunales no sepan que se ha aprobado la LOGP, cuyos principios son contrarios a aquéllas.²⁶⁴ El citado penalista concluirá : “*la teoría de relaciones de sujeción especial se corresponden con una visión retributiva de los fines de la pena*” puesto que “*una concepción resocializadora de la ejecución penitenciaria no es imaginable en un sistema penitenciario regido por la idea de la supremacía de la Administración*”.

Precisamente por su controvertido y por haber sido repudiada por la misma doctrina que la vio nacer, ha sido objeto de numerosas y severas críticas por la doctrina actual constitucionalista, penal y penitenciaria²⁶⁵.

5.2 Crítica doctrinal y situación actual: propuesta de abandono.

En este epígrafe nos ceñiremos al análisis de las relaciones por la doctrina española más reciente y a la luz de la jurisprudencia constitucional, con especial referencia a su evolución en la materia.

Las dificultades inherentes a la propia categoría de las relaciones especiales quedaron patentes en la eliminación del Anteproyecto del Reglamento Penitenciario de 1996 de cualquier referencia explícita a las mismas, “*por considerarla poco conveniente, al tratarse de una locución creada en su origen histórico para justificar tres privilegios de la Administración regia: la relajación del principio de legalidad,*

²⁶⁴ *Ibíd.*

²⁶⁵ Puede afirmarse que aunque inicialmente existían diferencias insalvables entre incluso los autores de la dogmática alemana creadora de la teoría de las relaciones de sujeción especial, ésta sufriría su abandono prácticamente definitivo con la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de fecha 14 de marzo de 1972, en la que se reconoce que en el ámbito de las relaciones de sujeción especial sí regía el principio de legalidad; que los derechos y libertades fundamentales de los reclusos solo podrán ser limitados, mediante ley, cuando se persiga la consecución de una finalidad necesaria para el bien común, siendo dichos límites establecidos constitucionalmente, y por último en ausencia de ley, las disposiciones reglamentarias no podrán por sí solas limitar aquellos derechos fundamentales.

la limitación de los derechos fundamentales de ciertos súbditos, y la ausencia de tutela judicial de determinados actos administrativos”²⁶⁶.

En lo que se refiere a la posición de nuestro Alto Tribunal, como acertadamente advierte Reviriego Picón⁶¹, tuvo ocasión de manifestarse por primera vez al respecto en la *STC 74/1985, de 18 junio, caso de aislamiento en celda y Junta de Régimen y Administración*, en la que calificó expresamente de relación de sujeción especial la existente entre la Administración penitenciaria y el interno en un centro penitenciario, al ejercitarse por aquélla la potestad sancionatoria disciplinaria, remitiéndose a los artículos 104 y siguientes del Reglamento penitenciario en lo que se refiere a su ejercicio y límites.

Por su parte en la ya célebre *STC 2/1987 de 21 de enero*, en la que se analizaba la constitucionalidad del artículo 42.1 de la LOGP, regulador de las sanciones disciplinarias, fue aun más lejos al declarar que *“la referencia a la legislación vigente en el artículo 25.1 CE, tiene un alcance diferente, al menos, en lo que refiere a la tipificación del ilícito, cuando se trata de la determinación de contravenciones “faltas”, en el seno de las relaciones de sujeción especial, como es la de los internos en establecimientos penitenciarios (.....) En virtud de esa sujeción especial, y en virtud de la efectividad que entraña ese sometimiento singular al poder público, el ius puniendi no es el genérico del Estado, y en tal medida la propia reserva de Ley, pierde parte de su fundamentación material, dado el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria, expresiva de la capacidad de autoordenación correspondiente, para determinar en concreto las previsiones legislativas abstractas sobre las conductas identificables como antijurídicas en el seno de la institución.”*

La conclusión a la que llega el Alto Tribunal, en la meritada sentencia, permitirá a Mapelli Caffarena sentenciar, que *“no se trata de negar la posibilidad de que la Administración disponga de un régimen disciplinario, pero éste no se deriva de*

²⁶⁶ Reviriego Picón, “Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales. Algunos apuntes sobre el derecho a la intimidad en los centros penitenciarios”, *Derechos y Libertades*, año IX, nº 13, 2004, pág. 89; donde apunta que se recogía primigeniamente en el artículo 5 del citado Anteproyecto de Reglamento penitenciario de 1996.

⁶¹ Reviriego Picón, F., (2008) op.cit. pág. 36.

ninguna relación de sujeción especial, sino del cumplimiento del fallo condenatorio. Cumplimiento que ha de ejecutarse de acuerdo con los principios constitucionales”.

267

Lamentablemente, sostengo que en la STC 2/1981, de 21 enero, el Tribunal Constitucional, produce un vaciamiento, mediante la invocación de la teoría de las relaciones de sujeción general, del principio de legalidad en su vertiente material, al entender ajustado al texto constitucional la remisión en blanco que efectúa la LOGP en su artículo 42, para que sea el Reglamento Penitenciario quien tipifique las infracciones disciplinarias en el seno de un establecimiento²⁶⁸; por más que el Alto Tribunal quiera justificar tan llamativa vulneración de la reserva de ley aludiendo la potestad o capacidad de auto-ordenación de la Administración.²⁶⁹

En ese orden de cosas, nuestro máximo órgano en materia de garantías constitucionales, vino a decir, en su STC 175/2000, de 26 de junio, FJ 2, en relación con el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, que la relación que se produce entre la Administración penitenciaria y las personas reclusas en un establecimiento penitenciario se enmarca dentro de las denominadas relaciones de sujeción especial :

²⁶⁷ Mapelli Caffarena, B., (1993), op. cit. pág. 437.

²⁶⁸ El artículo 42 LOGP prescribe lo siguiente: “1. Los internos no serán corregidos disciplinariamente sino en los casos establecidos en el Reglamento y con las sanciones expresamente previstas en esta Ley.

Las infracciones disciplinarias se clasificarán en faltas muy graves, graves y leves.”

²⁶⁹ De modo general y en el ámbito del ejercicio de la potestad, tiene declarado nuestro Tribunal Constitucional: “En todo caso el artículo 25.1 CE exige la necesaria cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal, habida cuenta el carácter excepcional que presentan los poderes sancionatorios en manos de la Administración” (STC 3/1988, de 21 de enero, FJ 9 y 305/1993, de 25 de octubre, FJ 3.). Y complementará dicha afirmación estableciendo: *De ahí que la reserva de Ley en este ámbito tiene una eficacia relativa o limitada (STC 177/1992, de 2 de noviembre, FJ2), que no excluye la colaboración reglamentaria en la propia tarea de tipificación de las infracciones y atribución de las correspondientes sanciones, pero sí descarta que tales remisiones hicieran posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley”* (STC 83/1984, de 24 de julio, FJ4). Esta tesis mantenida por Tribunal Constitucional, en contraposición de la fijada en la STC 2/1987 de 21 de enero, tolera la colaboración de la norma reglamentaria en la definición de infracciones administrativas, pero no consiente, por considerarse que vulnera el principio de legalidad material, dejar en manos de la Administración la tipificación *ex novo* de las citadas infracciones, aunque nos encontremos en el ámbito de las relaciones de sujeción especial.

“(.....) Hemos resaltado que el interno se integra en una institución preexistente que proyecta su autoridad sobre quienes, al margen de su condición común de ciudadanos (y como consecuencia de la modificación de su status libertatis), adquieren el estatuto específico de individuos sujetos a un poder público, que no es el que, con carácter general, existe sobre el común de los ciudadanos, lo que, en consecuencia (STC 181/1999, de 11 de octubre, FJ 5 y las que en ella se citan), obliga a que el marco normativo que regula, entre otros, el derecho al secreto de las comunicaciones en el interior de los centros penitenciarios, venga determinado, no sólo por lo dispuesto en el artículo 18.3 CE, sino también y primordialmente por el artículo 25.2 CE, ya que este último sirve de norma específica aplicable a los derechos fundamentales de los reclusos, pues la naturaleza especial de aquella relación de especial sujeción y la peculiaridad del marco normativo constitucional derivado del art. 25.2 CE supone que entre la Administración Penitenciaria y el recluso se establezcan un conjunto de derechos y deberes recíprocos, que deben ser entendidos en un sentido reductivo y, a la vez, compatible con el valor preferente de los derechos fundamentales. En definitiva, como acertadamente resalta el Ministerio Fiscal, la relación de sujeción especial a que hemos aludido no puede implicar que, en los términos de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Campbell y Fell, de 28 de junio de 1984), la justicia se detenga en la puerta de las prisiones. Por lo tanto, con las modulaciones y matices que sean consecuencia de lo dispuesto en el artículo 25.2 CE, las personas reclusas en centros penitenciarios gozan de los derechos fundamentales previstos en el Capítulo Segundo del Título I de la CE, a excepción de los constitucionalmente restringidos, es decir de aquéllos que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena, y la Ley penitenciaria (por todas, STC 170/1996, de 29 de octubre, FJ 4).”

El carácter vacilante de nuestro “Tribunal de Garantías Constitucionales” ha quedado refrendado tanto en la ausencia de uniformidad terminológica en sus distintas resoluciones, como a la hora de configurar el contenido y precisar límites de las relaciones de sujeción especial. Por de pronto, ha recibido distintas calificaciones por nuestro Tribunal Constitucional: “*relación de dependencia especial*” en la STC 50/1983; “*relaciones de poder especial o simplemente especiales*” en la STC 132/2001. A mayor abundamiento llegó a afirmar en la sentencia 120/1990, de 27 de

junio, (caso “*Huelga de hambre I*”) : “ *el concepto de relación especial es de por sí impreciso*”²⁷⁰, aunque añadida, en su FJ 6, en su dubitativa evolución sobre la figura, que : “*no puede ponerse en duda que la reclusión en un centro penitenciario origina una relación jurídica de esa o Constitución*”.

Sin embargo en la STC 83/1997 de 22 de abril, aplica la teoría de las relaciones de sujeción especial, pero no emplea dicha terminología de forma expresa , sino que la sustituye por la de “*peculiaridades del internamiento*”: “*tratándose de sanciones disciplinarias impuestas a internos penitenciarios, éste conjunto de garantías se aplica con especial rigor, al considerar que la sanción supone una grave limitación a la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de la pena, resultando además evidente que las peculiaridades del internamiento en un establecimiento penitenciario no pueden implicar que la justicia se tenga en la puerta de las prisiones*”.

De mayor gravedad, que la errática evolución jurisprudencial, me parece, si cabe, la aseveración por el Tribunal Constitucional consistente en que se desprende de la norma fundamental que el ingreso en un establecimiento penitenciario origina una relación de sujeción especial. Originará ,desde luego, una relación jurídico-penitenciaria, pero en modo alguno acoge expresiss verbis nuestra Constitución la doctrina de las relaciones de sujeción especial. A mi juicio, no parece pues, que el constituyente quisiera emplear en el artículo 25 CE tal denominación. Es achacable al Tribunal Constitucional su tibieza en otras materias, y en cambio la ausencia de determinación que emplea, si se me permite, a la hora de deducir implícitamente que las relaciones de sujeción especial se deducen de la Carta Magna.

Esta línea jurisprudencial ha sido reiterada más tarde en la SSTC 2/2006 y 11/2006, de 16 de enero, (*casos Informe sobre la Tortura y Kale Gorroa*, respectivamente) reiterándose, sobre la relación jurídico-penitenciaria, la calificación de relación de sujeción especial. Precisamente en la STC 11/2006 dice con una claridad meridiana, que “*es evidente que el régimen disciplinario que están sometidos los*

²⁷⁰ Ya la definió con tal carácter en la STC 61/1990 de 29 de marzo, aunque lo hizo en otras cuestiones ajenas al ámbito penitenciario (se trataba del supuesto en que deniega la existencia de una relación de sujeción especial entre la Administración y las personas que ejercen funciones de detective privado, en virtud de autorización administrativa).

presos, que se encuentra directamente conectado con la peculiaridad específica de la regulación constitucional y legal de la situación de sujeción especial que caracteriza su relación con la Administración, contempla la seguridad interna como uno de sus principales objetivos”.

La doctrina española ha manifestado su disconformidad con esta postura del Tribunal Constitucional, particularmente García Macho, (en relación con la STC 190/1990, de 27 de junio, caso *Huelga de Hambre I*) al reprocharle a aquél que “*no ha tenido en cuenta que los derechos fundamentales gozan de eficacia en el ámbito de las relaciones de sujeción especial y que solamente pueden ser restringidos si la Constitución así lo establece y siempre que ello sea necesario para que no se interrumpa el buen funcionamiento de la institución*”.²⁷¹

Tampoco contribuyó mucho a mitigar dicha indefinición jurisprudencial el propio Tribunal Supremo, que en palabras de Lasagabaster, “*utilizaba con cierta profusión la categoría, aunque no dedica esfuerzos a determinar su alcance*”.²⁷²

Respecto de la jurisprudencia constitucional se muestra especialmente crítico, Mapelli Caffarena, cuando sostiene que ésta “*emplea la teoría de la sujeción especial, para favorecer una actividad administrativa, sobre todo en el ámbito disciplinario, ajena a los principios y exigencias constitucionales*” y que “*en relación con el sistema penitenciario la relación de sujeción traspasa el marco penitenciario para servir de fundamento a un sistema penitenciario retributivo, en donde el interno ve anulado o esencialmente restringidos Derechos Fundamentales que son inalienables por mandato constitucional*”.²⁷³

El profesor Reviriego⁶² mantiene, coincidiendo con Lasagabaster, que las relaciones de sujeción especial disfrutaban de una clara explicación de su nacimiento,

²⁷¹ Reviriego Picón, F., (2008) op. cit. pág. 61.

²⁷² Lasagabaster Herrarte, (1994), op.cit. pág. 163.

²⁷³ Borja Mapelli, B., (1993), op.cit. pág. 443.

⁶² Reviriego Picón, F. (2008) op. cit. pág. 43. Por su parte, Lasagabaster en su obra “*Las Relaciones de sujeción especial*”, Civitas, Madrid, 1994, pág. 425, propugna la reconsideración doctrinal y jurisprudencial de las relaciones de sujeción especial, que debe llevar a su abandono definitivo

mas no de su existencia actual, pues “*su utilización provoca más problemas de los que evita, es caprichosa y especialmente provoca inseguridad jurídica*”, lo que le lleva, como lógica consecuencia, a *la propuesta de su abandono definitivo*, y opta, en aras de una más efectiva protección de los derechos fundamentales de los reclusos y un mejor cumplimiento del mandato constitucional de otorgar a las penas privativas de libertad un fin resocializador, por integrar el contenido de la relación jurídico-penitenciaria con el artículo 25.2 CE, fijándose como límites a la misma el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. Concluye, pues, Reviriego Picón, que nos encontramos ante “*una construcción innecesaria en nuestro ordenamiento al efecto de articular los peculiares contornos de la relación penitenciaria*”, dado que “*cabe dibujarla con exclusividad apelando sin más al artículo 25.2*”.²⁷⁴

Tiene difícil justificación, a mi juicio, intentar aplicar las relaciones de sujeción especial, una teoría propia del siglo XIX, nacida bajo los auspicios de un Estado preocupado exclusivamente en labores de policía administrativa y felicidad de los súbditos, en nuestro Estado social y democrático de Derecho, que proclama nuestra *norma normarum* en su artículo 1. Hemos de tener presente que a la hora de analizar esta figura jurídica, no podemos olvidar que nuestro ordenamiento jurídico-administrativo entronca directamente con el llamado “*regíme administratif*” (nacido de la Revolución francesa de 1.789), propio de los países continentales, como forma de sumisión de la Administración al Derecho, y en contraposición al denominado “*rule of law*”, característico de los países anglosajones. El rasgo más notable de sistema continental es precisamente la existencia en manos de la Administración de una serie de prerrogativas y privilegios frente a los ciudadanos, que no existen en el sistema anglosajón. El corolario de las potestades administrativas lo constituye la sujeción de los ciudadanos, con mayor o menor intensidad, a aquéllas.

²⁷⁴ *Ibíd.*, pág. 37.

Entiendo que la doctrina de las relaciones de sujeción especial en su formulación originaria²⁷⁵, vulneraría los postulados del Estado de Derecho²⁷⁶, antes mencionados (especialmente cuando se invoca aquella para restringir los ya limitados derechos de los reclusos), y al mismo tiempo los principios del régimen jurídico-administrativo, a saber, la sumisión de la Administración al Derecho y la fiscalización en sede jurisdiccional contencioso-administrativa²⁷⁷, de los actos emandos de aquélla. Debe a ello añadirse que ya no existen ámbitos de poder exentos al control judicial²⁷⁸, como ocurría en el régimen autocrático precedente a nuestro Estado Social y Democrático de Derecho. Si estas garantías rigen para cualquier ciudadano en nuestro ordenamiento constitucional y administrativo, deben exigirse con mayor rigor para quienes inmersos en la relación jurídico-penitenciaria, en su condición de internos de un establecimiento penitenciario, se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad. Ello sin perjuicio de la garantía jurisdiccional de la legalidad de la ejecución de las penas privativas de libertad que constituyen los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria.

²⁷⁵ “La reserva de ley no rige en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción” y son “consideradas como ámbito de libre conformación por la Administración”, afirmaban E. Forsthoff y Khöl, tal y como recoge gallego Anabitarte (1961) op. cit. págs. 34 y 35.

²⁷⁶ En un plano doctrinal hemos de traer a colación la posición crítica de Díez- Picazo manifestando que esta noción doctrinal “no siempre resulta coherente con los postulados clásicos del Estado democrático de Derecho”, tal y como lo recoge Reviriego Picón, (2008), op.cit., pág 38.

²⁷⁷ No estara de m(s recordar que el artículo 106. 1 CE, consagra tales principios: “Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.”. Nuestra Carta Magna reitera dicha sumisión cuando en su Título Preliminar, artículo 9 proclama que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”, garantizando en su apartado 3: “el principio de legalidad” y “la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”, lo que es extensible a la Administración penitenciaria.

²⁷⁸ La Exposición de Motivos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, es bastante clarificadora sobre esta cuestión: “(...) Sobre todo desde que la Ley de 27 de diciembre de 1956 la dotó de las características que hoy tiene y de las atribuciones imprescindibles para asumir la misión que le corresponde de controlar la legalidad de la actividad administrativa, garantizando los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos frente a las extralimitaciones de la Administración” y por si fuera poco añade: “(.....) La Ley parte del principio de sometimiento pleno de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, verdadera cláusula regia del Estado de Derecho. Semejante principio es incompatible con el reconocimiento de cualquier categoría genérica de actos de autoridad -llámense actos políticos, de Gobierno, o de dirección política excluida «per se» del control jurisdiccional. Sería ciertamente un contrasentido que una Ley que pretende adecuar el régimen legal de la Jurisdicción Contencioso-administrativa a la letra y al espíritu de la Constitución, llevase a cabo la introducción de toda una esfera de actuación gubernamental inmune al derecho. En realidad, el propio concepto de «acto político» se halla hoy en franca retirada en el Derecho público europeo. Los intentos encaminados a mantenerlo, ya sea delimitando genéricamente un ámbito en la actuación del poder ejecutivo regido sólo por el Derecho Constitucional, y exento del control de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, ya sea estableciendo una lista de supuestos excluidos del control judicial, resultan inadmisibles en un Estado de Derecho.”.

VI) EL ARTÍCULO 25.2 CE ¿ UN DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS RECLUSOS?.

6.1 Exégesis doctrinal del artículo 25CE.

Antes de lanzarnos de lleno al análisis del único artículo, que dedica la Constitución española, expresamente a los reclusos, me parece conveniente y necesario acudir, siquiera brevemente, a la génesis del precepto constitucional, esto es, su tramitación parlamentaria hasta su redacción definitiva e inclusión en los términos en los que fue publicada en nuestra Constitución, en el BOE de fecha 29 de diciembre de 1978.

Muy acertadamente el profesor Reviriego, antes de iniciar un estudio pormenorizado de los reclusos a la luz de la jurisprudencia constitucional, efectúa, dentro del marco normativo regulador de los derechos de aquéllos, un recorrido por la tramitación parlamentaria del artículo 25.2 CE.

En su versión originaria, en concreto en el Anteproyecto de Constitución en su artículo 24, apartado cuarto, se disponía: “Las penas privativas de libertad tendrán una finalidad de reeducación y reinserción social y no podrán suponer ,en ningún caso, trabajo forzado”; no contemplándose nada respecto de los derechos fundamentales de los reclusos.²⁷⁹

Dicho precepto fue objeto de numerosas enmiendas (en concreto ocho) de las que destacaremos con Reviriego Picón, principalmente tres de ellas:

- La nº 123 que vino a coincidir con la redacción del actual artículo 25.2 al establecer “Las penas privativasde libertad tendrán una finalidad de

²⁷⁹ Reviriego Picón, F., (2008), op.cit. pág. 13. Para un estudio más detallado de la génesis parlamentaria del actual artículo 25, vid. el capítulo II “El marco normativo regulador de los derechos de los reclusos”, en su obra “*Los derechos fundamentales de los reclusos*” op. cit. págs. 13-24.

reeducación y de reinserción social, y no podrán suponer, en ningún caso, trabajos forzados. la redención de penas por el trabajo comportará, en cualquier caso, el derecho a la Seguridad Social para el recluso y los beneficiarios del mismo. Los condenados a pena de prisión que estuviesen cumpliendo la misma, gozarán de todos los derechos fundamentales garantizados en este capítulo, con la única excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria” .

- Por su parte la enmienda nº 604, pretendía la inclusión de una concreta e interesante apelación a la dignidad del interno, así como a sus derechos fundamentales: “Las penas habrán de respetar la dignidad del reo y los derechos del mismo no afectados por la condena”.

- En tercer lugar, es reseñable la enmienda nº 451, que quería introducir una referencia al lugar de cumplimiento de la pena, el establecimiento penitenciario, como consecuencia de la situación de abandono en la que se encontraban la mayoría , impidiendo por tanto el cumplimiento de los objetivos de reeducación y reinserción social: “Los establecimientos penitenciarios adecuarán su organización, estructura y funcionamiento al cumplimiento de las anteriores finalidades”²⁸⁰

- Tras las enmiendas, el artículo 24 vino en recoger ya en el Informe de la Ponencia la referencia expresa a la pervivencia de los derechos fundamentales del recluso recogidos en el capítulo, quedando con la siguiente redacción: “ Las penas privativas de libertad no podrán consistir en trabajos forzados y estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma, gozará de todos los derechos fundamentales garantizados en este capítulo, con la única excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido

²⁸⁰ *Ibidem*, pág. 15.

de la pena y la ley penitenciaria . Las sanciones de la Administración civil no podrán consistir en privación de libertad.”

Más tarde, el Dictamen de la Comisión de Asuntos de Asuntos Constitucionales y Libertades recogió todas las circunstancias expuestas con una redacción que prácticamente no sufrió alteraciones durante el resto de la tramitación parlamentaria. Tan solo se operó una modificación de estilo para darle mas importancia a los principios de reeducación y reinserción social y la inclusión del acceso a la cultura y al desarrollo de la personalidad.²⁸¹

Por su parte el texto del Proyecto aprobado por el Pleno del Congreso apenas sufrió alteración durante este momento de tramitación. Por otro lado durante la tramitación en Cámara Alta se formularon cinco enmiendas: relativas a la sanciones administrativas, trabajo del recluso, pervivencia de los derechos de los reclusos y su tutela, acceso a la cultura y ejercicio de la sexualidad. Sin embargo, al pasar por el Dictamen de la Comisión el hasta entonces artículo 24.4 del Proyecto, pasó a ser el artículo 25.2, generándose tres votos particulares sobre dicho apartado segundo, que fueron retirados en última instancia.²⁸²

Por fin la Comisión Mixta Congreso-Senado modificó la redacción el artículo 25.2, adelantando las previsiones referentes a la reeducación y reinserción social e las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad, quedando tal que así: “ Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social, y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma, gozará de todos los derechos fundamentales garantizados en este capítulo, con la única 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 aun trabajo remunerado y a los beneficios de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad .”²⁸³

²⁸¹ *Ibíd*em, pág17.

²⁸² *Ibíd*em pág. 23.

²⁸³ *Ibíd*em pág. 24

En suma, concluirá Reviriego Picón que *el resultado final de la tramitación resulta en buena medida plausible por más resulte evidente que mantiene algunos problemas de estructura o coherencia, contando con algunas deficiencias en su configuración subjetiva*"; siendo en todo caso *“un precepto singular, innovador y casi sin parangón en el ámbito comparado”*.

Una vez efectuada la preceptiva e interesante reseña del nacimiento a la vida jurídica, en sede parlamentaria, del precepto constitucional que nos ocupa, procede pues entrar en los diversos posicionamientos doctrinales sobre el mismo. Así para Cobo del Rosal y Boix Reig, nos encontramos ante un “criticable precepto” de contenido confuso y que puede dar lugar a las más variadas y singulares interpretaciones, que achacan a las sucesivas modificaciones sufridas por el texto en su iter constituyente junto a la introducción de formulaciones amplias, resultado de controversias parlamentarias ante pretensiones concretas de difícil encaje constitucional.²⁸⁴

El artículo 25 de nuestra CE constituye el punto de partida inexcusable para el estudio de la relación jurídico-penitenciaria, caracterizada como relación de sujeción especial por la dogmática alemana del siglo XIX, (y por buena parte de doctrina constitucionalista y penitenciaria española, así como por el Tribunal Constitucional hasta no hace mucho) y del status jurídico de los reclusos. Al mismo tiempo, dicho precepto concretó los límites a que quedarían sujetos los internos, fuera de los cuales mantendrían intactos los restantes derechos fundamentales; lo que como venimos comprobando a lo largo de este trabajo y viene denunciando, de forma sistemática, gran parte de los autores que se han ocupado del tema, no se ha cumplido en la praxis penitenciaria.

Hasta tal punto no se han respetado los derechos fundamentales de los internos en los establecimientos penitenciarios de nuestro país, que ha permitido a algunos autores, como Rivera Beiras, concluir *“que pese a las declaraciones normativas que señalan a los reclusos sólo se les ha de privar de su libertad, todos y cada uno de sus*

²⁸⁴ Cobo del Rosal, M., Boix Reig, J., “Artículo 25. Garantía penal”, *Comentarios a las Leyes Políticas, Constitución española de 1978*, Alzaga Villaamil, O., (dir.), T. III, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983, pág. 88.

*derechos fundamentales (... ..) se encuentran devaluados en comparación con la tutela que poseen esos mismos derechos cuando los mismos se refieren a quienes viven en libertad”.*²⁸⁵

Sí es de alabar, a mi entender, la intención de los constituyentes de dar acogida, en nuestra Carta magna, al ideal resocializador y la humanización del sistema penitenciario español, como ya habían hecho normas internacionales en la materia como las “*Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos*”, adoptadas en 1955 en el seno de las Naciones Unidas. Estas últimas recalcan que la finalidad del periodo de privación de libertad es precisamente es la consecución del ideal rehabilitador.²⁸⁶

Loable es asimismo la ubicación sistemática del citado precepto en la Sección primera (“*De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*”) del Capítulo segundo (“*Derechos y libertades*”), del Título primero (“*De los derechos y deberes fundamentales*”), que le otorga la máxima protección jurídica de las que contempla el 53 CE. Y digo loable, por cuanto ha permitido a un sector doctrinal patrio mantener el carácter de derecho fundamental de la finalidad resocializadora de las penas privativas de libertad en nuestro ordenamiento constitucional, permitiendo el acceso a trves del recurso de amparo ante nuestro Alto Tribunal.

Como señala García Morillo el artículo 25.2 no es un precepto ni descriptivo del sistema penitenciario español, pero tampoco se trata de una norma meramente programática, derivada de simples objetivos , sino que en ella se establecen mandatos jurídicos de obligado cumplimiento, cuyo contenido puede invocarse directamente ante los órganos judiciales.²⁸⁷

²⁸⁵ Rivera Beiras, I., “La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos”, *Tratamiento Penitenciario y Derechos Fundamentales*, Jornadas Penitenciarias organizadas por la Asociación Catalana de Juristas Demócratas, Bosch, Barcelona, 1994, pág. 47.

²⁸⁶ “El fin y justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen. Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el periodo de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo.”

²⁸⁷ García Morillo, J., “Los derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios”, *Revista del Poder Judicial*, nº 47, 1997, pág. 27.

Para Delgado del Rincón, la constitucionalización de estos dos temas (el fin de la reeducación social de las penas privativas de libertad y el reconocimiento de los derechos fundamentales a favor de los reclusos, hace que estemos en presencia de un precepto original e innovador, ya que carece de parangón en nuestros textos constitucionales históricos, así como en los de la mayoría de países de nuestro entorno.²⁸⁸

De Igual modo para Mapelli estamos en presencia de un precepto original en cuanto reconoce la vigencia de los derechos fundamentales al condenado en la fase de ejecución de la pena, implicando importantes limitaciones a la actividad de la Administración penitenciaria, junto a las metas resocializadoras que se atribuyen a la condena²⁸⁹, que hasta la fecha no se habían recogido en un texto constitucional.

A tenor de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se deduce a juicio de Reviriego Picón, que *nos encontramos ante un mandato dirigido al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, a través del tratamiento, que ha de coordinarse con ese fin primordial de las instituciones penitenciarias, que como señala el artículo 1 de la LOGP, no es otro que el de la retención y custodia de detenidos, presos y penados, que comporta garantizar y velar por la seguridad y el buen regimental del centro. A lo que añadirá el citado autor que la orientación de las penas privativas de libertad hacia la reeducación y reinserción social que incluyera el constituyente como pósito del apartado segundo de su artículo 25.2 , no permite hablar de la existencia de un derecho subjetivo del recluso a que la totalidad de la vida de los aspectos de la vida en prisión deban regirse por aquél.*²⁹⁰

Desde el punto de vista del derecho comparado, otros países han recogido en sus textos constitucionales declaraciones semejantes a la de nuestra “lex superior”. Como reseña Boix Reig, el artículo 27 de la Constitución italiana dispone que “*las penas no pueden consistir en tratamientos contrarios al sentido de la humanidad y deben tender*

²⁸⁸ Delgado del Rincón, L.E., “La constitucionalización de la reeducación y la reinserción como fin de las penas privativas de libertad”, *Reinserción, derechos y tratamiento en los centros penitenciarios*, Carcedo González, R.J., Reviriego Picón, F., (eds.), pág. 79.

²⁸⁹ Mapelli Caffarena, B., “*Los principios del sistema penitenciario español*”, Bosch, Barcelona, 1983, pág. 131.

²⁹⁰ Reviriego Picón, F., (2008), op. cit., pág.45.

a la reeducación del penado” . Aunque ambos preceptos, el italiano y el español, recogen la prevención especial como fin de la pena, tres son los criterios diferenciales;

- En el texto italiano la referencia es solo a las penas, obviando las medidas de seguridad;
- La exigencia constitucional no es imperativa en ninguno de los textos constitucionales, sin bien el italiano es más laxo, gracias a la expresión “deberán tender”.
- La finalidad en la Constitución española es más amplia al admitir no solo la reeducación sino también la reinserción social. ²⁹¹

6.2 El artículo 25.2 en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En este epígrafe trataremos dos cuestiones de suma trascendencia para el devenir de los derechos de los reclusos. : La primera se ciñe a verificar si de la dicción del artículo 25 de la CE se desprende que las penas privativas de libertad tienen como finalidad la reeducación o reinserción social de los penados, o admiten junto a la misma otras tales como la puramente retributiva o expiacionista, o incluso preventivo. La segunda de las cuestiones implica discernir si del meritado artículo nace un derecho fundamental de los internos o tan solo un mandato constitucional al legislador a la hora de regular las penas privativas de libertad.

A juicio de Córdoba Roda nuestro Texto constitucional ha optado por una *noción sustancial* de la función de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad, en lugar de una *noción formal*, que hubiera versado sobre la idea de la abstención del sujeto de cometer en el futuro otros hechos punibles.²⁹²

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de manifestarse sobre cuales sean, en nuestro ordenamiento constitucional y penal, los fines de la pena privativa de libertad. Ya analizamos en el capítulo segundo esta tesis las distintas finalidades que

²⁹¹ Boix Reig, J., “Significación jurídico-penal del artículo 25.2 de la Constitución española, Escritos Penales, Universidad de Valencia, 1979, pág. 118.

²⁹² Córdoba Roda, J., “La pena y sus fines en la Constitución española”, La reforma del Derecho Penal (edición de Santiago Mir), Bellaterra, 1980, pág. 153.

por las diferentes Escuelas penales se atribuyeron a la pena carcelaria. De igual modo hemos recogido en el epígrafe anterior las posiciones doctrinales en torno al artículo 25.2 de nuestra “norma normarum” y a los fines de la pena privativa de libertad.

Por tanto, la reeducación y reinserción social del citado precepto constitucional, a la que la doctrina también se refiere con la denominación de resocialización, va a formar parte de la finalidad de la prevención general. La constitucionalización en nuestro ordenamiento de esta finalidad de la pena, es una manifestación de una tendencia que se había constatado en los ordenamientos de los países occidentales de abandonar progresivamente la retribución penal en favor de la prevención mediante la resocialización del penado.²⁹³

Antes de adentrarnos en las diferentes opiniones doctrinales vertidas sobre los fines de las penas privativas de libertad que haya podido recoger nuestra “lex superior” hemos efectuarnos una interrogante.: Si el pretendido fin rehabilitador es aplicable solo a la pena carcelaria o por el contrario sería predicable de toda clase de penas.²⁹⁴

Algún sector doctrinal ha entendido que la Constitución limita acertadamente la reinserción y la reeducación social a las penas privativas de libertad, al entender que el resto de las penas, por ser cumplidas en régimen de libertad, no comprometerían los vínculos sociales de la persona y por tanto no afectarían a su reinserción.²⁹⁵

Entiendo más acorde con la finalidad resocializadora contenida en el mandato constitucional y con el principio de humanización de las penas, la posición mantenida por Rodríguez Devesa, quien considera que la reinserción y reeducación deberían

²⁹³ Carcedo González, R.J., Reviriego Picón, F., “*Reinserción y tratamiento en los centros penitenciarios*”, Amarú, Salamanca, 2007, pág. 81.

²⁹⁴ Para un mejor entendimiento de las penas y sus clases, traemos a colación el artículo 35 del vigente Código penal, que establece que: “*Son penas privativas de libertad la prisión permanente revisable, la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. Su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las leyes y en este Código*” en la redacción que le dio la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (B.O.E. 31 marzo). Previamente el artículo 32 ya había fijado que “*las penas que pueden imponerse con arreglo a este Código, bien con carácter principal bien como accesorias, son privativas de libertad, privativas de otros derechos y multa.*”

²⁹⁵ Cid Moliné, J., “Derecho a la reinserción social (consideraciones a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional en materia de permisos)”, *Jueces para la Democracia*, nº 32, Julio-1998, pág. 39.

extenderse al resto de las penas, tanto las pecuniarias como las privativas de derechos.²⁹⁶

Para Serrano Alberca²⁹⁷ la introducción en la Constitución de la reeducación y reinserción social tiene por objetivo fijar la orientación que debe seguir la legislación, sin que ello suponga olvidar la finalidad preventiva tanto general como especial de la pena; por lo que el destinatario de la norma constitucional es fundamentalmente el legislador.

Por el contrario, Cobo del Rosal, Boix Reig y Quintanar Díez entienden que la norma constitucional no puede convertirse en quicio constitucional de la teoría de la pena, sino que simplemente fija un criterio por el que, en determinadas circunstancias, debe regirse la fase de ejecución de la pena. Por tanto el hecho de que el primer inciso del artículo 25.2 CE se sitúe únicamente en el ámbito penitenciario, esto es, que afecte solamente a una de las instancias del sistema penal, la relativa a la ejecución de ciertas sanciones como son las penas y medidas privativas de libertad, hace que el destinatario de la norma constitucional sea exclusivamente la Administración penitenciaria.²⁹⁸

En ese orden de cosas otro constitucionalista patrio vendrá a decir que en definitiva, nos encontramos ante una “*norma de programación final*” que, debido a su indeterminación, deja un amplio margen de actuación a los poderes públicos, que podrán y deberán compatibilizar este fin no excluyente con otras finalidades que pudiesen concurrir.²⁹⁹

²⁹⁶ Rodríguez Devesa, J. M., Serrano Gómez, A., *Derecho Penal Español, Parte General*, Dykinson, Madrid, 1995, pág. 883.

²⁹⁷ Serrano Alberca, J.M., “Artículo 25”, *Comentarios a la Constitución* (Garrido Falla, F., Dir.), Civitas, Madrid, 2001, págs. 602-603.

²⁹⁸ Cobo del Rosal, M., Boix Reig, J., “Derechos fundamentales del condenado. Reeducación y reinserción”, *Comentarios a la Legislación Penal*, (Tomo I) Cobo del Rosal, M., (dir.), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982.

²⁹⁹ De Otto, I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1988, pág. 43. Recordemos aquí, brevemente, que, a juicio de este autor, nuestra Carta magna ha sido calificada como la “Constitución de la concordia”, al permitir que, como consecuencia del imperio del compromiso del que es fruto, puedan gobernar opciones políticas de diverso signo, sin violentar el texto constitucional

El propio Bueno Arús vino a sistematizar, en la década de los ochenta del siglo pasado, las diversas posiciones doctrinales, patrias y críticas, sobre la resocialización como fin de la pena:

- -Una postura clásica: Contraria a dicha finalidad y tratamiento, por creer que, con éstos, se despoja a la pena de su esencia: la necesidad de ser sentida como castigo.
- Una postura liberal: Disconforme con lo mismo por existir verdadero riesgo de manipular la personalidad y someter a coacción la libertad, ya limitada por la pena, al imponerse oficialmente, en todo caso, determinados valores. Algo contrario a una sociedad democrática y, por ello, pluralista. Por correr, asimismo, el riesgo de atentar contra el derecho a una pena fija (principio de legalidad), dado, según los afirmantes de esta postura, el carácter indeterminado del Tratamiento.
- Una postura crítico-anarquista: Al repudiarse por ella toda clase de sanción penal, de prisión, de legalidad y de Estado.
- Una postura crítico-marxista: De ella el precitado autor, en el mismo estudio, comentaba: "Se cuestiona la pena de prisión como un invento burgués, destinado a la creación de una mano de obra sometida, y como un procedimiento de criminalización y de etiquetamiento, pero se mantienen las penas y medidas de prisión en los Estados socialistas. Se atribuye al tratamiento el ser una manipulación ilegal y antidemocrática de la personalidad, pero solamente en los Estados burgueses o de democracia liberal, porque en las democracias populares se atribuye legislativamente a las penas y medidas una finalidad predominantemente educativa. Se considera que la resocialización en una Sociedad liberal-capitalista es la negación de la libertad humana, pero se practica la resocialización en una Sociedad socialista como la culminación de esa libertad. Postura desde luego congruente con una visión eminentemente politizada del Derecho Penal, pero seguramente poco respetuosa con los

derechos fundamentales de la persona cuando el tratamiento y la resocialización se conciben en un sentido máximo, es decir, como una asimilación necesaria de los valores y las actitudes establecidas oficialmente”³⁰⁰

Corresponde ahora examinar la jurisprudencia establecida por nuestro Alto Tribunal sobre dicha finalidad. Por de pronto ha declarado reiteradamente que “los fines reeducadores y resocializadores no son *“los únicos objetivos admisibles de la privación de libertad”* y que por ello no puede considerarse contraria a la Constitución *“la aplicación de una pena que pudiera no responder exclusivamente a dicho punto de vista”*³⁰¹.

Y ello es así, porque se entiende que existe otro segundo y mas valioso fin de las instituciones penitenciarias, la retencion y custodia de los detenidos, presos y penados: *“(el articulo. 25.2 CE) no genera un derecho subjetivo a que cada aspecto de la organización de la vida en prision se rija exclusivamente por el mismo, con independencia del tambien fin primordial de las instituciones de “retencion y custodia de detenidos, presos y penados”(articulo 1 LOGP) que comporta “garantizar y velar por la seguridad el buen orden regimental del centro”*³⁰²

Por lo que , la relativizacion de la importancia del principio de resocialización en aras de la potenciación de la retención y la custodia como fines de la pena, no es solo ya una línea jurisprudencial consolidada, sino que sea positivizado de forma preeminente en los artículos 1 LOGP y 2 del Reglamento Penitenciario, al mencionarse en primer lugar los fines de aseguramiento o custodiales antes que los reeducadores o de reinserción social.

Algunos autores comparten la posición del Tribunal Constitucional al atribuir a las penas privativas de libertad junto a los fines resocializadores, otros de naturaleza

³⁰⁰ Bueno Arús, F., “La legitimidad jurídica de los métodos de la Criminología clínica aplicada al tratamiento penitenciario”; Boletín de Información del Ministerio de Justicia, nº 1215 (1980), apartado III.

³⁰¹ Autos TC 985/1986, de 19 de noviembre y 1112/1988, de 10 de octubre; y STC 19/1988 de 16 de febrero.

³⁰² STC 119/1996, de 8 de julio, FJ, 4º.

preventiva o retributiva, como en el caso de los arrestos sustitutorios por impago de multas (STC 19/1988) o en el caso del arresto menor domiciliario (STC 120/2000), aunque mantienen dudas de la constitucionalidad de la reforma operada en el Código Penal por la LO 7/20003, que introdujo el endurecimiento de las penas para determinados delincuentes y una restricción considerable de las condiciones para el acceso a los beneficios penitenciarios.³⁰³ Al hilo de esta cuestión de la duración de las penas y su relación con el principio de resocialización, se ha manifestado por los penalistas que la imposición de penas privativas de libertad excesivamente largas contradice frontalmente el ideal resocializador, porque elimina cualquier atisbo de esperanza en el condenado.³⁰⁴

A juicio de Córdoba Roda podría interpretarse que el artículo 25.2 CE establece que la reeducación y la reinserción social son la única finalidad de las penas privativas de libertad, en cuyo caso no podría imponerse pena privativa de libertad en todos aquellos supuestos en los que habiéndose cometido un delito conminado con una pena privativa de libertad, no esté aquel necesitado de reeducación o reinserción social. Al mismo se está dando acogida a un principio de humanización de las penas que poscribe la imposición de sanciones inútiles, cuando no claramente perjudiciales para el condenado o inspiradas en un simple fin de castigo.³⁰⁵

La otra cuestión a la que tuvo que enfrentarse prontamente el *Máximo interprete de la Carta magna*, fue precisamente dilucidar si el contenido del artículo 25.2 encerraba un verdadero derecho fundamental o por contrario tan solo suponía un mandato dirigido al legislador en materia penal y penitenciaria.

Nuestro “Tribunal de Garantías Constitucionales” comenzó afirmando que no es posible en consecuencia “*transformar en derecho fundamental de la persona lo que*

³⁰³ Carcedo González, R.J., (2007), op. cit., pág. 105.

³⁰⁴ Mir Puig, S., “*Derecho penal. Parte General.*”, Barcelona, 1997, pág. 679., dirá que se considera comprobado que las penas privativas de libertad superiores a quince años producen graves daños en la personalidad del recluso, lo que se opone al objetivo de la resocialización fijado por el artículo 25.2 CE.

³⁰⁵ Córdoba Roda, J., (1980), op.cit. pág. 158.

no es sino un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos”³⁰⁶

Por si no hubiera quedado suficientemente claro, nuestro Alto Tribunal, reiterará (en sendas resoluciones recaídas en recursos de amparo motivados por el disfrute de beneficios penitenciarios) : *“La reinserción no constituye un derecho fundamental, sino un mandato al legislador para orientar la política penal y penitenciaria: se pretende que en la dimensión penitenciaria de la pena se siga una orientación encaminada a esos objetivos, sin que éstos sean su única finalidad.”³⁰⁷ “O como se acaba de reconocer en la STC de esta Sala de 31 de marzo de 1998,(se refiere a la STC 75/1988, de 31 de marzo en su FJ 2º) aunque tal regla pueda servir de parámetro de la constitucionalidad de las leyes, no es fuente en si misma de derechos subjetivos en favor de los condenados a penas privativas de libertad, ni menos todavía de derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional (STC 88/1988, de 21 de abril, FJ 2º).*

El Tribunal Constitucional ha mantenido en constante y reiterada jurisprudencia que no puede hablarse en puridad de un derecho fundamental susceptible de amparo, a pesar de la constitucionalización de los fines de la reeducación y reinserción social de las penas dentro del catálogo de derechos fundamentales. Se trata más bien de un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria del que no se derivará derecho subjetivo alguno, sin perjuicio de que pueda servir de parámetro de la constitucionalidad de las leyes (SSTC 91/2000 y 8/2001).³⁰⁸

Los constitucionalistas y penalistas patrios mantienen al respecto opiniones divergentes. Para un sector doctrinal el artículo 25.2 CE no alberga un derecho fundamental, por lo que solo cabría hablar de un principio orientador de la política

³⁰⁶ Autos TC 15/1984, de 11 de enero, 739/1986 de 24 de septiembre y 112/1988 de 10 de octubre; SSTC 2/1987 de 21 de enero, 119/1996, de 24 de junio, 119/1996, de 8 de julio, 167/2003, de 29 de septiembre, 2/2006, de 16 de enero, 196/2006 de 3 de julio, 160/2012 de 20 de septiembre,

³⁰⁷ SSTC 2/1987, 29/1988, y 112/1996.

³⁰⁸ Carcedo González, R.J., (2007), op. cit. pág. 106. La consecuencia, como aprecia el citado autor, es de hondo calado, puesto que la tutela de los particulares frente a las actuaciones de la Administración penitenciaria o las decisiones de los tribunales que sean contrarias al principio constitucional del artículo 25.2 CE, se llevará a cabo a través de la vía judicial ordinaria, y no a través del amparo constitucional, al no constituir la reeducación y la reinserción social un derecho fundamental de los penados, conforme a la jurisprudencia constitucional.

penal y penitenciaria, sirviendo de parámetro de constitucionalidad de las normas legislativas que se apartaran de dicha orientación constitucional. Por otro lado encontramos un grupo de autores que considera que sostiene, sin ambages, que el artículo 25.2 CE constituye un derecho fundamental del penado. Veamos pues con más detalle las citadas posiciones y sus respectivos argumentos.

Entre quienes sustentan la negación del artículo 25.2 CE como derecho fundamental hallamos a Alvarez García, al considerar que no se está ante un derecho fundamental, entre otras razones porque el Estado no se halla en condiciones, objetivamente, de asegurar semejantes finalidades con el único instrumento de la pena privativa de libertad.³⁰⁹ El citado autor, en base a esas consideraciones, cree más apropiado que el artículo debería haberse incluido en el Capítulo III del Título I de la CE, en lugar del capítulo II.³¹⁰

A juicio de Carcedo González, no puede hablarse de un derecho fundamental del penado a la reeducación y reinserción social, entre otras razones, porque desde esa perspectiva formal, ha de admitirse que no todas las normas incluidas en la Sección primera del Capítulo segundo del Título primero de la Constitución son declarativas de derechos fundamentales. En consecuencia estamos en presencia.....de un precepto orientador de la política penal y penitenciaria que vincula por igual a todos los poderes públicos: legislativo, ejecutivo y judicial.³¹¹

En esa línea de pensamiento encontramos a ilustres constitucionalistas, como Martín Retortillo, quien entiende que el mero hecho de la inclusión del artículo 25.2 dentro de la Sección primera del Capítulo segundo del Título I no es suficiente para considerar la reeducación o reinserción social del condenado un derecho fundamental, puesto que *“en dicha sección hay derechos fundamentales, de los que derivan toda secuela de titularidades subjetivas; pero también hay muchas otras cosas.....reglas constitucionales, principios constitucionales o principios generales del derecho, normas ya sean de acción o de organización, criterios organizativos o principios de*

³⁰⁹ Álvarez García, F.J., *“Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español”*, Tirant lo Blanch, Granada, 2001, pág. 37.

³¹⁰ *Ibíd.*, pág. 31.

³¹¹ Carcedo González, R., (2007), *op. cit.* pág. 106.

orden, garantías institucionales, garantías procesales. Elementos varios, que en definitiva, deben ser distinguidos de los derechos fundamentales.”³¹²

Por el contrario, Segovia Bernabé, se ha pronunciado de forma crítica contra esa línea jurisprudencial, al entender que el Alto Tribunal ha realizado una interpretación alicorta, una interpretación light, al reducir considerablemente su contenido esencial y concebir lo expresado en dicho precepto como un principio orientador de carácter genérico y no como algo más concreto generador de derechos subjetivos.³¹³

Al mismo tiempo hay un sector de la doctrina penalista española que viene insistiendo en la necesidad de conceptualizar el artículo 25.2 CE como un derecho fundamental. Me refiero a Mapelli Caffarena, que mantiene que la incardinación del citado artículo en el Capítulo segundo del Título I, y no en el Tercero, obedece a una intención expresa del constituyente de otorgarle un plus, elevándolo a la categoría de derecho fundamental del recluso, extendiendo dicha consideración a los derechos a un trabajo remunerado y a la seguridad social.³¹⁴ De suerte que en caso contrario, esto es, negando la condición de derecho fundamental al susodicho artículo, *“lejos de ser un elemento de dinamización se convierte en una mera declaración de buena voluntad elevada a rango constitucional, se degrada una utopía jurídica a un absurdo jurídico”*.³¹⁵

Incluso hay autores que se desmarcan de las posiciones antagónicas enunciadas para entender que estamos en presencia de una especie de supragarantía. Así lo subraya Navarro Villanueva, quien entiende que la reinserción y reeducación se deben caracterizar como *“supragarantías”* porque se trata de una de las garantías específicamente previstas para la ejecución de la pena privativa de libertad, porque dicha garantía debería ser el parámetro delimitador para determinar el alcance de la

³¹² Martín Retortillo, L., “Régimen Constitucional de los Derechos Fundamentales” en “Derechos Fundamentales y Constitución”, (Martín Retortillo, L., De Otto y Pardo, I., Civitas, Madrid, 1998, pág 85-86.

³¹³ Segovia Bernabé, “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, págs. 7-8.

³¹⁴ Mapelli Caffarena, B., “Principios fundamentales del sistema penitenciario español”, Bosch, Barcelona, 1883, págs. 154, 157 y 165.

³¹⁵ Mapelli Caffarena, B., *El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional* en “Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales”, Jornadas Penitenciarias por Associació catalana de Juristes Demòcrates, Barcelona, 1994, pág. 24.

tutela judicial efectiva en el proceso de ejecución de la pena y en última instancia porque la reinserción y reeducación pueden justificar en sentido amplio la posible alteración del título ejecutivo originario, ya sea suspendiéndolo, ya sea modificándolo³¹⁶.

El TC niega que en estos casos no deba ser ejecutada la pena, pero la razón no debe ser que no exista un derecho fundamental a la resocialización sino porque, como hemos dicho, el fin exclusivo y excluyente de la pena privativa de libertad no es la resocialización. Al contrario, no podemos olvidar los fines de prevención especial y general de la pena e incluso para algunos, los retributivos, los cuales aun quedarían latentes a pesar de la resocialización del recluso o incluso la innecesariedad de ésta.

No obstante, a pesar de no considerar la reinserción y reeducación como un derecho fundamental del condenado a una pena privativa de libertad, en alguna ocasión ha afirmado que esta finalidad reinsertora sí da lugar a derechos fundamentales amparables. En este sentido, de la finalidad reinsertora se ha deducido a veces una especial garantía jurisdiccional de los internos en los establecimientos penitenciarios o incluso, un “derecho a la reinserción social una vez conseguida”.

En modo alguno nos encontramos con una discusión doctrinal sin relevancia. El considerar o no la reinserción y la resocialización como un derecho fundamental de la persona privada de libertad tiene una serie de consecuencias de mayor calado que su mera caracterización como un mandato constitucional o tan siquiera como un principio constitucional.

A juicio de Urías Martínez, la doctrina del Tribunal viene a distinguir tres momentos en la eficacia jurídica de las penas privativas de libertad, aplicando el mandato del art. 25.2CE, en general, a tan sólo uno de ellos. Se puede diferenciar así entre creación, aplicación y cumplimiento de la pena. A la hora de la aplicación de la pena, el Tribunal Constitucional entiende que no existe ningún derecho del condenado a que las penas que se le apliquen resulten adecuadas en su

³¹⁶ Navarro Villanueva, C., “Ejecución de la pena privativa de libertad”, Bosch, Barcelona, 2002., pág. 391.

caso concreto para el objetivo resocializador. En cuanto a la creación de penas privativas de libertad, ya se ha visto cómo progresivamente la jurisprudencia niega que sea posible controlar la adecuación de las normas penales a este objetivo; ya por respeto a la libertad armonizadora del legislador, ya por imposibilidad de controlar el grado de reinserción constitucionalmente necesario y el modo de alcanzarlo. Sin embargo, respecto a la legislación penitenciaria, en el momento del cumplimiento de la pena, parece que la tendencia es más favorable a que la finalidad rehabilitadora sirva de parámetro de constitucionalidad.³¹⁷

6.3 Principio de resocialización versus voluntariedad del tratamiento.

El vocablo resocialización aparece por primera vez en la edición de 1927 del *Lehrbuch* de Von Listz. La lastra y, al tiempo, la grandeza del término “*resozialisierung*”, resocialización, comienza con su propia denominación. En principio parece concedérsele a la acción de reeducar e insertar un cierto carácter mecanicista que se ve trascendido por la impronta socializadora, como creación de condiciones óptimas, de que goza el vocablo resocialización.³¹⁸

Los términos empleados por el constituyente en la redacción del artículo 25.2, apunta Reviriego Picón, han sido objeto de críticas por la doctrina, por diferentes motivos, pero especialmente por su vaguedad e indefinición, lo que ha determinado la búsqueda de otros alternativos como resocialización o reintegración³¹⁹.

Para el penitenciarista García-Pablos el término reeducación 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 criminal. Añadiré que la función reeducadora merece algún reparo adicional,

³¹⁷ Urías Martínez, J. “El valor constitucional del mandato de resocialización”, *Revista española de Derecho Constitucional*, año 21, nº 63, septiembre-diciembre 2001.

³¹⁸ Peñas Roldán, L., “Resocialización: un problema de todos”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, nº 14, 1996.

³¹⁹ Reviriego Picón, F., (2008), op. cit. pág. 49.

desde el prisma de su legitimidad en una sociedad plural y democrática a la luz de los postulados de un Estado social y de Derecho.³²⁰

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 penado³²¹.

Para Álvarez García, y siguiendo con la cuestión terminológica, la reeducación-reinserción debe entenderse como resocialización o recuperación social, en contraposición al concepto de reeducación o enmienda. El objetivo de éste, continúa el citado autor, no es otro que conseguir que el sujeto adquiriera 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 solamente en su aspecto externo.³²²

Por otra parte reeducar, señala Mapelli Caffarena, 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 personalidad.³²³

Para a Bueno Arús, reinserción social, supone la "segunda socialización", no obstante, entiende que la reinserción no es el único fin, no siendo incompatible con la retribución o la protección social.³²⁴

Por su parte Aranda Carbonel habla de una adaptación a las normas y bienes jurídicos existentes en la comunidad, diferenciando entre resocialización moral o

³²⁰ García Pablos de Molina, A, "Funciones y fines de las instituciones penitenciarias", *Comentarios a la Legislación Penal*, T. VI, Vol. I, Cobo del Rosal, M. (dir.) Bajo Fernández, M., (coord.), Edesa, Madrid, 1986, págs. 28-30.

³²¹ García Valdés, C., "Comentarios a la Legislación penitenciaria", Civitas, Madrid, 1995, pág. 32.

³²² Álvarez García, F.J., "La reeducación y reinserción social en el momento de la conminación", *El nuevo Derecho Penal español. Estudios penales en Memoria del profesor José Manuel Valle Muñoz*, Aranzadi, 2001, pág. 41.

³²³ Mapelli Caffarena, (1983), op. cit. pág. 150-151.

³²⁴ Bueno Arús, F., "La resocialización del delincuente adulto normal desde la perspectiva del derecho penitenciario", *Actualidad Penal*, nº. 5, 1987, págs. 233- 235.

programas máximos que consisten en que el sujeto interiorice y haga suyas las normas sociales.³²⁵

Mapelli 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".³²⁶

Mapelli Caffarena 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».³²⁷

García-Pablos de Molina rechaza considerar la reeducación como paso previo y obligado para conseguir dicha reinserción, ya 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, que de cambios en la personalidad o alteración del código axiológico de éste". 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 penitenciarias.³²⁸

³²⁵ Aranda Carbonell, M.^a., "Reeducación y reinserción social, tratamiento penitenciario, análisis teórico y aproximación práctica," Dirección General de Instituciones Penitenciarias, Madrid, 2009, p. 24.

³²⁶ Mapelli Caffarena, (1983), op. cit. pág. 151.

³²⁷ *Ibidem*, pág. 150.

³²⁸ García Pablos de Molina, A., (1986) op. cit. págs. 34 y 42.

Finalizada la referencia a la terminología constitucional plasmada en su artículo 25.2 , nos centraremos ahora en la evolución sufrida en las últimas décadas por el principio de resocialización así como su vinculación al régimen tratamental. A partir del último tercio del siglo pasado el derecho penal clásico o *Derecho del castigo*, represivo, deja paso a un *derecho*, todavía incipiente, *del tratamiento*. “Sin embargo la idea de la resocialización ha pasado en relativamente poco tiempo de constituir una alternativa de futuro al Derecho Penal clásico a entrar en una grave crisis”.³²⁹

Como ha ocurrido con tantas otras instituciones tomadas del derecho europeo, nuestro país, en plena crisis del ideal rehabilitador en los años setenta en aquellos países pioneros del principio de resocialización, aprueba la primera Ley orgánica de la democracia, la LOGP, en la que por mandato constitucional, se estableció que el fin primordial de las Instituciones penitenciarias era la reeducación y reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad.

Los diferentes instrumentos internacionales en materia de derechos humanos ya venían resaltando la importancia del tratamiento en la finalidad resocializadora de los internos. De esta forma lo reflejaba el art. 10,3. del “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (19 diciembre de 1966) dispone que: “*El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la recaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica*”.

Anteriormente en las *Reglas Mínimas* de las Naciones Unidas de 1955, ya lo habían plasmado en su Regla nº 59, al reconocer, *expressis verbis*, la necesidad del tratamiento para la lograr la reinserción del poenado en la sociedad civil : “*Para lograr*

³²⁹ Mir Puig, S., “¿Qué queda en pie de la resocialización?”, *Eguzkilo*, Nº extraordinario 2, octubre 1989, pág. 35. Indica el autor penalista que son manifestaciones del citado “*derecho orientado al tratamiento la Secuela positiva italiana, que pretendió la sustitución de la pena por la medida de seguridad, y el correccionalismo español que ofreció la utopía de un Derecho protector de los criminales*”, como fue en su momento la obra de Dorado Montero. “*En los años cincuenta y sesenta, de la mano del progreso de las nuevas ciencias sociales, la llamada ideología del tratamiento domina en muchos países la determinación del contenido e incluso la duración de las penas privativas de libertad.....Entre tanto el término resocialización se fue extendiendo por doquier, viniendo a sustituir a otros como el de mejora, corrección o reeducación*”.

este propósito, el régimen penitenciario debe emplear, tratando de aplicarlos conforme a las necesidades del tratamiento individual de los delincuentes, todos los medios curativos, educativos, morales, espirituales, y de otra naturaleza, y todas las formas de asistencia de que puede disponer”.

Esta línea se ha mantenido por las Naciones Unidas en el “ 12º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal” , celebrado en Salvador (Brasil), del 12 a 19 de abril de 2010.

El tratamiento penitenciario debe ser entendido como un programa de actuaciones socializadoras que pretendan hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la ley penal, subvenir a sus necesidades y desarrollar una actitud de respeto a sí mismo y de responsabilidad con respecto a la familia, al prójimo y a la sociedad en general (artículo 59 LOGP) ,de manera que suponga un progreso en la educación y la convivencia, una modificación de la personalidad (artículo 65.2 LOGP) y un cambio de valores.³³⁰

A esa posible modificación de los valores o de la personalidad del interno como consecuencia del tratamiento, responde García Pablos de Molina, señalando que es “*la sociedad que debe ofrecer los medios necesarios pero no imponerlos*”³³¹, porque podría constituir una injerencia en la esfera individual de los internos, absolutamente inadmisibles en un Estado Social y Democrático de Derecho respetuoso con los derechos fundamentales de aquéllos. Es más “*no solo necesita resocializarse el penado sino la propia sociedad*”³³²

Asimismo también se cuestiona la licitud de la resocialización desde concepciones críticas , como la *teoría del labeling approach o teoría del etiquetamiento*,

³³⁰ Bueno Arús, F., “*Las reformas penitenciarias en España a la luz de los fines del derecho*”, AA. VV. Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Thomson Civitas, Navarra, 2005, págs. 153 y 154.

³³¹ García Pablos de Molina, A, “*Introducción al Derecho Penal*”, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005, pág. 295.

³³² *Ibidem*, pág. 297. En este sentido, como pone de relieve García Pablos de Molina, (2005, pág. 295) la elección de los programas reinsertores puede hacer peligrar la libertad y la dignidad del penado por la naturaleza de la injerencia y el probable rigor de la misma. Pero, del mismo modo, también implica la eliminación de las penas de duración excesiva, por cuanto pueden suponer que cualquier reintegración de la persona en un mundo social sea ilusoria.

el psicoanálisis y la Criminología crítica. En común consideran que es la sociedad y no el delincuente lo que es preciso cambiar. Es la sociedad la que genera la delincuencia, por lo que no es preciso tratar al delincuente sino a la sociedad criminógena³³³.

Debo inexcusablemente subrayar ahora la voluntariedad del tratamiento y su aceptación libre por el interno, de suerte que su imposición sería atentatoria de la dignidad humana, proclamada en el artículo 10 CE sin excepción alguna, y de los derechos fundamentales de los penados.

Para poder garantizar un mínimo de eficacia en su aplicación según las exigencias propias de las ciencias del comportamiento, y sobre todo por razones del debido respeto a los derechos del interno no afectados por la condena, el tratamiento no puede imponerse coactivamente, sino que es preciso que el interno acepte libremente someterse a él pues exige la cooperación voluntaria del sujeto tratado. El tratamiento, al igual que los distintos métodos y actividades que comporta, ha de tener un carácter necesariamente voluntario y, en consecuencia, el interno ha de poder rechazarlos válidamente. “La imposición del tratamiento, aparte de atentar contra el principio de respeto a la personalidad de los internos consagrado en el art. 3 de la LOGP, supone ya su propio fracaso”³³⁴.

De facto la reclusión en los establecimientos penitenciarios se caracteriza por la aparición de una subcultura específica, la sociedad carcelaria. Por cuanto vengo deduciendo de mi labor investigadora, puedo concluir que el recluso se desocializa en prisión, porque ha de socializarse para la vida en prisión, la cual requiere unas nuevas

³³³ Mir Puig, S., (1989), op. cit. pág. 38, quien recuerda el propósito convergente, aun con importantes diferencias, de las teorías del *labeling approach*, del psicoanálisis y de la Criminología crítica. Así la Teoría del etiquetamiento defiende que la criminalidad no procede de una cualidad intrínseca de la acción del delincuente, sino que es el producto del etiquetamiento social, una etiqueta que determinadas instancias criminalizadoras asignan a través de los procesos de criminalización asignas a conductas neutras en sí mismas. Por su parte, el psicoanálisis afirma que el delincuente no es más el chivo expiatorio en el que proyectan las culpas de la sociedad. Y en última instancia la Criminología crítica, desde una perspectiva marxista, que el derecho penal burgués no es más que defensa de los intereses de la sociedad dominante y que dicha defensa recae de forma discriminatoria en el proletariado.”

³³⁴ Manzanares Samaniego, J.L., “Comentarios a la legislación penal”, T. VI, vol. II, Cobo del Rosal, M. (dir.), Bajo Fernández, M. (coord.), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986, pág. 933.

reglas de conducta. Así “coexisten en la prisión dos sistemas de vida diferentes e incluso contradictorios: el oficial representado por las normas legales o reglamentarias que disciplinan la vida en la cárcel, y un sistema no oficial que es el que realmente rige la vida de los reclusos. Lo primero que hace quien entra en prisión es, si quiere sobrevivir, adaptarse a la forma de vida y a las normas que les imponen los otros reclusos. Al recluso no le queda otro remedio que adaptarse a los usos de vida y costumbres que los otros internos imponen en el establecimiento penitenciario. Adopta un nuevo lenguaje, desarrolla nuevos hábitos en el comer, vestir, conforma su vida a nuevos horarios, prueba drogas que hasta entonces nunca había probado, asumes roles de líder o secundarios en el grupo de reclusos en el que se integra..... y aunque este proceso es más o menos largo y afecta de manera desigual a los distintos reclusos, todo el mundo está de acuerdo en que afecta negativamente al tratamiento”³³⁵. Esta prisionización, a que se refería Clemmer en la década de los años cuarenta del siglo pasado, de los reclusos tiene lugar en sentido inverso al tratamiento resocializador, no solo impidiéndolo, sino produciendo una mayor *desocialización*, si eso es posible en las cárceles actuales (por la que la mayoría de los penados traen consigo de su ambiente social delictivo). “En la cárcel el interno generalmente prosigue y aún perfecciona su carrera criminal con el contacto y las relaciones con otros reclusos, pierde sensibilidad social para vivir luego en libertad y adquiere una actitud de rechazo frente a la sociedad. La cárcel ciertamente cambia al que ha entrado en ella, pero generalmente lo hace para empeorarlo”³³⁶.

A ello habría que añadir una problemática recurrente en la praxis penitenciaria, como es la falta de dotación de medios y la escasez de personal capacitado que lleven a cabo adecuadamente en las instituciones penitenciarias el tratamiento rehabilitador. Comprobando la situación real de nuestros centros penitenciarios “es un verdadero obstáculo tener que intentar la resocialización en el medio carcelario”³³⁷.

³³⁵ Hassemer W., Muñoz Conde, F., (1989). op cit. págs. 156-157.

³³⁶ *Ibidem*, pág. 157. “La prisionización inevitable, como ya hemos visto, es contraproducente e incompatible, con la posibilidad de un tratamiento penitenciario mínimamente eficaz, por bienintencionado y eficaz que sea”.

³³⁷ Mir Puig, S. “*El derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*”, Ariel, Barcelona, 1994, pág. 145.

En ese sentido nos recuerda la doctrina que con respecto a los tratamientos concretos, éstos se hallan en crisis, vistos los resultados que se produjeron en los países nórdicos. Y ello, entre otros motivos, porque carecemos de los medios materiales y económicos necesarios para proporcionar una oportuna terapia individualizadora, así como la insuficiencia de los conocimientos científicos actuales para prescribir e instrumentar en cada caso o grupo de casos el oportuno programa resocializador.³³⁸

La práctica penitenciaria constata que *“parece insostenible la utopía de la resocialización absoluta ni relativa de todos y cada uno de los penados privados de libertad, en similares términos a como lo planteaba Roxin, desde el campo dogmático, utilizando como técnica la contraría al fin pretendido, la paradoja más palmaria, la preparación de la libertad desde su ausencia más radical. E incluso no admitimos, sin pecar con ello de extremistas, el argumento de que el tratamiento penitenciario, contempla como vías de reinserción, tanto la técnica de los permisos penitenciarios, como la más avanzada de de la libertad condicional y que por tanto la preparación de libertad contiene aproximaciones paulatinas a ellas, siendo innegables estas realidades del tratamiento penitenciario quizá los obstáculos se encuentren más en la mentalidad social o en la propia conducta del interno que en el fin resocializador en sí.”*³³⁹

Habrà pues que concluir con García Pablos de Molina, que el argumento más poderoso contra el ideal rehabilitador tal vez sea el panorama que ofrece la realidad penal y penitenciaria en no pocos países.(.....) A partir de ahí aceptamos un concepto resocializador encaminado únicamente a procurar al penado medios materiales que le faciliten su retorno a la vida en libertad.³⁴⁰

Por lo demás, el ideal rehabilitador no sólo está en crisis, sino que ha caído bajo las políticas estadounidenses de inocuización y segregación social³⁴¹, que han otorgado primacía absoluta a la eficacia preventivo-especial de la pena ,en la búsqueda

³³⁸ García Pablos de Molina, A., (2005) op. cit. págs. 296-297.

³³⁹ Martín Diz, F., “El Juez de Vigilancia Penitenciaria. Garante de los derechos de los reclusos”, Comares, Granada, 2002, pág. 29.

³⁴⁰ García Pablos de Molina, A., “La resocialización del delincuente, ¿un mito?, Problemas actuales de la Criminología, Universidad Complutense de Madrid, 1984, pág. 243.

³⁴¹ Garland, D., “La cultura del control“, Gedisa, Barcelona, 2006, pág. 239.

de que el infractor no vuelva a cometer delitos, lo apartan de la sociedad para evitar su peligrosidad.

Es decir, la crisis de la ideología resocializadora ha tenido como efectos :

- Reforzar el éxito de las teorías penales neoclásicas, sobre todo en los Estados Unidos de América, puesto que después de muchos años e intensiva y costosa política de tratamiento seguida en los centros penitenciarios, que no solo ha supuesto grandes gastos a la Administración, sino también más gravámenes para los implicados en el conflicto penal, se ha vuelto a una concepción de la *pena según la culpabilidad*, ante el escaso éxito obtenido con dicha política.
- Poner bajo sospecha de ideologización el tratamiento penitenciario, pues facilita que el Estado pueda realizar todo tipo de intervenciones terapéuticas coactivas sobre el recluso, sin que sepa muy bien cuales son las conclusiones.
- Fortalecer la búsqueda de vías resocializadoras no coactivas, por lo menos para determinados tipos de delincuentes, por ejemplo, las teorías de la resocialización en libertad a través de la terapia social emancipadora, o de la “Non Intervention” : Tratamiento y coacción son términos contradictorios, si con el tratamiento se persigue la reconversión interna del sometido al mismo.³⁴²

Como recuerdan Serrano Maillo, (I) y Serrano Maillo,(A)³⁴³ las críticas al tratamiento y las evaluaciones de los esfuerzos rehabilitadores y resocializadores no eran ni mucho menos desconocidos en los años setenta, aunque convergieron en la obra de ³⁴⁴ Martinson y sus colegas , quienes publicaron una importante y extensa

³⁴² Hassemer W., Muñoz Conde, F., (1989), op. cit. pág. 152.

³⁴³ Serrano Maillo I., Serrano Maillo, A., “Reflexiones sobre los fundamentos científicos y la evaluación el tratamiento penitenciario”, *Reinserción, derechos y tratamiento en los centros penitenciarios*”, Carcedo González, R. J., Reviriego Picón, F., (eds.), Amarú, Salamanca, 2007, págs. 164-165.

³⁴⁴ Lipton, D., R. Martinson, y J. Wilks, “The effectiveness of correctional treatment. A survey of treatment evaluation studies”. Praeger publishers, New York (etc.), 1975. págs. 184-189, 207-211, 223-228, 523-526.

revisión de experiencia de tratamiento correccional, que abarcaba enfoques diversos. Sus hallazgos fueron mas bien pesimistas sobre su utilidad. Un año antes en 1974 Martinson publicó, una especie de resumen de su trabajo colectivo, denominado “*What Works? questions and answers about prisión reform*”, en el que pretendía su autor responder a la pregunta ¿ qué funciona?, y que carecía de respuesta hasta entonces válida por cuanto hasta la publicación del voluminoso trabajo de Martinson, Lipton y Wilks, no había habido un estudio completo de la materi. El artículo llegaba a una conclusión desoladora: “*Con pocas y aisladas excepciones, los esfuerzos rehabilitadores de los que se ha informado hasta ahora no han tenido ningún efecto apreciable sobre la reincidencia*” . A este respecto, dirá Martín Diz que el sesenta y dos por ciento de la población reclusa, en nuestro país, es reincidente, lo que pone a las claras para gran parte de la doctrina el fracaso del tratamiento rehabilitador.³⁴⁵

El artículo de Martinson, amén de numerosas críticas y descalificaciones, ha dado lugar a la llamada “*doctrina de que nada funciona*”, pero no atender la llamada de atención del autor norteamericano *pone en riesgo la credibilidad , y por tanto la aceptación por la comunidad científica, de una de las ideas y aspiraciones más nobles de todas las ciencias humanas y sociales, como es la rehabilitación y resocialización de los delincuentes. Una idea tan noble también debe defenderse científicamente.*³⁴⁶

Volviendo a nuestro país, la doctrina penalista patria³⁴⁷ ha condensado los reparos que pueden objetarse al principio de resocialización, como consecuencia de la crisis del mismo:

³⁴⁵ Martín Diz, F., “El Juez de Vigilancia Penitenciaria. Garante de los derechos de los reclusos”, Comares, Granada, 2002, pág. 29.

³⁴⁶ Serrano Maíllo, I., Serano Maíllo, A., (2007), op. cit. pág. 166. En los últimos años un cuerpo de evidencia empírica, pone de relieve que algunos programas sí son capaces de *controlar y prevenir el delito y más concretamente, algunos programas de tratamiento penitenciario son prometedores, bajo ciertas circunstancias, para la reducción de la reincidencia de los internos. La evidencia se empezó a acumular en los años 80 y tanto en el área del tratamiento comunitario como institucionalizado, al mismo tiempo que se fueron construyendo enfoques teóricos que, como señalaba Martinson, fueran capaces de guiar el tratamiento.*

³⁴⁷ Tamarit Sumalla, J.M., García Albero, R., Sapena Grau, F., Rodríguez Puerta, M., “Curso de Derecho Penitenciario, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 33-34

- 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 constitucionales.
- 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 social.
- Desde un punto de vista práctico, se ha objetado también las escasas expectativas de éxito que tiene el desarrollo de un tratamiento que ha de llevarse a cabo en una institución penitenciaria, ya que la naturaleza de la prisión como institución total acaba imponiendo su propia lógica, según la cual, el individuo tiene que adaptarse a un medio diferente del mundo exterior, hecho que a menudo supone una auténtica desocialización respecto del medio al que tendrá que volver después.

En relación con la primera de las objeciones señaladas , se ha mantenido con mayor precisión que *“la resocialización o reeducación no ha de consistir en una moralización del preso, sino en darle las herramientas adecuadas para que pueda desarrollarse personalmente dentro de sus elecciones personales.”*³⁴⁸

Como objeta Muñoz Conde respecto del posible carácter coactivo (o incluso vulnerador de los derechos fundamentales) del tratamiento, *el problema que plantean muchos de los métodos de tratamiento no es, pues, el de su eficacia en la modificación del comportamiento o la personalidad del interno, sino su propia licitud o compatibilidad con los derechos fundamentales, porque lo que parece inocuo en condiciones de libertad, puede ser extremadamente peligroso en condiciones de no libertad, en un establecimiento penitenciario.*³⁴⁹

³⁴⁸ Terradillos Basoco, J., *“Peligrosidad Social y Estado de Derecho”*, Akal, Madrid, 1981, pág. 22.

³⁴⁹ Hassemer W., Muñoz Conde, F., (1989), op. cit., pág. 156.

Pese a que el vigente Reglamento Penitenciario de forma impertiva, en su artículo 112, párrafo primero, ordene que se estimulará la participación del interno en la planificación y ejecución de su tratamiento, y permita, en su párrafo tercero, al interno rechazar libremente o no colaborar en la realización de cualquier técnica de estudio de su personalidad, sin que ello tenga consecuencias disciplinarias, regimentales, ni de grado; y sin embargo se hace depender del mismo algo tan importante la progresión o revisión de grado; por lo que” *se está induciendo al recluso a aceptar el tratamiento y con ello se está privando a éste de una de sus características fundamentales: la voluntariedad del afectado por el mismo*”³⁵⁰

El derogado Reglamento de 1981 en su artículo 239 párrafo tercero, venía a establecer que el interno podía rechazar libremente el tratamiento o no colaborar en la realización de cualquier técnica de estudio de su personalidad, *o método de tratamiento*³⁵¹, sin que ello tenga consecuencias disciplinarias, regimentales, ni de regresión de grado. En el vigente Reglamento Penitenciario de 1996, en su artículo 112, apartado tercero (*ut supra* citado) se ha omitido cualquier referencia a la expresión “*método de tratamiento*”, lo que puede llevar a pensar que el interno no puede rechazar la aplicación de un método de tratamiento. Si ello le unimos que el artículo 5 del RP actual determina entre los deberes del interno participar en actividades formativas, educativas y laborales, definidas en función de sus carencias para la preparación de la vida en libertad, se podría inferir la existencia del interno de someterse a esta especie de “derecho-deber”, que genera, dada su naturaleza sinalagmática, no solo obligaciones en la Administración penitenciaria sino en el interno.

³⁵⁰ *Ibíd*em, pág. 155.

³⁵¹ En lo que se refiere a los métodos de tratamiento, y al concepto médico o clínico de la LOGP del tratamiento, también se muestra crítico Muñoz Conde, al residenciar, en gran medida, en nuestra sociedad (a la que no se trata sin embargo) la etiología de la criminalidad: “El recluso es considerado, en todo caso, como un ser patológico que hay *“tratar”* y el resultado de ese tratamiento debe ser la reinserción en el sistema social del cual un día, por su mala cabeza, osó salir. La delincuencia como etiquetaje y las causas sociales, económicas o políticas de la misma, no son objeto del mismo tratamiento. Se parte pues de un “maniqueísmo” de buenos y malos, en el que claramente se califica de malo al delincuente recluso, que es al único a quien hay que tratar, dejando intacto todo lo demás. Todo ello con una fastuosa visión clínica o médica del tratamiento que recuerde los mejores tiempos de la *Criminología lombrosiana* y de sus tesis del “delincuente nato”: El delincuente es un ser enfermo que hay tratar; esta es, pues, la imagen y casi el estereotipo de la ideología medicamentosa del tratamiento, de la que cada vez más se apartan los penitenciaristas más modernos” (*ibíd*em, op cit. pág 155).

Según este planteamiento, dominante en la doctrina y en parte también en el Derecho comparado, el tratamiento constituye un derecho del interno que la Administración penitenciaria ha de ofrecer y fomentar, pero nunca imponer, por lo que la primera regla que debe presidir la intervención penitenciaria es lograr la concienciación de su necesidad y su aceptación por parte del interno, pues todo el diseño de la programación tratamental resultará inútil si finalmente no se cuenta con la conformidad del penado, ya que el tratamiento es un derecho del interno, pero no un deber al que éste deba sujetarse.³⁵²

En ese mismo sentido entiende Muñoz Conde que el deber de someterse a un tratamiento implica una especie de manipulación de la persona.³⁵³

A mi juicio, debe descartarse cualquier hipótesis de esta naturaleza que consienta la aplicación de método de tratamiento alguno o de técnica de estudio sobre el interno, toda vez que habrá de contarse forzosamente con el consentimiento del interno, en todo caso, so pena de vulnerar sus derechos más elementales. Es más, considero poco afortunada la expresión contenida en el artículo 59, párrafo segundo, de la LOGP, cuando tras afirmar que el tratamiento pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, una persona capaz de subvenir a sus necesidades, se añade “ *se procurará en la medida de lo posible desarrollar en ellos una actitud de respeto a sí mismo y de responsabilidad, individual y social, con respeto a su familia, al prójimo, y a la sociedad en general*”, por cuanto puedo concluir que podríamos estar en presencia de una intromisión en la esfera interna del sujeto-recluso, que acerque nuestro ordenamiento penal del hecho a un derecho penal del autor (surgido de la Escuela de Kiel), e inadmisibles con los postulados de un Estado de Derecho.

Aquí es, en la perspectiva de su legitimación, donde ha sufrido embates más consistentes el principio de resocialización, especialmente desde la concepción liberal clásica de Derecho penal, al postularse que no es función de este último castigar

³⁵² Fernández Arévalo, L., Nistal Burón, J., “Manual de Derecho Penitenciario”, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2012, págs. 557-558.

³⁵³ Muñoz Conde, F., “La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito”, Cuadernos de Política Criminal”, nº 7, 1979, pág. 102.

personalidades ni formas de ser, sino únicamente hechos, conductas que la Ley pueda tipificar de la forma más precisa posible.³⁵⁴

¿A qué valores ha de “reconducirse” el interno a través del tratamiento?, ¿A los de la sociedad dominante? . ¿No sería entonces el tratamiento una posible vulneración del pluralismo político proclamado, como valor superior del ordenamiento jurídico español, en el artículo 1 de nuestra Carta magna, así como el libre desarrollo de la personalidad del artículo 9, como fundamento del orden político y la paz social?. Así señalará Muñoz Conde que no parece acorde con el principio de resocialización, ni con los postulados básicos de un Estado democrático, un sistema penitenciario que intenta sustituir los valores del interno por los de la sociedad imperante, por lo que afirmará, respondiendo a las interrogantes planteadas, que “*en una sociedad pluralista pero también por eso ideológicamente dividida respecto a cuestiones fundamentales ¿en referencia a qué modelos o sistema de valores debe ser tratado el delincuente?. El problema ideológico, aquí nuevamente planteado, nos permite ver a nivel de principio cuántas son las reservas que suscita el concepto de tratamiento.....Pero cualquiera que sea el centro donde el tratamiento se lleve a cabo tampoco parece bueno un sistema encaminado a modificar sistemas de valores o a imponer otros diferentes*”.³⁵⁵

Quizás, por ese motivo *las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los reclusos*, adoptadas en el seno de las Naciones Unidas en 1955, ya prescribían, en su regla nº 66, que el tratamiento debe tener por finalidad inculcarles la voluntad de vivir conforme a la Ley y de mantenerse con el producto de su trabajo.

La LOGP, que “*participa de una creencia ilimitada*³⁵⁶ *en el tratamiento al dedicarle un Título completo el Tercero*”, parte, en su artículo 61, de la necesidad de hacer partícipe al interno de la planificación y ejecución de su tratamiento, dando acogida a un concepto de tratamiento *médico o clínico*³⁵⁷, frente al concepto *amplio*

³⁵⁴ Mir Puig, S., (1989), op. cit. pág. 37.

³⁵⁵ *Ibíd*em, pág. 158.

³⁵⁶ *Ibíd*em, pág. 153.

³⁵⁷ El artículo 62 LOGP consagra los llamados *principios científicos del tratamiento* al establecer:

“El tratamiento se inspirará en los siguientes principios:

de tratamiento el Reglamento, incluyendo no solo actividades terapéutico-asistenciales, sino formativas, educativas, laborales, socioculturales, recreativas y deportivas, concibiéndolo la reinserción del interno como un proceso de formación integral de su personalidad, dotándole de instrumentos eficientes para su propia emancipación. Fruto de esa orientación más social del tratamiento, el Reglamento Penitenciario en su artículo 110, al definir los elementos del tratamiento, establece que para la consecución de la *finalidad resocializadora* de la pena privativa de libertad, la Administración penitenciaria, diseñará programas formativos, orientados a desarrollar las aptitudes de los internos, enriquecer sus conocimientos, mejorar sus capacidades técnicas o profesionales y compensar sus carencias. Asimismo, potenciará y facilitará los contactos con el exterior, contando siempre que sea posible con los recursos de la comunidad, como instrumentos fundamentales en las tareas de reinserción. Se trata por tanto de involucrar a la sociedad en general en las tareas de reinserción del interno, dando continuidad a las intervenciones efectuadas en prisión.

Por su parte, en la misma línea, el artículo 61. apartado primero de la LOGP establece que “se fomentará que el interno participe en la planificación y ejecución de su tratamiento y colaborará para, en el futuro, ser capaz de llevar, con conciencia social, una vida sin delitos”. Si bien es cierto que esta colaboración puede ser voluntaria u obligatoria, pero el segundo apartado aporta un poderoso argumento a favor de la voluntariedad al establecer que “serán estimulados, en cuanto sea posible, el interés y la colaboración de los internos en su propio tratamiento. La satisfacción de sus intereses

-
- a) Estará basado en el estudio científico de la constitución, el temperamento, el carácter, las aptitudes y las actitudes del sujeto a tratar, así como de su sistema dinámico-motivacional y del aspecto evolutivo de su personalidad, conducente a un enjuiciamiento global de la misma, que se recogerá en el protocolo del interno.
 - b) Guardará relación directa con un diagnóstico de personalidad criminal y con un juicio pronóstico inicial, que serán emitidos tomando como base una consideración ponderada del enjuiciamiento global a que se refiere el apartado anterior, así como el resumen de su actividad delictiva y de todos los datos ambientales, ya sean individuales, familiares o sociales, del sujeto.
 - c) Será individualizado, consistiendo en la variable utilización de métodos médico-biológicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales, en relación a la personalidad del interno.
 - d) En general será complejo, exigiendo la integración de varios de los métodos citados en una dirección de conjunto y en el marco del régimen adecuado.
 - e) Será programado, fijándose el plan general que deberá seguirse en su ejecución, la intensidad mayor o menor en la aplicación de cada método de tratamiento y la distribución de los quehaceres concretos integrantes del mismo entre los diversos especialistas y educadores.
 - f) Será de carácter continuo y dinámico, dependiente de las incidencias en la evolución de la personalidad del interno durante el cumplimiento de la condena.”

personales será tenida en cuenta en la medida compatible con las finalidades del mismo”.³⁵⁸

Por el contrario, a juicio de Manzanares Samaniego, estamos ante un precepto superfluo, pues nada nuevo aporta a la declaración del apartado 1. Según este autor, su justificación sólo puede venir mediante la distinción, más o menos sutil e innecesaria, entre la voluntariedad del sometido a tratamiento y la libertad de colaboración en sus manifestaciones concretas. El mismo principio quedaría así proclamado a dos niveles distintos. En ambos, la voluntariedad es requisito indispensable, pero admite “fomento” (número 1º) o “estímulo” (número 2º).³⁵⁹

Pero en todo caso, como señala Tamarit Sumalla, el artículo 61 de la LOGP, constituye “una norma desgraciada tanto en su redacción como en su contenido, surgida como consecuencia de una enmienda que pretendía evitar el carácter de norma imperativa hacia el interno que tenía el Anteproyecto, pero sin que consiguiera la consagración legal de la idea de voluntariedad, hasta el punto de que, como se verá más adelante, se ha permitido a algunos autores afirmar la existencia de un deber de colaboración por parte del penado”³⁶⁰.

Tal y como manifiesta Manzanares Samaniego³⁶¹, “la misma forma utilizada en el artículo 61 LOGP (“colaborará”) encierra unas connotaciones coercitivas que sólo pueden eliminarse mediante una interpretación conjunta de todos los preceptos legales relativos al tratamiento”. E incluso este mismo autor se pregunta si la voluntariedad en el tratamiento no se verá constreñida, aunque sea indirectamente, por las técnicas de fomento y estimulación que establece la Ley.

La presencia en nuestro ordenamiento penitenciario de estas manifestaciones contrarias al principio de voluntariedad del tratamiento ha llevado a algunos autores a

³⁵⁸ Tamarit Sumalla J.M., “Curso de Derecho Penitenciario”, Tamarit Sumalla, J.M., García Albero, R., Sapena Grau F., Rodríguez Puerta, M.J., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 259.

³⁵⁹ Manzanares Samaniego, J.L., “Comentarios la legislación penal” T. VI, vol II, págs. 938-939.

³⁶⁰ Tamarit Sumalla, JM., (2005), op. cit. pág 259.

³⁶¹ Manzanares Samaniego, (1986), op. cit. pág. 933-944.

considerar que la colaboración del interno en el tratamiento constituye un deber para él. Por ejemplo, Alarcón Bravo y Garrido Gúzman, se trata de un deber jurídico sin sanción a diferencia de lo que sucede con el régimen donde habrá lugar a las correspondientes sanciones disciplinarias.³⁶²

Pero esta noción de un deber no exigible, apunta Manzanares Samaniego cuyo incumplimiento no es sancionable por vía alguna, resulta poco convincente³⁶³. Para Bueno Arús se trata, en cambio, de un deber con consecuencias jurídicas. Sostiene este autor, a partir del término colaboración (“colaborará”) a que se refiere el artículo 61.1 LOGP que existe una cierta obligatoriedad del interno a participar en el tratamiento, ya que su rechazo llevará consigo, si no sanciones disciplinarias, sí la pérdida de determinados beneficios penitenciarios (clasificación de grados, prisión abierta, libertad condicional...), con la consecuencia de que la prisión podría representar para él una mera retención durante el tiempo establecido en la sentencia judicial.³⁶⁴

Para Mapelli Caffarena este planteamiento no puede ser aceptado de ninguna forma. En primer lugar, porque al tratado, al privarle de beneficios, no se le puede castigar más que al que no está necesitado de tratamiento. En segundo lugar, la ejecución de la pena del que no necesita tratamiento también está afectada por la resocialización de modo que no puede convertirse en una mera retención. En tercer lugar, porque la sentencia judicial entendida como sanción abarca tanto a los reclusos que rechazan el tratamiento como a aquellos que lo aceptan. Y, en cuarto lugar, porque el fomento del consentimiento entendido en los términos establecidos por Bueno Arús no dejaría de ser una falacia encargada de encubrir el tratamiento impuesto. “En el ámbito penitenciario donde existe una situación de no libertad cualquier beneficio no recibido tiene la misma naturaleza que una pena. Si el que se acepte o no el tratamiento condiciona el traslado a un centro de régimen abierto, no alcanzamos entonces a comprender en qué términos se concibe la libertad para aceptar aquél. De estas reflexiones se deduce que si la ley ha

³⁶² Alarcón Bravo, J. “El tratamiento penitenciario”, *Estudios penales II. La reforma penitenciaria*, Universidad Santiago de Compostela, 1978, págs. 30-31.

Garrido Guzmán, L. “Manual de ciencia penitenciaria” Edersa, Madrid, 1983, págs. 295-296.

³⁶³ Manzanares Samaniego, (1986), op. cit, 933.

³⁶⁴ Bueno Arús, F., “Notas sobre la Ley General Penitenciaria”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº 220-223, 1978, págs. 115-116.

optado por la fórmula “se fomentará” es necesario que este precepto se complemente con otro en el que se establezcan los límites de ese fomento para de esta forma poder averiguar si realmente existe o no libre colaboración del recluso”.³⁶⁵

Al ingreso de un interno en un centro penitenciario, ya sea en calidad de preventivo como de penado, un vez detectadas las áreas carenciales, necesidades e intereses del interno, según lo establecido en el artículo 20 del RP, el Equipo Técnico elaborará el Programa Individualizado de Intervención (PDI) en el caso de preventivos o de Tratamiento (PIT) en el caso de penados³⁶⁶. La elaboración de este Programa, de acuerdo con el Catálogo de Actividades del centro, se realizará por el Equipo Técnico, donde se determinará a su vez, la propuesta de clasificación interior. Cuando se trate del cumplimiento de una medida de seguridad privativa de libertad (internamiento en centro psiquiátrico, internamiento en centro de desahabitación, o en centro educativo especial) en un “establecimiento polivalente”³⁶⁷ se formulará, de conformidad con lo

³⁶⁵ Mapelli Caffarena, B., Principios fundamentales del sistema penitenciario, pág. 268.

³⁶⁶ El artículo 20 del RP regula con detalle en su apartado primero el Modelo Individualizado de Intervención referido a los detenidos y presos, y en su apartado segundo el Programa Individualizado de Tratamiento destinado a los penados: 1. Los detenidos y presos ocuparán una celda en el departamento de ingresos, donde deberán ser examinados por el Médico a la mayor brevedad posible. Igualmente, serán entrevistados por el Trabajador Social y por el Educador, a fin de detectar las áreas carenciales y necesidades del interno, y, si el Médico no dispusiese otra cosa, pasarán al departamento que les corresponda. Dichos profesionales emitirán informe sobre la propuesta de separación interior, conforme a lo dispuesto en el artículo 99, o de traslado a otro centro, así como acerca de la planificación educativa, sociocultural y deportiva y de actividades de desarrollo personal. Respetando el principio de presunción de inocencia, la Junta de Tratamiento, de acuerdo con dicho informe, valorará aspectos tales como ocupación laboral, formación cultural y profesional o medidas de ayuda, a fin de elaborar el modelo individualizado de intervención.

2. Los penados, tras ser reconocidos por el Médico si se trata de nuevos ingresos, permanecerán en el departamento de ingresos el tiempo suficiente para que, por parte del Psicólogo, del Jurista, del Trabajador Social y del Educador se formule propuesta de inclusión en uno de los grupos de separación interior y se ordene por el Director el traslado al departamento que corresponda, previo informe médico. Por la Junta de Tratamiento, previo informe del Equipo Técnico, se contrastarán los datos del protocolo y se formulará un programa individualizado de tratamiento sobre aspectos tales como ocupación laboral, formación cultural y profesional, aplicación de medidas de ayuda, tratamiento y las que hubieran de tenerse en cuenta para el momento de la liberación.

3. La estancia de preventivos o penados en el departamento de ingresos será, como máximo, de cinco días y sólo podrá prolongarse por motivos de orden sanitario o para preservar su seguridad. De la prolongación se dará cuenta al Juez de Vigilancia correspondiente”.

³⁶⁷ El reglamento penitenciario define así a los establecimientos polivalentes.

“1. Se entiende por establecimiento polivalente aquel que cumple los diversos fines previstos en los artículos 7 a 11 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

2. En los establecimientos polivalentes se deberá cuidar de que cada uno de los departamentos, módulos o unidades que los integren tengan garantizados, en igualdad de condiciones, los servicios generales y las prestaciones adecuadas a los fines específicos a que vengán destinados y a los generales del sistema penitenciario, y, en especial, el de la separación entre penados y preventivos.”

preceptuado en la Instrucción 19/2011,(relativa al cumplimiento de las medidas de seguridad competencia de la Administración Penitenciaria) el denominado Programa Individual de Recuperación, que recogerá los diferentes extremos contenidos en el artículo 20 del RP. La citada Instrucción, regula esta posibilidad, permitiendo el cumplimiento en un centro penitenciario polivalente de cualquiera de las medidas de seguridad privativas de libertad.

El Programa de Individualizado de Intervención o de Tratamiento³⁶⁸ será aprobado por la Junta de Tratamiento, al amparo del artículo 273 del RP, en el plazo de dos meses a contar desde el ingreso del interno. La Instrucción 12/2006, por la que se establece el Protocolo de actuación para la programación, evaluación e incentivación de actividades y programas de tratamiento de los internos nos proporciona su formato específico que es que sigue: Análisis de carencias, necesidades e intereses; objetivos específicos; actividades prioritarias; actividades complementarias; y observaciones. A tal objeto el educador informará al interno del Catálogo de Actividades en la entrevista inicial que tenga con el interno a su ingreso en prisión.El Programa será comunicado al interno con el fin de atender las quejas o peticiones que plantee su tratamiento, siéndole entregado en ese momento una copia del PIT. Y lo es de mayor trascendencia, que la aceptación de la programación realizada tendrá carácter voluntario, dejando constancia de la misma a la firma del interno en el PIT.³⁶⁹

Volviendo a las objeciones sistematizadas más arriba a la labor resocializadora, y habida cuenta que la esencia de la reinserción se encuentra en posibilitar el contacto de la persona privada de libertad con el mundo exterior³⁷⁰, se concluye fácilmente que *“es contradictorio reintegrar a un sujeto en el marco social cuyas desigualdades*

³⁶⁸ El artículo 275, define las funciones de los Equipos Técnicos, entre las que destacamos precisamente *las siguientes*:

- “a) Ejecutar los programas de tratamiento o los modelos individualizados de intervención penitenciarios que se establezcan para cada interno por la Junta de Tratamiento..... e) Evaluar los objetivos alcanzados en la ejecución de los programas de tratamiento o de los modelos de intervención penitenciarios e informar de los resultados de la evaluación a la Junta de Tratamiento.”

³⁶⁹ La meritada Instrucción dispone que la valoración global de la participación del interno en su proyecto de tratamiento se realizará semestralmente, coincidiendo con la revisión de grado; lo que le ha granjeado importantes críticas doctrinales al vincular el resultado del tratamiento a la progresión de grado, atribuyendo al tratamiento un cierto carácter “coactivo”.

³⁷⁰ Así lo defienden entre otros, Cid Moliné, J., (1998) op. . cit., pág. 47, Navarro Villanueva, C., (2002), p. 392.

*estructurales han tenido un papel determinante en la generación de la criminalidad : sería volver a colocarle en circuitos criminógenos. Igualmente contradictorio sería hablar de resocialización de sujetos que nunca estuvieron integrados. Y finalmente parece problemático intentar preparar a los sujetos para vivir en libertad, mediante la utilización de un sistema penal que gira sustancialmente alrededor de la privación de libertad”.*³⁷¹

Se llega a la conclusión de que carece de sentido resocializar al delincuente para integrarlo en una sociedad que es en sí misma criminógena, como pone de relieve Silva Sánchez , al afirmar que si el tratamiento resocializador desea tener éxito ha de dirigirse no solo a una modificación del comportamiento sino de la actitud interna, lo que supondría una injerencia injustificable en los derechos del individuo.³⁷²

En definitiva, se trata de una ilusión, una quimera inalcanzable pues, no se puede educar para la vida en libertad privando de esa libertad.³⁷³ En este contexto que vengo exponiendo es difícil contrarrestar la aseveración de que una ejecución de la pena privativa de libertad, aunque orientada por mandato constitucional a la reinserción social, pueda llevar a una verdadera resocialización del recluso. *“Educar para la libertad en condiciones de no libertad, es una especie de cuadratura del círculo de difícil solución”.*³⁷⁴

*Se comprenderá que no se puede ser muy optimista respecto a las posibilidades del tratamiento en el actual sistema penitenciario español, aún admitiendo todas las honrosas y seguramente muy contadas excepciones que a esta afirmación genérica haya que hacer.*³⁷⁵

“¿Significa entonces que hay que abandonar el ideal resocializador?” Se pregunta Mir Puig. A juicio de este autor, debe empezarse por rechazarse cualquier

³⁷¹ Terradillos Basoco, J., (1981) op, cit. pág. 22.

³⁷² Silva Sánchez, J.M. “Aproximación al Derecho penal contemporáneo”, Bosch, Barcelona, 1992, pág. 29.

³⁷³ Neumann, E., “Cárcel, Derechos Humanos, y Neoliberalismo”, AAVV, *La Administración de Justicia*, Editorial Universitaria, Buenos Aires, 2001, pág. 191.

³⁷⁴ Hassemer, W., Muñoz Conde, F., (1989), op. cit. pág. 154

³⁷⁵ Hassemer W., Muñoz Conde, F., (1989), op cit. pág. 157.

intento de tratamiento impuesto contra la voluntad del afectado. A continuación no debe abandonarse de forma radical la resocialización, sino que debe entenderse como consecución de bienes sociales fundamentales en un Estado Social y Democrático de Derecho. Por otro lado conviene alertar de los peligros que entrañan los *programas de máximos* (que no se contentan con que el sujeto sea capaz de respetar externamente la ley, sino que aspiran a conseguir el convencimiento ético del individuo y su adhesión interna a los valores) siendo preferibles los *programas de mínimos* (*alejados de un posible adoctrinamiento*) que únicamente persiguen facilitar un vida futura sin delitos: El Derecho penal no ha de invadir el terreno de la conciencia.³⁷⁶

De la Cuesta Arzamendi advierte de los peligros del abandono del ideal resocializador, por cuanto llevará a una focalización exclusiva de la intervención penitenciaria en los aspectos custodiales y represivos, con grave riesgo de conversión de las prisiones en meros depósitos de seres humanos.³⁷⁷

Si la pena privativa de libertad debe orientarse a la reeducación y reinserción social, la resocialización no puede ser únicamente la meta del tratamiento, sino que ha de afectar a la intervención penitenciaria en su conjunto, o lo que es lo mismo: el régimen penitenciario, debe ser también un régimen penitenciario resocializador.³⁷⁸

Esto supone huir de las cárceles-cementerio³⁷⁹, y luchar decididamente por la humanización de la institución penitenciaria, condición necesaria del trabajo de resocialización. Presupuesto para esa humanización es sin duda además de la modificación del actual ambiente prisional caracterizado por la sobrepoblación y carencia de medios³⁸⁰, la consolidación y refuerzo jurídico y jurisdiccional de las garantías individuales en el interior de la prisión, a través de una más clara regulación

³⁷⁶ Mir Puig, S., (1989), op. cit. pág. 39. Esta argumentación ha llevado al autor defender que la finalidad del Derecho penal sigue siendo la prevención general (pág. 41).

³⁷⁷ De la Cuesta Arzamendi, J.L., “La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria.”; *Papers d estudis de formació*, nº 12, 1993, pág. 19.

³⁷⁸ De la Cuesta Arzamendi, J.L., “El trabajo penitenciario resocializador” y “Reflexiones acerca de la relación entre régimen penitenciario y resocialización” Eguzkilore, Cuaderno el Instituto Vasco de Criminología, nº extraordinario, octubre 1989, pág. 59.

³⁷⁹ Beristáin, A., “*Derecho Penal y Criminología*”, Temis, Bogotá, 1986, pág. 194.

³⁸⁰ De la Cuesta Arzamendi, J.L., “Presente y futuro de las instituciones penitenciarias españolas” Eguzkilore, Cuaderno el Instituto Vasco de Criminología, nº extraordinario, enero 1988, pág. 115.

de los derechos de los presos y de los procedimientos en prisión, así como mediante el fortalecimiento de la figura del juez de vigilancia penitenciaria, no exenta de problemas, pero de importancia elemental.

En su llamativo trabajo *¿Qué queda en pie de la resocialización?*, concluye Mir Puig, que agotada la idea rehabilitadora para frenar la comisión de delitos, solo queda atribuirle un sentido mínimo, ofreciendo al recluso que voluntariamente acepte el tratamiento, todos los métodos que este ofrece para permitirle su vuelta a la sociedad, y evitar en mayor medida su desocialización: *“Comprobada la incapacidad de la resocialización para ofrecer una respuesta global al problema de la criminalidad ha de facilitarse en la medida de lo lícito, lo necesario y lo posible la reincorporación del delincuente a la sociedad, mediante una versión estrictamente limitada de la resocialización: porque no ha de pretender ocultar el carácter aflictivo y negativo de la pena para el penado, evitando el eufemismo y reconocer que no es el bien del delincuente, sino la necesidad de protección social lo que justifica la intervención penal. La resocialización no puede pretender justificar la pena como un bien necesario para el delincuente. Lo único que puede pretender justificar la resocialización es la ayuda que el penado admita voluntariamente en orden a su ulterior reinserción social.”*³⁸¹

Pese al panorama desolador que ofrecen el ideal rehabilitador en la actualidad en nuestro sistema penitenciario, estimo oportuno finalizar este epígrafe, con unas alentadoras palabras de Isabel y Alfonso Serrano Maillo, que hago plenamente mías : *“(.....) el tratamiento penitenciario, y en general cualesquiera políticas de prevención y control del delito, deberían basarse en teoría y en hechos sólidamente respaldados por investigación empírica robusta y deberían evaluarse recurriendo a metodologías solventes, capaces de aislar los efectos del tratamiento de que se trate, como los experimentos verdaderos. A comienzos del siglo XXI, este enfoque es desconocido por la obsoleta Política Criminal española. A nuestro juicio, las ideas más valiosas deben tener la mejor investigación, no la peor.(.....) No en vano, parte del fracaso*

³⁸¹ Mir Puig, S., *“¿Qué queda en pie de la resocialización?” Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, nº 2 extraordinario, octubre 1989, pág. 41.*

*del ideal de la rehabilitación y la generalización de la idea del nada funciona, ,en los años setenta y prácticamente en nuestro país científicamente poco avanzada ”.*³⁸²

6.4 Reflexiones finales.

Por más que nuestro Alto Tribunal venga manteniendo desde hace décadas ,con insistencia, que no estamos en presencia de derecho fundamental en sentido estricto, por cuanto no todos los derechos, ubicados dentro de la Sección primera, del Capítulo segundo, del Título primero, tengan esa condición, (como hizo por ejemplo, en el ATC 360/1990, de 5 de octubre donde manifestó que el hecho de que el contenido normal de los preceptos situados en la Sección primera, del capítulo segundo, del Título I sean derechos y libertades no quiere decir que todos y cada uno de sus extremos constituyan ese tipo de instituciones jurídicas”), no puedo sino manifestar, ante tal línea jurisprudencial, mi sorpresa y estupor por la falta de valentía del Alto tribunal en este asunto, dicho sea de paso con el máximo respeto que me inspira nuestro *Tribunal de Garantías Constitucionales*.

Considerar que entre los artículos 14 a 29 CE , hay también principios constitucionales, principios generales del derecho, criterios organizativos, principios de orden, garantías institucionales, garantías procesales..... ha sido el argumento esgrimido por otros autores (a los que hemos aludido en los anteriores epígrafes de este capítulo) y por el propio TC, para considerarlo una mera norma orientadora e informativa de la política penal y penitenciaria. De todos modos, si bien es cierto que en la Sección primera se incluyen no solo derechos fundamentales, sino otro tipo de garantías y principios constitucionales, parece que en este caso, por la concurrencia de las razones que se exponen a continuación, su ubicación expresa por los *padres de la Constitución* en el Capítulo de los derechos fundamentales es decisiva para su consideración como un derecho fundamental.

³⁸² Serrano Maillo, I., Serrano Maillo, A., (2007), op. cit. pág. 174. “*Las investigaciones empíricas sólidas más recientes vienen reseñando la destaca importancia político-criminal del tratamiento penitenciario por sí mismo y como una de las alternativas disponibles potencialmente en países como el nuestro.* “(pág. 167).

A mi modesto entender, si el constituyente hubiese pretendido que la finalidad de reinserción y reeducación social fueran meros mandatos orientadores de la política penal y penitenciaria, los habría situado en el Capítulo Tercero que lleva por rúbrica, “*Principios rectores de la política social y económica*”, en lugar de incluirlo en el Capítulo segundo relativo a los “*Derechos y libertades*”. No ha sido esa por tanto la voluntad constituyente. Es más, sostengo que la línea jurisprudencial mantenida es contraria a una interpretación sistemática del artículo 25.2 CE, en relación con el principio de igualdad material, esencia del Estado Social, (artículo 9.2 CE³⁸³), al la dignidad humana reconocida, como valor fundamental de nuestro ordenamiento, en el frontispicio del Título primero, en su artículo 10, (que impregna todo el Título como presupuesto indispensable del resto de derechos y deberes), a la voluntad del constituyente a otorgar el máximo nivel de protección que nuestra “norma normarum” a los derechos contemplados en los artículos 14 al 29, y en última instancia, al Estado de Derecho (que asegure el imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular, como proclama el Preámbulo) al dar acogida a la teoría de las relaciones de especial sujeción que, como hemos puesto de manifiesto a lo largo y ancho de esta tesis, vulnera derechos fundamentales de los internos y es contraria al principio de legalidad.

He de reconocer que la concepción de la finalidad reinsertora de las penas privativas de libertad por el Tribunal como un mandato al legislador penal y penitenciario, y la posibilidad de que éstas tengan otras finalidades, incluso retributivas, han devaluado el status jurídico de los reclusos., hasta convertirlos en una segunda categoría de ciudadanos. La razón por la que el *Máximo interprete de la Constitución* no configure como un derecho fundamental el artículo 25.2 estriba en la asunción por aquél de la teoría de las relaciones de sujeción especial o de supremacía especial, que tenía como fin primordial velar por la seguridad y el buen orden del establecimiento, y no el fin rehabilitador.

Debo añadir que tampoco ha contribuido a una adecuada caracterización del artículo 25.2 como derecho fundamental de los internos, la LOGP con expresiones

³⁸³ El deber de “*Procura existencial*”, en la terminología de E. Forsthoff, que recae sobre todos los poderes públicos, en beneficio de todos los ciudadanos, incluidos los reclusos que no han perdido dicha cualidad como consecuencia del internamiento, obliga a facilitar la participación de aquéllos en la vida política, económica, social y cultural.

vaga y genéricas , como criterios de seguridad, interés del tratamiento y buen orden del establecimiento (exartículo 51 LOGP), que lejos del mandato resocializador del artículo 25.2 ce otorgan una discrecionalidad, cuando no arbitrariedad³⁸⁴, a la Administración penitenciaria incompatible con el respeto escrupuloso a los derechos fundamentales de los reclusos.

En resumen, creo que la proclamación en nuestro artículo 1 CE de España como un Estado Social y Democrático de Derecho, y el mandato constitucional del artículo 25.2, convierten al principio de resocialización en una exigencia insoslayable para alcanzar, a través un derecho penitenciario humanitario y mínimo, la igualdad material (esencia del Estado Social, *Welfare Stat*) de los derechos de los penados con respecto a los hombres libres, con la única salvedad de las limitaciones nacidas de la triada recogida en el artículo 25.2.

Termino con una reflexión efectuada ya hace varias décadas, pero que no por ello ha perdido un ápice de consistencia y credibilidad. Reconoce Muñoz Conde *“que no se puede ser optimista respecto al futuro del tratamiento penitenciario. Pero no por ello debe renunciarse a la mejora y la humanización del sistema penitenciario, no ya por razones estrictamente humanitarias, sino porque vivimos en una sociedad orientada a las consecuencias, en la que ninguna de sus instituciones puede fundamentarse por su nuevo valor simbólico, sin aportar nada positivo a la sociedad. Y las cárceles son una de esas instituciones que nadie sabe para qué sirven, sino es para aumentar el dolor y la desesperación de los más desfavorables. El destino final tiene que ser la desaparición. Pero mientras ello no se consiga, y parece que aún quedan muchos años para conseguirlo, habrá que hacer algo . Y ese algo no puede ser otra cosa que evitar dentro de lo posible un daño mayor que el que la propia privación de libertad significa, pero sobre todo evitar una mayor desocialización (que no resocialización) del delincuente, ya de por sí a veces bastante desocializado”*.³⁸⁵

³⁸⁴ Nuestra Constitución garantiza, entre otras cuestiones, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en su artículo 9.3.

³⁸⁵ Hassemer, W., Muñoz Conde, F., “Excurso: Tratamiento penitenciario”, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pág 159.*

*Este es, pues, el único sentido que puede tener hoy el tratamiento penitenciario. Procurar la no desocialización del delincuente, evitando los defectos desocializadores que son inherentes a toda privación de libertad.*³⁸⁶

³⁸⁶ *Ibíd*em, pág. 159.

VII) PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS DE LOS RECLUSOS.

7.1 Clasificación de las garantías: normativas, jurisdiccionales e institucionales.

La sistemática y rótulos de los distintos capítulos y secciones del título 1 de la CE son irreductibles a todo intento de clasificación doctrinal de los derechos,. Nuestar Carta Magna parece haber seguido un criterio material de clasificación, pero en realidad no se atiene ni a éste ni a otro criterio material, sino que agrupa los derechos y libertades según el sistema de garantías contenido en el artículo 53³⁸⁷, el cual descansa a fin de cuentas, en la importancia que el constituyente entendió que tenía cada uno de los derechos para la sociedad española de 1978 y en las posibilidades de prestaciones estatales al respecto, es decir descansa en criterios de prudencia política.³⁸⁸

Como afirma Torres del Moral un derecho vale jurídicamente lo que valen sus garantías. De ello ha habido conciencia desde el inicio del régimen constitucional, que fue cifrado no tanto en la existencia de libertades cuanto es su aseguramiento.³⁸⁹

³⁸⁷ Artículo 53CE:

1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).

2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

³⁸⁸ Torres del Moral, A., “Naturaleza jurídica de los derechos constitucionales”, Los derechos fundamentales y su protección jurídica, Gimeno Sendra, V., Morenilla Allard, P., Torres del Moral, A., Díaz Martínez, M., Colex, Madrid, 2007, pág 94.

³⁸⁹ Torres del Moral, A., “El sistema de garantías de los derechos”, Los derechos fundamentales y su protección jurídica, Gimeno Sendra, V., Morenilla Allard, P., Torres del Moral, A., Díaz Martínez, M., Colex, Madrid, 2007, pág. 595.

Las garantías constitucionales son los mecanismos jurídicos que el ordenamiento constitucional establece para salvaguarda y defensa de la integridad de su valor normativo.³⁹⁰

Apenas hay un rasgo más señalado de la CE que su actitud garantista de los derechos y libertades, con la que el constituyente buscó una vez más las distancias en relación con el régimen precedente. Esto no significa que haya en la Constitución un sistema perfilado de garantías sino más bien una acumulación. Se abordan a continuación los tres niveles generales de protección que establece el artículo 53 CE que se exponen en orden ascendente:

- El capítulo 3º del Título1º contiene principios de política social y económica, que sólo están protegidos por la posibilidad de impugnar y cuestionar la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley que los vulnere.
- Los derechos comprendidos en la Sección 2ª del Capítulo 2º están protegidos por la exigencia de ley para regular su ejercicio y límites, ley que debe respetar en todo caso su contenido esencial. La duda si dicha ley debiera revestir el carácter de orgánica fue resuelta por el TC exigiendo solamente ley, e incluso validando el decreto-ley si se daba el requisito de una extraordinaria y urgente necesidad como señaló, la STC 111/1983 de 2 de diciembre.
- Por último, los derechos comprendidos en la Sección 1ª del Capítulo2º están protegidos además de por todas las garantías anteriores por su tutela preferente y sumaria por parte de los jueces y tribunales y por el recurso de amparo ante el TC, garantías que se extienden al principio de igualdad ante la ley del artículo 14 y al derecho de objeción de conciencia del 30.2, que hoy carece de objeto.

³⁹⁰ *Ibíd.*

La STC 11/1981, de 8 de abril establece que se entiende por contenido esencial “aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte de contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecuencia se otorga”. El Tribunal Constitucional tiene declarado en este sentido que “se lesionaría el contenido esencial, cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de su necesaria protección” .

No obstante la jurisprudencia del TC ha alterado parcialmente este cuadro de garantías, extendiendo las correspondientes a los derechos fundamentales y libertades públicas más allá de la Sección 1ª del Capítulo 2º del Título 1º, y en concreto a la libertad de partidos del artículo 6, al derecho de negociación colectiva del artículo 37.1, a la iniciativa legislativa popular del artículo 87.3 amparable por ser parte del artículo 23.1CE , y el ejercicio de funciones por parte de representantes políticos como parte del derecho a cargo público del artículo 23.2.CE.³⁹¹

Respecto de las garantías jurisdiccionales, nuestra CE las ha elevado a la categoría de derechos públicos subjetivos como se recoge en la STC 26/1987 de 27 de Febrero.

Junto a las garantías normativas y jurisdiccionales , existen las de naturaleza institucional, entre la que destacamos la figura del Defensor del Pueblo, contenido dentro del Título I (“De los derechos y deberes fundamentales”) de la CE, y en concreto su capítulo IV “De las garantías de las libertades y derechos fundamentales, que consta solo de dos artículos , el 53, al que ya nos hemos referido, y el 54, referido a dicha institución.

Tal y como reza el artículo 54 CE, una ley orgánica³⁹² regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por

³⁹¹ *Ibidem*, pág. 595.

³⁹² LO 3/981 de 3 de abril. A propuesta del propio Defensor su Reglamento de Organización y Funcionamiento fue aprobado por las Mesas de ambas Cámaras en reunión conjunta el 6 de abril

éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales.

La institución del Defensor del Pueblo no tiene precedentes en nuestra historia constitucional, aunque sea factible como precedentes, naturalmente no constitucionales, a algunas instituciones históricas conceptualmente más o menos próximas a ella, como el Justicia Mayor de Aragón o el Sahid Al Mazalim de la España musulmana. Lo cierto es, sin embargo, que el primer ombudsman español nace con este artículo de la Constitución.

La figura del Ombudsman, es decir, una institución encargada de la supervisión de la actuación administrativa, a la que los ciudadanos pueden dirigirse, sin formalidad alguna, para denunciar los casos de "mala administración" que les afecten, tiene su origen en la Constitución sueca de 1809. De ahí, se extiende a Finlandia (1919), Noruega (1952) y Dinamarca (1954). La Constitución de la República Federal de Alemania, la Ley Fundamental de Bonn, la recoge en su artículo 45 b).

Se ha subrayado la trascendencia de la figura del Defensor del Pueblo, no ya en nuestro ordenamiento constitucional, sino más concretamente en el ámbito penitenciario, por cuanto con la labor que viene desempeñando, junto con la de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria (garantes de los derechos de los internos y corrigiendo los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse), y la del mismo Tribunal Constitucional, permitan *“encarar el próximo siglo un proyecto que armonice a un tiempo custodia, reeducación y eficiencia en la gestión, con el más escrupuloso respeto a los derechos fundamentales de la persona”*.³⁹³

Como ya expusiera Alonso de Escamilla, tan solo unos años más tarde de la entrada en funcionamiento de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, y consciente

de 1983 (BOE de 18 de abril), y modificado por sendas Resoluciones de las Mesas de 21 de abril de 1992 (BOE de 24 de abril) y 26 de septiembre de 2000 (BOE de 31 de octubre).

³⁹³ Reviriego Picón, F., “Los derechos fundamentales del recluso en l jurisprudencia constitucional”, *Reinserción, derechos y tratamiento en los centros penitenciarios*, Carcedo González, R.J., Reviriego Picón, F., (es), Amarú, Salamanca, 2007.

de las dificultades para su implantación, en gran parte motivada por una desidia generalizada de los poderes públicos en general hacia todo lo penitenciario, subraya que de las cuatro garantías que encierra el principio de legalidad (pilar básico del Derecho penal liberal y del Estado de Derecho), y que son la criminal, la penal, la jurisdiccional y la de ejecución, solo las tres primeras han sido respetadas, no sucediendo lo mismo con la garantía de ejecución, puesto que a casi nadie le preocupa qué pasará después de dictada una sentencia.³⁹⁴

Sea como fuere en nuestro derecho, la primera protección al recluso, viene dada por los propios órganos penitenciarios, que tienen a su cargo el cuidado del reo. La Administración actúa o debe actuar con sometimiento al Ordenamiento jurídico, de aquí la presunción de legalidad de la actividad administrativa, principio que no tiene por qué quebrar respecto a la Administración penitenciaria. Los funcionarios de prisiones son los primeros que deben velar para que se cumplan los derechos de los reclusos, dentro del establecimiento carcelario.³⁹⁵

A pesar de todas estas garantías expuestas se sigue denunciando no ya por la doctrina penitenciarista, sino desde los operadores judiciales la puesta en peligro, en la práctica cotidiana penitenciaria, de los derechos fundamentales de los internos. Lo explica concisamente Aya Onsalo, al decir que es el Juez Instructor y el Tribunal sentenciador quienes tienen la facultad de determinar el internamiento del sentenciado (o en su caso la absolución, suspensión de la condena, libertad provisional), pero carecen de control sobre las vicisitudes de esa persona en el interior del establecimiento; el Juez de Vigilancia Penitenciaria tiene un conocimiento indirecto y relativo; el abogado en ocasiones considera que su intervención se constriñe a la fase de juicio oral; el Fiscal³⁹⁶ hace visitas poco frecuentes y de carácter colectivo. Con esta visión, concluye el citado autor que el interno está muy desprotegido desde el punto de vista jurídico, siendo muchos los momentos en que el privado de libertad precisa

³⁹⁴ Alonso de Escamilla, A. *“El Juez de Vigilancia Penitenciaria”*, Civitas, Madrid, 1985, pág. 157.

³⁹⁵ Cano Mata, A., “Derecho administrativo penitenciario: protección al recluso”, *Revista de Administración Pública*, 76-3, pág. 43.

³⁹⁶ La Instrucción de la Fiscalía General del Estado nº 4/1986, de 16 de diciembre ordena a todos los fiscales efectuar tales visitas con una periodicidad bimensual.

de una concreta y puntual asistencia jurídica para alcanzar una tutela judicial efectiva de sus intereses y derechos.³⁹⁷

El propio Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (LO 50/1981 de 30 diciembre) establecía en su artículo 4 , que para el ejercicio de las funciones que tiene encomendadas, podrá visitar en cualquier momento los centros o establecimientos de detención, penitenciarios o de internamiento de cualquier clase, examinar los expedientes de los internos y recabar cuanta información estime conveniente.

La presencia de abogado es esencial en el sistema de defensa de de los derechos fundamentales, toda vez que es en los centros penitenciarios, tanto para los preventivos como los penados, sufre un mayor quebranto, o al menos mayores dificultades para su plena realización.³⁹⁸

7.2 Fiscalización de la actividad administrativa penitenciaria: Origen de la figura.

El deseo de una mayor intervención judicial se observa ya en los escritos de los primeros penitenciaristas españoles, cuyo tríptico más representativo se encuentra en las figuras de Cristóbal de Chaves, Sandoval y Cerdán de Tallada . Bernardino de Sandoval, en su “Tratado sobre el cuidado que se debe tener de los presos pobres” , clama por una intervención judicial orientada hacia la prohibición del juego en las prisiones, la separación de sexos y de categorías de delincuentes, pues la confusión entre reos de buena y mala índole provoca la corrupción de los primeros por la maldad de los últimos. Por su parte, Cerdán de Tallada propugnaba que los jueces se preocupasen de la situación calamitosa en que se encontraban los reclusos, que a veces no tenían atendidas sus necesidades más perentorias. También en Castilllo de Bovedilla se encuentran alusiones a la intervención del juez en la vida de las prisiones, precisando este autor que ya en su época la inspección de las cárceles por los magistrados era práctica corriente. En la moderna doctrina penal y penitenciaria

³⁹⁷ Aya Onsalo, Alfonso “La defensa jurídica del interno en un centro penitenciario”, *Eguzkilo*, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología nº extraordinario 2, 1989, pág. 20.

³⁹⁸ *Ibidem*, pág. 22.

española, la intervención judicial es un tema profundamente desarrollado. En las obras de Concepción Arenal abundan las sugerencias sobre los efectos beneficiosos que tendría una participación judicial más intensa en la vida de las prisiones, idea que es compartida por otros autores, como Salillas. Sin embargo, donde más claramente se desarrolla este principio es en los escritos de Dorado Montero, se adscribe a las doctrinas correccionalistas con tal empuje que cabe pensar que Dorado llegó a creer que una de sus principales funciones era la de poner al día esta doctrina, como el editor de una obra antigua pone notas y adiciones, para completarla con nuevos conocimientos, adaptándola a las necesidades presentes.³⁹⁹

En España, los profesores Gómez Orbaneja-Herce Quemada, establecen una distinción sutil entre ejecución y cumplimiento de penas privativas de libertad, dando a la primera un carácter procesal y dejando el cumplimiento, propiamente dicho, dentro de la órbita administrativa.⁴⁰⁰

El propio Cano Mata señalaba respecto a la naturaleza del derecho penitenciario que al hacer nuestra propia toma de posición sobre el problema nos encontramos con que, por su propia esencia, el Derecho penitenciario es Derecho penal, pero en todo nuestro Ordenamiento jurídico se viene a configurar lo penitenciario como simple Derecho administrativo.⁴⁰¹

García Valdés destaca la existencia de tres modelos de control judicial de la actuación de la Administración Penitenciaria:

-Por medio de los tribunales ordinarios, los cuales entran a conocer del asunto cuando existe un recurso planteado ante ellos, estando vedada su actuación de oficio.

-A través de los jueces de ejecución de penas, quienes despliegan sus competencias en aspectos estrictamente penológicos, como acumulación de condena, aprobación de beneficios penitenciarios, permisos de salida, licenciamientos.

³⁹⁹ Cano Mata, A., 1981, op. cit., pág. 165.

⁴⁰⁰ Cano Mata, A., 1976, op.cit. pág. 33.

⁴⁰¹ *Ibídem*, pág. 34.

-Acudiendo a una jurisdicción especializada que se alce como garante de los derechos de los penados, no sólo por la vía del recurso sino también por su directo conocimiento de la prisión, pudiendo llegar a hacer sugerencias en temas estrictamente administrativos.⁴⁰²

Con anterioridad a la promulgación de la CE de 1978, la intervención del Poder Judicial en la ejecución de penas privativas de libertad, fue prácticamente inexistente, puesto que las escasas disposiciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Penal fueron en la práctica papel mojado.⁴⁰³

7.3 Regulación en el derecho comparado.

Sin perjuicio de que la figura del Juez de ejecución de penas esté vislumbrando, desde épocas remotas, en las visitas a las cárceles por jueces y magistrados, cuyo establecimiento se encuentra en Cuerpos legales tan antiguos como el Código Teodosiano (que ordenaba los magistrados la inspección semanal de las prisiones, doctrinalmente, el postulado de la intervención judicial en la ejecución lo exigirán desde Ferri a Pinatel o desde Sandoval a Dorado Montero, en nuestra patria y se repetirá en los numerosos congresos penitenciarios desde el internacional de Londres de 1925 a nuestros días. Sin embargo, a juicio de Cano Mata, a Brasil le compete el honor de haber sido el primer Estado que de forma decidida implanta la figura del juez de ejecución de penas, instaurada en la Ley federal de 1922, más tarde confirmado por el Código de Procedimiento Penal de 1940, y disposiciones posteriores.⁴⁰⁴

En Italia, la intervención judicial en la ejecución ha estado, históricamente, bastante acentuada. El Real Decreto de 31 de diciembre de 1922 enclavó definitivamente en el Ministerio de Justicia los servicios penitenciarios italianos, y antes y después de esta fecha existió en las prisiones una intervención judicial a través

⁴⁰² C. García Valdés “Competencias del Juez de Vigilancia Penitenciaria. Necesidad de asumir nuevas competencias”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XVII, 2003, pp. 82-83.

⁴⁰³ Gisbert Gisbert, A., “La normativa procesal española en la ejecución de penas privativas de libertad”, *Cárcel y Derechos Humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*, Rivera Beiras, I., (coord.), pág. 166.

⁴⁰⁴ Cano Mata, A., (1976), op.cit. pág. 56.

de un «Consejo», integrado por personas eclesiásticas y laicas. Estos Consejos de Vigilancia fueron regulados en el Reglamento de Prisiones de 1891, que les concedía determinadas facultades sobre todo inspectoras que serían ampliadas en la nueva reglamentación de 1892.⁴⁰⁵

El Estado italiano creó el juez de vigilancia, a través del artículo 144 del Código penal de 1930, del artículo 585 del Código de procedimiento penal y del artículo 4 del Reglamento de Institutos de Prevención y de Penade 1931. Este órgano se establecía con carácter unipersonal, y su nombramiento se realizaba a través del Ministerio de Justicia, que asignaba un juez de ejecución a cada Tribunal, con funciones consultivas sobre libertad condicional, propuestas de indulto, etc.), inspectorado de vigilancia (aplicación individualizada al recluso de las normas penitenciarias por parte de los funcionarios encargados de ello) y decisorias (ingreso en centros especiales, reclamaciones, régimen de trabajo abierto, etc.). Sobre estos antecedentes, los artículos 68 y siguientes de la Ley Penitenciaria Italiana de 26 de julio de 1975 desarrollan y amplían las misiones de este órgano judicial, ubicándose las oficinas de vigilancia próximas a los Tribunales, teniendo jurisdicción sobre las circunscripciones de los mismos y estando dirigidas por magistrados excluidos de cualquier otra función judicial.⁴⁰⁶

En Portugal, el punto de partida de las reformas penitenciarias se encuentra en el Decreto de 28 de mayo de 1936, con el que se inició la reorganización de los servicios de prisiones portuguesas, y que, en su momento, fue considerada como disposición fundamental no sólo en su regulación penitenciaria sino en la orientación jurídico-penal del país, hasta el punto de ser tipificado como un verdadero Código de ejecución de penas y medidas de seguridad. Sin embargo, esta disposición guarda silencio respecto a la intervención judicial ejecucional, cuya institución se introduciría en el ordenamiento jurídico portugués por la Ley de 16 de Mayo de 1944 y Decretos de 27 y 30 de abril de 1945.⁴⁰⁷

⁴⁰⁵ Cano Mata, A., (1981)., op cit 162.

⁴⁰⁶ *Ibíd.*

⁴⁰⁷ *Ibíd.*, pág. 163.

En Francia, el Juez de Ejecución de Penas está dotado de poderes muy extensos, cuyo ejercicio discurre tanto en los establecimientos penitenciarios como en medio abierto, abriéndose las fisuras que, poco a poco se abren en el rígido sistema francés de división de poderes; proceso que se iniciaría en 1810 con el Decreto de 20 de octubre, creador de las Comisiones de Vigilancia de las Prisiones, y tendría su desarrollo reciente en la Ley de Procedimiento Penal de 31 de diciembre de 1957, completada con la Ordenanza de 23 de diciembre de 1958, que establece en el Derecho francés tres innovaciones fundamentales: el estudio de la personalidad del delincuente el sistema de prueba y el Juez de Aplicación de Penas.⁴⁰⁸

Tras la entrada en vigor de las leyes de 29 de julio de 1972 y 22 de noviembre de 1978, que incrementan las ya amplias facultades del juez de aplicación en sus vertientes decisorias, inspectoras o de vigilancia, y consultivas, la doctrina sintetiza sus funciones así: facultades referentes al control del tratamiento de los internos, disciplinarias, vigilancia del principio de legalidad en la ejecución penitenciaria, supervisión de las eventuales violaciones de los derechos de los reclusos, colocación de éstos en el exterior, régimen de trabajo y remuneración, semilibertad, concesión de permisos de salida sin escolta, fraccionamiento o reducción de penas, propuestas de gracia y libertad condicional.⁴⁰⁹

La Regla nº 5 de las Reglas Penitenciarias europeas del Consejo de Europa estableció que el respeto de los derechos individuales de los reclusos, en particular la legalidad de la ejecución de las penas conforme a la legislación nacional, deberá ser asegurado mediante el control de una autoridad judicial o cualquier otra legalmente habilitada para visitar a los reclusos y que no pertenezcan a la Administración pública. Esta norma ya fue objeto de análisis en el capítulo tercero de esta tesis, donde recogimos las severas críticas formuladas especialmente por Mapelli Caffarena, al permitirse que pudiera recaer en una autoridad distinta de la judicial, el control de la actuación de la Administración penitenciaria.

⁴⁰⁸ *Ibidem*.

⁴⁰⁹ *Ibidem*, pág. 164.

De igual modo que en nuestro país hasta hace pocos años la ejecución penal no tenía ciertamente naturaleza jurisdiccional. En Italia, nos narra Ferrajoli,⁴¹⁰ al menos hasta la reforma penitenciaria de 1975, la ejecución penal, excepción hecha de los incidentes de ejecución y de algunas limitadas competencias de inspección y de carácter deliberativo de los Jueces de Vigilancia (al menos la visita cada dos meses a los establecimientos penitenciarios y las decisiones en materia de traslados de una cárcel a otra estaba enteramente confiada, de hecho, a la Administración penitenciaria. La doctrina penalista y procesal penalista dominante, la calificaba como “actividad administrativa”.

En un conocido manual de derecho procesal penal, Giovanni Leone escribía: “por cuanto se refiere al vínculo de la sanción con el derecho subjetivo estatal de castigar, la ejecución entra dentro del derecho penal sustancial; por cuanto se refiere a la actividad ejecutiva propia, entra en el derecho administrativo”.⁴¹¹

7.4 Juzgados de Vigilancia Penitenciaria: una antigua reclamación doctrinal.

Como nos recuerda Bueno Arús, las dudas que se plantearon en otros países en los primeros momentos de la institución, sobre la naturaleza jurisdiccional, administrativa o mixta, de la misma, se ha repetido, entre nosotros, en el ámbito doctrinal y de la Administración Penitenciaria, no así en el de la Ley y el Poder Judicial.⁴¹²

Sin embargo no han faltado autores en España en contra de la participación judicial en la ejecución de las penas privativas de libertad, como por ejemplo De la

⁴¹⁰ Ferrajoli, L., “La jurisdicción y ejecución penal. La cárcel: una contradicción institucional”, *Revista Crítica Penal y Poder*, nº 11, 2016, septiembre, pág. 2, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos; Universidad de Barcelona (Lección impartida el 4 de julio de 2015 en el curso de postgrado “Ejecución penal y derecho penitenciario” organizado en San José de Costa Rica por Iñaki Rivera Beiras de la Universidad de Barcelona y por Carlos Manavella de la Universidad para la cooperación internacional.)

⁴¹¹ *Ibidem*, pág. 2.

⁴¹² Bueno Arús, F: “El Juez de Vigilancia Penitenciaria y los Derechos de los Penados”. La *LEY: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 4, 1987, págs. 954-966.

Morera, quien uno de los trabajos más categóricos en esa línea, estimando que la intervención del juez en la ejecución de las penas privativas de libertad presupone desconfianza hacia la administración penitenciaria, que los argumentos expuestos para justificar esta intervención son débiles y que el desconocimiento que la judicatura tiene de la materia penitenciaria le incapacita para ejercer una labor eficiente en este campo⁴¹³

De lege data antes de la entrada en vigor de la LOGP, el Reglamento del Servicio de Prisiones de 2 de febrero de 1956 presentaba una carencia absoluta de normas reguladoras de una mayor intervención judicial en la vida de las prisiones. Concretamente, este Reglamento sólo aludía a ella en los artículos 44 y 46, referidos a la pena de muerte, y al citar los miembros que formaban las Comisiones de Libertad Condicional y Libertad Vigilada.

Mapelli describe con exactitud la situación en el momento de su implantación: Una aspiración político-penitenciaria finalmente colmada por la ley (LOGP) es someter la ejecución penal al control y vigilancia de un juez especial. La labor judicial en este terreno ha estado desde el principio llena de obstáculos⁴¹⁴.

La labor judicial en este terreno ha estado desde el principio llena de obstáculos. Por una parte se creaba una institución sin tradición alguna, lo que originó recelos en la Administración penitenciaria, temiéndose desde un principio el juez de Vigilancia penitenciaria se convirtiera en un director de hecho del establecimiento, invadiendo las competencias del órgano administrativo. Por lo demás la LOGP no era el cuerpo legal adecuado para regular detalladamente las competencias de los jueces de vigilancia. Siguiendo la tónica general de la ley, el legislador se limita a establecer

⁴¹³ (Sobre la intervención del juez en el cumplimiento de las penas privativas de libertad, en Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios, año X, núm.107, febrero 1954), al que se refiere Cano Mata en su obra citada de 1981, pág. 157.

⁴¹⁴ Mapelli Caffarena, B., Terradillos Basoco, J., (1990), op.cit. págs. 143-144.

con mayor o menor acierto un marco de actuación que plantea muchas dudas tanto de derecho sustantivo como adjetivo. ⁴¹⁵

El inicio de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria pecó en exceso de falta de previsión en su implantación, produciéndose una atípica puesta en funcionamiento improvisándose una solución, sin planificación o estructuración inicial, que detrmirió la reconversión de diecisiete integrantes de la carrera judicial (doce lo eran de los antiguos Juzgados de Peligrosidad y Rehabilitación Social y cinco de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción) en Jueces de Vigilancia Penitenciaria que asumieron tales funciones con las que ya tenían atribuidas (salvo uno que las asumirá en exclusiva),⁴¹⁶ , lo que ha permitido que hayan sido en sus inicios calificados como “*el hermano pobre entre los que tienen competencias*” o tachada la nueva figura judicial como “*la gran desconocida de la planta judicial*”.⁴¹⁷

Los propios Jueces de Vigilancia Penitenciaria en la primera “reunión” celebrada los días 26 y 27 de abril de 1982, ya apuntaban los graves problemas a los que se enfrentaría la jurisdicción penitenciaria: imposibilidad material de asumir todas las funciones por falta de medios, la reclamación de plenas competencias en materia de libertad condicional y refundición de condena, la necesidad de regulación de un procedimiento ante los mismos y la intervención del Ministerio Fiscal.

Mapelli Cafarena⁴¹⁸, en un trabajo significativo, “la judicialización penitenciaria, un proceso inconcluso”, lamenta que los propios Jueces de Vigilancia hayan entrado en un proceso o “fase de conformación”, cuando reclaman en la VI reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria celebrada en Madrid los días 21 a 23 de mayo de 1992, al Consejo General del Poder Judicial que se institucionalice una Junta de Jueces de Vigilancia Penitenciaria , o al menos, un órgano de representación de éstos en el ámbito nacional que se reúna periódicamente para debatir problemas comunes y coordinar criterios de actuación.

⁴¹⁵ *Ibíd.*

⁴¹⁶ Martín Diz, F., (2002), *op. cit.* pág. 60.

⁴¹⁷ *Ibíd.*, (2002), *op. cit.* pág. 29.,

⁴¹⁸ Mapelli Caffarena, B., “La judicialización penitenciaria, un proceso inconcluso”, *Revista Cuadernos de Derecho Judicial*, 1996, pág. 2.

Ya a los pocos años de aprobación de la LOGP y creación “ex novo” de los Juzgados de Vigilancia penitenciaria, se reseñaba en la praxis judicial, que el panorama penitenciario adolecía de una notable falta de claridad. Y se reclamaba la ausencia de una definición certera del contenido de la función jurisdiccional a se refiere el artículo 117.3 CE, consistente en el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, sin quedar claro la diferencia entre ejecutar y ejecutar lo juzgado.⁴¹⁹

La confusión era palpable, por cuanto las funciones de la Administración Penitenciaria, Juez de Vigilancia Penitenciaria y Juez o Tribunal Sentenciador se superponían. A ello habría de añadirse que el Juez de Vigilancia Penitenciaria tenía a su vez una *naturaleza híbrida, en parte judicial y en parte administrativa*, pues le corresponde adoptar todas las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo, asumiendo las funciones que le corresponderían a los Jueces y tribunales sentenciadores, y al mismo tiempo autorizar permisos de salida de duración superior a dos días. Por si fuera poco corresponde a los Juzgados de Vigilancia penitenciaria, el control judicial de los actos de la Administración penitenciaria, escapando a la regla del conocimiento de los recursos contra los actos jurídico-administrativos por los Tribunales de lo Contencioso.⁴²⁰ Sin embargo, la Administración penitenciaria, que se descompone en órganos (la hasta entonces Dirección General de Instituciones Penitenciarias, hoy Secretaría General de Instituciones penitenciarias, Junta de Tratamiento, Consejo de Dirección, Director, Comisión Disciplinaria), son quienes ejecutan materialmente la pena privativa de libertad., generando, a menudo disfunciones, al recaer sobre la misma función.

Pero tales disfunciones no solo se producen desde el punto de vista administrativo, a nivel de Centro Directivo o de establecimiento penitenciario, sino judicial. Si la LOGP prevé la existencia de un Juzgado de Vigilancia Penitenciaria por provincia, en la praxis penitenciaria asistimos a la obligación de éste, de atender

⁴¹⁹ Aya Onsalo, Alfonso, (1989), op. cit. pág. 20. Cita como muestra de tal indefinición, la cuestión planteada por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Toledo, con sede en Ocaña, sobre la competencia judicial para aplicar la regla del artículo 70.2 CP, que no llegó a resolverse por el Consejo General del Poder Judicial.

⁴²⁰ *Ibíd.*, pág. 20.

varios centros penitenciarios, lo que le impide tener un conocimiento pleno de la situación real de los presos en los establecimientos diseminados por su circunscripción judicial; e incluso existe la posibilidad de que un Juzgado de Vigilancia Penitenciaria pueda extender su jurisdicción a dos o más provincias de la misma Comunidad Autónoma, al amparo del artículo 94 de la Ley Órgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en la redacción que le ha dado la LO 6/2014, de 29 de octubre (BOE, 30 de octubre de 2014) complementaria a la Ley de Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (por la que se modifica la LOPJ).

El propio Fiscal de Vigilancia Penitenciaria de Barcelona, resaltaba una particularidad importante de la fase de ejecución de la pena privativa de libertad en nuestro país, puesto que el Poder Judicial, requiere de la colaboración de un sector de la Administración del Estado, concretamente la Administración penitenciaria, para hacerla efectiva.⁴²¹ Por tanto cuando se habla de procedimiento en la fase de ejecución de la pena privativa de libertad, ha de recordarse que las normas que regulan el procedimiento administrativo forman parte del Derecho Penitenciario.⁴²²

Su implantación motivó lecturas positivas, al llevar a nuestro sistema penitenciario a la vanguardia de los restantes ordenamientos del derecho comparado europeo continental, al menos en dar ese protagonismo al Juez de Vigilancia al que se le confían decisiones que en otros países todavía están posesión de la Administración o en manos de Jueces no miembros de la carrera judicial⁴²³, diferencia que no puede alimentar unas consecuencias falsamente progresivas para nuestro marco legal, lo que desemboca al mismo tiempo en algunas lecturas negativas: al margen de la incidencia real que los nuevos Juzgados de Vigilancia Penitenciaria han tenido en estos últimos veinticinco años, nuestra LOGP viene muy influida por criterios antagónicos, que, continua e históricamente, vienen lastrando la posible modernización del sistema penitenciario.⁴²⁴

⁴²¹ Gisbert Gisbert, A., op. cit. (1992), pág. 166.

⁴²² *Ibíd.*, pág. 168.

⁴²³ Albiñana, J.L., “El control jurisdiccional del régimen penitenciario”, *Jornadas sobre Ejecución Penal, Funciones de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria*, Centro de Estudios Jurídicos, págs. 7-8

⁴²⁴ *Ibíd.*, págs. 7-8.

Incluso Rivera Beiras recientemente, rememorando ahora las advertencias de Pavarini y de Ferrajoli, llega a preguntarse si existe realmente una jurisdicción de ejecución penal. Responde el citado autor que no basta para hablar de jurisdicción de la ejecución, el ejercicio de un juez de los poderes de decisión en materia de libertad personal, por ejemplo; sino en esta clase de jurisdicción falta el trazo constitutivo, el ius-dicere, esto es, la comprobación y cualificación jurídica de un hecho, ya sea ilícito, inválido o no, a través del principio de contradicción, como necesario presupuesto de todo pronunciamiento judicial.⁴²⁵

El mismo Ferrajoli, (aun cuando desde 1989 venía calificando de “falsa” la naturaleza jurisdiccional de los Jueces de ejecución penal, que por más dotados de humanidad que puedan estar los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, es el objeto de sus decisiones lo que hace su función sea mucho más administrativa que jurisdiccional) en un trabajo del año 2016, ratifica esta tesis inicial señalando que la autoridad que dispensa o niega un beneficio penal no comprueba hechos en régimen de contradicción y publicidad sino que valora y juzga la interioridad de las personas, no decide sobre la comisión de un delito sobre la ausencia de peligrosidad de un hombre, su buena conducta o sobre otras valoraciones análogas e inverificables e irrefutables por su naturaleza. Es ese poder ilimitado el que hace a la cárcel liberticida y total a la institución carcelaria: porque reduce a la persona a cosa.⁴²⁶

Por tanto la posibilidad de ser juzgado penitenciarmente hablando por lo que se es y no por lo que se ha hecho, supone una clase de derecho penal- penitenciario que debe ser erradicado de las prácticas de ejecución penal, como se ha venido reclamando por numerosa doctrina, como Pavarini, Baratta, Bergalli y Rivera Beiras.⁴²⁷

Concluimos con Rivera Beiras que *la jurisdicción de ejecución penal debe dejar de ser un simulacro de jurisdicción para erigirse en auténtico poder del Estado en la ejecución penal.*⁴²⁸

⁴²⁵ Rivera Beiras, I., (2017) op. cit. pág. 65.

⁴²⁶ Ferrajoli, (2016), op. cit. pág. 408-409.

⁴²⁷ Rivera Beiras, I., (2017), op. cit. pág. 106.

⁴²⁸ *Ibíd.*, pág. 109.

7.5 Régimen jurídico y atribuciones en la LOGP, en el Reglamento Penitenciario, y en el Código Penal.

A juicio de la doctrina penitenciaria⁴²⁹, consecuencia lógica del principio de división de poderes y también del de independencia judicial, creado en España por el art. 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, 1/1979, de 26 de septiembre, surge con un doble carácter:

A) En primer lugar, responde al propósito de judicializar la ejecución de las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad, es decir, de servir de reforzamiento de la garantía ejecutiva.

b) En segundo lugar, el Juez de Vigilancia Penitenciaria va a ser el órgano que garantice el correcto funcionamiento de los establecimientos penitenciarios, principalmente en los aspectos que más particularmente afectan a los derechos e intereses jurídicos de los internos.

Nuestro Alto Tribunal dejando la tibieza con la que se posiciona en otras materias, recalcó, de forma contundente y con nitidez, la doble función aludida doctrinalmente, en su STC 129/1995 de 11 de septiembre, al establecer que “(.....) *Aunque hemos declarado desde la STC 73/1983 que la Administración penitenciaria no está exenta de control judicial, habida cuenta de las garantías establecidas en el artículo 9.3 CE y las fijadas en el artículo 106 de la misma CE (STC 73/1983, FJ 6º.) (.....) Este control corresponde a los Juzgados de Vigilancia penitenciaria, que son los que han de velar por las situaciones que afecten a los derechos y libertades fundamentales de los presos y condenados, en los términos previstos en los artículos 25.2, 24 y 9.3 CE, al constituir un medio efectivo de control dentro del principio de legalidad y una garantía de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (STC 73/1983, FJ 3º). Se trata pues de un control que se lleva a cabo por órganos*

⁴²⁹ Bueno Arús, F: "El Juez de Vigilancia Penitenciaria y los derechos de los penados". *La LEY: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 4, 1987, págs. 954-966.

judiciales especializados y que constituyen una pieza clave del sistema penitenciario para garantizar el respeto de los derechos de los internos (STC 2/1987, FJ 5º)”

El Juez de Vigilancia penitenciaria es, a la luz de las funciones que tiene reconocidas, un órgano judicial unipersonal especializado, incardinado en el orden jurisdiccional penal, al que le corresponde, no juzgar sino ejecutar lo juzgado, que según el artículo 117. 3 CE integra la función jurisdiccional, con la que comparte su naturaleza. Así queda de manifiesto en el artículo 94 de la LOPJ que además regula figura del Juez Central de Vigilancia Penitenciaria:

“1. En cada provincia, y dentro del orden jurisdiccional penal, habrá uno o varios Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, que tendrán las funciones jurisdiccionales previstas en la Ley General Penitenciaria en materia de ejecución de penas privativas de libertad y medidas de seguridad, emisión y ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea que les atribuya la ley, control jurisdiccional de la potestad disciplinaria de las autoridades penitenciarias, amparo de los derechos y beneficios de los internos en los establecimientos penitenciarios y demás que señale la ley.”⁴³⁰

2 Podrán establecerse Juzgados de Vigilancia penitenciaria que extiendan su jurisdicción a dos o más provincias de la misma Comunidad Autónoma.

3 También podrán crearse Juzgados de Vigilancia penitenciaria cuya jurisdicción no se extienda a toda la provincia.

4 En la villa de Madrid, con jurisdicción en toda España, habrá uno o varios Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria que tendrán las funciones jurisdiccionales previstas en la Ley General Penitenciaria, descritas en el apartado 1 de este artículo, la competencia para la emisión y ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea que les atribuya

⁴³⁰ Número 1 del artículo 94 redactado por el número seis del artículo único de la L.O. 6/2014, de 29 de octubre, complementaria de la Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial («B.O.E.» 30 octubre). Vigencia: 19 noviembre 2014

la ley y demás funciones que señale la ley, en relación con los delitos competencia de la Audiencia Nacional. En todo caso, la competencia de estos Juzgados Centrales será preferente y excluyente cuando el penado cumpla también otras condenas que no hubiesen sido impuestas por la Audiencia Nacional.

5. El cargo de Juez de Vigilancia penitenciaria será compatible con el desempeño de un órgano del orden jurisdiccional penal.”

Por otro lado, nuestra LOGP, en su Título V ,que lleva por rúbrica “Del Juez de Vigilancia”, recoge en su artículo 76, de forma un tanto desordenada, las funciones y atribuciones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria:

“1. El Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las Leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.

2. Corresponde especialmente al Juez de Vigilancia:

a) Adoptar todas las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo, asumiendo las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores.

b) Resolver sobre las propuestas de libertad condicional de los penados y acordar las revocaciones que procedan.

c) Aprobar las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena.

d) Aprobar las sanciones de aislamiento en celda de duración superior a catorce días.

e) Resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias.

f) Resolver en base a los estudios de los Equipos de Observación y de Tratamiento, y en su caso de la Central de Observación, los recursos referentes a *clasificación inicial y a progresiones y regresiones de grado*.

g) *Acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos.*

h) *Realizar las visitas a los establecimientos penitenciarios que prevé la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pudiendo el Juez Central de Vigilancia Penitenciaria recabar para el ejercicio de dicha función el auxilio judicial de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria del lugar en el que radique el establecimiento que ha de ser visitado.*⁴³¹

i) *Autorizar los permisos de salida cuya duración sea superior a dos días, excepto de los clasificados en tercer grado.*

j) *Conocer del paso a los establecimientos de régimen cerrado de los reclusos a propuesta del Director del establecimiento.”*

La necesaria independencia de la Administración penitenciaria implica que el artículo 77 sólo permita al Juez de Vigilancia Penitenciaria tener la facultad de dirigirse a la actual Secretaría General de Instituciones Penitenciarias formulado propuestas en aquellas materias enunciadas en dicho precepto legal.

El citado precepto establece literalmente: *“Los Jueces de Vigilancia podrán dirigirse a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias formulando propuestas referentes a la organización y desarrollo de los servicios de vigilancia, a la ordenación de la convivencia interior en los establecimientos, a la organización y actividades de los talleres, escuela, asistencia médica y religiosa y en general a las actividades regimentales, económico-administrativas y de tratamiento penitenciario en sentido estricto”*.

⁴³¹ Letra h) del número 2 del artículo 76 redactada por el artículo segundo de la L.O. 5/2003, de 27 de mayo, por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; la L.O. 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, y la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial (B.O.E.28 mayo de 2003).

Volviendo al análisis del artículo 76 LOGP, clave para determinar la naturaleza jurídica de este órgano jurisdiccional, al que se le atribuyen por tanto dos grandes bloques de funciones: de un lado, le corresponden funciones jurisdiccionales, sustituyendo a los jueces y tribunales sentenciadores, en todo lo relativo a la ejecución; de otro lado ejercen una función de control de la actividad de la Administración penitenciaria, que los convierte en garantes de los derechos fundamentales de los reclusos.

Así en la VII Reunión de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, en el año 1993, y abundando en la naturaleza jurídica de éstos, concluyeron que los citados órganos, “incardinados en el orden penal, desarrollan funciones de ejecución de las penas privativas de libertad y medidas de seguridad postdelictuales, así como funciones de control jurisdiccional contencioso-administrativo en relación con los actos de la Administración penitenciaria que afecten a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de los internos.”.

Las opiniones doctrinales que entienden a esta figura como híbrida, mitad juez mitad administración son constitucionalmente inaceptables. La función jurisdiccional del juez de vigilancia penitenciaria es además *ius puniendi*, en la medida que es inimaginable la virtualidad si el estado se despreocupara de la ejecución material de las penas⁴³².

Para Manzanares Samaniego no es tanto un problema de naturaleza jurídica sino de la dificultad de reconducir a un denominador común las diversas funciones asignadas legalmente⁴³³.

El propio Tribunal Constitucional viene manteniendo la naturaleza jurisdiccional de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, al reconocer en la famosa ya Sentencia 2/1987, que estos órganos encuadrados en el orden penal, aunque con dos clases de jurisdicciones, la penal y la contencioso-administrativa. Y es que los Jueces de Vigilancia no solo han asumido las competencias que estaban residenciadas en los Tribunales sentenciadores antes de 1979, sino que también se han recortado los correspondientes a la jurisdicción contencioso-

⁴³² Mapelli Caffarena, B., (1996), op.cit. pág. 10

⁴³³ Manzanares Samaniego (1985), op.cit. pág. 182

administrativa, en todos los casos en los que están en juego derechos fundamentales de los internos o los derechos y beneficios penitenciarios.

En cuanto a la funciones atribuidas en el artículo 76.2.c) , al Juez de ejecución de penas español, relativa a aprobar las propuestas que formulen los establecimientos penitenciarios sobre beneficios penitenciarios que pueden suponer acortamiento de condena, hemos de remitirnos a los artículos 205 y 206 del RP, reguladores respectivamente del adelantamiento de la libertad condicional y el indulto particular, respectivamente.⁴³⁴

A ellos habría que añadir la redención de penas por el trabajo, aplicable a los internos que cumplen condena conforme al Código Penal de 1973.

La STC 163/2002 de 16 de septiembre establece que el indulto particular se configura, por propia ecisión de la norma que lo regula, como un beneficio penitenciario (art. 202.2 RP), y que como consecuencia de ello se vincula a la reeducación y reinserción social de los internos en cuanto fin principal de la pena privativa de libertad (203 RP), de modo que se trata de una las instituciones que tienden a hacer efectivo el principio recogido en el artículo 25.2CE. (.....)La tramitación del indulto particular conoce así dos fases claramente diferenciadas: la que finaliza con la resolución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, que es la

⁴³⁴ *Artículo 205 Adelantamiento de la libertad condicional*

Las Juntas de Tratamiento de los Centros penitenciarios previa emisión de un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social podrán proponer al Juez de Vigilancia competente el adelantamiento de la libertad condicional para los penados clasificados en tercer grado, siempre que hayan extinguido las dos terceras partes de su condena o condenas y que sean merecedores de dicho beneficio por observar buena conducta y haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales, conforme a lo establecido en el Código Penal.

Artículo 206 Indulto particular

1. La Junta de Tratamiento, previa propuesta del Equipo Técnico, podrá solicitar del Juez de Vigilancia Penitenciaria la tramitación de un indulto particular, en la cuantía que aconsejen las circunstancias, para los penados en los que concurren, de modo continuado durante un tiempo mínimo de dos años y en un grado que se pueda calificar de extraordinario, todas y cada una de las siguientes circunstancias

- a) Buena conducta.
- b) Desempeño de una actividad laboral normal, bien en el Establecimiento o en el exterior, que se pueda considerar útil para su preparación para la vida en libertad.
- c) Participación en las actividades de reeducación y reinserción social.

2. La tramitación del indulto a que se refiere el párrafo anterior se regulará por lo dispuesto en la vigente legislación sobre el ejercicio del derecho de gracia y en las disposiciones que la complementen o modifiquen.

ordenada por los artículos 202 ss del RP, y la que se inicia con dicha resolución y es regulada, según dispone el artículo 206.2 RP, conforme a la legislación vigente sobre el ejercicio del derecho de gracia.⁴³⁵

En particular en lo que se refiere a la competencia establecida en el artículo 76.2. d), (autorizar las sanciones de aislamiento en celda de duración superior a catorce días) hemos de advertir ahora que las competencias del Juez de Vigilancia penitenciaria, se han visto incrementadas a raíz de la Sentencia del Tribunal Constitucional 128/1996 de 9 de julio, que estableció que la intervención de tales órganos jurisdiccional, la determina, no la duración de las sanciones aisladamente consideradas, sino su duración conjunta, por lo que deberán someterse por la Administración penitenciaria a la aprobación de Juez de vigilancia Penitenciaria todas las sanciones de aislamiento en celda que sobrepasen los catorce días, bien se trate de la imposición de una única sanción incrementada en caso de repetición de la infracción, bien se deba a la imposición de varias sanciones en un único procedimiento o se trate de sanciones impuestas en procedimientos distintos, siempre que en ambos casos el cumplimiento de las mismas sea sucesivo y deban en consecuencia enlazarse.

Estima el Alto Tribunal que no debe eludirse la competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria, a través de la consideración aislada de diversas infracciones en un único expediente o mediante la separación de expedientes como ocurría anteriormente donde sólo era necesaria la aprobación del citado órgano jurisdiccional en los casos de repetición de la infracción, pero no tratándose de cumplimientos sucesivos de varias sanciones de aislamiento. De todos modos el análisis en profundidad de esta clase de sanciones se efectuará en el capítulo octavo de esta tesis, (al que nos remitimos) por afectar seriamente a derechos fundamentales de los internos.

Por otro lado el apartado segundo del artículo 76 en su letra i), se refiere a los permisos de los penados, puesto que los de los preventivos son competencia de la

⁴³⁵ De conformidad con la ley provisional de 18 de junio de 1870, que regula el ejercicio de la gracia de indulto, modificada por la Ley 1/1988, de 14 de enero (BOE nº 13, de 15 de enero) y la Orden de 10 de septiembre de 1993 (BOE nº 226, de 21 de septiembre, por la que se dan instrucciones sobre la tramitación de la solicitud de indulto.

Autoridad judicial que ha ordenado la prisión preventiva, (artículo 47 LOGP y 159 RP) debiendo distinguirse entre concesión y aprobación: la primera corresponde a la Junta de Tratamiento y la segunda al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, quién puede rechazar o no autorizar un permiso concedido por la Junta de Tratamiento. A tenor de lo dispuesto en el citado precepto de la LOGP el Juzgado de Vigilancia debe autorizar los permisos de salida de más de dos días. Igualmente deberá autorizar los permisos extraordinarios, independientemente de su duración, e los internos clasificados en primer grado de tratamiento, conforme al artículo 155.3 RP.⁴³⁶

Mención especial merece la competencia que le atribuye al apartado cuarto el artículo 155 del RP,⁴³⁷ que le habilita para autorizar la prolongación de los permisos extraordinarios que y tengan por objeto el ingreso de los penados clasificados en segundo grado en un hospital extrapenitenciario.

⁴³⁶ *Artículo 154 Permisos ordinarios*

1. Se podrán 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 segundo o tercer grado respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena o condenas y no observen mala conducta.

2. Los límites máximos anuales de treinta y seis y cuarenta y ocho días de permisos antes señalados, se distribuirán, como regla general, en los dos semestres naturales de cada año, concediendo en cada uno de ellos hasta dieciocho y veinticuatro días, respectivamente.

3. Dentro de los indicados límites no se computarán las salidas de fin de semana propias del régimen abierto ni las salidas programadas que se regulan en el artículo 114 de este Reglamento, ni los permisos extraordinarios regulados en el artículo siguiente.

Artículo 155 Permisos extraordinarios

1. En caso de fallecimiento o enfermedad grave de los padres, cónyuge, hijos, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas con los internos o de alumbramiento de la esposa o persona con la que el recluso se halle ligado por similar relación de afectividad, así como por importantes y comprobados motivos de análoga naturaleza, se concederán, con las medidas de seguridad adecuadas en su caso, permisos de salida extraordinarios, salvo que concurran circunstancias excepcionales que lo impidan.

2. La duración de cada permiso extraordinario vendrá determinada por su finalidad y no podrá exceder del límite fijado en el artículo anterior para los permisos ordinarios.

3. Cuando se trate de internos clasificados en primer grado será necesaria la autorización expresa del Juez de Vigilancia.”

⁴³⁷ Artículo 155. 4. RP. Se podrán conceder, con las medidas de seguridad adecuadas en su caso y previo informe médico, permisos extraordinarios de salida de hasta doce horas de duración para consulta ambulatoria extra penitenciaria de los penados clasificados en segundo o tercer grado, así como permisos extraordinarios de hasta dos días de duración cuando los mismos deban ingresar en un hospital extra penitenciario. En este último caso, si el interno tuviera que permanecer ingresado más de dos días, la prolongación del permiso por el tiempo necesario deberá ser autorizada por el Juez de Vigilancia cuando se trate de penados clasificados en segundo grado o por el Centro Directivo para los clasificados en tercer grado.

Por el contrario el Juez de Vigilancia Penitenciaria carece de atribuciones para la autorización de los permisos de los penados clasificados en tercer grado cualquiera que sea su duración, dado que dicha competencia corresponde a la Administración penitenciaria.

Del mismo modo la competencia relativa a conocer del paso a establecimientos de régimen cerrado de los reclusos a propuesta del Director del establecimiento, contemplada en el apartado segundo, letra j), supone que el carácter excepcional y de severidad del citado régimen cerrado en nuestro ordenamiento penitenciario y las implícitas limitaciones que conlleva el mismo, han hecho que el legislador obligue a la Administración penitenciaria a ponerlo en conocimiento de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, puesto que pueden producirse lesiones de los derechos fundamentales de los reclusos. De igual modo se analizará con más detalle en el capítulo octavo de esta tesis, por la posible conculcación de derechos que puede llegar a suponer, así como la posición mantenida por nuestro Alto Tribunal.

En lo que se refiere a la regulación contenida en el RP hemos de hacer constar que carece de un título, capítulo o sección dedicado al Juez de Vigilancia Penitenciaria, cuyas funciones se dispersan a lo largo de su articulado, asignándole otras muchas funciones, entre otras las relativas a la intervención de comunicaciones (art 43.1, 44.2, 46.5), medios coercitivos (art 72.3 RP), ilimitaciones regimentales (art 75.2 RP), ingreso en centros hospitalarios (art 218.1 RP) , en los que unas veces conoce, se le da cuenta, se le comunica, o se le remite el asunto.

La publicación del Código Penal de 1995, con las importantes modificaciones que introduce en materia de penas y medidas de seguridad, supone también un cambio en cuanto a las funciones del JVP, asumiendo mayores competencias que se recogen a continuación: aplicación del régimen general de cumplimiento (artículo 36.2CP); aplicación del régimen general en acumulaciones de condena (art 78 CP); conceder la libertad condicional (art 91 y 92);vigilancia sobre las medidas de seguridad impuestas; suspender la pena por enfermedad mental sobrevenida (art. 60.1 CP, esta competencia la ostentaba el Tribunal Sentenciador, pasando al Juez de Vigilancia Penitenciaria en virtud de la LO 15/2003, de 25 de noviembre); controlar la ejecución de la pena de

trabajo en beneficio de la comunidad (artículo 49.1CP, que asimismo recaía en anteriormente en el Tribunal sentenciador, siendo de los jueces de vigilancia a partir de la LO 15/2003); abono de la prisión provisional por causa distinta de la que se decretó (artículo 58.2).

7.6 Cuestiones procesales y régimen de recursos.

El Derecho penitenciario español, está formado por normas de Derecho penal sustantivo, estipulaciones propias del Derecho procesal penal y por disposiciones que pertenecen al ámbito del Derecho administrativo. La correcta integración de todos estos preceptos dispersos, que permita hablar de un *Derecho procesal penitenciario*, en palabras de Rivera Beiras, que asegure la presencia de la jurisdicción en el ámbito de la ejecución penal, requiere necesariamente contar con unas normas de ordenación del proceso.⁴³⁸

Ante este planteamiento la LOGP en su artículo 78, solo dispuso que *“en lo que respecta a las cuestiones orgánicas referentes a los Jueces de Vigilancia y a los procedimientos de su actuación, se estará a lo dispuesto en las Leyes correspondientes.*

Por su parte la disposición transitoria primera de la LOGP dispone que hasta que se dicten las normas referidas en el artículo 78, el Juez de Vigilancia Penitenciaria atenderá a los artículos 526, 985, 987, 990 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En ese interregnum legislativo (al que por cierto no se ha puesto término hasta la fecha), las (derogadas) Previsiones de la Presidencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1981, contenían una serie de indicaciones a este respecto, sin que la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Poder Judicial haya hecho desaparecer la laguna existente en cuanto al procedimiento específico ante los Jueces de Vigilancia Penitenciaria.

Considero, que hasta en tanto no se produzca el desarrollo legislativo contemplado en la Disposición Transitoria primera de la LOGP; deberán regirse *los jueces de ejecución*

⁴³⁸ Rivera Beiras, I., (2017), op. cit, pág. 108.

penal, en materia procedimental, a la fecha el presente trabajo, además de indefectible aplicación del artículo 24 CE, la Disposición adicional quinta de la LOPJ, las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre los recursos de reforma, apelación y queja, así como las normas contenidas en la LOPJ (especialmente los artículos 179 y ss), sin perjuicio de acudir a las líneas y criterios de actuación nacidos de las Reuniones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, que se vienen produciendo desde el año 1981. Bien entendido que tales criterios no son en ningún caso derecho positivo, ni vinculan a los jueces en su labor jurisdiccional. Han manifestado que es urgente aprobar una ley de procedimiento e ejecución penal, en la que se pauten las diferentes actuaciones judiciales (derecho de defensa, intervención de las partes, clases de recursos, plazos....) y que además delimite entre los tribunales sentenciadores y los juzgados de vigilancia penitenciaria las respectivas competencias.⁴³⁹

Como ya hemos indicado nuestra LOGP, tras regular las competencias el Juez de Vigilancia Penitenciaria, sigue sin dar cumplimiento a lo dispuesto en su artículo 78, no dictándose las leyes reguladoras del procedimiento ante tales órganos jurisdiccionales, *“poniéndose de manifiesto con semejante vacío legal (treinta y ocho años después) el desprecio por convertir la institución judicial comentada en lo que alguna vez creeríamos que sería.”*⁴⁴⁰

El régimen jurídico de los recursos en esta materia viene diseñado por un artículo no exento de polémica, el 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.⁴⁴¹

⁴³⁹ Las líneas y criterios de actuación de los Jueces de Vigilancia fueron recogidos en un texto refundido sobre criterios de actuación, conclusiones y acuerdos de reuniones, celebradas entre 1981 y 2009., desglosándose en 169 criterios. De entre ellos destacamos los referentes al apartado I del citado texto refundido, donde se incluyen una veintena de puntos donde expresan tales órganos jurisdiccionales cuales son las materias objeto de su competencia. Estos criterios pueden consultarse en la página web creada por el Ilustre Colegio de Abogados de Pamplona (www.derechopenitenciario.com), en su apartado “encuentros”, y desarrollada por el Servicio de Asistencia y Orientación Jurídico-Penitenciaria. Precisamente fue el Colegio pamplonico el que creó el primer SOAJP en el año 1986, mediante convenio celebrado con la entonces Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

⁴⁴⁰ Rivera Beiras, I., (2017), op. cit., pág. 109.

⁴⁴¹ Disposición adicional quinta redactada por el apartado cuatro del artículo primero de la L.O. 5/2003, de 27 de mayo, por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; la L.O. 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, y la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial («B.O.E.» 28 mayo). Vigencia: 29 mayo 2003

“1. El recurso de reforma podrá interponerse contra todos los autos del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

2. Las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en materia de ejecución de penas serán recurribles en apelación y queja ante el tribunal sentenciador, excepto cuando se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa que no se refiera a la clasificación del penado.

En el caso de que el penado se halle cumpliendo varias penas, la competencia para resolver el recurso corresponderá al juzgado o tribunal que haya impuesto la pena privativa de libertad más grave, y en el supuesto de que coincida que varios juzgados o tribunales hubieran impuesto pena de igual gravedad, la competencia corresponderá al que de ellos la hubiera impuesto en último lugar.

3. Las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en lo referente al régimen penitenciario y demás materias no comprendidas en el apartado anterior serán recurribles en apelación o queja siempre que no se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa. Conocerá de la apelación o de la queja la Audiencia Provincial que corresponda, por estar situado dentro de su demarcación el establecimiento penitenciario.

4. El recurso de queja a que se refieren los apartados anteriores sólo podrá interponerse contra las resoluciones en que se deniegue la admisión de un recurso de apelación.

5. Cuando la resolución objeto del recurso de apelación se refiera a materia de clasificación de penados o concesión de la libertad condicional y pueda dar lugar a la excarcelación del interno, siempre y cuando se trate de condenados por delitos graves, el recurso tendrá efecto suspensivo que impedirá la puesta en libertad del condenado hasta la resolución del recurso o, en su caso, hasta que la Audiencia Provincial o la Audiencia Nacional se haya pronunciado sobre la suspensión.

*Los recursos de apelación a que se refiere el párrafo anterior se tramitarán con carácter preferente y urgente.*⁴⁴²

6. Cuando quien haya dictado la resolución recurrida sea un Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, tanto en materia de ejecución de penas como de régimen penitenciario y demás materias, la competencia para conocer del recurso de apelación y queja, siempre que no se haya dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa, corresponderá a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

7. Contra el auto por el que se determine el máximo de cumplimiento o se deniegue su fijación, cabrá recurso de casación por infracción de ley ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que se sustanciará conforme a lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

8. Contra los autos de las Audiencias Provinciales y, en su caso, de la Audiencia Nacional, resolviendo recursos de apelación, que no sean susceptibles de casación ordinaria, podrán interponer, el Ministerio Fiscal y el letrado del penado, recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, el cual se sustanciará conforme a lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el recurso de casación ordinario, con las particularidades que de su finalidad se deriven. Los pronunciamientos del Tribunal Supremo al resolver los recursos de casación para la unificación de doctrina en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por las sentencias precedentes a la impugnada.

9. El recurso de apelación a que se refiere esta disposición se tramitará conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el procedimiento abreviado. Estarán legitimados para interponerlo el Ministerio Fiscal y el interno o liberado condicional. En el recurso de apelación será necesaria la defensa de letrado y, si no se designa procurador, el abogado tendrá también habilitación legal para la

⁴⁴² Los números 5, 6, 7, 8, 9 y 10 de la disposición adicional quinta han sido introducidos, en su actual redacción, por el número uno del artículo segundo de la L.O. 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas («B.O.E.» 1 julio) con vigencia de 2 de julio 2003.

representación de su defendido. En todo caso, debe quedar garantizado siempre el derecho a la defensa de los internos en sus reclamaciones judiciales.

10. En aquellas Audiencias donde haya más de una sección, mediante las normas de reparto, se atribuirá el conocimiento de los recursos que les correspondan según esta disposición, con carácter exclusivo, a una o dos secciones”.

La ordenación contenida en la mentada Disposición Adicional ha sido objeto de severas críticas en tres planos:

- la legitimación activa para recurrir que se circunscribe al Ministerio Fiscal y al penado, excluyendo a las víctimas y a la Administración Penitenciaria.

- la diversidad de órganos judiciales con competencia para resolver el recurso acudiendo a criterios jurídicos dotados de cierta indeterminación, como la diferenciación entre materia de ejecución de penas y de régimen penitenciario

- la ausencia de un marco normativo que regule el procedimiento que encauce las pretensiones que se entablen ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y responda a un modelo jurídico presidido por las notas de efectividad en el contenido de la tutela (artículo 24.1 CE) y respeto al espacio de defensa en el desenvolvimiento del iter que conduce a la obtención de la tutela (artículo 24.2 CE).⁴⁴³

Entiendo que la incorrecta técnica seguida en la redacción de la Disposición Adicional 5ª LOPJ, ha provocado no pocos problemas interpretativos respecto al mismo. El mismo Tribunal Constitucional se encargó de decir, en su Sentencia 167/2003 de 29 de septiembre que la redacción del citado precepto es desde luego poco clara e insatisfactoria, como ha puesto de relieve la doctrina de manera generalizada, admitiendo necesariamente la apelación frente a la decisión judicial de ratificar la aplicación del régimen especial de vida recogido en el artículo 10 LOGP, por cuanto la decisión administrativa no era sino una mera propuesta que era resuelta

⁴⁴³ Subiyana Zunzunegui, I.J, “El Juez en la ejecución de las penas privativas de libertad”, Revista *Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº11, (2005), pág.19, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc>

en primera instancia, por el juez de vigilancia penitenciaria en las SSTC 128/1996, de 9 julio y 169/1996 de 29 de octubre, entendió razonable y no arbitraria la negativa a tramitar la apelación frente a resoluciones judiciales dictadas en expedientes disciplinarios pese a que la regulación legal plantea problemas interpretativos en cuanto a los supuestos en que procede la interposición de apelación y de quejas, no siendo extensibles dichos problemas a la materia disciplinaria. Mas tarde la STC 114/2004 de 12 de julio, declaró que el artículo 78.1 de la LOGP ordena estar a lo dispuesto en las leyes correspondientes en lo que respecta a las cuestiones orgánicas referentes a los Jueces de Vigilancia y a los procedimientos de su actuación, lo que conduce al artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que permite que pueda interponerse recurso de queja frente a los autos que denegaren la admisión de un recurso de apelación.

VIII) ANÁLISIS DE LOS DERECHOS DE LOS RECLUSOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

8.1 Consideraciones iniciales.

Como señala Salvador Martínez,⁴⁴⁴ la obra del profesor Reviriego Picón, constituye desde ahora una obra de obligada referencia para todos los estudiosos del derecho constitucional y del derecho penitenciario. Muy especialmente el capítulo IV “Análisis específico de los derechos a la luz de la jurisprudencia constitucional” de su obra “Los derechos de los reclusos en la jurisprudencia constitucional”, por tratarse de una materia a la que la doctrina constitucional no había dispensado la atención necesaria.

Uno de los aspectos menos conocidos de la Jurisprudencia del TC, para los no iniciados, es el relativo a la rica jurisprudencia sobre los derechos de los internos en sus relaciones con los establecimientos penitenciarios, donde se encuentran cumpliendo las penas privativas de libertad.(.....) *“Es ésta una materia relativamente residual que se inserta en la máxima de que nada de lo que afecte a los derechos fundamentales es ajeno a la Jurisdicción Constitucional», expresado de forma negativa, en el aforismo “De minimis non curat praetor”, acompañado del añadido de que dicha regla no rige en la doctrina del Tribunal Constitucional”*.⁴⁴⁵

Procede ahora por tanto, el análisis específico de cada uno de los derechos fundamentales que pueden verse afectados por el ingreso en prisión de una persona y en qué medida han sido sus límites perfilados por nuestro Alto Tribunal; de suerte que como afirma el profesor Reviriego *“nos centraremos en este momento en aquellos que entendemos que deben dar la pauta de la modulación de los derechos en este ámbito”*⁴⁴⁶.

⁴⁴⁴ Salvador Martínez. Crítica de libros. UNED, nº 3, 2008, págs. 469 y ss.

⁴⁴⁵ Pulido Quecedo, M., “Derecho de los internos en los centros penitenciarios y uso de ordenadores”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 10, 2002, pág. 1.

⁴⁴⁶ Reviriego Picón, F., (2008), op.cit. pág. 55.

8.2 Derecho a la vida y a la integridad física y mental.-

Este derecho consagrado en el artículo 15 CE, tiene su refrendo en el artículo 3 apartado 4 de la LOGP, que dispone como obligación de la Administración penitenciaria velar por la vida, la integridad y la salud de los internos. Se complementa dicha declaración legal, con el contenido del artículo 6, al establecerse que ningún interno será sometido a malos tratos de palabra u obra.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre este derecho de los reclusos, siendo las más llamativas las relativas a la huelga de hambre llevada a cabo por miembros del grupo terrorista GRAPO, reivindicativas del proceso de agrupamiento de tales presos, a los que la Administración penitenciaria había diseminado por toda la geografía española. Inicialmente el Juzgado de Vigilancia penitenciaria no autorizó la asistencia médica forzosa de los internos, pero mediante Auto de la Audiencia, revocatorio del anterior, se habilitaba a la Administración a proceder a la misma, en los casos en los que se produjera la pérdida de conciencia de aquéllos. Interpuesto contra la decisión de la Audiencia Provincial, tanto en la STC 120/1990 de 27 de junio (conocida como “*Huelga de Hambre I*”) como en la STC 1347/1990, de 19 de julio (*asunto Huelga de hambre II*), basándose precisamente en la concepción de la relación jurídico-punitiva como una relación de sujeción especial, el *Máximo intérprete de la CE*, entendió que existe un deber en la Administración penitenciaria de proporcionar asistencia médica forzosa a los reclusos que se encuentren en huelga de hambre, cuando exista un riesgo grave para su salud, previos los informes médicos necesarios y preceptivos. Incluso nuestro Alto Tribunal va más allá al estimar que en el derecho a la vida no integra el “derecho a la propia muerte”, por lo que no puede considerarse como un trato inhumano o degradante, ni mucho menos tortura, la alimentación médica coactiva efectuada sobre tales reclusos.

El Alto Tribunal “apuntará la imposibilidad de admitir que la Constitución garantice en su artículo 15 el derecho a la propia muerte careciendo en consecuencia de apoyo constitucional la pretensión que la asistencia médica coactiva en los supuestos de huelga de hambre analizados contraviniera ese derecho constitucional inexistente pues el derecho a la vida tendría un contenido de protección positiva que

impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte”.⁴⁴⁷ En tal sentido dirá literalmente el Tribunal Constitucional (STC 120/1990 antes citada) que en el derecho a la vida “*no se incluye el derecho a prescindir de la propia vida, ni es exigible constitucionalmente a la Administración penitenciaria que se abstenga de prestar una asistencia médica que, precisamente, va dirigida a salvaguardar el bien de la vida que el artículo 15 CE protege*”. Por tanto para nuestro Tribunal Constitucional, la asistencia médica obligatoria o alimentación forzosa a los internos, pertenecientes a la citada banda terrorista, en huelga de hambre, se engloba dentro la obligación de velar por la salud e integridad física de aquéllos, que recae sobre la Administración penitenciaria, como consecuencia de la posición de garante que ésta ostenta.

Sin embargo, se formularon en el seno del Tribunal Constitucional sendos votos particulares. Destacaremos el emitido por el magistrado Rodríguez –Piñero, que estimó que el fundamento de la relación de sujeción especial es desafortunado, porque el penado en relación con su vida y su salud y como enfermo goza de los mismos derechos y libertades que cualquier ciudadano, y ha de reconocersele el mismo grado de voluntariedad en relación con la asistencia médica y sanitaria.⁴⁴⁸

Esta interpretación mayoritaria en seno constitucional derivó en fuertes críticas doctrinales, que a continuación exponemos.

Diez Picazo formulará una severa crítica contra estas resoluciones, por entender que están basadas en una noción doctrinal como son las relaciones de sujeción especial, que pertenecen al pasado, y tienen, por lo demás, difícil encaje en los postulados de un Estado social y democrático de derecho como el nuestro. Además pesupone que la libertad genérica (es decir todo lo que no está prohibido no está permitido), carece de rango constitucional, pasando por alto la la clausula de libre de sarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE).⁴⁴⁹

⁴⁴⁷ Reviriego Picón, F., (2008), op.cit., pág. 57.

⁴⁴⁸ Ibídem, pág. 60.

⁴⁴⁹ Díez Picazo, Sistema de Derechos Fundamentales, Civitas, Madrid, 2013, pág. 231-232.

Lasagabaster Herrarte lamenta que el Tribunal Constitucional acuda a las relaciones de sujeción especial como *solución traumatúrgica que todo lo puede*, pese a la debilidad del argumento utilizado.⁴⁵⁰

García Macho opina que el Tribunal Constitucional olvida que los derechos fundamentales tienen eficacia en las relaciones de sujeción especial y que solamente pueden ser restringidos si la Constitución así lo establece y siempre que ello sea necesario para que no se interrumpa el buen funcionamiento de la institución.⁴⁵¹

Por su parte Mapelli Caffarena, muy crítico con la línea mantenida por el Alto Tribunal al dejar recar su argumentación sobre las relaciones de sujeción especial, le reprocha a aquél, que “*ni la libertad en su aspecto esencial, ni la vida o la integridad física pueden verse mermados por una relación de sujeción especial. Incluso ni siquiera el deber genérico de la Administración penitenciaria de velar por la vida y la salud de los internos (artículo 3.4 LOGP) puede esgrimirse en estos casos*”⁴⁵². A sensu contrario podemos encontrar la posición de Bueno Arús⁴⁵³.

Tuvo ocasión el Tribunal Constitucional de ocuparse de nuevo de dos amparos relativos, asimismo, a huelgas de hambres de internos y consiguiente obligación de alimentación forzosa por la Administración, en concreto en la STC 11/1991, de 17 de enero y en la STC 67/1991, de 22 de marzo. La iniciativa para el inicio del proceso de amparo nace del Ministerio Fiscal, parte en el previo proceso judicial.

En el *asunto Huelga de Hambre III*, STC 11/1991 de 17 de enero, se desestimó el recurso de amparo interpuesto por el Ministerio Público, por mantenerse, como había venido haciendo en las resoluciones relativas a los asuntos en esta materia, que es ajustado al texto constitucional proceder a la alimentación forzada, previos los informes médicos necesarios y en la forma establecida por el Juez de Vigilancia

⁴⁵⁰ Lasagabaster Herrarte, I., “Las relaciones de sujeción especial”, Civitas, Madrid, 1994, pág. 401.

⁴⁵¹ García Macho, R., “Las relaciones de sujeción especial en la Constitución española”, Tecnos, Madrid, 1992, pág. 249.

⁴⁵² Mapelli Caffarena, B., (1993), op. cit., pág. 443.

⁴⁵³ Bueno Arús, “Derechos de los internos”, *Comentarios a la legislación penal*, T. VI, vol. I, Madrid, 1986, pág. 66.

correspondiente, en los supuestos en que se pusiera en peligro grave la vida de los internos huelguistas; aunque añadió el Tribunal Constitucional que no le corresponde a éste “*establecer el momento y la forma en que haya de procederse de manera coactiva para evitar riesgos intolerables para la vida del interno (... ..) puesto que ello supondría una clara injerencia en la competencia propia de la Administración penitenciaria, y en su caso, de los órganos establecidos al efecto.*”⁴⁵⁴

En la segunda de ellas, en la STC 67/1991 de de 22 de marzo (*asunto Huelga de Hambre IV*), se trataba de una huelga de hambre protagonizada por varias internas a las que en un primer momento se les obligó a recibir alimentación de forma coactiva y en una segunda instancia, judicialmente se les permitió no recibirla.

En esta resolución en realidad el Alto Tribunal estimó el recurso de amparo por entender vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, entendiendo que permitir el traslado de internos de un centro a otro permitiera la alteración de resoluciones judiciales firmes que causan estado (como la que fue objeto de recurso) al afectar el status de los reclusos, la inseguridad jurídica sería intolerable, pues dependería de un acto administrativo (la orden de traslado) la efectividad y el cumplimiento de resoluciones judiciales.

Pero el propio Tribunal Constitucional advierte que no queda afectado el derecho a la intimidad de los internos, en los casos que hemos expuesto de huelgas de hambre de internos, por la alimentación forzosa a los mismos, por la Administración penitenciaria, toda vez que la intimidad personal (entendida como inmunidad frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de una persona) no se vería afectada por ni por las partes del cuerpo sobre las que se actúa, ni por los medios a emplear, ni por la finalidad, ajena en todo caso a la

⁴⁵⁴ En este asunto es la propia Administración penitenciaria la que, a través de la Dirección del centro penitenciario, solicita proceder a la alimentación coactiva de los internos en huelga de hambre, obteniendo una respuesta negativa a su petición en las instancias judiciales, hasta que la pérdida de conciencia de aquéllas que haga preciso la asistencia médica necesaria para salvaguardar su integridad física.

adquisición de conocimiento alguno sobre el cuerpo⁴⁵⁵, lo que ha sido puesto en tela de juicio doctrinalmente.⁴⁵⁶

Se han dictado otras resoluciones de nuestro Alto Tribunal que han incidido en la configuración del derecho a la integridad de los internos, como por ejemplo la STC 25/2000, de 31 de enero (*asunto enfermedad grave e incurable y suspensión de la condena I*) y la STC 5/2002, de 14 enero (*asunto enfermedad grave e incurable y suspensión de ejecución de la condena II*).

Sin embargo en la STC 25/2000 de 31 de enero (*asunto enfermedad grave e incurable y suspensión de la ejecución de la condena I*) se estimó el recurso de amparo por el TC, no por la vulneración del derecho a la integridad física del recurrente, sino por la del derecho a la tutela judicial efectiva, al no exteriorizarse las razones por las que procedía o no estimar que concurrían los requisitos exigidos en el artículo 80 del Código penal, para conceder la suspensión de la condena a un recluso que sufre una enfermedad muy grave que le ocasiona padecimientos incurables.

En sentido contrario en la STC 5/2002, se denegó el amparo que tenía por objeto la resolución judicial por la que se denegaba la suspensión de la condena por padecer el interno recurrente una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, en virtud del artículo 80 del Código Penal. Aquí entendió el Alto Tribunal que la denegación de la suspensión de la condena no vulneraba el derecho a la integridad física del recurrente en amparo.

Como subraya Reviriego Picón⁴⁵⁷ “*la única sentencia de nuestro Alto Tribunal en la que se ha estimado un recurso de amparo basándose en la vulneración del derecho a la vida y a integridad física de un interno, ha sido la STC 48/1996, de 25 de marzo (asunto “enfermedad grave e incurable y tratamiento”)*”.

⁴⁵⁵ Reviriego Picón, F., (2008), op.cit. pág. 86.

⁴⁵⁶ Duque Villanueva, J.C., “El derecho a la intimidad personal y familiar en el ámbito penitenciario”, Perfiles del derecho constitucional a la vida privada y familiar, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1996.

⁴⁵⁷ Reviriego Picón., (2008), op.cit. pág. 64.

En la STC 35/1996, de 11 de marzo⁴⁵⁸ (*asunto “control por rayos X”*), tampoco se estimó la vulneración el derecho a la integridad física del interno- recurrente en amparo, por cuanto con la adopción de las medidas oportunas no se pone en peligro la salud de los internos por el hecho de ser sometidos a controles mediante rayos X, en aras de garantizar la seguridad del centro.

Por el contrario sí estimó el recurso de amparo presentado por un interno al que se le había sancionado con aislamiento en celda, por haberse negado a requerimiento de un funcionario a desnudarse y realizar flexiones ante aquél para efectuar un registro, después de una comunicación vis a vis. Pero el Tribunal Constitucional en tal caso (STC 57/1994 de 28 de febrero (*“cacheos con desnudo integral y comunicaciones íntimas de los reclusos” I*), entendió no vulnerado (ni por el contenido de las órdenes impartidas, ni por los medios utilizados, al considerar que no acarrearían sufrimientos de especial intensidad o provocaron una humillación o envilecimiento del sujeto pasivo) el derecho a la integridad física o moral del recurrente, sino el derecho a la intimidad del mismo⁴⁵⁹. En parecidos términos se pronunció en la STC 2004/2000 de 24 de julio (*“cacheos con desnudo integral y comunicaciones íntimas de los reclusos” II*). Sobre esta cuestión deberemos volver indefectiblemente cuando analicemos con el Alto Tribunal el derecho a la intimidad de los reclusos.

Igualmente tampoco apreció el Tribunal Constitucional en la STC 89/1987, de 3 de junio (*asunto Comunicaciones íntimas de los reclusos*), un trato inhumano o degradante la denegación sistemática por la Dirección del centro del disfrute de comunicaciones especiales a los penados calificados en primer grado de tratamiento y a los internos sometidos al régimen especial del artículo 10 e la LOGP.⁴⁶⁰

En última instancia abordaremos dentro de este epígrafe concerniente al derecho a la integridad física y moral de los reclusos, qué repercusiones tiene la sanción prevista en el artículo y 42.2. a y 43 LOGP

⁴⁵⁸ Reviriego Picón, F., (2008), op.cit. pág. 66.

⁴⁵⁹ *Ibíd*em, pág. 67.

⁴⁶⁰ *Ibíd*em, pág. 68.

El artículo 42 en su apartado segundo ordena que “ *No podrán imponerse otras sanciones que: a) Aislamiento en celda, que no podrá exceder de catorce días*”. El apartado cuarto de dicho precepto regula los supuestos excepcionales en que puede ser aplicada la citada sanción:

“La sanción de aislamiento en celda sólo será de aplicación en los casos en que se manifieste una evidente agresividad o violencia por parte del interno, o cuando éste reiterada y gravemente altere la normal convivencia en el centro. En todo caso, la celda en que se cumple la sanción deberá ser de análogas características que las restantes del establecimiento”.

Las condiciones para el cumplimiento de la sanción de aislamiento en celda vienen detalladas en el artículo 43 e la LOGP. La gravedad de esta sanción obliga a transcribir el citado precepto:

“1. La sanción de aislamiento se cumplirá con informe del Médico del establecimiento, quien vigilará diariamente al interno mientras permanezca en esa situación, informando al Director sobre su estado de salud física y mental y, en su caso, sobre la necesidad de suspender o modificar la sanción impuesta.

2. En los casos de enfermedad del sancionado, y siempre que las circunstancias lo aconsejen, se suspenderá la efectividad de la sanción que consista en internamiento en celda de aislamiento, hasta que el interno sea dado de alta o el correspondiente órgano colegiado lo estime oportuno, respectivamente.

3. No se aplicará esta sanción a las mujeres gestantes y a las mujeres hasta seis meses después de la terminación del embarazo, a las madres lactantes y a las que tuvieran hijos consigo.

4. El aislamiento se cumplirá en el compartimiento que habitualmente ocupe el interno, y en los supuestos de que lo comparta con otros o por su propia seguridad o por el buen orden del establecimiento, pasará a uno individual de semejantes medidas y condiciones.”

Sobre esta cuestión se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional en la Sentencia 2/1981 de 21 de enero (asunto *Disciplina penitenciaria*) en la que declaró que la aplicación de sanción de aislamiento en celda, con las garantías legalmente establecidas, no puede considerarse en sí misma un trato inhumano o degradante. Si considera, por el contrario, inadmisibles las llamadas *celdas negras o ciegas*, que supone un confinamiento absolutamente aislado o cerrado, en condiciones manifiestamente inhumanas, atroces y degradantes, que si implican un trato inhumano o degradante, y que han sido afortunadamente erradicadas de nuestro derecho penitenciario.⁴⁶¹

“Expresamente la STC 2/1981 de 21 de enero dirá: “*El art. 25.3 de la Constitución prescribe, ciertamente, que la Administración Civil no podrá imponer sanciones que, directa o indirectamente, impliquen privación de libertad, pero esta prevención constitucional no puede dejar de ponerse en relación, para comprenderla rectamente, con el contenido del derecho fundamental garantizado en el art. 17.1 de la misma Constitución reconocido también en el art. 5.1 del Convenio de Roma, que preservan el común status libertatis que corresponde, frente a los poderes públicos, a todos los ciudadanos. Tal status sin embargo, queda modificado en el seno de una situación especial de sujeción como la presente, de tal manera que, en el ámbito de la institución penitenciaria, la ordenación del régimen al que quedan sometidos los internos no queda limitado por el ámbito de un derecho fundamental que ha perdido ya, en ese ámbito específico, su contenido propio, según claramente se deriva, por lo demás de lo dispuesto en el apartado segundo de este citado art. 25. 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.*”

Especialmente crítico con la jurisprudencia constitucional en la sentencia transcrita, se ha mostrado Mapelli Caffarena, quien es partidario, en su caso, de la imposición de sanción de aislamiento en celda, cualquiera que sea su duración, por la Administración de Justicia, pero en ningún caso por la Administración penitenciaria.

⁴⁶¹ Sobre la posición adoptada por la jurisprudencia de Tribunal Europeo de Derechos humanos sobre este tipo de sanciones, y su repercusión en la jurisprudencia constitucional española, me remito al capítulo noveno de esta tesis.

Así de tajante se manifiesta cuando señala que *“la sanción de aislamiento de celda conculca manifiestamente el art 25. CE. El aislamiento en celda es una sanción que implica directamente privación de libertad y sólo puede imponerse judicialmente. Ni el carácter excepcional que le otorga la LOGP, ni que sea aprobada por el juez de vigilancia cuando excede de 14 días, son garantías suficientes para resolver la inconstitucionalidad. La Administración penitenciaria no puede imponer sanciones de aislamiento aunque sean de un día de duración. A lo sumo, podrá tomar medidas cautelares de detención con carácter de urgencia, provisionalidad y para resolver graves situaciones de peligro (art 45 LOGP). En contra de lo que opina el tribunal tan degradante e inhumano resulta la celda negra, como concebir la ejecución penitenciaria como pérdida absoluta del derecho a la libertad ambulatoria, lo que se traduce en aislamiento perpetuo.”*⁴⁶²

Además denuncia como la Administración penitenciaria puede imponer sanciones sin contar con la preceptiva autorización judicial, *“en una práctica deplorable la administración penitenciaria venía burlando esta garantía legal mediante el ardid de transformar las sanciones que superen ese tope en varias sanciones de manera que ninguna de ellas llegue a alcanzar los catorce días. El TC considera que ello burla el control judicial y en esta cuestión reconoce el derecho al recurrente a la tutela judicial efectiva”*.⁴⁶³

A mayor abundamiento en un trabajo posterior vuelve a insistir, a su juicio, en la tesis de la inconstitucionalidad de la imposición por parte de la Administración penitenciaria de sanciones de aislamiento en celda: *“(.....) la LOGP introduce una limitación competencial de los JVP inaceptable. En efecto tratándose sobre todo de sanciones que privan de libertad y especialmente que consisten en una reclusión celular permanente la administración no puede reservarse la imposición de las mismas. La taxatividad del artículo 25.3 CE no permite fisuras exejéticas que lleven a otra conclusión que no sea la prohibición de las sanciones administrativas que directa o subsidiariamente priven de libertad. El aislamiento en celda es privación de libertad, por más que el TC trate de fundamentar lo contrario por medio de*

⁴⁶² Mapelli Caffarena, B., (1993), op. cit. pág. 435.

⁴⁶³ *Ibíd.*, pág. 435.

intrincadas argumentaciones jurídicas acudiendo a presuntas relaciones especiales de sujeción del condenado con la administración penitenciaria. Que existan dichas relaciones es cuestionable pero que las mismas puedan justificar una excepción a lo establecido en el capítulo II del Título I dentro de los derechos fundamentales, es inimaginable en un Estado de Derecho.”⁴⁶⁴

La literalidad del precepto (se refiere al artículo 76 LOGP) reduce las competencias del Juez de Vigilancia Penitenciaria a la mera valoración del expediente en el que se proponga una sanción de esa naturaleza y la decisión motivada de su procedencia (“aprobar la sanción”), y por último, las sanciones de aislamiento superior a los catorce días realmente poco significativo dentro de la totalidad de sanciones impuestas.⁴⁶⁵

Otro sector doctrinal mantiene que las consideraciones efectuadas por Mapelli Caffarena son válidas respecto de las sanciones de aislamiento en celda impuestas por la Comisión Disciplinaria de duración inferior a catorce días, pero no son admisibles respecto de las sanciones de duración superior a catorce días puesto que su imposición cae dentro del ámbito competencial de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria. Así lo manifiesta Roig Bustos, cuando señala: *“Esta posición parece plenamente válida en tanto en cuanto la sanción impuesta no exceda de catorce días, en cuyo caso, como vimos, el órgano que la impone es la Junta de Régimen y Administración, pero no en el supuesto de que exceda de ese tiempo, en cuyo caso quien realmente la impone no es un órgano de la Administración, sino un órgano judicial, el Juez de Vigilancia; en cualquier caso sí estamos totalmente de acuerdo en que la libertad es mesurable y que el hecho de que no se pueda privar de libertad a un interno no es aceptable, puesto que la sanción de aislamiento lo que realmente hace es precisamente privar de la poca libertad que le resta al preso, y en el supuesto de esa sanción de duración inferior a catorce días quien impone la sanción es la Administración, quedando relegada la función del Juez a un posible conocimiento de un recurso que en su caso se pueda imponer.*”⁴⁶⁶

⁴⁶⁴ Mapelli Caffarena, (1995), op. cit. págs. 4-5.

⁴⁶⁵ González Cano, M.I., “La ejecución de la pena privativa de libertad”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 294.

⁴⁶⁶ Roig Bustos, L., “La sanción de aislamiento en celda en el derecho penitenciario español”, *Diario La Ley*, 1984, pág. 796, tomo 3, Editorial La Ley, pág. 7.-

En la misma línea y apoyando la posición mantenida por nuestro Alto Tribunal encontramos a Armenta González-Palenzuela y Rodríguez Ramírez, quienes manifiestan 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 pena.⁴⁶⁷

También se posiciona en contra de la interpretación de Mapelli, Rodríguez Alonso, quien manifiesta que “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)”⁴⁶⁸

8.3 Derecho a la intimidad.-

Suele recalcar la doctrina⁴⁶⁹ que junto a al derecho a la libertad, el consagrado en el artículo 18 (derecho a la intimidad personal y familiar) de nuestra Carta magna es quizá el más afectado como consecuencia del ingreso en prisión de una persona.

Nuestro Alto Tribunal estableció en su Sentencia 231/1988, de 2 de diciembre que el derecho a la intimidad es “un derecho personalísimo ligado a la misma existencia del individuo que tiene por objeto garantizar la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de la vida humana”. Aunque ese derecho no es ilimitado pues, cede ante “intereses consuetudinariamente relevantes, siempre que el recorte que haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, sea

⁴⁶⁷ Armenta González, F.J., Rodríguez Ramírez, V., (2001), op. cit. pág. 366.

⁴⁶⁸ Rodríguez Alonso, A, (1997), op. cit. 244.

⁴⁶⁹ Delgado Rincón, L.E., “Algunas consideraciones sobre el derecho a la intimidad personal y familiar de los reclusos en los centros penitenciarios”. *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, nº 18, 2006, pág. 192.

proorcionado para alcanzarlo y en todo caso sea respetuoso con el contenido esencial del derecho”.

La consecuencia de la extrapolación del concepto del derecho a la intimidad al ámbito penitenciario supone, como afirma el Tribunal Constitucional en su STC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2, : *“una de las consecuencias más dolorosas de la pérdida de la libertad es la reducción de lo íntimo casi al ámbito de la vida interior”*.

Sin embargo y a pesar de la trascendencia el derecho a la intimidad nuestra LOGP no ha contemplado de forma expresa tal derecho. Sí lo ha hecho por el contrario el Reglamento penitenciario al enumerar los derechos de los reclusos en el artículo 4.2.b), al establecerse que es obligación de la Administración penitenciaria preservar su intimidad.

Un manifestación del derecho del interno a su intimidad la constituye el *principio celular*. El artículo 19 de la LOGP que establece: *“ Todos los internos se alojarán en celdas individuales. En caso de insuficiencia temporal de alojamiento o por indicación del médico o de los equipos de observación y tratamiento, se podrá recurrir a dependencias colectivas. En estos casos, los internos serán seleccionados adecuadamente”*.

Dicho precepto ha sido desarrollado por el artículo 13 del Reglamento penitenciario que viene a desarrollar los casos en los que podrá acudir a las “dependencias colectivas” a que alude la Ley : *“ El sistema penitenciario estará orientado por el principio celular, de manera que cada interno disponga de una celda, salvo que sus dimensiones y condiciones de habitabilidad permitan, preservando la intimidad, alojar a más de una persona, en cuyo caso se podrá autorizar compartir celda a petición del interno, siempre que no existan razones de tratamiento, médicas, de orden o seguridad que lo desaconsejen.*

2. *Temporalmente, cuando la población penitenciaria supere el número de plazas individuales disponibles, se podrá albergar a más de un interno por celda.*

3. *En los establecimientos especiales y de régimen abierto podrán existir dormitorios colectivos, previa selección adecuada de los internos que los ocupen”*.

En su STC 195/1995, de 19 de diciembre entendió que albergar al recurrente en amparo con otro preso en la misma celda no supone violación del artículo 18 CE, por cuanto no forma de este derecho fundamental el alojamiento en celda individual o principio celular, toda vez que el artículo 19 LOGP no recoge un derecho subjetivo a habitación o celda individual.

En la citada Sentencia, en su FJ 3º, nuestro Alto Tribunal confirmó, de forma expresa la inexistencia de un derecho subjetivo de los internos: *“pues si bien es cierto que tanto el art. 19.1 L.O.G.P. como el art. 15 Reglamento Penitenciario establecen con carácter general que cada interno ocupará una celda individual, asimismo admiten la posibilidad de convivencia de varios internos en la misma celda por insuficiencia temporal de alojamiento u otras razones, sin que por ello hayan de considerarse vulnerados los mencionados preceptos de la legislación penitenciaria, que no consagran un derecho subjetivo a habitación o celda individual, tal y como parece pretender el recurrente. Tal derecho tampoco puede extraerse directamente del art. 18.1 de la Constitución, pues como ya ha tenido ocasión de declarar este Tribunal en referencia al concreto ámbito penitenciario, una de las consecuencias más dolorosas de la privación de libertad es la reducción de la intimidad de quienes la sufren, de tal manera que sólo podrán ser consideradas lesivas de la intimidad aquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiera (SSTC 89/1987 y 57/1994), requisito que no concurre en el presente caso pues, como ya se ha puesto de manifiesto, la propia legislación penitenciaria prevé en determinados supuestos la posibilidad de celdas compartidas”*.

La doctrina⁴⁷⁰ viene denunciando, que como consecuencia del hacinamiento y masificación de los centros penitenciarios españoles, la Administración penitenciaria eluda, de forma sistemática, el cumplimiento del principio celular, recurriendo a las excepciones que la ley penitenciaria y el artículo 13 del Reglamento penitenciario, establecen de forma excepcional.

⁴⁷⁰ Delgado Rincón, L.E, (2006), op.cit., pág. 198.

*Con independencia de la amplitud del concepto constitucional de domicilio, no es posible extender al ámbito penitenciario las exigencias de los registros domiciliarios.*⁴⁷¹

Los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria vienen manifestando que la celda es lo más próximo a lo que podríamos hallar como reducto de intimidad dentro de la prisión.⁴⁷²

La STC 89/2006 de 27 de marzo (asunto “Registro en celda”) ha establecido que “afecta al derecho de la intimidad del interno no sólo el registro de la celda, sino también la ausencia de información acerca de ese registro, que hace que su titular desconozca cuáles son los límites de su capacidad de administración de conocimiento.”⁴⁷³

En lo que se refiere a la afectación del derecho a la intimidad como consecuencia de posibilidad de efectuar registros y cacheos “en los personas de los internos, en sus pertenencias y lugares que ocupen, los recuentos, las requisas de las instalaciones del establecimiento, se efectuarán en los casos, con las garantías y periodicidad que se reglamentariamente se determinen y dentro siempre del respeto a la dignidad de la persona” como prescribe el artículo 23 de la LOGP.

⁴⁷¹ Reviriego Picón, F., (2008), op. cit., pág. 78.

⁴⁷² *Ibidem*, pág. 78.

⁴⁷³ Su FJ 2 ,con más detenimiento, ahonda en esta idea de que la celda no puede equiparse al domicilio: “El domicilio constituye un ámbito de privacidad “dentro del espacio limitado que la propia persona elige” (STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5), inmune a la injerencia de otras personas o de la autoridad pública, de modo que el contenido del derecho a la inviolabilidad de domicilio “es fundamentalmente negativo: lo que se garantiza, ante todo, es la facultad del titular de excluir a otros de ese ámbito espacial reservado, de impedir o prohibir la entrada o la permanencia en él de cualquier persona y, específicamente, de la autoridad pública para la práctica de un registro” (STC 189/2004, de 2 de noviembre, FJ 3). De ahí que, aunque sea innegable que la celda de un centro penitenciario sea un ámbito de intimidad para su ocupante, un “espacio apto para desarrollar vida privada” (STC 283/2000, de 27 de noviembre, FJ 2) en la medida en que la misma cabe en una situación tal de reclusión, también lo es que tal recinto no reúne las características de haber sido objeto de elección por su ocupante ni la de configurarse como un espacio específico de exclusión de la actuación del poder público. Bien al contrario, el ingreso en prisión supone la inserción del ciudadano en un ámbito de intenso control público del que resulta la imposibilidad de generar un domicilio en el sentido constitucional del término.”

El propio Reglamento regula de forma mas detallada estas actuaciones bajo la rúbrica “medidas de seguridad interior”⁴⁷⁴ en los artículos 65 a 71. En concreto el artículo 68 dirá que “por motivos de seguridad concretos y específicos, cuando existan razones individuales y contrastadas que hagan pensar que el interno oculta en su cuerpo algún objeto peligroso o sustancia susceptible de causar daño a la salud o integridad física de las personas o de alterar la seguridad o convivencia ordenada del Establecimiento, se podrá realizar cacheo con desnudo integral con autorización del Jefe de Servicios.” Como garantía del recluso añadirá: “El cacheo con desnudo integral se efectuará por funcionarios del mismo sexo que el interno, en lugar cerrado sin la presencia de otros internos y preservando, en todo lo posible, la intimidad”.

De forma concisa el profesor Reviriego Picón⁴⁷⁵ apunta que la adopción de tales medidas de registro personal, y con particular referencia a los supuestos de cacheos con desnudo integral, para no vulnerarse el derecho a la intimidad del interno, únicamente podrán ser aplicadas en supuestos específicos, con adecuada motivación (sin una mera invocación genérica de los intereses públicos) y con criterios de excepcionalidad; además de tener lugar con carácter subsidiario, en el caso que no sea posible recurrir a otros instrumentos menos restrictivos del derecho a la intimidad (como el control por rayos X).

El Alto Tribunal ya se pronunció sobre la aplicación de estas medidas en los centros penitenciarios, en particular, en la STC 57/1994 de 28 de febrero a la que ya me he referido en el epígrafe anterior correspondiente al derecho a la integridad física y moral del recluso, y que luego vino en ratificar en al STC 204/2000.

⁴⁷⁴ Artículo 65 Medidas de seguridad interior

1. Las actuaciones encaminadas a garantizar la seguridad interior de los establecimientos consistirán en la observación de los internos, los recuentos de población reclusa, los registros, los cacheos, las requisas, los controles, los cambios de celda, la asignación adecuada de destinos y las actividades y cautelas propias de las salidas tanto fuera de los módulos como fuera del establecimiento.

2. La intensidad de las medidas señaladas en el apartado anterior se ajustará a la potencial peligrosidad de los internos a que se apliquen, particularmente en los supuestos de internos pertenecientes a grupos terroristas, de delincuencia organizada o de peligrosidad extrema, respetándose, en todo caso, los principios a que se refiere el artículo 71.

Número 1 y 2 del artículo 65 introducido por el número dos del artículo único del R.D. 419/2011, de 25 de marzo, por el que se modifica el Reglamento Penitenciario, aprobado por el R.D. 190/1996, de 9 de febrero B.O.E. 26 marzo)

⁴⁷⁵ Reviriego Picón, F., (2008), op.cit. pág. 83.

Recordemos brevemente que en la citada sentencia 57/1994 (en la que ocupaba el Tribunal un recurso de amparo basado en la negativa a hacer flexiones en un cacheo con desnudo tras celebrarse una comunicación vis a vis) el Tribunal Constitucional mantenía 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 existe la necesaria justificación, y esta limitación se lleva a cabo en circunstancias adecuadas y proporcionadas con su finalidad (...)”

Y añadiendo en concreto sobre las flexiones a que fue obligado el interno por los funcionarios que: *“(...) acrecienta la quiebra de la intimidad corporal que la misma situación de desnudez provoca, al exhibir o exponer el cuerpo en movimiento. Y ha de repararse (...) que por la posición inhabitual e inferior del cuerpo, respecto a quien imparte la orden durante las flexiones, ello entraña una situación susceptible de causar mayor postración o sufrimiento psíquico a quien la sufre (...)”*

Como señala De Diego Arias, en el FJ 4 de la STC 57/1994, de 28 de febrero se enuncia la naturaleza del derecho a la intimidad “ El derecho a la intimidad personal consagrado en el art. 18.1 aparece configurado como un derecho fundamental, estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin duda, de la dignidad de la persona humana que el art. 10.1 reconoce”.

En el mismo fundamento define la intimidad personal que garantiza la Constitución: *“ la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario ,según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de vida humana”*.

Más adelante se aborda la intimidad corporal: *“De la intimidad personal forma parte, según tiene declarado este Tribunal, la intimidad corporal, de principio inmune en las relaciones jurídico-públicas que aquí importan, frente a toda indagación o*

pesquisa que sobre el propio cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona. Con lo que queda así protegido por el ordenamiento el sentimiento de pudor personal, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad (SSTC 37/1989, fundamento jurídico 7.; 120/1990, fundamento jurídico 12, y 137/1990, fundamento jurídico 10).”⁴⁷⁶

En STC 218/2002, abordó un recurso de amparo que se refería la sanción impuesta a un interno que se había negado a realizar flexiones desnudo durante un registro corporal, una vez finalizado una comunicación especial o íntima del interno. A la vista de tales hechos declaró vulnerado el derecho a la intimidad del recluso, por cuanto no existían motivos de seguridad concretos y específicos que llevaran necesariamente a adoptar esta medida, debiéndose *“haberse constatado que tal medida era necesaria para velar por el orden y la seguridad del establecimiento, en atención a la concreta situación de éste o previa comportamiento del recluso”*.

En su artículo sobre la Sentencia 218/2002, Reviriego Picón advierte que la intimidad a que se refiere la misma es la corporal que formaría parte de la persona, e inmune a las indagaciones o pesquisas que pretendieran imponerse contra la voluntad de la persona sobre el propio cuerpo.⁴⁷⁷

En suma, fija Reviriego Picón la doctrina del Tribunal Constitucional sobre las medidas de registro personal, de la siguiente forma: “las medidas de registro personal de los reclusos habilitadas en sede legal 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 basta, 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

⁴⁷⁶ De Diego Arias, J.L., “El derecho a la intimidad de las personas privadas de libertad y el principio celular a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho UNED*, nº 8, 2011, pág. 91.

⁴⁷⁷ Reviriego Picón, F., “Notas a STC 218/2002, de 25 de noviembre: intimidad corporal de los reclusos”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XXXVIII (2005), pág. 279.

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.....”⁴⁷⁸

Ya nos referimos, al tratar el derecho a la integridad física de los internos, a la posición adoptada por el TC relativa al asunto “Control por rayos X” (STC 35/1996, de 11 de enero).

La posibilidad contemplada en la normativa penitenciaria de las comunicaciones *vis a vis* o comunicaciones especiales del recluso también puede afectar en su celebración al derecho a la intimidad. Fueron reguladas e introducidas en nuestro ordenamiento penitenciario por el Decreto 2273/1977, de 29 de julio, no sin polémica.

Sin embargo hemos de advertir que en la jurisprudencia constitucional *el mantenimiento de las relaciones íntimas no forma parte del contenido de ningún derecho fundamental, por ser una manifestación de la libertad a secas*, como se recoge en la STC 89/1987, de 3 de junio (asunto “Comunicaciones íntimas de los reclusos”).⁴⁷⁹ Debe recordarse que fue además la primera sentencia que se dictó por el Alto Tribunal sobre el derecho a la intimidad de las personas privadas de libertad, y traía causa de la posible vulneración del derecho a la intimidad de aquellos internos clasificados en primer grado y a los que habiéndosele aplicado el régimen especial establecido en el artículo 10 de la LOGP, habida cuenta de la restricción de las comunicaciones especiales que venían sufriendo.

En la citada resolución estableció el Tribunal Constitucional afirmó que “ *una de las consecuencias más dolorosas de la pérdida de libertad es la reducción de lo íntimo casi al ámbito de la vida interior, quedando por el contrario expuestas al público e incluso necesitadas de autorización muchas actuaciones que normalmente se consideran privadas e íntimas* ” , pero al mismo tiempo “ *se pueden considerar también ilegítimas, como violación de la intimidad por eso también degradantes,*

⁴⁷⁸Reviriego Picón, F., (2005), op. cit. pág. 279.

⁴⁷⁹ Reviriego Picón, F., (2008), op. cit. pág. 89.

auquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la vida ordenada en prisión requiere”.

Más tarde en la STC 193/2001, de 1 de octubre, se estima el recurso de amparo ineterpuesto por un interno al que se le habría rechazado la petición de una comunicación vis a vis con su compañera sentimental, interna de otro establecimiento penitenciario. En este caso apreciaría el Alto Tribunal vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley.

El Reglamento en su artículo 45.4 dispone por su parte lo siguiente: *“Prevía solicitud del interno, se concederá una comunicación íntima al mes como mínimo, cuya duración no será superior a tres horas ni inferior a una, salvo que razones de orden o de seguridad del establecimiento lo impidan”*.⁴⁸⁰

Llamativa es sin duda la discusión doctrinal acerca de si el derecho a las comunicaciones especiales abarcarían las que se establecieran por los internos con prostitutas, por no darse la nota de la afectividad. Aranda Carbonell⁴⁸¹ se muestra

⁴⁸⁰ El artículo 45 bajo la rúbrica “Comunicaciones íntimas, familiares y de convivencia” establece: *1. Todos los establecimientos penitenciarios dispondrán de locales especialmente adecuados para las visitas familiares o de allegados de aquellos internos que no disfruten de permisos ordinarios de salida.*

2. Los Consejos de Dirección establecerán los horarios de celebración de estas visitas.

3. Los familiares o allegados que acudan a visitar a los internos en las comunicaciones previstas en este artículo no podrán ser portadores de bolsos o paquetes, ni llevar consigo a menores cuando se trate de comunicaciones íntimas.

4. Prevía solicitud del interno, se concederá una comunicación íntima al mes como mínimo, cuya duración no será superior a tres horas ni inferior a una, salvo que razones de orden o de seguridad del establecimiento lo impidan.

5. Prevía solicitud del interesado, se concederá, una vez al mes como mínimo, una comunicación con sus familiares y allegados, que se celebrará en locales adecuados y cuya duración no será superior a tres horas ni inferior a una.

6. Se concederán, previa solicitud del interesado, visitas de convivencia a los internos con su cónyuge o persona ligada por semejante relación de afectividad e hijos que no superen los diez años de edad. Estas comunicaciones, que serán compatibles con las previstas en el artículo 42 y en los apartados 4 y 5 de este artículo, se celebrarán en locales o recintos adecuados y su duración máxima será de seis horas.

7. En las comunicaciones previstas en los apartados anteriores se respetará al máximo la intimidad de los comunicantes. Los cacheos con desnudo integral de los visitantes únicamente podrán llevarse a cabo por las razones y en la forma establecidas en el artículo 68 debidamente motivadas. En caso de que el visitante se niegue a realizar el cacheo, la comunicación no se llevará a cabo, sin perjuicio de las medidas que pudieran adoptarse por si los hechos pudieran ser constitutivos de delito.”

⁴⁸¹ Aranda Carbonell, M.C., Reeducación y reinserción social. Tratamiento penitenciario. Análisis teórico y aproximación práctica. 2005.

partidario de su inadmisión, aunque a juicio de Mapelli no debe existir inconveniente en su autorización.⁴⁸²

Siguiendo dentro del derecho a la intimidad de los internos, traemos a colación ahora la STC 201/1997, de 25 de noviembre (*asunto “Uso del Euskera en comunicaciones telefónicas*) donde se otorgó amparo al interno recurrente, al que se le había negado la posibilidad de efectuar una comunicación telefónica con sus familiares en euskera. En concreto dirá el Tribunal Constitucional en la citada sentencia que “las restricciones impuestas por razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento no son aplicables a las comunicaciones telefónicas de un interno con su familia, en su propia lengua, nacional o extranjera, salvo que se razone, al conceder la autorización condicionada, que el uso de la lengua desconocida por los funcionarios del establecimiento puede atentar a algún interés constitucionalmente protegido”.

Una aportación fundamental a la configuración del derecho a la intimidad se ha desarrollado por De Diego Arias, al distinguir cuatro clases de intimidad en el ámbito penitenciario: intimidad limitada ; intimidad *afectada* (cacheos y registros); intimidad *reconocida* (espacios y ámbitos de intimidad, comunicaciones genéricas, comunicaciones vis a vis, celda e intimidad familiar) y por último una intimidad *negada*.⁴⁸³

Partiendo de la necesidad del abandono de las relaciones de sujeción especial, por cuanto afectan más allá al derecho a la intimidad de los internos de lo que permite el fallo condenatorio, a juicio del citado autor, el ámbito íntimo del interno está formado por “*espacios y tiempos concretos*” y además por el poder de control de acceso físico a la propia persona y a la información acerca de sí mismo. Entre los *espacios* se encuentran los individuales y los que hacen posible la relación íntima con otras personas. Asimismo, los espacios individuales son la celda o el dormitorio individual y el espacio para guardar las pertenencias personales. A su vez los “*espacios relacionales*” se dividen en permanentes y no permanentes. Entre

⁴⁸² Mapelli Caffarena, B., (1983), op. cit. pág. 209.

⁴⁸³ De Diego Arias, J.L., “Derecho a la intimidad de las personas reclusas”, Premio Nacional Victoria Kent, año 2015, Primer Accésit, pág 173 y ss..

los primero se hallan las unidades de madres y los departamentos mixtos (compartimentos de pareja). Por su parte el *tiempo íntimo* es aquel que dispone el horario penitenciario, para actividades personales del interno, comunicaciones y convivencia.⁴⁸⁴

Finalizaremos este apartado con unas palabras sumamente reveladoras de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la intimidad contenidas en el trabajo de De Diego Arias : *“La jurisprudencia constitucional no da un concepto de intimidad penitenciaria, tan sólo hace una aproximación conceptual cuando señala la reducción como la característica principal de la intimidad en la prisión y define la intimidad equiparándola a la vida interior, la cual, en cuanto no expresada o revelada, no puede tener relevancia jurídica. Lo que significa negar el derecho de intimidad a las personas presas.”*⁴⁸⁵

8.4 Derecho al secreto de las comunicaciones y derecho a las comunicaciones.-

La regla nº 37 de la Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos, Resolución 1984/1947 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, 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 nº 39 señala que se *“velará particularmente por el mantenimiento y de las relaciones entre el recluso y su familia, cuando estas sean convenientes para ambas partes”*.

A su vez, la Recomendación del Comité de Ministros a los Estados miembros del Consejo de Europa, sobre normas penitenciarias europeas, en su punto 43.1 establece 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*

⁴⁸⁴ *Ibíd*em, pág. 268 y ss.

⁴⁸⁵ Así se recoge en las “Conclusiones” del citado trabajo, en su pág. 291. (De Diego Arias, J.L.)

personas o representantes de organismos externos; deberán asimismo poder recibir a intervalos regulares visitas de dichas personas”.

La LOGP establece la regulación de este derecho de los reclusos en su artículo 51: 1. *“Los internos estarán autorizados para comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de Organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial.*

Estas comunicaciones se celebrarán de manera que se respete al máximo la intimidad y no tendrán más restricciones, en cuanto a las personas y al modo, que las impuestas por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento.

2. Las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los Procuradores que los representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo.

3. En los mismos departamentos podrán ser autorizados los internos a comunicar con profesionales acreditados en lo relacionado con su actividad, con los Asistentes Sociales y con Sacerdotes o Ministros de su religión, cuya presencia haya sido reclamada previamente. Estas comunicaciones podrán ser intervenidas en la forma que se establezca reglamentariamente.

4. Las comunicaciones previstas en este artículo podrán efectuarse telefónicamente en los casos y con las garantías que se determinen en el Reglamento.

5. Las comunicaciones orales y escritas previstas en este artículo podrán ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el Director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente.”

El régimen jurídico de las comunicaciones y visitas de los internos es susceptible de escisión para su estudio en dos partes diferenciadas: la primera referida al régimen

general de familiares, amigos y allegados, y la segunda, a las comunicaciones con abogados, procuradores y otras autoridades o profesionales.

La Exposición de Motivos del vigente Reglamento Penitenciario, en su punto II, apartado c), recoge entre sus novedades la “Apertura de las prisiones a la sociedad para potenciar la acción de la Administración con los recursos existentes en la sociedad y para fortalecer los vínculos entre delincuentes y sus familias y la comunidad, en línea con las conclusiones de la reunión de Tokio de 1990”.

Por su parte el Reglamento Penitenciario regula en sus artículos 41 a 49 las “*comunicaciones y visitas*”, dedicando respectivamente los mismos a las reglas generales, comunicaciones orales, restricciones e intervenciones, suspensión de comunicaciones orales, comunicaciones íntimas, familiares y de convivencia comunicaciones escritas, comunicaciones con Abogados y comunicaciones con autoridades o profesionales.

En su artículo 41.1 viene a completar la regulación legal regulación al establecer las reglas generales de las comunicaciones: “*Los internos tienen derecho a comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial.*”

2.- *Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 51 de la LOGP, estas comunicaciones se celebrarán de manera que se respete al máximo la intimidad y no tendrán más restricciones, en cuanto a las personas y al modo, que las impuestas por razones de seguridad, de interés del tratamiento y buen orden del establecimiento.*”

Entrando ya la posición de nuestro Alto Tribunal sobre las comunicaciones de los internos, comenzaremos por la Sentencia 89/87 de 3 de junio, en la que considera aquél, que “*el mantenimiento de relaciones íntimas no forman parte del contenido de ningún derecho fundamental, por ser precisamente, una manifestación de la libertad a secas*” y 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". Y en sentencia de 119/96, de 8 julio, manifiesta que la privación de visitas íntimas no constituye trato inhumano ni degradante.

Asimismo nuestro Alto Tribunal se pronunció sobre las *comunicaciones entre el interno y su Abogado defensor*, reguladas en el artículo 48 el Reglamento penitenciario⁴⁸⁶, en las SSTC 183/1994, de 20 de junio (*asunto Intervención de las comunicaciones a preso integrado en banda armada*) y 197/1994, de 4 de julio, (*asunto Intervención de las comunicaciones a preso integrado en banda armada II*) para precisar que en ningún caso la Administración penitenciaria puede interferir las comunicaciones entre el interno y su Abogado defensor, pudiendo solamente producirse tal suspensión o intervención por orden judicial, de manera motivada y

⁴⁸⁶ 1. Las comunicaciones de los internos con sus Abogados defensores y con los Procuradores que los representen se celebrarán de acuerdo con las siguientes reglas:

1.ª Se identificará al comunicante mediante la presentación del documento oficial que le acredite como Abogado o Procurador en ejercicio.

2.ª El comunicante habrá de presentar además un volante de su respectivo Colegio, en el que conste expresamente su condición de defensor o de representante del interno en las causas que se siguieran contra el mismo o como consecuencia de las cuales estuviera cumpliendo condena. En los supuestos de terrorismo o de internos pertenecientes a bandas o grupos armados, el volante deberá ser expedido por la autoridad judicial que conozca de las correspondientes causas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

3.ª Estas comunicaciones se registrarán por orden cronológico en el libro correspondiente, consignándose el nombre y apellidos de los comunicantes del interno, el número de la causa y el tiempo de duración de la visita y se celebrarán en locutorios especiales, en los que quede asegurado que el control del funcionario encargado del servicio sea solamente visual.

2. En las mismas condiciones señaladas en el apartado anterior, se autorizará la comunicación de los Abogados y Procuradores cuando, antes de personarse en la causa como defensores o representantes, hayan sido llamados expresamente por los internos a través de la Dirección del establecimiento o por los familiares de aquéllos, debiendo acreditarse dicho extremo mediante la presentación del volante del Colegio en el que conste tal circunstancia.

3. Las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales, así como con los Procuradores que los representen, no podrán ser suspendidas o intervenidas, en ningún caso, por decisión administrativa. La suspensión o la intervención de estas comunicaciones sólo podrá realizarse previa orden expresa de la autoridad judicial.

4. Las comunicaciones con otros Letrados que no sean los mencionados en los apartados anteriores, cuya visita haya sido requerida por el interno, se celebrarán en los mismos locutorios especiales y se ajustarán a las normas generales del artículo 41. En el caso de que dichos letrados presenten autorización de la autoridad judicial correspondiente si el interno fuera un preventivo o del Juez de Vigilancia si se tratase de un penado, la comunicación se concederá en las condiciones prescritas en los anteriores apartados de este artículo".

proporcionada. Por cierto que las condiciones habilitantes de la intervención (autorización judicial y supuestos de terrorismo) son acumulativas y no alternativas.

Por eso el Reglamento penitenciario del año 1996 en su artículo 48.3 vino a establecer, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre las comunicaciones entre el interno y su Abogado defensor: *“Las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales, así como con los Procuradores que los representen, no podrán ser suspendidas o intervenidas, en ningún caso, por decisión administrativa. La suspensión o la intervención de estas comunicaciones sólo podrá realizarse previa orden expresa de la autoridad judicial.”*

Asimismo el Reglamento precisa como se efectúan las comunicaciones con autoridades y profesionales, en su artículo 49, al disponer :*“ La comunicación de las autoridades judiciales o de los miembros del Ministerio Fiscal con los internos se verificará a la hora que aquéllos estimen pertinente y en locales adecuados. Para la notificación de las resoluciones judiciales se autorizará la comunicación con cualesquiera funcionarios de la Administración de Justicia, que deberán acreditar su condición de tales y que son enviados por la autoridad judicial de la que dependen.”.*

A mayor abundamiento en su párrafo segundo del citado precepto reglamentario se ordena: *“Las comunicaciones orales y escritas de los internos con el Defensor del Pueblo o sus Adjuntos o delegados o con instituciones análogas de las Comunidades Autónomas, Autoridades judiciales y miembros del Ministerio Fiscal no podrán ser suspendidas, ni ser objeto de intervención o restricción administrativa de ningún tipo“*, lo que es perfectamente plausible, dada la finalidad de la institución del Defensor del Pueblo de velar por los derechos fundamentales de los ciudadanos, incluidos los internos de los centros penitenciarios, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración (incluida la penitenciaria), como dispone el artículo 54 de nuestra Constitución.

La LO 3/1981, de 6 de abril, reguladora de la figura de la Institución del Defensor del Pueblo, establece en su artículo 10: *“Podrá dirigirse al Defensor del Pueblo toda*

persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, sin restricción alguna. *No podrán constituir impedimento* para ello la nacionalidad, residencia, sexo, minoría de edad, la incapacidad legal del sujeto, *el internamiento en un centro penitenciario o de reclusión.....*”

Por su parte el artículo 17 de la citada LO dispone que : “La correspondencia dirigida al Defensor del Pueblo y que sea remitida desde cualquier centro de detención, internamiento o custodia de las personas no podrá ser objeto de censura de ningún tipo. Tampoco podrán ser objeto de escucha o interferencia las conversaciones que se produzcan entre el Defensor del Pueblo o sus delegados y cualquier otra persona de las enumeradas en el apartado anterior. ·

En lo que respecta a las *comunicaciones entre reclusos* se ha ocupado de las mismas, nuestro Alto Tribunal en la STC 169/2003, 29 de septiembre (*Asunto Delicado Martínez, sobre sanción de privación de permiso de salida*).

El Alto Tribunal en la STC 169/2003, va a estimar el recurso declarando la vulneración de los derechos al secreto de las comunicaciones (art.18.3 CE), a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2), restableciendo en la integridad de sus derechos. Los hechos se constreñían a al envío de una carta entre internos e interceptada por los funcionarios del establecimiento, alegándose por el Director del centro que, al no estar reguladas tales comunicaciones entre presos en el Reglamento Penitenciario, podían ser objeto de intervención general.⁴⁸⁷ Como consecuencia de ello se inició expediente sancionador

⁴⁸⁷ El artículo 46 RP regula con detalle las comunicaciones escritas:” *La correspondencia de los internos se ajustará a las siguientes normas:*

1.ª No se establecerán limitaciones en cuanto al número de cartas o telegramas que puedan recibir y remitir los internos, salvo cuando hayan de ser intervenidas por las mismas razones que las comunicaciones orales. En este caso, el número de las que puedan escribir semanalmente será el indicado en la norma 1.ª del artículo 42.

2.ª Toda la correspondencia que los internos expidan, salvo en los supuestos de intervención, se depositará en sobre cerrado donde conste siempre el nombre y apellidos del remitente y se registrará en el libro correspondiente.

3.ª Las cartas que expidan los internos cuyo peso o volumen excedan de lo normal y que induzcan a sospecha podrán ser devueltas al remitente por el funcionario encargado del registro para que en su presencia sean introducidas en otro sobre, que será facilitado por la Administración. En la misma forma se procederá cuando existan dudas respecto a la identidad del remitente.

contra el interno que desembocó en la imposición de una sanción disciplinaria de un mes de privación de permiso de salida.

En la Sentencia 169/2003, vino el Tribunal Constitucional a recoger su doctrina ya establecida en las STC 175/2000, y 192/2002, que permitía la diferenciación entre intervención de las comunicaciones en general (ex artículo 51.1 LOGP) y la intervención de las comunicaciones en especial (ex artículo 51. apartados segundo y tercero).

Sobre la argumentación del Alto Tribunal con respecto a tal intervención de las comunicaciones entre presos de un mismo centro penitenciario, señalará Pulido Quecedo que a juicio de aquél: *se “considera que tal tipo de restricciones establece una suerte de suspensión individual del derecho al secreto de las comunicaciones al margen del artículo 55.2 CE.”*; concluyendo el citado autor que si *“Bien está que el Legislador tenga que contemplar en la Ley General Penitenciaria este tipo de comunicación entre internos, cuya exigencia –dada la opción del Legislador de la Ley General Penitenciaria de 1979 (en su momento muy criticada por nuestra mejor doctrina), por el carácter expansivo del carácter de Ley orgánica, haya que*

4.ª La correspondencia que reciban los internos, después de ser registrada en el libro correspondiente, será entregada a los destinatarios por el funcionario encargado de este servicio o por el de la dependencia donde se encuentre el interno, previa apertura por el funcionario en presencia del destinatario a fin de comprobar que no contiene objetos prohibidos.

5.ª En los casos en que, por razones de seguridad, del buen orden del establecimiento o del interés del tratamiento, el Director acuerde la Intervención de las comunicaciones escritas, esta decisión se comunicará a los internos afectados y también a la autoridad judicial de que dependa si se trata de detenidos o presos, o al Juez de Vigilancia si se trata de penados. Cuando el idioma utilizado no pueda ser traducido en el establecimiento, se remitirá el escrito al centro directivo para su traducción y curso posterior.

6.ª Las comunicaciones escritas entre los internos y su Abogado defensor o Procurador sólo podrán ser intervenidas por orden de la autoridad judicial. No obstante, cuando los internos tengan intervenidas las comunicaciones ordinarias y se dirijan por escrito a alguna persona manifestando que es su Abogado defensor o Procurador, dicha correspondencia se podrá intervenir, salvo cuando haya constancia expresa en el expediente del interno de que dicha persona es su Abogado o Procurador, así como de la dirección del mismo.

7.ª La correspondencia entre los internos de distintos centros penitenciarios podrá ser intervenida mediante resolución motivada del Director y se cursará a través de la Dirección del establecimiento de origen. Efectuada dicha intervención se notificará al interno y se pondrá en conocimiento del Juez de Vigilancia. Estas intervenciones se limitarán exclusivamente a la correspondencia entre internos sin que afecte al resto de las comunicaciones escritas.

observar, pero de ahí a las afirmaciones sobre la suspensión de garantías ex art. 55.2 CE, me parece un exceso en la doctrina y en el lenguaje.”⁴⁸⁸

Con anterioridad a la STC 169/2003, ya se ocupó el Tribunal Constitucional el derecho a “*las comunicaciones entre reclusos de distintos centros penitenciarios*” en la STC 188/1999, de 25 de octubre. Se trataba de un supuesto de intervención de la correspondencia entre internos de distintos establecimientos penitenciarios, adaptada sin resolución que la motivara, ni notificación al interno afectado ni comunicación al Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Como explica el profesor Reviriego, dado que la Ley penitenciaria no daba acogida expresa en su artículo 51 a las comunicaciones entre presos, las *comunicaciones escritas entre presos de distintos centros* sí fueron reguladas de forma muy restrictiva, y dudosa desde el punto de vista constitucional al disponerse en el Reglamento Penitenciario de 1981 que “en todo caso, la correspondencia entre los internos de distintos centros se cursará a través de la Dirección y será *intervenida*”.⁴⁸⁹

8.5 Derecho a la información.-

En el artículo 20.1.d) CE se reconoce el derecho de todos los ciudadanos a recibir información veraz por cualquier medio de difusión. Nuestro Tribunal Constitucional ha establecido en su sentencia 168/1986, de 22 de diciembre, respecto del mismo, que es un instrumento esencial de conocimiento de los asuntos que cobran importancia en la vida colectiva, y que por lo mismo, condiciona la participación de todos en el buen funcionamiento del sistema de relaciones democráticas auspiciado por la Constitución, así como el ejercicio efectivo de otros derechos y libertades.⁴⁹⁰

⁴⁸⁸ Pulido Quecedo, M., “Sobre el secreto de las comunicaciones entre internos en establecimientos penitenciarios”, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional nº 15/2003, pág. 3.

⁴⁸⁹ Reviriego Picón, F., “El secreto de las comunicaciones en los centros penitenciarios: comunicaciones escritas entre reclusos”, *Revista de la Facultad de Derecho*, nº 26, 2005, pág. 578.

⁴⁹⁰ El artículo 20 CE dispone: “2. *El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.*

4. *Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especial Sin mente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia*”.

Se trata pues de un derecho de libertad que no consiente ser convertido en derecho de prestación, como tiene declarado nuestro Alto Tribunal.⁴⁹¹

En el ámbito carcelario el ejercicio de dicho derecho está sujeto a determinadas limitaciones. En ese sentido la propia LOGP, en su artículo 58 reconoce el citado derecho constitucional a la información, al establecer el “*derecho de los internos a disponer de libros, revistas de libre circulación en el exterior, con las limitaciones que aconsejen las exigencias del tratamiento individualizado, previa resolución motivada del equipo de observación y tratamiento del establecimiento. Asimismo estrán informados a través de audiciones radiofónicas, televisivas y otras análogas*”.

Sin embargo la ley penitenciaria deja concretar las limitaciones, al citado derecho, al Reglamento Penitenciario, que en su artículo 127, que prevé con carácter obligatorio la existencia de una Biblioteca y un sala de lectura en cada centro y en el artículo 128.1, que complementa el derecho contenido en el artículo 58 de la Ley penitenciaria, regulando la disposición de libros y periódicos por los internos, de libre circulación en el exterior con las limitaciones que aconseje el tratamiento individualizado, previa resolución motivada de la Junta de Tratamiento. Asimismo se prohíbe la tenencia de publicaciones que carezcan de depósito legal o imprenta (con excepción de las editadas en el propio centro), así como las que atenten contra la seguridad y el buen orden del establecimiento. En este último caso, cuando se produzca la retirada alguna publicación no autorizada se notificará al interno y se comunicará al Juez de Vigilancia Penitenciaria.

La cuestión ha sido objeto de análisis por nuestro Tribunal Constitucional en dos sentencias, la 2/2006 de 16 de enero (*asunto Informe sobre la Tortura*) y la 11/2006 de 16 de enero (*asunto “Kale Gorria”*). Como señala Reviriego Picón en ambas tienen por objeto la retención de un libro y una revista respectivamente, pertenecientes en ambos casos a banda terrorista, en el primer caso obedece a razones de seguridad en el segundo a elementos de reeducación y reinserción social. A mayor abundamiento, en la primera se produce la retención de una publicación

⁴⁹¹ Reviriego Picón, F., (2008), pág 121.

(Informe sobre la tortura en el estado español) por atentar contra la seguridad y el buen orden del establecimiento, al figurar en él nombres de funcionarios de Instituciones Penitenciarias y de otros Cuerpos del Estado; aunque en este caso no llegó a conocer el Alto Tribunal de esta alegación al estimar el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. En el segundo caso, se produce la retención a un interno de varios ejemplares, remitidos por familiares, de la Revista “Kale Gorria” (que cuenta con depósito legal), por estimar el centro que debe impedírsele al interno el acceso a tales comunicaciones que podrían provocar supongan un enaltecimiento o justificación de las actividades delictivas por la que fue condenado, o al menos, dificultar su distanciamiento de las mismas (puesto que había sido condenado por terrorismo).⁴⁹²

Expresamente en la STC 11/2006 el Tribunal Constitucional no otorgará amparo al recurrente que alegó que estábamos en presencia del secuestro de una publicación, por cuanto *“la retención de una revista por parte del Centro penitenciario en que está interno su destinatario es una medida individual, que no puede equipararse al secuestro de una publicación, que necesariamente tiene alcance general, por definición, a lo que cabe añadir que los titulares del derecho que garantiza el artículo 20.5 no lo son los destinatarios de la obra o publicación secuestrada, sino sus autores o distribuidores ”*.

Pulido Quecedo, en esta ocasión más benévolo con la doctrina constitucional, dirá que la medida adoptada por el Centro penitenciario, consistente en la retención de la publicación de la revista “Kale Gorria” no vulnera derecho fundamental alguno de los internos afectados (por cuanto respeta la regla de la proporcionalidad de la injerencia, a la luz de la doctrina fijada por el Alto Tribunal en las SSTC 55/1996 y 161/1997) y en segundo término concluye que la STC 11/2006, de 16 de enero, *“marca en relación con la política penitenciaria un alto grado de plausibilidad y que introduce equilibrio y mesura en la construcción y resolución jurisdiccional de este tipo de supuestos. Más aún, es una Sentencia fundada sobre el Derecho Constitucional, caracterizando por la ponderación de bienes constitucionales en litigio y con pretensión de validez para otros supuestos, y no sobre el Derecho penitenciario*

⁴⁹² Reviriego Picón, F., (2008), op. cit. pág 123.

protector sólo de los derechos del interno, lo cual resulta reconfortante tratándose de un Tribunal Constitucional”.⁴⁹³

8.6 Derecho a la tutela judicial efectiva. -

El derecho contenido en el artículo 24, y al que hacemos referencia en este apartado, ha sido caracterizado por Díez Picazo como el “derecho estrella en el firmamento constitucional español”.⁴⁹⁴

Por tanto el derecho a obtención de la tutela judicial efectiva en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos, es igualmente predicable de los internos de un centro penitenciario, tanto en su concepción de acceso a la jurisdicción como en sus vertientes de acceso a los recursos, al derecho a un proceso debido con todas las garantías, derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, a la intangibilidad o inalterabilidad de las resoluciones judiciales firmes, derecho a ser informado de la acusación y derecho de defensa, así como a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, y la motivación de las resoluciones sancionadoras. A continuación, abordaremos el derecho a la tutela judicial efectiva tal y como se recoge en la jurisprudencia constitucional en sus diferentes vertientes, pero referidas todas a los derechos fundamentales de los internos.

A este respecto conviene señalar que tempranamente nuestro Tribunal Constitucional, en su Sentencia 18/1981, de 8 junio, ya determinó aplicable, con ciertos matices, los principios inspiradores del ordenamiento penal al derecho administrativo sancionador, y, por tanto, al ejercicio de la potestad disciplinaria por la Administración penitenciaria sobre los internos; al tratarse de manifestaciones el “ius puniendi” estatal. Más recientemente ratifica su doctrina en la STC 316/2006, de 15 de noviembre (*asunto Privación de permisos*).⁴⁹⁵

⁴⁹³ Pulido Quecedo, M., “La libertad de recibir información en los centros penitenciarios (El caso de la retención de la Revista “*Kale Gorria*”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 1/2006, pág 3.

⁴⁹⁴ Díez Picazo, L.M., (2003), op. cit. pág 407.

⁴⁹⁵ Reviriego Picón, F., (2008), op.cit. pág. 125.

A efectos de complementar la afirmación anterior, el Tribunal Constitucional añade que *“tratándose de sanciones disciplinarias impuestas a internos, este conjunto de garantías se aplican con especial vigor, al considerar que la sanción supone una grave restricción de la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de una pena”*.⁴⁹⁶

Prontamente se pronunció el Tribunal Constitucional sobre una posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en concreto en la STC 29/1981, de 24 de julio (*asunto Presentación de escritos en centro Penitenciario*), en la que declaró que debe entenderse presentado, a los efectos legales oportunos, el recurso dirigido al Registro General del Tribunal Supremo, (habida cuenta de la “fuerza ajena que se le impone de manera irresistible” al no poder efectuar la presentación personal ante aquel) en el momento de su entrega en el centro al Director del mismo, quien debe hacerse cargo del mismo y remitirlo a que órgano jurisdiccional. A partir de esta resolución se ha venido usando el derecho a la tutela judicial efectiva como como un comodín por los internos en los recursos de amparo de los internos, lo que provocado la transformación del citado recurso en *“una suerte de supe casación frente a cualquier tipo de resolución judicial”*.⁴⁹⁷

Del mismo modo se ha ocupado el tribunal Constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva, pero en su *vertiente de acceso a los tribunales* (artículo 24.1CE). Tanto en la STC 65/2002, de 11 de marzo, como en la 114/2004 de 12 de julio, se consideró vulnerado el citado derecho fundamental del interno: en la primera por no incluir el correspondiente pie de recurso al notificar al interno la resolución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria denegatoria de un permiso de salida al interno recurrente en amparo, en la segunda simplemente se privó al interno de la posibilidad de interponer recurso de queja contra la denegación, asimismo de una petición de permiso de salida. Asimismo se amparó al recurrente por conculcación del derecho reconocido en ella artículo 24.1, en su vertiente de acceso a los tribunales en las SSTC 7/2006, de 16 de enero y 62/2006, de 27 de febrero, especialmente en esta última en la

⁴⁹⁶ Entre otras SSTC 74/1985, 2/1987, 297/1993, 97/1995, y 230/20129.

⁴⁹⁷ Reviriego Picón, F. (2008), op. cit. pág 127.

que se vuelve a inadmitir el recurso de queja a un interno, causa de la denegación de un permiso de salida.⁴⁹⁸

En se refiere a la tutela judicial efectiva en su *vertiente del derecho a la defensa* queda garantizada con la posibilidad del asesoramiento contemplada en el Reglamento Penitenciario, ya sea a través de abogado, funcionario del establecimiento penitenciario, o por persona oportunamente designada por el interno. (Por todas la STC 91/2004, de 19 de mayo)⁴⁹⁹.

La intervención de Letrado en los expedientes disciplinarios fue abordado por las SSTC de 18 de junio de 1985 y de 21 de enero de 1987, en las que se afirmaba que en el procedimiento disciplinario no existe dualidad de partes, que actúen con igualdad de armas frente a un órgano imparcial, por el contrario es normal y aun necesario que cuando la Administración actúa en el ejercicio de la potestad disciplinaria, sean órganos administrativos los que la ejerzan, respecto de los cuales no es exigible esa neutralidad o imparcialidad. Por tanto de forma general no es necesaria la presencia de Letrado en la comparecencia el interno ante la Junta de Régimen o Administración (hoy Comisión Disciplinaria), ni es exigible la designación de letrado de oficio.⁵⁰⁰

El vigente Reglamento penitenciario, en su regulación del procedimiento sancionador instruido contra un interno por la supuesta comisión de una infracción disciplinaria, dispone en el artículo 242. apartado 2 :*“El Instructor del expediente disciplinario, a la vista de los indicios que se desprendan de los escritos mencionados en el artículo anterior, formulará pliego de cargos dirigido al interno cuya conducta sea presuntamente constitutiva de falta disciplinaria, en el cual se hará constar lo siguiente: (.....) i) Indicación de que el interno puede asesorarse por letrado, funcionario o por cualquier persona que designe durante la tramitación del expediente y para la redacción del pliego de descargos.”*⁵⁰¹

⁴⁹⁸ Ibidem, pág 128.

⁴⁹⁹ Ibidem, pág 136.

⁵⁰⁰ Aya Onsalo, A.,(1989), op. cit. pág 26.

⁵⁰¹ En la STC 104/2003, de 2 de junio, FJ 5, el Tribunal Constitucional sistematiza su posición sobre la asistencia letrada y el derecho de defensa de los internos en el procedimiento disciplinario: *“El análisis de la queja ha de empezar por recordar sintéticamente nuestra doctrina*

Nuestro “*Tribunal de Garantías Constitucionales*” ha afirmado de forma categórica que el penado tenga derecho a la asistencia obligatoria de letrado en el procedimiento disciplinario regulado en el Reglamento penitenciario, ni al beneficio de justicia gratuita, así lo estableció en su STC 116/2002 de 20 de mayo: “*Aunque el derecho a asesorarse durante la tramitación de un expediente constituya una de las garantías posibles, no implica la obligatoriedad de ser asesorado por letrado, ni tampoco el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita*”.

En sendas sentencias (STC 27/2001 de 29 de enero y la 55/2006 de 27 de febrero) de suerte dispar para el recurrente, se abordó la cuestión del asesoramiento de un interno, miembro de una organización terrorista, durante un procedimiento sancionador por otros miembros de la organización, también internos en el centro. En la primera de ellas se otorga el amparo, bajo condición de solicitarse por escrito y en castellano; y en la segunda se deniega por razones seguridad y buen orden el establecimiento.⁵⁰²

jurisprudencial acerca del derecho a la asistencia letrada en los procedimientos disciplinarios penitenciarios (SSTC 74/1987, de 18 de junio; 2/1987, de 21 de enero; 190/1987, de 1 de diciembre; 161/1993, de 17 de mayo; 229/1993, de 12 de julio; 143/1995, de 3 de octubre; 181/1999, de 11 de octubre; 27/2001, de 29 de enero; 104/2002, de 6 de mayo, y 236/2002, de 9 de diciembre), que puede resumirse en los siguientes pronunciamientos:

a) Pese a que el derecho "a la asistencia de Letrado" debe referirse primordialmente a los procesos judiciales, y específicamente al proceso penal, la Administración penitenciaria ha de permitir a los internos contar con asistencia jurídica en los procedimientos disciplinarios en forma y grado tal que pueda ser estimada proporcionada a la naturaleza de la falta imputada, a la sanción imponible y al procedimiento que se siga para decidir sobre su imposición (STC 74/1985).

b) No se trata de un derecho pleno a la asistencia de Letrado que se extienda a su comparecencia personal junto al interno ante los órganos disciplinarios, ni incluye la asistencia jurídica gratuita en caso de necesidad si se carece de medios económicos suficientes para ello, pues tal derecho sólo existe claramente en los procesos judiciales y únicamente cuando los intereses de la justicia así lo requieran (SSTC 2/1987 y 190/1987). De esta manera, puesto que lo que la Constitución garantiza en este ámbito es la posibilidad de contar con un asesoramiento jurídico suficiente, es su obstaculización o impedimento injustificado por parte de la Administración lo que constituye la lesión del derecho de defensa.

c) Cumple suficientemente con la garantía constitucional del derecho de defensa la posibilidad de asesoramiento prevista en el art. 242.2, letra i), del Reglamento penitenciario vigente (STC 236/2002), que puede ser realizada, no solamente a través de un Abogado, sino también a través de un funcionario del centro penitenciario o por cualquier otra persona que el interno designe, siempre que en este último caso la solicitud de asesoramiento, en cuanto suponga la comunicación con una tercera persona, sea compatible con las exigencias de seguridad, tratamiento y buen orden del establecimiento que legítimamente deben adoptar los responsables del centro penitenciario (STC 27/2001).

⁵⁰² Reviriego Picón, F., (2008), op. cit. pág 134.

A mayor abundamiento el Tribunal Constitucional, en su sentencia 35/1997 de 25 de febrero, expresa “*la atención especial que ha de dedicarse al derecho de defensa en general y muy especial de quienes por estar internos en un centro penitenciario, se encuentran en una situación especialmente gravosa*”; por lo que como exige en la STC 76/1999 de 26 de abril, “*no solo ha de permitirse al interno acceder al material probatorio que se usa en su contra sino que practicadas nuevas pruebas por el Juez ha de possibilitársele que se pronuncie expresamente sobre su eventual virtualidad probatoria, y dársele traslado del resultado de la actividad probatoria llevada a cabo para que pueda alegar sobre la misma*”.

En la sentencia 14/2011 de 28 de febrero, no le quedó más remedio al Tribunal Constitucional que entender vulnerado el derecho del recurrente en amparo al acceso a la jurisdicción, en su *vertiente de derecho a utilizar los medios de pruebas pertinentes para su defensa*, y que asiste al recluso tanto en el ámbito de los expedientes disciplinarios como en el de la tramitación de cualesquiera procedimientos ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria. Para ello, se procede por el Alto Tribunal, en primer lugar, a otorgar amparo al recurrente, al reconocer su derecho a utilizar los medios de prueba para su defensa (24.2 CE) y en consecuencia anular el Auto de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Asturias de 2 de mayo de 2007 y los Autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Asturias de 6 de septiembre de 2006 y de 28 de julio de 2006. Por último, ordenó retrotraer las actuaciones al momento procesal en el que el órgano judicial debió pronunciarse sobre la prueba propuesta en el escrito de queja, para que se dictase una resolución respetuosa con el derecho fundamental reconocido. Se produce tal vulneración cuando se rechaza la queja formulada por el recurrente ante el JVP poniendo de manifiesto que a los internos se les cortaba el cabello en el módulo de régimen cerrado a través de unos barrotes, proponiendo declaración testifical a los internos, argumentándose por el citado órgano judicial que a la vista del informe del director del establecimiento donde se negaban los hechos, era innecesaria la práctica de la prueba propuesta. Igualmente, en la resolución del recurso de reforma y en el de apelación se vuelven a vulnerar el derecho del recurrente a utilizar los medios para su defensa, al negarse la práctica de prueba alguna de las propuestas, tanto las testificales como la relativa al visionado del

contenido de las cintas de vídeo de seguridad de las plantas del módulo de régimen cerrado.

A tal efecto el Tribunal Constitucional considera que no estamos ante meras irregularidades procesales sino ante verdaderas lesiones de derechos fundamentales, y en segundo término recalca la especial posición de garante de los derechos fundamentales por los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, de forma expresa en el FJ 4 de la citada sentencia (STC 14/2011, de 28 de febrero): *“Ello determina que en este caso no sólo se esté ante meras irregularidades procesales en materia de prueba, sino en presencia de una vulneración constitucional del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE), al haberse generado con dichas irregularidades una indefensión material al recurrente. En el presente caso, además, en la medida en que la queja tenía como objeto la denuncia de tratos humillantes y degradantes en el interior de un centro penitenciario, la actitud de los órganos judiciales respecto de la averiguación de la eventual realidad de la queja a través de la actividad probatoria pertinente debiera de haberse extremado, máxime porque provenía de un interno que se encontraba en un especial régimen de control penitenciario, como es el régimen cerrado o primer grado, que limita muy severamente sus posibilidades de articular una defensa de sus derechos y que tiene al orden jurisdiccional de vigilancia penitenciario como último recurso para garantizar su indemnidad y el pleno disfrute de sus derechos frente a la institución penitenciaria. A esos efectos, cabe recordar la permanente apelación de este Tribunal a que si bien la salvaguarda del ejercicio de los derechos constitucionales de los reclusos, preventivos o penados, compete primordialmente a las propias instituciones penitenciarias, juegan un especial papel en ese ámbito los órganos jurisdiccionales y, de un modo singular, los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, que tienen un relevante papel en nuestro sistema penitenciario, correspondiéndoles no sólo resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos frente a sanciones disciplinarias, sino, en general, preservar y salvaguardar los derechos fundamentales de los reclusos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse (por todas, STC 215/2007, de 8 de octubre, FJ 2).”*

Antes de la STC 14/2011 tuvo ocasión de pronunciarse el Alto Tribunal en numerosas ocasiones, como relata el profesor Reviriego en su monografía sobre los derechos fundamentales de los reclusos a la luz de la jurisprudencia constitucional. Cita la STC 81/2000 de 27 de marzo⁵⁰³, en la que se otorga el amparo (*por vulneración del artículo 24.2CE, en su vertiente de derecho a utilizar medios de prueba pertinentes*) al recurrente por cuanto había sido sancionado por el Centro penitenciario mediante expediente de esa naturaleza, por una falta de desobediencia a los funcionarios del centro. Tanto en el expediente como ante el propio Juez de Vigilancia Penitenciaria no se le permitió la práctica de prueba testifical de los internos que se encontraban presentes durante los hechos. Asimismo, cita la STC 236/2002, de 9 de diciembre en términos parecidos, en la que se había sancionado a un interno, por la tenencia de una soga, con privación de paseos; rechazándole sin motivación la práctica de prueba solicitada.

En la STC 76/1999, de 26 de abril se volvió a otorgar amparo al recurrente, en este caso se incorporan ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, nuevo material probatorio sin permitirle al interno sancionado destruir su posible virtualidad probatoria, ni mediante la proposición ni práctica de la prueba alguna. Asimismo en la STC 23/2006, de 30 de enero (*asunto analítica y permiso de salida*) que de nuevo otorgó amparo al interno recurrente por habersele impedido la práctica de una prueba sin pronunciamiento relativo a su procedencia o improcedencia.⁵⁰⁴

Es conveniente para la adecuada comprensión del derecho a la tutela judicial en la jurisprudencia constitucional, en su vertiente de utilizar los medios de prueba pertinentes, tener presente que “*entre las garantías aplicables ex artículo 24.2 CE a los procedimientos sancionadores en el ámbito penitenciario se encuentra la prohibición de utilizar y valorar pruebas obtenidas con la vulneración algún derecho fundamental.*”⁵⁰⁵

Precisamente en la STC 169/2003, de 29 de septiembre (*asunto Comunicaciones entre internos de un mismo establecimiento*) ya reconoció el Tribunal Constitucional

⁵⁰³ Reviriego Picón, F., (2008), op. cit. pág 135.

⁵⁰⁴ Ibidem, pág 135.

⁵⁰⁵ STC 230/2012 de 10 de diciembre.

la vulneración del *derecho a un proceso debido con todas las garantías*, al imponerse al recurrente un sanción disciplinaria, al haberse intervenido una carta a aquél vulnerándose el derecho al secreto de las comunicaciones.⁵⁰⁶

Por su parte en la STC 59/2011, de 3 de mayo se otorga amparo al recurrente, reconociendo su derecho a la tutela judicial efectiva y a la *presunción de inocencia*, y anulando el acuerdo sancionador de la Comisión Disciplinaria del centro penitenciario de Segovia de 17 de noviembre de 2009 y los Autos del Juzgado Central de Menores (con funciones de vigilancia penitenciaria) de 26 de enero del 2010 y de 22 de febrero de 2010. La razón de tal vulneración tiene su origen en la incoación por el Director del centro penitenciario de expediente sancionador contra el recurrente por haberse hallado, tras un registro de su celda, escondida dentro de la caja de la antena de televisión una tarjeta de teléfono móvil. La Administración penitenciaria desatendió las alegaciones formuladas por el recluso durante la tramitación del expediente sancionador, que derivó en la imposición de una sanción por la Comisión Disciplinaria. El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria cuanto resuelve el recurso de reforma contra la decisión de la comisión, da una respuesta estereotipada a las alegaciones del recurrente y sin exteriorizar realmente las motivaciones o criterios jurídicos que apoyaron su decisión. Lo que obligó al Tribunal Constitucional señalar que: *“es claro que el órgano judicial, conforme es doctrina constitucional muy reiterada, ha incurrido en una flagrante incongruencia omisiva, vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) (por todas, STC 77/2008, de 7 de julio, FJ 5). Esta incongruencia judicial es tanto más grave en la medida en que, en primer lugar, ha tenido lugar en el control jurisdiccional del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración; en segundo lugar, que esa potestad se estaba ejerciendo en el marco de una relación penitenciaria; en tercer lugar, que ha recaído sobre pretensiones consistentes en que se declararan vulnerados derechos fundamentales; y, por último, que habiendo sido puesta de manifiesta dicha incongruencia de manera expresa en el recurso de reforma la respuesta dada a esa denuncia ha sido, de nuevo, estereotipada, dejando impregunadas las vulneraciones constitucionales aducidas.” (FJ 6º)*. La conclusión a la que llega el Tribunal Constitucional es que se han vulnerado los derechos del recurrente a la tutela judicial efectiva (artículo 24,1 CE) desde la

⁵⁰⁶ Reviriego picón, F., (2008), op. cit. pág 128.

perspectiva el derecho a la motivación de las resoluciones sancionadoras y a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE).

Es llamativa cuando menos la insistencia del *Máximo intérprete de nuestra Carta Magna*, sobre la función de garante que tienen asignada en nuestro sistema penitenciario los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria en relación con los derechos fundamentales de los internos, por lo que reiterará en el FJ 7 de la Sentencia (59/2011) que venimos escudriñando: “(.....) Respecto de esta última vulneración, además, es necesario hacer dos consideraciones. La primera es recordar, como ya se hiciera en la STC 14/2011, de 28 de febrero, FJ 4, la permanente apelación que este Tribunal ha realizado a que si bien la salvaguarda del ejercicio de los derechos constitucionales de los reclusos, preventivos o penados, compete primordialmente a las propias instituciones penitenciarias, máxime en el ámbito de los expedientes disciplinarios, juegan un especial papel en ese ámbito los órganos jurisdiccionales y, de un modo singular, los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, que tienen un relevante papel en nuestro sistema penitenciario, correspondiéndoles no sólo resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos frente a sanciones disciplinarias, sino, en general, preservar y salvaguardar los derechos fundamentales de los reclusos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse”.⁵⁰⁷

La falta de motivación de las resoluciones dictadas en el ámbito penitenciario tanto por la Audiencia Provincial como por los distintos Juzgados de Vigilancia penitenciaria, han sido causa de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, como ocurrió con la estimación el recurso de amparo de la STC 42/2005, de 28 de febrero. Del mismo modo se entendió violentado el derecho fundamental del interno recurrente en la STC 91/2004, de 19 de mayo, por el uso de resoluciones estereotipadas que no permitían conocer realmente las causas de la denegación el derecho del interno.

⁵⁰⁷STC 59/2011, de 3 de mayo, FJ 7 “in fine” :”*En ese sentido, este Tribunal vuelve a incidir en que más allá del carácter especialmente lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva que implica el uso de formularios estereotipados cuando en ellos no se da respuesta a las pretensiones de las partes, esa práctica es especialmente condenable en circunstancias como las imperantes en el ámbito del control jurisdiccional que deben ejercer los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, ya que implica una dejación de funciones en la salvaguarda de los derechos fundamentales de los presos que quiebra el sistema mismo diseñado en la Ley Orgánica general penitenciaria en evitación de los abusos de que pueden ser objeto de ciudadanos que están en una especial situación de dependencia vital, fáctica y jurídica de la Administración penitenciaria.*

En ese mismo sentido se produjeron las SSTC 112/1996, de 24 de junio, 202/2004, de 15 de noviembre, en las que se volvió a reconocer la vulneración del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales denegatorias de permisos de salida de los internos y de suspensión de la ejecución de condena, respectivamente.⁵⁰⁸

En última instancia el derecho a la tutela judicial efectiva, en su *vertiente de intangibilidad o inalterabilidad de resoluciones judiciales firmes*, consecuencia de la garantía procesal de la cosa juzgada material (incluidas las resoluciones de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria) fue reconocida en la STC 174/1980 de 30 de octubre, en materia de redención de penas.⁵⁰⁹

8.7 Derecho al trabajo. -

Consagrado en el artículo 35, pero fuera de la Sección primera⁵¹⁰, del Capítulo segundo, del Título I de nuestra “lex superior”; es asimismo mencionado en el artículo 25.2 “expressis verbis” al concederle al recluso en todo caso la posibilidad de desarrollar un trabajo remunerado y gozar de los beneficios de la Seguridad Social. Es de reseñar su especial vinculación con la finalidad resocializadora que corresponde a las penas privativas de libertad, junto con el derecho a la educación, y al que nos referiremos seguidamente.

Las Reglas penitenciarias europeas del año 2006 ya establecieron en la regla nº 26 que “el trabajo en prisión debe ser considerado como un elemento positivo del Régimen Penitenciario, y que en ningún caso puede ser impuesto como un castigo”

Doctrinalmente, respecto al reconocimiento constitucional del derecho al trabajo de los internos (artículo 25.2 CE) se ha afirmado que “estamos ante unas declaraciones más candorosas que hemos encontrado a lo largo de todo el texto

⁵⁰⁸ Reviriego picón, F., (2008), op. cit. pág. 132

⁵⁰⁹ *Ibidem*, op. cit. pág. 129.

⁵¹⁰ Se inserte el artículo 35 CE en la sección segunda (Capítulo segundo del Título I) que lleva por rúbrica “De los derechos y deberes de los ciudadanos”, y fuera por tanto de ese selecto grupo de artículos a los que se otorga el máximo nivel de protección a que se refiere el artículo 53.2 CE.

constitucional”, “una poco feliz solución técnica, que en todo caso mostraría la preocupación que embargó a los constituyentes por la situación de la población reclusa” .⁵¹¹

En ese orden de cosas Pérez Luño manifiesta que este artículo 25.2 permite que el Estado Social proyecte sobre las cárceles los derechos implícitos en todas las políticas de resocialización y reinserción social de quienes sufren penas privativas de libertad.⁵¹²

La LOGP en su artículo 26 determina: “*El trabajo será considerado como un derecho y como un deber del interno, siendo un elemento fundamental del tratamiento. Sus condiciones serán:*

- a) *No tendrá carácter aflictivo ni será aplicado como medida de corrección.*
- b) *No atentarán a la dignidad del interno.*
- c) *Tendrá carácter formativo, creador o conservador de hábitos laborales, productivo o terapéutico, con el fin de preparar a los internos para las condiciones normales del trabajo libre.*
- d) *Se organizará y planificará, atendiendo a las aptitudes y cualificación profesional, de manera que satisfaga las aspiraciones laborales de los reclusos en cuanto sean compatibles con la organización y seguridad del establecimiento.*
- e) *Será facilitado por la Administración.*
- f) *Gozará de la protección dispensada por la legislación vigente en materia de Seguridad Social.*
- g) *No se supeditará al logro de intereses económicos por la Administración.”*

Como consecuencia del texto constitucional el artículo 27.2 LOGP establecerá que “*Todo trabajo directamente productivo que realicen los internos será remunerado y se desarrollará en las condiciones de seguridad e higiene establecidas en la legislación vigente*”.

⁵¹¹ Alzaga Viillamil, O. “*La Constitución española de 1978 (Comentario sistemático)*”, Ediciones del Foro, Madrid, 1978, pág. 244.

⁵¹² Pérez Luño, A., “Las generaciones de derechos humanos en el ámbito penitenciario, *Derecho penitenciario y Democracia*, Fundación El Monte, Sevilla, 1994, págs. 56-57.

El artículo 29 señala la obligación de trabajar de los penados con una serie de excepciones, así como el carácter voluntario respecto de los preventivos.: “1. Todos los penados tendrán obligación de trabajar conforme a sus aptitudes físicas y mentales.

Quedarán exceptuados de esta obligación, sin perjuicio de poder disfrutar, en su caso, de los beneficios penitenciarios:

a) Los sometidos a tratamiento médico por causa de accidente o enfermedad, hasta que sean dados de alta.

b) Los que padezcan incapacidad permanente para toda clase de trabajos.

c) Los mayores de 65 años

d) Los perceptores de prestaciones por jubilación.

e) Las mujeres embarazadas durante dieciséis semanas ininterrumpidas ampliables por parto múltiple hasta dieciocho semanas. El período de excepción se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto.⁵¹³.

f) Los internos que no puedan trabajar por razón de fuerza mayor.

2. Los sometidos a prisión preventiva podrán trabajar conforme a sus aptitudes e inclinaciones. La Administración del establecimiento les facilitará los medios de ocupación de que disponga, permitiendo al interno procurarse a sus expensas otros, siempre que sean compatibles con las garantías procesales y la seguridad y el buen orden de aquél. Los que voluntariamente realicen cualquiera de los trabajos expresados en el artículo 27 lo harán en las condiciones y con los efectos y beneficios previstos en esta Ley. Todo interno deberá contribuir al buen orden, limpieza e higiene del establecimiento, siendo reglamentariamente determinados los trabajos organizados a dichos fines”.

Mapelli Caffarena se ha mostrado crítico con con la consideración de que el trabajo penitenciario sea considerado como un deber ya que se corresponde con una coerción expresa, que no tiene paralelismo con el deber regulado en el artículo 35.1 CE, por lo que a su juicio sería recomendable una liberalización, en lo penitenciario, de todas las modalidades de trabajo de reclusos que tuviesen naturaleza laboral,

⁵¹³ Letra e) del número 1 del artículo 29 redactada por L.O. 13/1995, 18 diciembre (B.O.E. 19 diciembre).

garantizándose así no solo la identificación plena sino también la igualdad de los trabajadores y los reclusos, que deben sin embargo soportar dos regímenes jurídicos distintos, el propiamente laboral y el penitenciario.⁵¹⁴

Mencionar tan solo que relación laboral especial⁵¹⁵, entre el extinto Organismo Autónomo “Trabajo y Prestaciones Penitenciarias”, ahora Entidad de Derecho Público Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, en virtud del RD 122/2015, de 27 de febrero (BOE nº 51, de 28 de febrero) y los internos de un centro penitenciario, es objeto de regulación específica en el RD 782/2001, de 6 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en los talleres penitenciarios y la protección de la Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad⁵¹⁶. Téngase en cuenta que esta última norma reglamentaria vino a derogar los artículos 134 a 152 del Reglamento penitenciario de 1996.

Los artículos 132 y 133 del RP, vienen a reproducir lo establecido legalmente en la ley penitenciaria en los artículos 26 y 29, respectivamente, con la salvedad que podemos encontrar en el primer precepto citado de naturaleza reglamentaria, en el que se establece que “*el trabajo será un elemento del tratamiento cuando así resulte de la formulación de un programa individualizado*”.

Pero como ha matizado el Tribunal Constitucional se trata de un derecho de aplicación progresiva y que dependerá en gran medida de las disponibilidades de todo orden de la Administración Penitenciaria (STC 172/1989, de 19 de octubre), y que no podrá consistir en trabajos forzados.

⁵¹⁴ Mapelli Caffarena, (1983), op. cit., pág. 169.

⁵¹⁵ Establece el artículo 2.1. del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores: “*Se considerarán relaciones laborales de carácter especial: c) La de los penados en las instituciones penitenciarias*”.

⁵¹⁶ El RD 782/2001, de 6 de julio, ha sido modificado en sus apartados 22 y 23 por el RD 2131/2008, de 26 diciembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad.

Nuestro TC con la ambigüedad a la que nos tiene acostumbrados dirá que el derecho al trabajo de los reclusos no es *un derecho subjetivo perfecto del interno frente a la Administración*, pero tampoco debe considerarse como el contenido del artículo 25.2 como una declaración programática sin eficacia alguna, sino que constituye un deber de la Administración penitenciaria.

Si ha dejado claro nuestro Alto Tribunal que no se puede considerar un trabajo forzoso el deber que recae sobre los internos de limpieza de zonas comunes⁵¹⁷, al establecer en la STC 116/2002, de 20 mayo, que *“hay que rechazar, por lo tanto, que las denominadas prestaciones personales obligatorias, relacionadas con el buen orden de los establecimientos penitenciarios, integren el concepto de trabajo punitivo y menos aún el de trabajo forzado”*.

La posición del Tribunal Constitucional sobre el derecho al trabajo de los internos, ha sido reflejada en la STC 172/1989, de 19 de octubre, y ,en parecidos términos, en la STC 17/1993, de 18 de enero *“conforme a reiterada doctrina de este Tribunal, dos aspectos: la obligación de crear la organización prestacional en la medida necesaria para proporcionar a todos los internos un puesto de trabajo y el derecho de éstos a una actividad laboral retribuida o puesto de trabajo dentro de las posibilidades de la organización penitenciaria existente.”*

“En el primer aspecto, existe, ciertamente un específico deber de la Administración Penitenciaria de crear y proporcionar los puestos de trabajo que permitan sus disponibilidades presupuestarias, y un mandato, incluso, al legislador, conforme al artículo 53.3 de la C.E., de que atienda a la necesidad de pleno empleo de la población reclusa, según las posibilidades socioeconómicas y sin perder de vista, precisamente, la indicada finalidad reeducadora y de reinserción social, que por disposición constitucional, tiene la pena. Y, desde el punto de vista subjetivo de quien está cumpliendo pena de prisión, es un derecho de aplicación progresiva, cuya efectividad se encuentra condicionada a los medios de que disponga la Administración

⁵¹⁷ El artículo 5.2.f) establece entre los deberes del interno:” *Realizar las prestaciones personales obligatorias impuestas por la Administración penitenciaria para el buen orden del establecimiento”*.

en cada momento, no pudiendo pretenderse, conforme a su naturaleza, su total exigencia de forma inmediata (SSTC 82/1986 Y 2/1987).

*“En el segundo aspecto, como derecho a la actividad laboral dentro de la organización prestacional existente, sí debe reconocerse una situación jurídica plenamente identificable con un derecho fundamental del interno, con la doble condición de derecho subjetivo y elemento esencial del ordenamiento jurídico (SSTC 25/1981 Y 163/1986), exigible frente a la Administración Penitenciaria en las condiciones legalmente establecidas [art. 26.2 e), Capítulo Segundo, art. 182.2 d) y Capítulo Cuarto del Título III del Reglamento Penitenciario], tanto en vía jurisdiccional como, en su caso, en sede constitucional a través del recurso de amparo.”*⁵¹⁸

8.8 Derecho a la educación.

Tampoco ha sido este un derecho especialmente estudiado por la doctrina ⁵¹⁹ en el ámbito penitenciario, a pesar de ser la reeducación y la reinserción social el fin que deben perseguir las penas privativas de libertad por mandato constitucional del artículo 25.2 CE, y que tiene su correlato, en el caso del derecho a la educación (artículo 27 CE) en el artículos 55 a 58 LOGP.

Así lo recoge expresamente la Exposición de Motivos de la LO 6/2003, de 30 de junio (BOE nº 156, de 1 de julio), que modificó la LOGP para permitir el acceso a la enseñanzas superiores por parte de los internos, al reconocer que “*las personas*

⁵¹⁸ “De acuerdo con los citados criterios, reiteradamente expuestos por la jurisprudencia de este Tribunal (AATC 256/1988, 1.112/1988, 95/1989 y PTC de 13 de marzo de 1989, RA 1.573/1988), la Administración Penitenciaria debe superar gradualmente las situaciones de carencia o de imposibilidad de proporcionar a todos los internos un trabajo retribuido, arbitrando las medidas necesarias a su alcance, y observando mientras tanto no se consiga el pleno empleo de la población reclusa, el orden de prelación que el art. 201 del Reglamento Penitenciario establece para distribuir los puestos de trabajo disponibles. Pero únicamente tendrá relevancia constitucional el amparo del derecho al trabajo del penado si se pretende un puesto de trabajo existente al que se tenga derecho dentro del orden de prelación establecido, que no puede ser objeto de una aplicación arbitraria o discriminatoria.”

⁵¹⁹ Así por ejemplo Martín Diz dirá que se trata “un elemento basilar sobre el cual sustentar el reingreso con todas las garantías el penado en la sociedad con unos hábitos de convivencia adecuados que dota de verdadero sentido constitucional y humano a la pena privativa de libertad”, (2002), op. cit. pág.158.

recluidas en centros penitenciarios gozan del derecho a la educación garantizado por el artículo 27 de la Constitución. No obstante, este derecho queda sujeto, tal y como ha reconocido el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones, a las modulaciones y matices derivados de la situación de sujeción especial de los internos, que obliga a acatar las normas de régimen interior reguladoras de los establecimientos penitenciarios. Asimismo, el hecho de que, también por imperativo constitucional, las penas privativas de libertad deban estar orientadas hacia la reeducación y la reinserción social, hace quizá todavía más relevante la necesidad de que el derecho a la educación de los internos deba tener una cobertura plenamente satisfactoria con las demandas sociales y con los postulados de nuestra Carta Magna.”

Nuestro Tribunal Constitucional tuvo que atender un recurso de amparo por violación el artículo 27.1 CE (derecho a la educación) en su STC 140/2002, de 3 de junio, en la que entendió que no se vulneraba tal derecho fundamental, al denegarse a un recluso el uso de un ordenador portátil en su celda, toda vez que se considera cumplido el mandato constitucional con la posibilidad de acceso a aquél en una sala del centro penitenciario, previa autorización del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Los hechos son los siguientes: Un recluso del Centro Penitenciario de El Dueso, solicitó el uso de su ordenador personal portátil en su celda, lo que le fue denegado por el Consejo de Dirección⁵²⁰ de aquel establecimiento. Contra la mencionada denegación se interpuso queja por interno ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Cantabria, que fue estimada mediante Resolución de 10 de febrero de 2000

⁵²⁰ El Reglamento penitenciario regula el derecho a la educación de los internos en el Título V “Tratamiento penitenciario”, capítulo III “Formación, cultura y deporte”, y en particular en los artículos 118 a 131. Especialmente dedica el artículo 129 RP a la “*Disposición de ordenadores personales.*”:

“1. Cuando razones de carácter educativo o cultural lo hagan necesario o aconsejable para el desarrollo de los correspondientes programas formativos se podrá autorizar que el interno disponga de un ordenador personal. Con este fin, se exigirá que el interno presente una memoria justificativa de la necesidad avalada por el Profesor o Tutor.

2. El uso del ordenador y del material informático se regulará en las correspondientes normas de régimen interior y, en todo caso, quedará prohibida la transmisión de cintas o «diskettes» y la conexión a redes de comunicación.

3. El Consejo de Dirección podrá retirar la autorización concedida cuando existan fundadas sospechas de que se está haciendo un mal uso de la misma o cuando la autorización no se corresponda con una necesidad real del interno. En todo caso se entenderá que existen sospechas de un mal uso del ordenador cuando el interno se niegue a mostrar el contenido de la totalidad de los archivos del mismo, previo requerimiento del Consejo de Dirección”.

autorizando al interno el uso del citado ordenador, de su propiedad, en su propia celda. Recurrido dicho Auto por el Ministerio Fiscal, fue estimado por la Audiencia Provincial de Santander, que, reformando el Auto objeto de recurso, desestimó la queja, confirmando así la resolución denegatoria del Consejo de Dirección de El Dueso. El recurso de amparo fue desestimado por la STC140/2002, de 3 de junio 2000, como veremos a continuación.

Invoca el recurrente el derecho a la intangibilidad de las sentencias (artículo 24.1 CE), y el derecho a la educación del artículo 27.1 CE. Alegándose, que, dado que la resolución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Zaragoza le autorizó el uso de ordenador en su propia celda, le asistía el derecho a la inmodificabilidad de las sentencias, a lo que el Alto Tribunal respondería que, una cosa es la eficacia de una resolución firme que afecte al status de los internos, y otra bien distinta una resolución que se agota en su propio cumplimiento.

Tampoco la queja relativa al derecho a la educación, va encontrar eco alguno en la sentencia citada, por el hecho de que la no autorización para colocar un portátil en su celda vulnera dicho derecho prestacional reconocido en el artículo 27CE. Por importante o relevante que sean hoy los medios informáticos en el ámbito educativo, viene a decir la Sentencia, ello no justifica ni la alteración de la vida del establecimiento, que tiene por finalidad mantener el buen orden y adecuado desarrollo, ni la imposibilidad de utilizar los medios informáticos en los lugares que el establecimiento habilite al afecto. Podría añadirse que la comodidad del interno para usar su portátil no encuentra acomodo en el artículo 27 CE. Lo que enlaza con una de las primeras afirmaciones de la STC 140/2002, acerca del régimen de sujeción especial a que se encuentra sometido el interno.⁵²¹

A juicio de Reviriego Picón, la sentencia es de escaso interés y radicaría esencialmente en ser la única ocasión en que se ha producido una alegación de este tipo: vulneración del artículo 27 de nuestra norma superior en el ámbito penitenciario. Al mismo tiempo considera que la limitación alegada no era absoluta, en tanto que se había ofrecido al interno recurrente la posibilidad de hacer uso de dicho ordenador

⁵²¹ Pulido Quecedo, M., (2002), op.cit. pág. 3.

en un local anejo, señalado a tal fin en las normas de régimen interior, al estar autorizado otro interno para servirse de su ordenador en la propia celda lo que imposibilitaría el uso de ambos.⁵²²

La citada posición del Alto Tribunal respecto del derecho a la educación de los internos, ha merecido también la crítica doctrinal de Pulido Quecedo, que se plantea como es posible que otros asuntos de mayor envergadura “*duerman el sueño de los justos*” en manos de aquel (con una duración media de diez años para la resolución de los recursos de inconstitucionalidad) , y, por el contrario el Tribunal Constitucional se entretenga en determinar si la colocación de un ordenador en la celda de un recluso vulnera sus derechos fundamentales; por lo que nuestro Máximo intérprete de la Carta magna sigue prestando atención a lo irrelevante, mientras que lo relevante deba esperar a que lo solucionen el tiempo o la historia del País⁵²³ . Llega incluso a afirmar, el citado autor, que estamos en presencia de asuntos o casos “*bagatell*”, que, por su escasa importancia para los derechos fundamentales de los reclusos, no debieron ser objeto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

A modo de entender aquí subyace de nuevo una apelación a la teoría de las relaciones de sujeción especial por el Tribunal Constitucional, de suerte que otorga preferencia a las finalidades asegurativas y custodiales, esto es, de mantenimiento de la seguridad del establecimiento, sobre la finalidad reinsertadora que posee intrínsecamente el uso de ordenadores por parte de los internos. No estoy diciendo con ello que se permita su utilización por parte de estos últimos de forma indiscriminada, por los riesgos que puede comportar para el buen orden del centro, pero sí que puede erigirse en una herramienta o instrumento imprescindible para permitir el acceso a la cultura (artículo 44 CE) y a la educación (artículo 27CE), que, a la postre, constituye el mandato resocializador del artículo 25CE.

⁵²² Reviriego Picón, F., (2008), op. cit. pág. 140-141.

⁵²³ Pulido Quecedo, M., (2002), op. cit. pág. 4.

IX) ANÁLISIS DE LOS DERECHOS DE LOS RECLUSOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH.

9.1 Consideraciones previas. -

En el frenético proceso de liquidación del absolutismo y del *Ancien Régime* operado por la Revolución Francesa, vio la luz la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano adoptada, el 26 de agosto de 1789 por la Asamblea Constituyente francesa, en la que una Exposición de Motivos escueta, encomiable, elocuente, y si se permite, atrevida, atestiguaba que *“la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del Hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los Gobiernos.* Prescindiendo de antecedentes demasiado remotos⁵²⁴, sus inspiradores se basaron en la Declaración de Derechos de Virginia⁵²⁵ proclamada el 12 de junio de 1776, en el marco el proceso de independencia de las colonias americanas de la metrópoli británica, y que es considerada como la primera Declaración de derechos humanos de la historia.

La importancia de estos textos radica no sólo en positivizar derechos inalienables y consustanciales a la dignidad humana, propios de cualquier Estado de Derecho⁵²⁶, sino en que han sido punto de partida del proceso de internacionalización de los derechos humanos, muy particularmente de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁵²⁷, y posteriormente en el Convenio para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante CEDH)⁵²⁸. Proceso en el que nos detendremos en un apartado posterior de este trabajo.

⁵²⁴ Se considera como el primer documento sobre derechos humanos el llamado “Cilindro de Ciro”, redactado en el año 539 a. C. por Ciro El Grande, del Imperio Aqueménida de Persia (antiguo Irán).

⁵²⁵ Se suele citar como precedente normativo de la misma el “Bill of Rights” o Carta de Derechos, impuesta por el Parlamento inglés al príncipe Guillermo de Orange para suceder al Rey Jacobo en 1689.

⁵²⁶ La Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano establecía en su artículo 7 que *“ningún hombre podrá ser arrestado o detenido, salvo en los casos determinados por la Ley y en la forma determinada por ella”*.

⁵²⁷ Adoptada en el seno de la Organización de las Naciones Unidas por su Asamblea Nacional el 10 de diciembre de 1948.

⁵²⁸ Adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950 por los integrantes del Consejo de Europa.

Ni que decir tiene que el grado de perfección alcanzado por estos dos instrumentos de protección de los derechos humanos, tanto en su dimensión universal como regional, difiere enormemente del que podemos predicar de las Declaraciones de derechos de finales del siglo XVIII, especialmente en lo que se refiere a los mecanismos o garantías jurisdiccionales de los que carecerían en gran medida estas últimas (por no decir en su totalidad). Mas se convendrá fácilmente, sin ambages, que la ausencia de garantías de tal naturaleza en modo alguno empece su carácter inspirador de sucesivos instrumentos de regulación y protección de derechos humanos.

Ha sido en el ámbito de la protección jurisdiccional de los humanos donde se ha dejado sentir intensamente la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al interpretar y aplicar los preceptos del CEDH,⁵²⁹ desarrollando una función garantista de las personas privadas de libertad, y por ende situadas en una posición de especial vulnerabilidad, y que constituye el objeto del presente capítulo.

9.2 Protección jurisdiccional de los derechos humanos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos como garantía normativa.

El proceso de internacionalización de los derechos humanos tiene lugar en primer lugar a nivel mundial, para luego concretarse a nivel regional europeo, precisamente en el CEDH. De forma somera diremos que, en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, se adoptó la DUDH como respuesta por la Comunidad Internacional de las atrocidades cometidas y vulneraciones de los derechos humanos perpetradas durante la Segunda Guerra Mundial, especialmente por el régimen nazi en los campos de concentración repartidos por toda la zona ocupada.

⁵²⁹ En el Preámbulo del CEDH se reconoce que uno de los medios para lograr una estrecha unión entre los países del Consejo de Europa es precisamente “*la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales*”.

En ese orden de cosas mediante la firma del Tratado de Londres en 1949 un grupo de diez países europeos⁵³⁰ crea el Consejo de Europa cuyo objetivo radica, como ya hemos advertido, entre otros, en la salvaguardia y desarrollo de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Fruto de tales intenciones se firma en Roma el 4 de noviembre de 1950 el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y que ha sido objeto de catorce protocolos que lo completan. Debe llamarse la atención sobre el número once⁵³¹ que ha instituido el “Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, tras la refundición de dos órganos existentes hasta el momento como eran la Comisión y el Tribunal de Derechos Humanos, con la finalidad de mantener y reforzar la eficacia de la protección de los derechos humanos en el ámbito del Convenio. Además la modificación operada en el Convenio a raíz de dicho Protocolo, legitima a los nacionales de un Estado Parte ⁵³²(previo agotamiento de las vías jurisdiccionales internas o cumplimiento previo el principio de subsidiariedad) a obtener el reconocimiento de la vulneración por este último de un derecho garantizado por el Convenio, aunque no sea su Estado de origen, superando así la clásica concepción del derecho internacional como fuente de obligaciones netamente interestatales.

A diferencia de los órganos instituidos por otros tratados internacionales, como la *Convención de las Naciones contra la Tortura y otros tratos o Penas Cruelles o Degradantes*⁵³³ que crearon el Comité contra la Tortura (CAT), Subcomité para la Prevención de la Tortura o Relatoría Especial sobre la Tortura, y que en el ámbito europeo tiene su correlato en el *Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes de 1987 (ratificado por España el 2 de mayo de 1989, BOE nº 159 de 5 de julio de 1989)*, el órgano al que se atribuye la

⁵³⁰ Reino Unido, Noruega, Suecia, Bélgica, Dinamarca, Países Bajos, Luxemburgo, Italia, Irlanda y Francia; entre los que no se encontraba España, que como casi siempre llega tarde a las citas históricas. Componen en la actualidad el Consejo de Europa cuarenta y siete estados, España es miembro desde el año 1977 (24 de noviembre).

⁵³¹ Ratificado por España mediante Instrumento de Ratificación publicado en el BOE nº152 de 26 de junio de 1998.

⁵³² El artículo 34 el CEDH señala “*El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos...*”

⁵³³ Adoptada en el seno de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984, entrando en vigor el 26 de junio de 1987. Fue ratificada por nuestro país en fecha 9 de noviembre de 1987.

misión de proteger los derechos reconocidos en el propio CEDH es un órgano jurisdiccional, esto es, un verdadero tribunal. Lo que ha propiciado que la doctrina⁵³⁴ haya distinguido que al abrigo del artículo 3 del CEDH, este último ha dado lugar a dos sistemas complementarios de control: el tradicional sistema jurisdiccional y el sistema preventivo nacido del Convenio de 1987.

De suerte que los mecanismos de garantías jurisdiccionales implementados por el Consejo de Europa ha dispensado una protección más completa y eficaz de los derechos garantizados en aquél, que la ofrecida por otros sistemas de protección de derechos humanos, como el instituido en el seno de las Naciones Unidas, que sí cuentan como estamos viendo, con un altísimo nivel de perfeccionamiento en las garantías de índole normativa o jurídica. Hecho este último que se constata con la adopción el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵³⁵ en la década de los años sesenta, que llega a proclamar en su artículo décimo que “*toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*”.

Existen asimismo otros documentos jurídicos internacionales que el propio TEDH suele invocar en sus Sentencias⁵³⁶ como *la Convención para la Protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*⁵³⁷, *de especial aplicación a las personas que han sido privadas de libertad*, no admitiendo derogaciones al principio general consagrado en dicho texto (nadie puede ser sometido a una desaparición forzada), ni siquiera “*estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna cualquier otra emergencia pública*”.

⁵³⁴ Santamaría Arinas, R. y Bolaño Piñeiro, M^a. C. (2015). “Artículo 3. Prohibición de la tortura”, en Lasagabaster Herrarte, I. (dir.). *Convenio Europeo de Derechos Humanos: comentario sistemático*, Madrid, Editorial Aranzadi S: A., páginas 54 a 95.

⁵³⁵ De fecha 19 de diciembre de 1966. Ratificación por España mediante instrumento de fecha de 13 de abril de 1977 (BOE núm. 103 de 30 de abril de 1977).

⁵³⁶ *Asunto El -Masri c. Ex-República Yugoslava de Macedonia* de 13 diciembre de 2012 y en la que se alega por el demandante haber sido sometido por el Gobierno Macedonio a una desaparición forzada, al practicarse su detención en un paso fronterizo de aquél y ser entregado, en ausencia de control judicial de la medida, a la CIA, que lo retuvo durante cuatro meses en Kabul (Afganistán) en una “*pequeña celda de cemento, de suciedad repugnante*”; tal y como se afirma en el Informe “Marty” de 2007 emitido en el desarrollo de un serie de investigaciones oficiales efectuadas por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

⁵³⁷ Aprobada el 20 de diciembre de 2006 y en vigor desde el 23 de diciembre de 2010.

Como señala, respecto de los preceptos del CEDH, Lezertúa Rodríguez⁵³⁸, “no se trata de derechos específicos garantizados al preso por el hecho de estar preso sino del disfrute, en medio carcelario, por parte del preso, de los derechos y libertades reconocidos de manera general a todo ser humano por el CEDH”. Por eso no hallamos un solo Protocolo de los dieciséis que han modificado al citado Convenio, que tenga por objeto específico a las personas privadas de libertad o reclusos, lo que no es óbice para que varios de sus preceptos sean de especial aplicación a los presos: el artículo 3 prohibiendo la tortura o ser sometido a penas o tratos inhumanos o degradantes, la interdicción de la esclavitud y los trabajos forzados (artículo 4), la protección de la libertad y seguridad, el único que contiene disposiciones específicas para personas detenidas⁵³⁹, el derecho a un proceso equitativo (derecho a un proceso público con todas las garantías) del artículo 6, que incluye el respeto a la presunción de inocencia en su apartado segundo, la proclamación del viejo brocardo “*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*“, del artículo 7 que proclama el principio de legalidad de los delitos y las penas, el derecho al secreto de las comunicaciones y a la intimidad (aunque proclamado de forma genérica con la expresión toda persona”) y el artículo 13 que como cláusula de cierre del sistema, reconoce igualmente un derecho de recurso efectivo a nivel interno en caso de vulneración de los derechos citados.

Habrà pues que cuestionarse, cómo a la vista de la perfección técnica y de las garantías normativas contenidas en los diversos instrumentos internacionales, no exista un tratado internacional, con naturaleza de *ius cogens* a nivel europeo que de forma global regule los derechos de los presos. La respuesta ha de encontrarse como afirma Lezertúa⁵⁴⁰ “*por la estrecha vinculación existente entre política penal y soberanía estatal, de la que deriva una mayor resistencia de los Estados a asumir obligaciones internacionales en el ámbito penal y penitenciario*”.

⁵³⁸ Lezertúa Rodríguez, M. (1998). “Los derechos de los reclusos en virtud del Convenio Europeo de Derechos Humanos”. *Eguzkilore (Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología)*. Número extraordinario 12. páginas 135 a 165.

⁵³⁹ El artículo 5 del CEDH establece: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley”.

⁵⁴⁰ Lezertúa Rodríguez, M. (1998). “Los derechos de los reclusos “op. cit. página 137.

Todo ello sin perjuicio de que el proceso de humanización de las prisiones y de las condiciones de los reclusos vivido especialmente en el viejo continente, haya cristalizado en instrumentos específicos de protección de los presos, con el carácter de *soft law* o derecho blando, es decir, no imperativo (*ius cogens*), para los Estados Parte signatarios de los mismos, y funcionan a modo de recomendaciones y directrices que han inspirado y enriquecido las legislaciones penitenciarias europeas y por supuesto española⁵⁴¹. Tal es el caso de las Reglas Penitenciarias Europeas, que son la extrapolación de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los reclusos⁵⁴² al ámbito europeo.

9.3 Problemática de la ejecución de las sentencias del T.E.D.H.

El mecanismo de ejecución de las Sentencias del TEDH por los Estados demandados y condenados, en su caso, está previsto en el artículo 46 del CEDH bajo la rúbrica “*Fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias*”, comprometiéndose a acatar aquellas las mismas los que han sido parte en el procedimiento y de modo especial, el Estado demandado en su condición de *Alta Parte Contratante*; encomendándose al Comité de Ministros del Consejo de Europa (órgano político, no judicial) velar por la efectividad de su ejecución, toda vez que no corresponde al órgano jurisdiccional que ha dictado la sentencia⁵⁴³. Es más la sentencia estimatoria es de naturaleza declarativa, por lo que no puede el TEDH revocar, anular, o corregir las resoluciones o actuaciones de las autoridades u órganos judiciales internas⁵⁴⁴, dado

⁵⁴¹ *De lege data* nuestra legislación penitenciaria se encuentra a la vanguardia en los ordenamientos penitenciarios contemporáneos y es tributaria de las corrientes más avanzadas de la Ciencia penitenciaria. Una contribución fundamental en la situación actual de nuestra legislación penitenciaria se debe, sin duda, al proceso de internacionalización que ha sufrido los derechos fundamentales de los reclusos y a la posterior recepción de tales convenios y tratados internacionales en nuestro ordenamiento jurídico.

⁵⁴² Resolución ECOSOC núm. 663 C (XXIX).

⁵⁴³ A diferencia de nuestro ordenamiento jurídico donde el artículo 117.3 de la CE determina que el ejercicio de la potestad jurisdiccional, en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes.

⁵⁴⁴ A diferencia del TEDH, nuestro Tribunal Constitucional, de conformidad con el artículo 55 de su Ley Orgánica, posee las siguientes competencias: “1. La sentencia que otorgue el amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes:

a) Declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos.

que el TEDH no es un órgano de apelación, ni de revisión, ni de casación. Corresponde al Estado demandado adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectividad de los pronunciamientos de la sentencia. En el caso de que no fuera posible la “*restitutio in integrum*”, restableciendo al reclamante en la integridad de su derecho, debería por el Estado demandado darse puntual y exacto cumplimiento a la satisfacción equitativa impuesta por el TEDH, normalmente mediante el cumplimiento de obligaciones de naturaleza pecuniaria.

Pero como acertadamente se apunta el sistema funcionó bastante bien durante medio siglo. Pero en el año 2005, la Gran Sala del TEDH confirmó por doce votos frente a cinco, una previa sentencia unánime de Sección. Fue en el caso “*Hirts*”, en el que el Tribunal de Estrasburgo constató la violación del artículo 3 del Protocolo Adicional del CEDH, por la prohibición del voto a presos (que por cierto en nuestro país se mantuvo hasta la democracia). Desde el Reino Unido se consideró inaceptable, para su soberanía que, desde Estrasburgo, un Tribunal extranjero le obligase a permitir el voto a los reclusos. Han pasado más de diez años desde la sentencia del *asunto Hirst*, y se han dictado tres sentencias por el TEDH constatando la violación del mismo precepto por el Reino Unido, lo que ha provocado una resolución provisional de 15 de diciembre de 2015 del Comité de Ministros, en la que expresa su profunda preocupación porque siga la prohibición general del voto de los presos.⁵⁴⁵

En lo que concierne a nuestro país, prima facie, no cabe duda que estamos en presencia de una obligación jurídica internacional, de naturaleza imperativa adquirida por nuestro Estado⁵⁴⁶ al amparo del artículo 96⁵⁴⁷ de nuestra Carta Magna, de suerte que una vez ratificado el CEDH se integra en nuestro ordenamiento jurídico. Sin

b) Reconocimiento del derecho o libertad pública, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado.

c) Restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación”.

⁵⁴⁵ Así lo narra Borrego Borrego, J., en su condición de ex -Juez del TEDH, en su artículo “Sentenciar desde Europa una visión desde el TEDH”, publicado *Revista del Consejo General de la Abogacía*, marzo 2017, pág. 37.

⁵⁴⁶ En la Declaración de 26 de septiembre de 1979 aneja al Instrumento de ratificación se declaraba como obligatoria la jurisprudencia del TEDH para conocer de todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del CEDH.

⁵⁴⁷ “Los Tratados Internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formaran parte del ordenamiento jurídico”.

embargo esta afirmación inicial ha sido matizada cuando se advierte que no se ha realizado una “transferencia de competencias” del artículo 117.3 de nuestra Constitución, en conexión con el artículo 93, a favor del Consejo de Europa, y en particular del TEDH , como ya puso de manifiesto amplio sector de la doctrina patria⁵⁴⁸. Ello supone inexorablemente que la configuración de la naturaleza del TEDH sea la de un órgano jurisdiccional internacional, no integrado en nuestro Poder Judicial, dificultando en mayor medida la ejecución de sus sentencias, máxime cuando carece de medios coercitivos para lograr su cumplimiento, dado que “*es común que las decisiones judiciales internacionales carezcan de fuerza ejecutiva*”⁵⁴⁹. Cuanto venimos diciendo no será óbice para manifestar sin reticencia alguna el “*obligado cumplimiento de la doctrina del TEDH por nuestros Tribunales en virtud del artículo 10.2*”⁵⁵⁰

La problemática de la eficacia directa de las sentencias del TEDH se ha recrudecido especialmente en aquellos casos en los que este último reconocía la vulneración de un precepto del CEDH por uno de los Estados parte, que imponía la revisión de procesos fenecidos en la jurisdicción interna y que afectaba a cuestiones de las que se predicaba el carácter de cosa juzgada (*res iudicata*). La totalidad de la doctrina procesalista española venía con insistencia demandando un cauce procesal idóneo para conseguir la ejecución directa de las sentencias del TEDH en estos casos, particularmente cuando el derecho vulnerado por la jurisdicción nacional era el derecho a un proceso equitativo proclamado en el artículo 6 del Convenio, que en realidad es idéntico al contemplado en el artículo 24.2 de nuestra “*norma normarum*”.

Paradójicamente en el fundamento jurídico tercero de la STC 245/1991(asunto Barberá, Messegué, Jabardo) se reconoce que el carácter declarativo de las sentencias del TEDH no supone “*la carencia de todo efecto interno de la declaración realizada*

⁵⁴⁸ IZQUIERDO SANS C. (1997), “El carácter no ejecutivo de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Comentarios a la STS, 1ª, del 20 de noviembre de 1996)”, en *Derecho Privado y Constitución*, nº 11 Enero-Diciembre, CEPC. páginas 351 a 377.

⁵⁴⁹ SORIA JIMÉNEZ A. (1992). “La problemática ejecución de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Análisis de la STC 245/1991”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 12, nº 36, septiembre-diciembre. pág. 313 a 356.

⁵⁵⁰ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M. (2006). “La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en la Unión Europea”. *Revista de Derecho de la Unión Europea*. Nº 11, 2º semestre., páginas 61 a 78.

por dicho Tribunal sobre la existencia de infracción de un derecho reconocido en el Convenio” al amparo del artículo 10.2 de la Constitución, que obliga a interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en ella, de conformidad con lo establecido en los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificadas por España, entre ellos necesariamente el CEDH. Se trataba pues, de la anulación⁵⁵¹ por el Alto Tribunal de resoluciones del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional recaídas en un proceso penal, viéndose obligado, a nuestro modo de entender innecesariamente, a reiterar, el carácter declarativo de las sentencias del TEDH y sobre todo que no existe precepto del Convenio de Estrasburgo que obligue al Estado español a revisar aquellas resoluciones penales firmes que hayan incurrido en conculcación del algún artículo de aquél, en este caso del derecho a un proceso equitativo. Y decimos a nuestro juicio innecesariamente puesto que bastaba invocar la cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución, toda vez que los recurrentes en amparo⁵⁵² se encontraban sufriendo penas privativas de libertad en virtud de un proceso penal con vulneración de las garantías contempladas en el artículo 24.2 de nuestra “*lex superior*”. A mayor abundamiento el mismo TEDH reconoció expresamente violación de las garantías procesales de los condenados en nuestro país, como consecuencia de “*la brevedad del juicio y el que muchas importantes piezas y elementos de prueba no se adujeran y discutieran adecuadamente en el juicio oral*”. Desgraciadamente nuestro Tribunal Constitucional no solo no ha confirmado esta doctrina con posterioridad, sino que se ha apartado claramente de la misma.

Gimeno Sendra⁵⁵³ subraya como nuestro Tribunal Constitucional tuvo ocasión de manifestarse en la Sentencia 245/1991 de 16 de diciembre, sobre esta cuestión, “*sugiriendo la instauración de un explícito motivo del recurso de casación, habida cuenta de que su viabilidad como hecho nuevo, ha sido reiteradamente desestimada por la jurisprudencia*”. Añade dicho autor que la anulación del AAN de la Sección 1ª de 6 de junio de 2008 por la STEDH de 21 de octubre de 2013, asunto Del Río Prada

⁵⁵¹ El magistrado del TC, Gimeno Sendra, en voto particular señaló: “*somos el primer Tribunal Constitucional europeo que ha procedido de facto a ejecutar una sentencia del TEDH mediante la anulación de sentencias de nuestro Poder Judicial*”.

⁵⁵² Y al mismo tiempo demandantes ante el TEDH, en el asunto Barbera-Mesegué-Jabardo c. España de fecha 6 de diciembre de 1998, y en la que se declaró la vulneración del artículo 6.1 del C.E.D.H., en su vertiente de un proceso justo y con todas las garantías.

⁵⁵³ Gimeno Sendra, V. (2014). “*La doctrina Parot y el principio de legalidad*”. *Diario La Ley*, nº 8037, Sección Doctrina, ref. D 145, págs. 1 a 10.

c. España, ha *convertido de facto al TEDH en una especie de TC europeo*, por lo que las resoluciones del Tribunal de Estrasburgo deben ejecutarse por el TC español; habida cuenta de la diferente naturaleza del fallo meramente declarativo contenido en la STEDH de fecha 6 de a la hora dar cumplimiento a la sentencia del diciembre de 1988 (*asunto Barberá, Messegué, Jabardo c. España*), en relación con el *fallo de condena* contenido en la STEDH relativo al asunto *Del Río Prada c. España*, ordenando la puesta en libertad de la demandante, “*haciendo gala de una cierta e injustificada desconfianza*”.

La predisposición y celeridad, de nuestro Estado, como Alta Parte contratante del CEDH, a la hora de dar cumplimiento a la sentencia del *asunto Inés del Río c. España*, ha llamado la atención del propio TEDH, cuando con ocasión de la apertura del año judicial del año 2015, su entonces Presidente, el Juez luxemburgués Spielmann, mostró su sorpresa y satisfacción por la conducta de España tras la citada resolución: en veinticuatro horas y sin necesidad de traducción al español se excarceló inmediatamente a la interna Inés del Río y se aplicó a todos los casos en los que había personas en prisión consecuencia de la STS de 28 de febrero de 2006, conocida como la “doctrina Parot”.⁵⁵⁴

De suerte que la situación de inexistencia de un mecanismo o cauce procesal que permitiera la ejecución de las sentencias del TEDH, y que lleve consigo la anulación o revocación de una resolución judicial dictada por los tribunales españoles, no podía dilatarse por más tiempo, y quizás un tanto acuciado por la sentencia del TEDH en el *asunto Del Río Prada c. España*, el Tribunal Supremo a través de un acuerdo no jurisdiccional de su Sala de lo Penal, de fecha 21 de octubre de 2014, esbozó una posible vía de solución, en tanto que no existía una expresa previsión legal para la efectividad de las sentencias dictadas por el TEDH, consistente en acudir al recurso de revisión previsto en el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pudiendo, llegado el caso, a declarar la nulidad de una sentencia penal condenatoria, cuando se declare por el TEDH la vulneración de un precepto del CEDH.

⁵⁵⁴ Borrego Borrego, J., (2017), op. cit., pág. 37.

Al efecto de solventar esa laguna legislativa en nuestro ordenamiento jurídico procesal penal, que no en otros órdenes jurisdiccionales, y que largamente había sido reclamado por la doctrina procesalista patria, se aprobó el pasado 15 de marzo de 2015, por el Consejo de Ministros un proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que ha desembocado la Ley 41/2015 de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la Agilización de la Justicia Penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, por la que se procede a dar una nueva redacción al artículo 954.3 de nuestra vetusta ley de ritos⁵⁵⁵.

9.4 Análisis de la jurisprudencia del TEDH sobre los reclusos relativa a España.

Debe entenderse por penado, a la luz de la jurisprudencia del TEDH, la persona “privada de libertad como consecuencia de pronunciamientos judiciales condenatorios que supongan imposición de penas o medidas de seguridad” asunto *Droogenbroeck c. Bélgica*, de 24 de junio de 1982. En el asunto *Matutes c. Alemania*, de fecha 13 de enero de 2011, se considera penado a quien “ha sido encontrado culpable de la comisión de un delito y ser sujeto de la imposición de una pena que conlleva privación de libertad”.

Prohibición de la tortura y de tratos y penas inhumanos y degradantes. (Art 3 CEDH).

La prohibición contenida en este artículo, así como en los artículos 4 y 7 es absoluta, no admitiéndose excepción alguna. Sin embargo, como destaca Fernández

⁵⁵⁵ El artículo 954. 3 LECr dispone: “ Se podrá solicitar la revisión de una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución fue dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión. En este supuesto, la revisión sólo podrá ser solicitada por quien, estando legitimado para interponer este recurso, hubiera sido demandante ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La solicitud deberá formularse en el plazo de un año desde que adquiera firmeza la sentencia del referido Tribunal.”

Sánchez⁵⁵⁶, la excepción (causa de muertes resultantes de actos lícitos de guerra) contemplada en el párrafo segundo del artículo 15, respecto al derecho a la vida del artículo 2, es un “*contrasentido*”, toda vez que la vida constituye el bien jurídico superior a proteger. Desde un punto de vista terminológico debe mantenerse, con el citado autor, que la expresión “*derogación*” empleada por el citado artículo 15 es desafortunada, debiendo entenderse como “*suspensión*” de las disposiciones del convenio previo cumplimiento del procedimiento previsto en el mismo.

El derecho consagrado en este precepto ha sido catalogado de inderogable y absoluto por la doctrina internacionalista, en concreto por Cassese y McDonald, y que luego ha sido mantenido por la jurisprudencia del TEDH, como veremos a lo largo de este trabajo. Acertadamente señala Salado Osuna⁵⁵⁷ que, aun cuando el Convenio no contiene una definición de tortura ni de tratos inhumanos o degradantes, ha permitido jugar al Tribunal de Estrasburgo un papel esencial a la hora de configurar el contenido de tales conceptos. Así, a pesar de que un sector doctrinal entienda que el “sujeto activo cualificado” de dicha violación deba ser necesariamente un funcionario público (en el ejercicio de funciones públicas, o con su consentimiento o aquiescencia), el propio TEDH, “*a través una interpretación sistemática de los artículos 1 y 3, ha afirmado que los actos cometidos por los particulares pueden ser constitutivos de una violación del artículo 3*”, como nos recuerda la citada autora. La dicción del artículo 3 ha permitido declarar su vulneración por la falta de atención médica a los reclusos, a pesar que no se haya reconocido el derecho a la salud de forma expresa en el Convenio⁵⁵⁸. No ampara el citado precepto derechos de naturaleza económica o social, como ha reconocido explícitamente el TEDH⁵⁵⁹. Por el contrario, la brevedad del

⁵⁵⁶ Fernández Sánchez, P.A. (2014).” La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno a España: Una historia de encuentros y desencuentros”. García Roca, J y Santolaya Machetti, P. (coords.), *La Europa de los Derechos: Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, págs. 613-624.

⁵⁵⁷ Salado Osuna, A. (2014).” Los tratos prohibidos en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”. García Roca, J y Santolaya Machetti, P. (coords.), *La Europa de los Derechos: Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, páginas 85 a 112.

⁵⁵⁸ Se citan a modo ejemplificativo, extraídos de la jurisprudencia del TEDH, por Salado Osuna, la falta de atención médica a una heroinómana encarcelada, o a un recluso que padecía cirrosis.

⁵⁵⁹ Santamaría Arinas R. y Bolaño Piñero, M^a. C. (2015) op. cit., págs. 54 a 95; así lo declaró la Gran Sala por mayoría en el *asunto N. c. Reino Unido*.

artículo 3 ha sido interpretada por la doctrina como la voluntad de las Partes de no introducir más detalles para no limitar el alcance de la prohibición.

La primera sentencia condenatoria a nuestro país por vulneración, en palabras del propio TEDH, de uno de los más importantes e invocados artículos del CEDH junto con el que garantiza el derecho a la vida (art. 2), tuvo lugar en el asunto *Martínez Sala y otros c. España*, de fecha 2 de noviembre de 2.004, y que venía precedida de numerosos informes de organismos internacionales ⁵⁶⁰ en los que se reflejaba la disconformidad con la forma en que el Reino de España combatía las actividades terroristas⁵⁶¹.

De suerte que la primera y única sentencia condenatoria a nuestro Estado por la conculcación del artículo 3 en su *vertiente material*, se produjo en el asunto *Iribarren Pinillos c. España*. En la sentencia de fecha 8 de enero de 2009, el TEDH consideró que la jurisdicción penal española no había determinado la eventual responsabilidad del demandante por los daños sufridos⁵⁶² y la jurisdicción contencioso-administrativa del mismo modo no había tampoco investigado cual era en su caso la parte de responsabilidad del demandante. Al igual que en el asunto *Martínez Sala y otros*, nuestro Tribunal Constitucional inadmitió el recurso de amparo formulado.

⁵⁶⁰ El Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y Penas o Tratos inhumanos o degradantes así lo constata en su informe emitido a raíz de su visita a nuestro país durante el año 2.001.

⁵⁶¹ Los demandantes alegaron que habían sido objeto de torturas físicas y psicológicas y tratos inhumanos y degradantes durante su detención, así como de la insuficiente investigación llevada a cabo por el Juez de Instrucción sobre tales actos. Nuestro Tribunal Constitucional inadmitió el recurso de amparo. En la citada sentencia declaró el TEDH haber lugar a la violación del artículo 3 en su *vertiente procesal*, esto es, por haberse denegado en concreto las solicitudes de práctica de prueba de los demandantes, las declaraciones de los policías que los interrogaron, la incorporación a los autos de las declaraciones de estos últimos y de los informes vertidos en el procedimiento seguido por delitos de terrorismo y pertenencia a banda armada que se había seguido contra aquéllos. Sin embargo, no entendió vulnerado el artículo 3 en su *vertiente material* o sustantiva, toda vez que de los informes redactados por los médicos forenses durante la detención y los emitidos por otros facultativos después de puestos en libertad los demandantes, no existían pruebas suficientes para constatar la existencia efectiva de malos tratos.

⁵⁶² Los daños alegados por el demandante nacen de la participación de este en una serie de altercados acaecidos en Pamplona el 15 de diciembre de 1991, en los que fue gravemente herido por el lanzamiento de un bote de humo a corta distancia por la policía antidisturbios. Las diligencias previas abiertas fueron sobreesídas por la ausencia de identificación del autor. Sin embargo, por su parte la Audiencia Nacional declaró haber lugar a responsabilidad patrimonial del Estado. Por su parte el Tribunal Supremo entendió no desproporcionada la actuación de los agentes antidisturbios, habiendo contribuido a crear el demandante la situación de la que fue víctima.

En ese orden de cosas en el *asunto San Argimiro Isasa c. España*, de fecha 28 de septiembre de 2010, el TEDH declara haber lugar a la violación del artículo 3 del Convenio en su *vertiente procesal*. A mayor abundamiento pone de manifiesto que es precisamente la falta de investigación efectiva por las jurisdicciones españolas la que impide disponer de elementos que permitan más allá de toda duda razonable establecer que el demandante fue objeto de malos tratos. El TEDH expresamente, y no sin estupor, declaró que las “*jurisdicciones internas rechazaron medios de prueba que habrían podido contribuir a la aclaración de los hechos, y más precisamente, a la identificación y castigo de los responsables, como exige la jurisprudencia del Tribunal*”.⁵⁶³

En semejantes términos en el *asunto Beristáin Ukar c. España* de fecha 8 de marzo de 2011, el TEDH estima de nuevo que, al no efectuarse por las Autoridades españolas una investigación detallada y eficaz de los hechos alegados por el demandante, se ha vulnerado el artículo 3 del Convenio en *su versión procesal*⁵⁶⁴. Distinción que empezó a efectuarse por el Tribunal de Estrasburgo a partir de la segunda mitad de la década de los años noventa.

Al hilo de la distinción de la vulneración del artículo 3 del Convenio en su vertiente material y procesal, y con ocasión de la sentencia que venimos comentando, López Bofill⁵⁶⁵ resalta la dificultad de compatibilizar la prohibición absoluta de

⁵⁶³ El demandante fue detenido por presuntos delitos de terrorismo, pertenencia a banda armada, tenencia de armas y explosivos y tentativa de asesinato, alegando que había sufrido malos tratos durante su estancia en la Dirección General de la Guardia Civil en Madrid en mayo de 2002, en la que estuvo incomunicado durante cinco días. De forma incomprensible el Juez de Instrucción, y la propia Audiencia Provincial acordaron el sobreseimiento, e incluso el propio Tribunal Constitucional incomprensiblemente, como en los asuntos anteriormente examinados, declaró la inadmisión del recurso de amparo, al afirmar que las jurisdicciones ordinarias habían considerado, de modo ampliamente motivado y razonable, que los malos alegados no se habían probado.

⁵⁶⁴ En particular afirma el TEDH que el Juez instructor que conoció de los malos tratos alegados por el demandante, solo tuvo en consideración dos de los cinco informes emitidos por el médico forense, sin dar audiencia al detenido, ni ordenar nuevos peritajes. Sin embargo, el Tribunal Constitucional inadmitiendo el recurso de amparo, llegó a afirmar que las alegaciones de malos tratos del demandante eran inverosímiles. Huelga decir que estamos en presencia de otra sentencia condenatoria por violación del artículo 3 del Convenio como consecuencia de la lucha contra el terrorismo en nuestro país, a pesar de todas las recomendaciones en la materia que se venían efectuando desde diversos foros e instancias internacionales europeas, y de la doctrina jurisprudencial del TEDH, reiterada hasta la saciedad, consistente en que uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas lo constituye el artículo 3 del CEDH, que no admite excepciones, ni siquiera en circunstancias muy difíciles, como la lucha contra el terrorismo.

⁵⁶⁵ López Bofill, H. (2012). “Prohibición de tortura: violación del artículo 3 del convenio europeo de derechos humanos desde el punto de vista procedimental (comentario a la STEDH de 8

tortura recogida el Convenio, con la condena a Estados signatarios por la vulneración del citado artículo, en su versión procedimental, esto es, por la ausencia de investigación profunda y efectiva sobre las alegaciones de malos tratos vertidas por los demandantes. En aquellos casos en los que no pueda probarse “*más allá de toda duda razonable*” la existencia de tales malos tratos, el TEDH recurre a la fórmula de la vulneración procesal del artículo 5 para lograr de algún modo la protección del demandante, toda vez que por el Estado demandado no se ha llevado a cabo labor alguna de investigación. A juicio de López Bofill podría achacarse, la distinción entre ambas vulneraciones llevada a cabo por el propio TEDH, a la convivencia en el seno del Consejo de Europa de “*democracias avanzadas y Estados con precarios sistemas de protección de derechos humanos*”.

La siguiente resolución condenatoria contra España no guardaba relación con los delitos de terrorismo y la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. En el *asunto B.S. c. España* de fecha 24 de julio de 2012, se condena a España por una vulneración de artículo 3 en su vertiente procesal, habida cuenta de que las alegaciones de malos tratos denunciadas no fueron objeto de una investigación profunda y efectiva, lo que impidió en gran medida determinar más allá de toda duda razonable, si se habían producido los malos tratos sobre la demandante, residente legal en España y de origen nigeriano, por dos agentes de policía que patrullaban por la zona.

No hubo de transcurrir demasiado tiempo para que de nuevo recayera sentencia condenatoria en el *asunto Otamendi Eguiguren c. España* de fecha 16 de octubre de 2012⁵⁶⁶. El TEDH se vio en la obligación de recordar al Estado español la necesidad

de marzo de 2011, *Beristain Ukar contra España*)”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 10/2012, págs.85-94.

⁵⁶⁶ Para más concisión se trataba de la detención de un presunto miembro de la banda terrorista ETA, al que se sometió a detención incomunicada, durante cinco días, sin que pudiera informar de su situación a persona alguna, no pudiendo entrevistarse con el abogado de oficio, ni tan siquiera ser asistido de letrado. Como en los casos que venimos exponiendo en este apartado se acordó el sobreseimiento de las actuaciones judiciales y el Tribunal Constitucional volvió a inadmitir el recurso de amparo, desoyendo la doctrina jurisprudencial que derivaba de los recientes pronunciamientos del Tribunal de Estrasburgo. Como era de esperar este último recalando la ausencia de una investigación oficial efectiva sobre los hechos alegados por el demandante, que permitiera la identificación de y en su caso castigo de los responsables; de suerte al que no tomar declaración por las autoridades jurisdiccionales españolas a los agentes que llevaron a cabo los interrogatorios durante el periodo de incomunicación, se vulneraba el artículo 3 del Convenio en su vertiente procesal.

imperiosa de adoptar las recomendaciones formuladas por Comité Europeo para la Prevención de la Tortura (CPT)⁵⁶⁷, en los casos de detenciones preventivas y sometidas a prohibición de incomunicación.

A pesar de las observaciones formuladas por diferentes organismos internacionales y de la ya consolidada doctrina jurisprudencial que venimos exponiendo, parece que los órganos jurisdiccionales españoles se resisten a llevar a cabo la investigación profunda y efectiva que demanda el Tribunal de Estrasburgo en los casos de detención incomunicada. Así se refleja en el *asunto Etxebarria Caballero*, de fecha 7 de octubre de 2014, en el que se ha vuelto a condenar al Estado español por vulneración del artículo 3 del Convenio en su vertiente procesal⁵⁶⁸.

Entendemos que las diferentes resoluciones del TEDH revelan como inexplicablemente no se acometen por el Estado español las reformas legislativas necesarias que acomoden nuestro ordenamiento jurídico a la jurisprudencia del TEDH, toda vez que las reiteradas condenas a nuestro país por vulneración del artículo 3 del Convenio en su vertiente procesal, le sitúan en una situación de descrédito internacional en la protección y defensa de los derechos humanos, como miembro del Consejo de Europa. Así lo ha puesto de relieve Díaz Crego⁵⁶⁹ al afirmar que el

⁵⁶⁷ Entre las que destacamos: la *persona detenida incomunicada* tiene derecho a informar a una persona de su elección, de su detención y de su lugar, tan pronto como sea posible, y no más tarde de cuarenta y ocho horas tras la privación inicial de libertad; derecho a entrevistarse con un abogado en privado y ser reconocido por médico forense de su elección; prohibición expresa de vendar los ojos durante los interrogatorios o de que se les obligue a realizar ejercicios físicos o permanecer de pie de manera prolongada; necesidad de grabación en video de las detenciones incomunicadas; prohibición de aplicación de la detención incomunicada a los menores; obligación de comparecer sistemáticamente ante el Juez competente antes de que resuelva sobre la prórroga de la detención más allá de las setenta y dos horas, en los casos de personas sujetas a las prescripciones del artículo 520 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁵⁶⁸ Reiterándose que la ausencia de una investigación efectiva sobre los malos tratos y vejaciones denunciados por la demandante han impedido, “más allá de toda duda razonable” determinar la violación del artículo 3 en su manifestación sustantiva. Reprocha, a los órganos jurisdiccionales españoles, el Tribunal de Estrasburgo, dada la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las personas detenidas en régimen de incomunicación, la inobservancia de las medidas propuestas por los diferentes instancias internacionales (especialmente del CPT), siendo aquéllos garantes de la integridad de la demandante durante dicho periodo y correspondiendo al Estado español dar una explicación satisfactoria y convincente sobre la ausencia de malos tratos durante el arresto y la detención incomunicada; produciéndose así una inversión de la carga de prueba que recae directamente en el Estado español.

⁵⁶⁹ Díaz Crego, M. (2014). “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno a España: Una historia de encuentros y desencuentros”, en García Roca, J y Santolaya Machetti, P. (coords.), *La Europa de los Derechos: Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, págs. 791 a 831.

legislador español no ha corregido ciertas deficiencias estructurales en nuestro ordenamiento, muy especialmente en lo que se refiere a la preceptiva investigación de denuncias por malos tratos relacionadas con la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad. Mas no es menos cierto que “*España acumula un escaso número de sentencias condenatorias relacionadas con la vulneración de los artículos 2 y 3CEDH*”, como asevera la citada autora.

Derecho a la libertad y la seguridad (Art 5 CEDH).

Por su parte, Arriese Irondo⁵⁷⁰ mantiene que el derecho a la libertad consagrado en el artículo 5 ha de entenderse en sentido clásico, como libertad física, no incluyéndose otras libertades recogidas en el Convenio. Por otro lado, y a los efectos de determinar el ámbito de aplicación del precepto, distinguen, Álvarez García y Queralt Jiménez⁵⁷¹, entre privación de libertad y restricciones de libertad de circulación previstas en el artículo 2 del Protocolo nº 4.

En cuanto a las condiciones, aunque “*no se requiere que se espose a la persona, sea encerrada en una celda o restringida físicamente de cualquier otra manera*”, sí es determinante “*que una vez dentro del lugar de detención esté sometida a vigilancia constante y no sea libre para marcharse*”. Por otro lado, corresponderá a cada Estado signatario la determinación de los supuestos en que podrá producirse dicha privación de libertad, de modo que deberá practicarse de conformidad con los fines recogidos en el citado artículo, excluyéndose la arbitrariedad, “*entendida ésta no como mera ilegalidad, sino como injusticia, imprevisibilidad, irracionalidad, capricho y desproporcionalidad*”. Ello no implica, aseveran Álvarez García y Queralt Jiménez⁵⁷², que estemos en presencia de un derecho de configuración legal, sino que corresponde a las diferentes normas constitucionales y diversos instrumentos constitucionales, la determinación de las citadas condiciones.

⁵⁷⁰ Así, Arriese Irondo, M^a N. (2015), “Artículo 5. Derecho a la libertad y a la seguridad” en Lagasabaster Herrarte I. (dir), “*Convenio Europeo de Derechos Humanos: Comentario sistemático*”, Madrid, Editorial Aranzadi S.A., págs. 113 a 202.

⁵⁷¹ Álvarez García F.J. y Queralt Jiménez A. (2014). “El derecho a la libertad y a la seguridad y su sistema de garantías en el Convenio de Roma: un estándar mínimo europeo”, en García Roca, J y Santolaya Machetti, P. (coords.), *La Europa de los Derechos: Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, págs. 129 a 200.

⁵⁷² Álvarez García F.J. y Queralt Jiménez A. (2014), op. cit. . . páginas 129 a 200.

Junto al derecho a la libertad se reconoce el derecho a la seguridad, aunque referido “*única y exclusivamente a la prohibición de ataques arbitrarios contra el derecho a la libertad*”⁵⁷³.

El contenido del artículo 5 también engloba la llamada “*desaparición forzosa*”. A esta última se refiere la jurisprudencia el TEDH en diversas sentencias, recientes, recurriendo a la noción de “*desaparición forzosa*”, acuñada por el derecho internacional, y que consiste en “*la privación de libertad, la negativa a reconocer dicha privación o el ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola de la protección de la ley*”, tal y como se define en la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

En lo que se refiere a la titularidad del derecho, hemos de predicarla de cualquier persona física, sin que pueda extenderse a las personas físicas. El TEDH lo extiende a las personas condenadas, aunque lo sean a cadena perpetua⁵⁷⁴.

En el *asunto José Luis Mateos Sánchez c. España*⁵⁷⁵ de fecha 16 de abril de 1996, el TEDH declaró inadmisibile la demanda por no haberse agotado las vías de recurso interno.

Derecho a un proceso equitativo (Art. 6 CEDH).

A diferencia el derecho a la libertad, el derecho a un proceso equitativo no es un derecho absoluto, sino de configuración legal por cada Estado signatario, dentro de un amplio margen de discrecionalidad, que no podrá vulnerar el núcleo esencial de aquél.

⁵⁷³ Arrese Iriondo, M^a N.(2015), op. cit. páginas 113 a 202.

⁵⁷⁴ Asunto Weeks c. Reino Unido, de fecha 2 de marzo de 1987.

⁵⁷⁵ El demandante había sido condenado a una pena privativa de libertad de siete años por la comisión de un delito de homicidio con circunstancia eximente incompleta de enajenación mental siendo internado en un centro psiquiátrico. El demandante había solicitado su traslado a un centro penitenciario ordinario por mejoría en su estado de salud, a lo que se negó la Audiencia Provincial de Murcia. A mayor abundamiento el TEDH declaró expresamente que “*los procesos relativos al internamiento de una persona en un centro psiquiátrico no afectan a los derechos y obligaciones de carácter civil ni al fundamento de una acusación en materia penal. Resulta que el proceso inculcado no depende el artículo 6.1 del Convenio*”.

Suele distinguirse⁵⁷⁶ en el citado precepto dos partes diferenciadas, relativas a los principios del proceso equitativo (ya sea en el oren civil o penal) y a una serie de garantías a los inculpados en el proceso penal. De suerte que el artículo 6 garantiza “frente al Estado, un derecho subjetivo de cada ciudadano- nacional, extranjero, persona física, o con algún matiz, persona jurídica- al proceso debido”⁵⁷⁷.

Nuestro país ha sido condenado en numerosas ocasiones por la vulneración del artículo 6 del Convenio, tanto en su vertiente del derecho al debido proceso como a las dilaciones indebidas en procesos judiciales, constituyendo en nuestro “talón de Aquiles”⁵⁷⁸ en relación con la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo.

En la Sentencia de fecha 22 de julio de 2008, en el caso *Gómez de Liaño c. España* se declaró la vulneración del derecho a un proceso justo, en su modalidad de derecho a un Tribunal imparcial, al apreciar que el órgano jurisdiccional encargado de juzgar al demandante suscitaba serias dudas sobre su imparcialidad, toda vez que todos sus miembros habían participado en la fase instrucción e incluso en la apelación contra el Auto de procesamiento dictado contra el demandante. En parecidos términos se pronuncia el TEDH en el *asunto Cardona Serrat contra España*, de fecha 26 de octubre de 2010, toda vez que el demandante fue condenado por la Audiencia Provincial de Valencia por un delito continuado de abusos sexuales. Dos de los tres magistrados que componían dicha Sala habían acordado previamente el ingreso en prisión del demandante, por lo que a juicio del TEDH tenían por tanto una idea preconcebida de su culpabilidad.

En el *asunto Igual Coll c. España* de fecha 10 de marzo de 2009, concluyó que se había vulnerado el artículo 6 del CEDH, en su vertiente de derecho a la defensa, por haberse condenado al demandante en apelación sin vista, tras haber sido absuelto en primera instancia.

⁵⁷⁶ Aranguena Fanego C. (2014).” Primera aproximación al Derecho a un proceso equitativo y a las exigencias contenidas en artículo 6.1 CEDH; en particular el derecho de acceso a un tribunal”. García Roca, J y Santolaya Machetti, P. (coords.), *La Europa de los Derechos: Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, páginas 201 a 228.

⁵⁷⁷ Esparza Leibar I. y Etxaberría Guridi J. F. (2015). “Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo”, en Lasagabaster Herrarte, I. (dir.). *Convenio Europeo de Derechos Humanos: comentario sistemático*, Madrid, Aranzadi, págs. 203 a 297.

⁵⁷⁸ Díaz Crego, M.(2014) op. cit. páginas 791 a 827.

Durante el año 2010 nuestro país fue objeto de dos sentencias condenatorias por vulneración del artículo 6, en su modalidad de derecho de defensa. La primera de ellas en el *asunto Marcos Barrios c. España* de fecha 21 de septiembre de 2010 por cuanto el demandante había sido absuelto en primera instancia y condenado en apelación como autor de un delito de asesinato sin que se celebrara vista. A la misma conclusión llega el TEDH en el *asunto García Hernández c. España* de fecha 16 de noviembre de 2010.

Más recientemente en el asunto *Alony Kate c. España*, de fecha 17 de enero de 2012, el Estado español fue objeto de una resolución condenatoria⁵⁷⁹. En ese mismo año en el *asunto Serrano Contreras c. España*, de fecha 20 de marzo de 2012, el TEDH trayendo a colación la doctrina ya sentada en la *Sentencia Lacadena Calero* de 22 de noviembre de 2011, admitió que se había privado al demandante de su derecho de defensa, de suerte que el Tribunal Supremo le condenó con apoyo en una serie de informes resultantes de Comisiones Rogatorias, que convirtiéndose en determinantes de su culpabilidad sin que las partes tuvieran ocasión de examinarlo de acuerdo con los principios de inmediación y contradicción. No obstante, reprochó a España la demora de más once años en administrar justicia por los órganos jurisdiccionales españoles, que no se justificaba por la complejidad del caso (dos comisiones rogatorias); reconociendo al demandante su derecho a no sufrir dilaciones indebidas.

En el *asunto Román Zurdo y otros c. España* de fecha 8 de octubre de 2013, *Nieto Macero c. España* de igual fecha y *Sainz Casla* de fecha 12 de noviembre de 2013 se dictaron resoluciones condenatorias contra nuestro país por vulneración del artículo 6 del CEDH, en concreto por haber sido condenados en segunda instancia por la jurisdicción interna sin ser oídos personalmente.

⁵⁷⁹ Esta vez por violación del derecho a un juicio justo, en su manifestación del derecho a un juez imparcial. Se trataba de un nacional español, aunque de origen sirio, que fue condenado por la Audiencia Nacional por un delito de colaboración con banda armada. El TEDH consideró que podía dudarse de la imparcialidad objetiva de los magistrados de la Audiencia Nacional que acordaron la prisión provisional del demandante, cuando el Juez de Instrucción le había concedido la libertad provisional.

Posteriormente en el asunto *Varela Geis c. España* de 5 de marzo de 2013, estimó el Tribunal de Estrasburgo que se había producido una vulneración del derecho a un proceso equitativo, en su vertiente a ser oído y asistido legalmente⁵⁸⁰.

A sensu contrario, en el *asunto Gani c. España*, de fecha 19 de febrero de 2013, se determinó por el TEDH que no se había producido vulneración del artículo 6 del CEDH por haberse admitido, por el Tribunal de apelación, como prueba las declaraciones efectuadas por el acusado durante las diligencias preliminares. Tampoco se dictó sentencia condenatoria contra nuestro país en el *asunto Naranjo Acevedo* de fecha 22 de octubre de 2013, por apreciarse que se respetaron las garantías procesales en segunda instancia del “demandante” condenado por un delito de robo con violencia, uso de armas de fuego y asesinato.

En cambio, no apreció violación del artículo 6 apartados 1,2,3 del Convenio en el asunto *Vaquero Hernández y otros c. España* de fecha 2 de noviembre de 2010. Delimitando su propia competencia el Tribunal de Estrasburgo manifestó que no le corresponde reinterpretar los elementos de prueba que han servido para dictar condena, ni reexaminar las pruebas, aunque si le incumbe “asegurarse de que los medios de prueba han sido practicados para garantizar un proceso justo”; estando vedado al TEDH por tanto “*sustituir con su propia apreciación de los hechos y de las pruebas, la de las jurisdicciones internas*”.

Derecho a la vida privada, vida familiar y al secreto de la correspondencia. (Art 8 CEDH).

No encontró el TEDH, en el *asunto Abdulkadir Coban c. España* de fecha 26 de septiembre de 2006, vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones del “demandante”, en concreto de las telefónicas, que habían sido interceptadas en el marco de un proceso penal por un delito de tráfico de drogas, por entender aquél que

⁵⁸⁰ Dado que se habría impedido al “demandante” la preparación adecuada de su defensa, alegando este que había sido condenado en apelación por la Audiencia Provincial de Barcelona por un delito de genocidio, que no figuraba en el escrito de acusación y por el que no había sido condenado en primera instancia.

se trata de una injerencia prevista en la legislación española y en su jurisprudencia de forma clara y detallada, motivada adecuada y suficientemente en un Auto y sometida a control judicial. En esta Sentencia el TEDH trae a colación la doctrina fijada en el *asunto Prado Bugallo c. España* de fecha 18 de febrero de 2003, en la que se recogía de forma palmaria que las modificaciones introducidas en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la L.O. 4/ 1988, de 25 de marzo de 1988 no respondían a las condiciones⁵⁸¹ exigidas por el TEDH en esta materia; si bien es cierto que este último reconoce la labor integradora llevada a cabo por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, especialmente a partir del Auto de 18 de junio 1992, y por la del Tribunal Constitucional⁵⁸².

En síntesis puede concluirse con Díaz Crego⁵⁸³ que nuestro país no es de los países signatarios del Convenio con un mayor número de demandas y sentencias condenatorias, a pesar de las deficiencias estructurales apreciadas por el TEDH, muy particularmente en lo que se refiere a “*vulneraciones de las garantías asociadas al debido proceso, la obligación de investigar eventuales denuncias de malos tratos y del principio de legalidad, al hilo de la aplicación de la doctrina Parot*”.

Demandas individuales. (Artículo 34 CEDH).

Recientemente el TEDH ha entendido, en el *asunto Cano Moya c. España*, de fecha 11 de octubre de 2016, que se vulneraba por estado español (un derecho de naturaleza procesal, no sustantivo) el artículo 34 del convenio al obstaculizar a un recluso, que había sido objeto de una sanción disciplinaria, el derecho a presentar una demanda ante aquél, toda vez que el Juzgado de Vigilancia penitenciaria le denegaba copia de su expediente penitenciario. Asimismo, le fue denegado el acceso en amparo ante el TC por carecer la demanda de trascendencia constitucional. Si bien el TEDH declaró que *la obligación de no entorpecer el derecho a una demanda individual no significa automáticamente que el Estado tiene el deber de proporcionar los*

⁵⁸¹ Existencia de una injerencia prevista por la ley, (con base legal en derecho interno) finalidad y necesidad de la injerencia en una sociedad democrática.

⁵⁸² Por todas STC 184/2003 de 23 de octubre de 2003.

⁵⁸³ Díaz Crego, M. (2014) op. cit.páginas 791 a 827.

demandantes una copia de la documentación, el Tribunal también ha establecido que el artículo 34 del Convenio puede imponer a las autoridades estatales la obligación de facilitar copia de documentación a aquellos demandantes que se hallen en situaciones de especial vulnerabilidad o dependencia e incapaces de obtener la documentación necesaria sin ayuda del Estado”.

9.5 Excursus sobre la “doctrina Parot”.

Llama poderosamente la atención de la redacción del artículo 7 del Convenio el que se considere fuente del Derecho Penal la jurisprudencia, la costumbre y los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas; lo que ha llevado a la doctrina penalista patria a subrayar “*el contenido debilitado el principio europeo de legalidad*”⁵⁸⁴, incurriendo tal precepto en un cierto “*déficit democrático*”, abriendo la puerta a la imposición de penas en virtud de normas que no ostentan el rango formal de ley, y desembocando en “*un Derecho penal de la Unión Europea sustitutivo.....de los Derechos penales nacionales*”. Estamos pues en presencia de la no exigencia, por el artículo 7, de reserva absoluta de ley en materia penal, lo que conlleva de forma ineludible enormes problemas a la hora de conectar “*los preceptos constitucionales propios de cada país con la interpretación que ha merecido dicha cláusula por el TEDH*”.

Las exigencias de reserva absoluta de Ley en sentido formal y de plasmación por escrito de las normas penales han sido conscientemente omitidas por la norma objeto de este comentario. La falta de acogida de la garantía de reserva absoluta de

⁵⁸⁴ Huerta Tocildo, S. (2014). “El contenido debilitado del principio europeo de legalidad penal. Art. 7 CEDH y art. 4 y P7”, en García Roca, J. y Santolaya Machetti, P. (coords.), *La Europa de los Derechos: Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, págs. 400 y 403. Como recoge la citada autora, el Tribunal Constitucional ha acogido expresamente en numerosas resoluciones (SSTC 75/1984, de 27 de junio; 61/1990, de 29 de marzo; 177/1992 de 2 de noviembre) la doble función de garantía del principio de legalidad penal. En concreto en la STC 6/1994 , de 17 de enero en su FJ 3º (reiterada en las SSTC 133/1999, de 15 de julio, 60/2000, de 2 de marzo y 113/2002, de 9 de mayo) señala que *el artículo 25.1 CE incorpora una doble garantía: la primera de orden material y alcance absoluto, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica..... y se traduce en la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes (lex scripta et lex praevia). La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de tales sanciones.*

*ley en sentido formal puede, además, plantear no pocos problemas a la hora de conectar los preceptos constitucionales propios de cada país con la interpretación que ha merecido dicha cláusula por parte del TEDH.*⁵⁸⁵

Es en esta materia donde se deja sentir notablemente la necesidad de cohonestar la jurisprudencia del TEDH y la jurisprudencia emanada de nuestro Alto Tribunal al interpretar los preceptos constitucionales, que será objeto de desarrollo en el epígrafe octavo de este capítulo.

En ese orden de cosas he de destacar que el Convenio, en su artículo 7, tampoco acoge *expressis verbis* el principio de retroactividad de la ley penal más favorable. Por el contrario, sí que se deduce de la jurisprudencia del TEDH la prohibición de la analogía *in malam partem*.

En relación con el derecho reconocido en el artículo 7 CEDH, nuestro país ha sido condenado en tres ocasiones, destacando el asunto Del Río Prada c. España de fecha 10 de julio de 2012, en el que TEDH constató la violación de los artículos 5 y 7 del Convenio. La demandante fue condenada por la Audiencia Nacional por la comisión de los delitos de pertenencia a organización terrorista, posesión ilícita de armas y explosivos, atentados, lesiones, asesinatos y tentativas de asesinatos, estragos, a un total de más de tres mil años de penas privativas de libertad, si bien de conformidad con el artículo del 70.2 del Código penal de 1973 el tiempo máximo de cumplimiento efectivo era de treinta años. Hasta la fecha una consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo venía estableciendo que los beneficios penitenciarios recogidos en la normativa penal y penitenciaria se aplicaban sobre la pena máxima de cumplimiento efectivo. De forma sorpresiva la doctrina jurisprudencial fijada se modificó por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 197/2006, de 28 de febrero en la que sostenía ahora que las remisiones de penas debían aplicarse sobre cada una de las penas impuestas de manera individual y no sobre el máximo de treinta años de cumplimiento; por lo que vendría obligada la demandante a cumplir íntegramente el plazo de treinta años de pena privativa de libertad. A tal efecto el Centro penitenciario en el que se hallaba recluida la demandante, teniendo en

⁵⁸⁵ *Íbidem*, pág 402 y 404.

cuenta que había ingresado en prisión el día 14 de febrero de 1989, determinó que correspondía su puesta en libertad el 2 de julio de 2008, a lo que la Audiencia Nacional replicó que debía procederse a un nuevo cómputo de conformidad con la nueva doctrina del Tribunal Supremo, la conocida como doctrina Parot. La nueva fecha resultante sería pues el 27 de julio 2017, fijada por Auto de la Audiencia Nacional. Tanto el posterior recurso de súplica ante el citado órgano jurisdiccional como el recurso de amparo ante nuestro Tribunal Constitucional fueron desestimado el primero e inadmitido el segundo, por cuanto la demandante no había justificado la pertinencia constitucional de sus denuncias.

El TEDH a través de su Sección Segunda consideró que se vulneraba el derecho a la libertad y seguridad de la demandante, por cuanto ésta no podía en el momento de acumulación de todas sus penas “que *el método de cálculo de estas redenciones de condena serían objeto de un giro jurisprudencial del Tribunal Supremo en 2006 y que este cambio se le aplicaría retroactivamente*”. Asimismo, el TEDH reprocha a nuestro Estado que el principio de legalidad de los delitos y las penas que proclama el artículo 7 del Convenio prohíbe que el Código Penal pueda ser interpretado en perjuicio del reo, sin detrimento de que los Estados puedan modificar su política penal, reforzando la represión de los crímenes y delitos. A mayor abundamiento “*la aplicación con efecto retroactivo de las Leyes penales posteriores solo se admite cuando el cambio legislativo es favorable al acusado*”, recordando la doctrina establecida en el *asunto Scoppola c. Italia* de fecha 17 de septiembre de 2009. Por otro lado, el Tribunal de Estrasburgo constató que el cambio jurisprudencial operado en el año 2006 por el Tribunal Supremo tuvo lugar una vez entrado en vigor el vigente Código penal de 1995. En última instancia el propio TEDH concluyó que es responsabilidad del Estado español la puesta en libertad de la demandante en el menor tiempo posible. El Gobierno español recurrió la Sentencia ante la Gran Sala al amparo de los artículos 43 y 44 del Convenio. Ni que decir tiene que fue confirmada por esta última, en Sentencia de 21 de octubre de 2013.

Mas al margen de cuestiones netamente procesales, Gimeno Sendra⁵⁸⁶ pone de relieve como el TEDH en la sentencia objeto de este apartado, ha “*creado un nuevo derecho fundamental en nuestro ordenamiento, cual es el que asiste a todo recluso a no ver incrementada su condena por encima de la pena prevista en el momento en que hubiera cometido la infracción*”, al incluirse por el Tribunal de Estrasburgo en el contenido del principio de legalidad (artículo 7) no solo el principio de tipicidad, sino el de “penalidad”(art. 7.1 in fine); lo que conllevará, en palabras del citado autor, a una “*petrificación de la doctrina legal del TS*”, ya que no podrá modificarla in peius, sin incurrir en “*infracción del principio de legalidad en su manifestación de previsión de la penalidad*”. Concluye Gimeno Sendra que el propio TEDH incurre en error al identificar derecho legislado con jurisprudencia, toda vez que “*respecto a la jurisprudencia no rige la prohibición de retroactividad*”.

9.6 Análisis de la jurisprudencia del TEDH no relativa a España.

A semejanza del análisis efectuado de las resoluciones del TEDH en las que resulte afectado nuestro país, procede ahora la exégesis de aquellas resoluciones dictadas en asuntos en los que no viéndose demandada España, contribuyen a delimitar el contenido esencial y límites de los derechos de los reclusos. Para ello nos detendremos en los derechos invocados por los demandantes privados de libertad, en sentido amplio del término.

Prohibición de la tortura y de tratos y penas inhumanos y degradantes. (Art 3 CEDH)

El artículo 3 del Convenio contempla como actuaciones que deben ser erradicadas de los Estados Parte tanto la tortura como los tratos inhumanos y degradantes. Será preciso deslindar ambas nociones a la luz de la jurisprudencia del

⁵⁸⁶ Gimeno Sendra, V. (2014), op. cit. páginas 1 a 10; en la que recuerda que “*desde el tenor literal del artículo 25.1 CE y desde la jurisprudencia del TC, el principio de legalidad ha venido siendo exclusivamente concebido como principio de tipicidad*”.

TEDH. El trato inhumano⁵⁸⁷ requiere haber sido “*aplicado con premeditación durante horas, causando bien lesiones corporales bien graves sufrimientos psíquicos y mentales*”⁵⁸⁸. Por su parte trato degradante⁵⁸⁹ es “*aquel que provoca sentimientos de miedo, angustia e inferioridad orientados a humillar, degradar y quebrantar eventualmente la resistencia física o moral de la persona a quienes se le aplican, o a obligarla a actuar en contra de su voluntad o su consciencia.*”

A mayor abundamiento entiende el Tribunal que para calificar jurídicamente una conducta como tortura debe concurrir un mayor nivel de crueldad, de gravedad y un elemento intencional: una voluntad deliberada. (*especial vileza de tratos inhumanos deliberados que provocan sufrimientos muy graves y crueles*)⁵⁹⁰ Sin embargo amenazar a alguien con torturarlo puede constituir cuando menos un trato inhumano y no una tortura en sentido estricto, a pesar de que haya organizaciones internacionales (verbi gratia Redress Trust) que califiquen una amenaza de tortura como tortura, comprendiendo ésta los padecimientos físicos y mentales: “*el temor a la tortura física puede constituir en sí misma una tortura mental*”.

De suerte que el TEDH establece como doctrina reiterada la nítida diferenciación entre la *vertiente*⁵⁹¹ *procesal y material del artículo 3 del Convenio*. Los requisitos para que tenga lugar la primera de ellas (vertiente procesal) serían : la ausencia de una investigación oficial efectiva, que permita una perfecta identificación de los autores de los hechos constitutivos de tortura o de tratos inhumanos o degradantes (*asunto Corsacov contra Moldavia* de fecha 4 abril de 2006, y *asunto Assenov y otros c. Bulgaria* de fecha 28 de octubre de 1998); además de efectiva debe producirse una investigación rápida y exhaustiva, debiéndose adoptar todas las medidas a su alcance por las autoridades para recabar pruebas sobre los hechos, incluidas las declaraciones de testigos y las pruebas forenses (*asunto Gul c. Turquía*

⁵⁸⁷ Calificándose como tal en la STEDH de fecha 27 de noviembre de 2003, *asunto Henaf c. Francia*, el hecho de atar a un preso la noche de ser trasladado a un hospital extrapenitenciario para ser intervenido.

⁵⁸⁸ Vid. STEDH de fecha 1 de junio de 2010, *asunto Gafgen c. Alemania*.

⁵⁸⁹ A modo de ejemplo, el TEDH consideró, en el *asunto Yankov c. Bulgaria*, de 11 de diciembre de 2003, como trato degradante rapar la cabeza de un recluso.

⁵⁹⁰ *Asunto Askoy c. Turquía* SSTEDH de fecha 18 de diciembre de 1996.

⁵⁹¹ *Asunto “El Masri c. Ex República Yugoslava de Macedonia”*, de fecha 13 de diciembre de 2012.

de fecha 14 de diciembre de 2000) ; la investigación debe practicarse en tercer lugar con total independencia del poder ejecutivo (*asunto Mehmet Emin Yuksel c. Turquía* de 20 de julio de 2004) y contar con la participación efectiva de la víctima en aquélla (*asunto Ognyanova y Choban contra Bulgaria* de fecha 23 de febrero de 2006, *Denis Vasilev contra Rusia* de 17 de diciembre de 2009, *Khadjaliyev c. Rusia* de 6 de noviembre de 2008).

En lo que se refiere al esclarecimiento de los hechos que puedan ser constitutivos de las conductas prohibidas por el artículo 3, han de ser objeto de un “*examen particularmente exhaustivo*” (*asunto Ribitsch c. Austria* de fecha 4 de diciembre de 1995 y *Georgiy Bykov contra Rusia* de 14 de octubre de 2010).

Por otro lado será necesario para la vulneración del artículo 3 del Convenio en su *vertiente material* que los malos tratos alcancen un mínimo de gravedad, para lo que habrá de atenderse a una serie de variables, como la duración del trato y de sus efectos físicos y mentales y en ocasiones , el sexo, la edad de la víctima, y su estado de salud (*asunto Irlanda contra Reino Unido* de 18 de enero de 1978), el propósito con el que se infligió el maltrato y la intención o motivación que lo inspiraron (*Krastanov contra Bulgaria* de 30 de septiembre de 2004).

Común a ambas conductas proscritas sería la advertencia que efectúa el Tribunal cuando determina que la torturas o tratos inhumanos o degradantes no están justificados ni siquiera cuando la vida de un individuo está en peligro, ni en el caso de amenaza pública hacia la vida de la Nación, y ello con independencia de las actuaciones de la persona sometida a tales actos o de la motivación de las Autoridades. Constituye pues en la redacción del artículo 3 del CEDH y en su aplicación e interpretación por el TEDH un derecho absoluto e inalienable reconocido a toda persona y que no admite excepciones al amparo del artículo 15.2 del Convenio (a diferencia de la mayoría de las cláusulas del mismo), por cuanto constituye “*uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas* “. No siendo admisible su utilización por los Estados parte para combatir el terrorismo o el crimen organizado.

Sin embargo en el asunto *A. y otros c Reino Unido*, de 19 de febrero de 2009, el TEDH declaró no haber lugar a la violación del artículo 3 del CEDH, por entender que los demandantes reclusos en diversas prisiones y hospitales psiquiátricos británicos, gozaban según el derecho interno del país anglosajón “*de la posibilidad de revisar la pena perpetua con el fin de conmutarla, suspenderla, o concluirla o incluso poner en libertad condicional al preso*”, toda vez que “*infligir a un adulto una pena perpetua e incomprensible de reclusión que excluya toda esperanza de puesta en libertad*” podría constituir una vulneración del artículo 3 del Convenio. Y ello a pesar de que el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, como consecuencia de sendas visitas efectuadas, señaló que el estado de salud de la mayor parte de los presos (demandantes) había empeorado por la reclusión, en particular, a causa del carácter indeterminado de su duración. Es más, calificó la situación de los presos “como trato inhumano y degradante”.

Esta línea jurisprudencial ha sido mantenida en sentencias posteriores como la recaída en el asunto *Vinter y otros contra Reino Unido*, de fecha 9 de julio de 2013, al afirmarse de forma tajante “*que para que una cadena perpetua resulte compatible con el artículo 3 del convenio, deben existir tanto la expectativa de ser puesto en libertad como la posibilidad de revisión de la pena.*”. Pero no es menos cierto que el que caen fuera del ámbito competencial del TEDH la elección del sistema penal concreto, los mecanismos de revisión de las penas y las condiciones de la puesta en libertad, recayendo pues en los Estados Parte del Convenio la adecuada duración de las penas privativas de libertad, incluyendo la cadena perpetua, así como las condiciones de aquéllas.

A juicio del Tribunal asimismo se lesionaría el derecho a la integridad física y moral del demandante, esto es, la vulneración del artículo 3 del Convenio, en aquellos casos en los que el cumplimiento de una orden de extradición⁵⁹² de un recluso, lo coloque en una situación de riesgo real e inminente de sufrir malos tratos. Para ello se exige en la jurisprudencia del TEDH una serie de requisitos acumulativos : Debe valorarse por el Tribunal las condiciones del país de destino que sean contrarias las normas del CEDH, es decir, si existen razones fundadas para creer que el individuo

⁵⁹² STEDH de 25 de abril de 2013, asunto *Savriddin Dzhurayev c Rusia*.

extraditado se le expondría a un riesgo real e inminente de ser sometido a tratos inhumanos (*asunto Saadi c. Italia y Soering c. Reino Unido* de fecha 7 de julio de 1989); en segundo lugar comprobar si las autoridades del país donde se encuentra el demandante sobre el que recae la petición de extradición cumplieron la obligación positiva de proteger a este del riesgo real e inmediato por el traslado forzoso al país de destino ; y en última instancia si a la extradición ha seguido una investigación rápida y efectiva sobre la reclamación de tortura o malos tratos por agentes del Estado (*asunto Assenov y otros c. Bulgaria* de fecha 28 de octubre de 1998, *asunto Gul c. Turquía* de fecha 14 de diciembre de 2000).

En todos los supuestos de acusaciones por los demandantes de vulneración del artículo 3 el Convenio, el TEDH exige un “examen *particularmente exhaustivo*”⁵⁹³, de los hechos de los que deriva la demanda, incluyéndose “la calidad del procedimiento interno y cualquier deficiencia que vicie el proceso interno”⁵⁹⁴; aunque como corolario de dicha tesis condiciona la vulneración del artículo 3, en su vertiente material, del CEDH a aquellos casos en los que se hayan acreditado por el demandante las acusaciones “*más allá de toda duda razonable*”⁵⁹⁵.

Singularmente pone de relieve López Ulla⁵⁹⁶, que en el asunto *Ramihi c. Grecia*, de fecha 5 de abril de 2011, el TEDH realiza del artículo 3 una “*interpretación abierta y finalista que para su adaptación a la realidad de los tiempos el Convenio demanda*”, al entender que se vulnera dicho precepto, en su vertiente material, por las autoridades helenas no solo por las condiciones infrahumanas del internamiento, una vez producida la detención de un menor no acompañado de origen iraní, sino que, por primera vez se afirma que la situación de desamparo en la que queda el menor una vez decretada su expulsión del país, sin la más mínima asistencia, constituye asimismo conculcación del citado precepto.

⁵⁹³ Asunto *Georgiy Bykov c. Rusia* de 14 de octubre de 2010.d

⁵⁹⁴ *Asunto Denisenko Bogdanchickov c. Rusia* de 12 de febrero de 2009.

⁵⁹⁵ Así se establece en SSTEDH de fecha 13 de diciembre de 2012 ap. 167, *asunto El -Masri c. Ex-República Yugoslava de Macedonia*.

⁵⁹⁶ López Ulla, J.M. (2013). “Alcance del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en relación con la detención de un menor extranjero no acompañado: la obligación positiva de no dejarle en desamparo”. *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 32, páginas 481 a 497.

Derecho a la libertad y la seguridad (Art 5 CEDH)

El derecho a la libertad y a la seguridad, en palabras del TEDH (*asunto Askoy c. Turquía de fecha 18 de diciembre de 1996*), consagra un derecho fundamental consistente en la protección de toda persona frente a violaciones arbitrarias del Estado a su libertad. Debe tenerse presente que la lista de excepciones recogidas en el mismo tiene naturaleza de *numerus clausus*, debiendo ser objeto de una interpretación estricta (*asunto Asatryan c. Armenia de fecha 9 de febrero de 2010*).

De modo recurrente viene distinguiéndose en la jurisprudencia del TEDH entre vulneración en sentido material y formal del derecho a la libertad y a la seguridad, tal y como lo viene haciendo en relación con artículo 3 del CEDH⁵⁹⁷.

Entendemos acertada, en aras de lograr una mayor protección de las personas que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad, la inversión de la carga de la prueba que efectúa el TEDH en numerosos pronunciamientos⁵⁹⁸ al hacer recaer sobre las autoridades del Estado Parte demandado la presunción de que cualquier lesión o fallecimiento sufrido por una persona detenida o custodiada por aquéllas podrá serle atribuida como violación de los artículos 3 y 5 del convenio. De suerte que en ese afán proteccionista llega a afirmar el TEDH que una detención puede ser lícita según el ordenamiento jurídico de un Estado Parte y al mismo tiempo ser calificada de arbitraria, y por tanto contravenir el artículo 5 del Convenio, por no ser aplicada de buena fe, por no ser adecuados el lugar y condiciones de la detención, o por superar el plazo que sea necesario para lograr el fin perseguido⁵⁹⁹. Este criterio ha sido mantenido en la reciente sentencia de fecha 25 de abril de 2013, *asunto*

⁵⁹⁷ Así las cosas, consideró como detención arbitraria, el cautiverio, en régimen de aislamiento sufrido por el demandante en el *asunto “El -Masri c. Ex República Yugoslava de Macedonia”*, ignorándose su paradero durante más de cuatro meses. A tal efecto no se produjo una investigación por las autoridades del país (Macedonia) que disipara cualquier duda sobre las acusaciones del demandante de haber sufrido una desaparición forzosa, de suerte que el TEDH entendió conculcado el derecho a la libertad consagrado en el artículo 5 del Convenio en su vertiente procesal.

⁵⁹⁸ *Asunto Rupa c. Rumania* de fecha 16 de diciembre de 2008, *asunto Orhan c. Turquía* de fecha 18 de junio de 2002, y de forma contundente en el *asunto El -Masri c. Ex-República Yugoslava de Macedonia*, ap. 152.

⁵⁹⁹ *Asunto A. y otros c. Reino Unido* de 19 de febrero de 2009, apartado 162.

Savriddin Dzhurayev c. Rusia, en particular el apartado 4 del artículo 5 por las dilaciones indebidas sufridas por el demandante en la resolución de los recursos planteados durante su detención y posterior internamiento.

Derecho a un proceso equitativo (Art. 6 CEDH).

Amén de ser la “*disposición convencional más invocada y que cuenta con mayor número de asuntos resueltos ante el Tribunal de Estrasburgo*”, a juicio del profesor Jimena Quesada⁶⁰⁰ el contenido esencial del derecho a un proceso equitativo puede descomponerse en tres manifestaciones: en el acceso a la jurisdicción, en la necesidad de una resolución judicial fundada en derecho y en la garantía de la ejecución de la decisión adoptada; subrayándose la trascendencia del factor temporal a la hora de configurar las legislaciones internas los diferentes plazos de acceso a la jurisdicción y para entablar recursos. Aun cuando la redacción literal del artículo 6 del Convenio parece referirse a los procesos civiles y criminales, merced al “*papel instrumental o garantía transversal*”⁶⁰¹ de los demás derechos fundamentales”, puede extenderse, en virtud de una interpretación sistemática de aquél, a otros órdenes jurisdiccionales como el contencioso administrativo, militar, o social.

Como nos recuerda Gómez de Liaño Fonseca-Herrero⁶⁰², el TEDH reconoce por primera vez en la Sentencia de 21 de febrero de 1975, *asunto Golder c. Reino Unido*, la necesidad de proteger el *derecho de acceso* a los Tribunales, aunque lo hace con arreglo a las garantías del derecho a un proceso equitativo, asimismo llamado “derecho a un tribunal”.

⁶⁰⁰ Jimena Quesada, L. (2005) “El derecho a un proceso equitativo reconocido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y su proyección nacional: entre el tiempo para conocer Europa y el tiempo para hacer justicia conforme a los parámetros europeos”. *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furiol Ceriol*, núm. 50/51, páginas 177 a 191. En el citado trabajo se recalca, en aras de aumentar la efectividad del CEDH, la imprescindible formación en Derecho Europeo de los operadores jurídicos, incluyendo a los propios órganos jurisdiccionales.

⁶⁰¹ Jimena Quesada, L. (2005), op. cit., página 186.

⁶⁰² Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, M. (2006). “Los Derechos de naturaleza procesal en la Unión Europea: Protección y contenido”. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 11, 2º semestre, págs. 61 a 78.

El derecho recogido en el artículo 6 ha sido abordado por el Tribunal de Estrasburgo con ocasión del *asunto Soering c. Reino Unido* de 7 de julio de 1989. Recordando dicha jurisprudencia establece de nuevo en la SSTEDH de fecha 17 de enero de 2012, *asunto Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*, que “una decisión de expulsión o extradición, excepcionalmente, plantear una cuestión desde la perspectiva del artículo 6 cuando el fugitivo haya sufrido, tenga el riesgo de sufrir, una manifiesta denegación de justicia en el Estado demandante”. A título ejemplificativo, y sin ánimo exhaustivo, se señala que estaremos en presencia de una denegación manifiesta de justicia en los supuestos de detención sin quepa la posibilidad de ser examinada por Tribunal independiente, la imposibilidad de que el detenido mantenga comunicación con su abogado, juicio sumario con inobservancia absoluta del derecho de defensa, sentencia condenatoria sin posibilidad de una revisión sobre el fondo de la acusación y por supuesto la obtención de pruebas incriminatorias mediante el uso de la tortura⁶⁰³

En el ámbito estrictamente penitenciario, en el *asunto Bifulco c. Italia* de fecha 8 de febrero de 2005, el TEDH declaró vulnerado el artículo 6 (en su vertiente de plazo razonable o dilaciones indebidas) por la tardanza de un Tribunal de Vigilancia Penitenciaria a la hora de resolver un recurso interpuesto por un recluso en régimen de prisión especial, toda vez que afecta a los derechos del preso y a la validez limitada en el tiempo de la decisión recurrida⁶⁰⁴.

No hay pena sin ley. (Art 7 CEDH)

La posición del TEDH sobre este precepto de capital importancia para cualquier persona privada de libertad, queda recogida en los pronunciamientos de fecha 17 de mayo de 2010, *asunto Kokonov contra Letonia*, y de 18 de julio de 2013, *asunto Mastouf Damjanovic c Bosnia y Herzegovina*. Es precisamente en esta última sentencia en la que el TEDH, reiterando su doctrina ya establecida en la primera resolución citada, califica este precepto como elemento central del Estado de Derecho

⁶⁰³ Utilizando por ejemplo la técnica de la “falaka o falanga“, consistente en infligir golpes en los pies como se reconoció por el Tribunal en el *asunto Mammadov c. Azerbaiyán* de 11 de enero de 2007, y en el *asunto Valeriu y Nicolae Rosca c. Moldavia* de fecha 20 de octubre de 2009, entre otros.

⁶⁰⁴ Esparza Leibar y Etxebarria Guridi J.F.(2015) , op. cit...páginas 203 a 297.

y un instrumento esencial en la protección jurisdiccional de los derechos plasmados en el Convenio; subrayando su preeminencia en el hecho de que no sea posible su derogación ni siquiera en los casos de guerra u otro peligro público de conformidad con el artículo 15. En palabras del propio Tribunal se convierte así el artículo 7 en “*una garantía efectiva contra las persecuciones, condenas y penas arbitrarias*”⁶⁰⁵: declarando haber lugar a la violación del principios de legalidad de los delitos y de las penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) y de irretroactividad de la ley penal menos favorable para el reo, contenidos en el artículo 7 del Convenio, como consecuencia de la aplicación retroactiva por los Tribunales de Justicia de Bosnia-Herzegovina de los preceptos contenidos en el Código Penal de 2003 (de Bosnia), por hechos delictivos cometidos por los demandantes en los años 1992 a 1995 (crímenes de guerra) en lugar el Código penal de la antigua República Federal Socialista de Yugoslavia de 1976, que contenía penas más favorables a los reos.

Derecho a la vida privada, vida familiar y al secreto de la correspondencia. (Art 8 CEDH).

El artículo 8 del Convenio reconoce a “*toda persona*” el derecho a que sea respetada su vida privada y familiar. Ante esta garantía normativa debemos plantearnos la cuestión de si, a juicio del TEDH, es aplicable a las personas privadas de libertad en virtud de condena penal. La respuesta puede encontrarse en la STEDH de fecha 13 de diciembre de 2012, *asunto “El-Masri c. ex República Yugoslava de Macedonia*”⁶⁰⁶, al afirmarse de forma tajante que tal precepto es extensible a “*situaciones de privación de libertad*”⁶⁰⁷, integrándose en el contenido esencial de tal derecho tanto la integridad física y moral de la persona, debiendo ser protegido de cualquier injerencia arbitraria de los poderes públicos⁶⁰⁸.

⁶⁰⁵ *Asunto Mastouf Damjanovic c. Bosnia y Herzegovina.*

⁶⁰⁶ En la citada sentencia el Tribunal entendió que había sido conculcado el derecho del demandante garantizado en el artículo 8 del Convenio, toda vez que durante su privación de libertad durante cuatro meses (en régimen de aislamiento, sin ningún contacto con su familia, que ignoraba su paradero) se produjeron efectos devastadores en su integridad física y psicológica; de suerte que dicha injerencia en su vida privada y familiar “*no estaba prevista por la ley.*”

⁶⁰⁷ *Asunto Raninen contra Finlandia* de fecha 16 de diciembre de 1997.

⁶⁰⁸ *Asunto Kroon y otros contra Países Bajos.*

Dado que los presos gozan “de todos los derechos reconocidos por el Convenio, a excepción del derecho a libertad”, forma parte del contenido esencial del derecho reconocido en el artículo 8, el contacto con su familia más cercana⁶⁰⁹. “La posición favorable del Tribunal al derecho de los presos a acceder a procedimientos de inseminación artificial, contrasta con su reluctancia a interpretar que el Convenio obligue a los Estados contratantes a establecer el derecho a gozar de visitas conyugales en prisión⁶¹⁰, al tratarse de una cuestión de la que disfrutaban de un amplio margen de apreciación por aquéllos, en función de sus recursos.

A mayor abundamiento el TEDH ha considerado contrario al Convenio la interceptación de las comunicaciones ya sean telefónicas, postales... entre los abogados y los reclusos, salvo que se acredite que el letrado actuara como partícipe junto al procesado en los hechos delictivos, en los *asuntos Campbell c. Reino Unido* de fecha 25 de marzo de 1992, *Radkov c. Bulgaria*, de 22 de abril de 2010, asunto *Kopp c. Suiza* de 25 de marzo de 1998 y en el asunto *Scoto contra Suiza* de fecha 28 de noviembre de 1991 (*escucha de las entrevistas en prisión*), y más recientemente en el asunto *Pruteanu c. Rumania* de fecha 3 de febrero de 2015.

Derecho a contraer matrimonio (Artículo 12 CEDH.)

El precepto⁶¹¹ engloba dos derechos autónomos, como son el derecho a contraer matrimonio y a tener hijos (“*fundar una familia*”), no exigiéndose por el TEDH como *conditio sine qua non* la convivencia entre los contrayentes para poder ejercer el primero de ellos⁶¹², especialmente en el caso de los reclusos como consecuencia del

⁶⁰⁹ Así lo reconoció en el *asunto Messina c. Italia*, de fecha 28 de septiembre de 2000, tal y como se manifiesta por Arzo Santiesteban, X. (2015). “Artículo 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar”, en Lagasabaster Herrarte I. (dir.), “*Convenio Europeo de Derechos Humanos: comentario sistemático*”, Madrid, Aranzadi, páginas 338 a 438.

⁶¹⁰ Arzo Santiesteban, X. (2015), op. cit. páginas 338 a 438. (*Asunto Dickson c. Reino Unido* de fecha 4 de diciembre de 2007)

⁶¹¹ “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”.

⁶¹² Así lo entiende Arriese Irondo M^a N. (2015), “Artículo 12. Derecho a contraer matrimonio” en Lagasabaster Herrarte I. (dir.), “*Convenio Europeo de Derechos Humanos: comentario sistemático*”, Madrid, Aranzadi, páginas 688 a 713., quien recuerda que la extinta ahora Comisión Europea de Derechos Humanos ya advirtió que vulneraría el artículo 12 no permitir a una persona contraer matrimonio durante el encarcelamiento o prohibirle abandonar temporalmente éste para casarse.

principio de separación de sexos. Como ha mantenido el Tribunal de Estrasburgo⁶¹³ no puede negarse este derecho por el status de condenado a penas privativas de libertad; no pudiendo impedirse por los Estados signatarios el ejercicio a los reclusos del derecho a casarse, salvo en los casos en los que exista obstáculo legal relativo al estado civil⁶¹⁴ “*según las leyes nacionales*”.

Derecho a un recurso efectivo (Art 13 CEDH).

Se ha afirmado que el derecho a un recurso efectivo “*más que un derecho, en realidad es una garantía de los demás derechos reconocidos en el Convenio*”⁶¹⁵. A juicio de Carmona Cuenca deben considerarse como requisitos del recurso efectivo: a) La instancia nacional que debe conocer el recurso no ha de ser necesariamente judicial, salvo excepciones relacionadas con el derecho a no sufrir malos tratos; b) la efectividad de un recurso no depende de la certeza de un resultado favorable; c) El artículo 13 no exige que exista un recurso interno contra las leyes, pero sí contra las normas reglamentarias; d) al menos en relación con ciertos derechos, el artículo 13 exige un recurso que pueda resolverse en un plazo útil para evitar la vulneración; e) el artículo 13 exige que el recurso interno tenga efectos suspensivos automáticos, al menos cuando esté comprometido el derecho a no sufrir malos tratos; f) exige que las sentencias internas firmes sean efectivamente aplicadas.

En el *asunto Poghosyan y Baghdasaryan c. Armenia*, de fecha 12 de junio de 2012, reconoció la vulneración del artículo 13 del Convenio, por cuanto se le niega al demandante por su legislación interna de la posibilidad de un recurso que le permitiera solicitar la reparación en concepto de daño moral a consecuencia de los malos tratos sufridos. La citada resolución del Tribunal trae causa de una demanda formulada por

⁶¹³ *Asunto Frasik c. Polonia* de 5 de enero de 2000.

⁶¹⁴ *Asunto Jaremowicz c. Polonia*, de 5 de enero de 2010, “*no pudiendo alegarse por las autoridades la ilegalidad de la unión, el carácter superficial e indigno, desde el punto de vista de la rehabilitación, ya que la relación se inició de manera clandestina contraviniendo las prohibiciones imperantes en prisión*”.

⁶¹⁵ Carmona Cuenca, E. (2014). “El derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional. Problemas interpretativos (art. 13 CEDH)”. García Roca, J y Santolaya Machetti, P. (coords.), *La Europa de los Derechos: Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, páginas 565 a 586.

un ciudadano armenio (Armen Poghosyan), a quien se le había negado por los órganos jurisdiccionales indemnización en vía civil por los malos tratos sufridos por la actuación de dos policías, a pesar de recaer sentencia condenatoria contra estos en un procedimiento penal. Como advierte el propio Tribunal la “*violación del derecho a un recurso efectivo contenido en el artículo 13 tendrá lugar incluso sin necesidad de que se produzca la conculcación de otro precepto del Convenio*”; como ocurre en este caso, donde la jurisdicción interna reconoce al demandante que ha sido objeto de malos tratos, autoinculpándose de delitos que no había cometido, por la violencia física a que fue sometido durante su estancia en las dependencias policiales.

Realiza, a nuestro juicio, una interpretación extensiva el Tribunal del artículo 13 del Convenio, al no exigirse de forma simultánea la violación de otro precepto del mismo, para declarar que se ha conculcado el “*derecho a un recurso efectivo a una indemnización*”⁶¹⁶; a pesar de que la dicción literal del susodicho artículo parece vincular el nacimiento de este derecho a la vulneración de cualesquiera otro derecho reconocido en el Convenio.

Podría concluirse que el TEDH ha acudido a los artículos 5.4 y 6.1 del Convenio con preferencia sobre el artículo 13, utilizando con mayor asiduidad en las últimas resoluciones éste último precepto como derecho-garantía de los demás derechos.⁶¹⁷

9.7 Diálogo entre Tribunales: La necesidad de cohonestar la jurisprudencia del TEDH y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

La dificultad y problemática de llevar a buen puerto la tarea que constituye el epígrafe que ahora desarrollo, en modo alguno empece la trascendencia de la misma;

⁶¹⁶ Debe tenerse en consideración que el artículo 3 del Protocolo nº 7 al Convenio, reconoce “que una sentencia penal condenatoria firme resulte posteriormente anulada...la persona que haya sufrido la pena en virtud de esa condena será indemnizada conforme a ley”. En el *asunto Poghosyan y Baghdasaryan c. Armenia* se anula la sentencia condenatoria por los órganos judiciales armenios por los delitos de violación y homicidio, sin que se reconozca en la legislación interna derecho a indemnización alguna por los cinco años y seis meses de prisión que había cumplido injustamente.

⁶¹⁷ Carmona Cuenca, E. (2014), op. cit., páginas 565 a 586.

de suerte que la jurisprudencia contenida en las resoluciones del TEDH, al perfilar el contenido y límites de los derechos consagrados y garantizados en el Convenio, tiene necesariamente repercusión en la interpretación y aplicación que de tales preceptos efectúen los Estados signatarios, hayan sido parte o no en el procedimiento en el que se hubiere dictado la sentencia. Así lo entendido nuestro Tribunal Constitucional en su Sentencia 303/1993, de 25 de octubre, al afirmar que la jurisprudencia del TEDH, incluso en los asuntos en los que España no tenga la condición de parte demandada “no solo ha de servir de criterio interpretativo en la aplicación de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales”, sino que al mismo tiempo “resulta de aplicación inmediata en nuestro ordenamiento”. Vendría así a otorgarse una eficacia no solo *inter partes* de la doctrina jurisprudencial del TEDH sino *erga omnes*, esto es, frente a todos los Estados Parte del Convenio, aunque no hayan sido demandados en el procedimiento correspondiente.

Puedo afirmar con rotundidad que la labor del TEDH no se agota en la mera declaración de vulneración por los Estados Parte del Convenio de los derechos consagrados en el mismo, sino que como consecuencia inextricable de la protección pretoriana que brinda a las personas privadas de libertad, recuerda incesantemente a las jurisdicciones nacionales que uno de los pilares esenciales de los Estados de Derecho es el respeto de los derechos fundamentales, incluidos los derechos de los reclusos, puesto que “la dignidad y la libertad humanas constituyen la esencia del CEDH”⁶¹⁸. De tal forma que ni siquiera supuestas razones de peso esgrimidas por las Autoridades de los Estados que contravienen el Convenio, como la lucha contra el terrorismo⁶¹⁹ o el “*secreto de Estado*” pueden constituir excepciones a la escrupulosa observancia de los derechos fundamentales de quienes se encuentran reclusos.

En su intención de hacer efectivos los derechos de las personas privadas de libertad, en sus sentencias el TEDH da un paso más allá y reflexiona de *lege ferenda*

⁶¹⁸ Así se recoge en el apartado 248 STEDH de fecha 13 de diciembre de 2012, asunto El Masri contra Ex-República Yugoslava de Macedonia,

⁶¹⁹ En el asunto *Gafgen c. Alemania* señaló el TEDH que la “prohibición de maltrato es independiente de las actuaciones de la persona en cuestión o de la motivación de las autoridades. La tortura o un trato inhumano o degradante no pueden ser infligidos, ni siquiera cuando la vida de un individuo se halle en peligro. No existe ninguna excepción, ni siquiera en caso de amenaza pública hacia la vida de la nación”.

qué medidas legislativas deben adoptar los Estados Parte para adaptar su legislación no solo a lo preceptuado en el Convenio, sino también para disertar sobre cuestiones de tal envergadura y que afectan, por ende, al status jurídico de los reclusos, como la finalidad rehabilitadora de las penas privativas de libertad,⁶²⁰ o la más que posible colisión entre la fijación por algunas legislaciones internas de las condenas a pena perpetua y los derechos consagrados en el Convenio. Es jurisprudencia constante del TEDH que las penas privativas de libertad de duración indeterminada que no ofrezcan la posibilidad de su revisión pueden vulnerar el artículo 3 del Convenio, como pena o trato inhumano o degradante. Así lo afirmó categóricamente en el *asunto A. y otros contra Reino Unido*, en el *asunto Kafkaris c. Chipre* de fecha 12 de febrero de 2008 y *Meiner c. Alemania* de fecha 3 de noviembre de 2011. Doctrina esta última de vital repercusión para nuestro país, que ha introducido en fechas recientes en el ámbito penal y penitenciario la figura de la prisión permanente revisable⁶²¹, y que sin duda ofrece serias dudas acerca de su constitucionalidad.

Sin embargo, a pesar de esta encomiable labor del Tribunal de Estrasburgo se han alzado voces que recuerdan que el CEDH es un Tratado internacional y como tal le es aplicable las reglas de interpretación de la Convención de Viena de 1969 sobre los Tratados. Si se olvida esta realidad y se pretenden crear derechos inexistentes en el Convenio por medio de una exagerada interpretación evolutiva, se corre el riesgo de pérdida de credibilidad del TEDH. En ese sentido el Juez neerlandés Myers, en su Opinión Disidente en el *asunto Díaz Muñoz c. España* (2009) declaró que “*la competencia del Tribunal no llega a crear derechos, por muy útiles o incluso deseables que éstos sean*”.⁶²²

⁶²⁰ *Caso Vinter y otros c. Reino Unido* y en el que se remite a la Sentencia recaída en el *asunto Dickinson c. Reino Unido*.

⁶²¹ En la Exposición de Motivos de la L.O. 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal, se justifica la introducción en nuestro país de la figura de la prisión permanente revisable para delitos de extrema gravedad “*en los que los ciudadanos demandaban una pena proporcional al hecho cometido*”. Sin adentrarnos más en la materia, para no exceder con mucho los límites de este trabajo, solo apuntaremos que parece que estamos en presencia de una vuelta a los fines puramente retributivos o expiatorios de las penas privativas de libertad, desoyendo el mandato resocializador del artículo 25.2 de nuestra Carta Magna.

⁶²² Borrego Borrego, J. (2017), op. cit. pág 38, además resalta que, “a diferencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en las sentencias de Estrasburgo los jueces que discrepan de la mayoría pueden expresar sus opiniones disidentes, así como concurrentes; lo que permite que los votos particulares de hoy ayuden a comprender mejor lo deliberado y puedan contribuir a un futuro cambio en el parecer de la mayoría”.

9.8 A modo de recapitulación. -

A lo largo del presente capítulo he querido poner de relieve la inexistencia de un catálogo adecuado de derechos penitenciarios contemplados en instrumentos jurídicos internacionales de “*ius cogens*“, ya sean universales o regionales, que de forma integral ofrecieran un marco de garantías normativas a las personas privadas de libertad, hayan sido objeto de desapariciones forzadas o se encuentren cumpliendo penas privativas de libertad en virtud de sentencia condenatoria. Ello no es óbice para reconocer que, inserto en el proceso de humanización de los sistemas penitenciarios y de internacionalización de las garantías jurídicas de los derechos humanos, sí se hayan plasmado en tratados internacionales los derechos naturales, inalienables que no pueden desgajarse de la dignidad inherente al ser humano.

He de afirmar que, grosso modo, el Derecho Internacional no ha dispensado a los reclusos la protección jurisdiccional que merecen en atención a la situación de especial vulnerabilidad en que se encuentran, a pesar de seguir teniendo la consideración de ciudadanos y seguir formando parte de la sociedad. Estimo que podrían ser varias las causas que han dado lugar a este fenómeno, aunque podrían condensarse en la negativa férrea y persistente resistencia de los Estados de ceder a organizaciones o instituciones supranacionales porciones de soberanía nacional, esto es, de “*ius puniendi*“ o derecho a castigar; lo que sobradamente explicaría que las Reglas Penitenciarias Europeas carezcan de fuerza obligatoria, al revestir la forma de simples Recomendaciones o Resoluciones emanadas del Comité de Ministros del Consejo de Europa, carentes de fuerza obligatoria, y por ende, de mecanismos que permitan a los destinatarios de las mismas, los reclusos, hacerlos efectivos ante los Estados que las inobservasen.

Y a pesar de que el CEDH no es un instrumento específico e integral de protección de los derechos de los presos, ha sido asimismo en el seno del Consejo de Europa donde ha encontrado acomodo un elevado nivel de protección jurisdiccional de los derechos humanos y libertades públicas, especialmente a través de la aplicación e interpretación por el TEDH de los preceptos del CEDH, y que no han alcanzado

otras declaraciones de derechos, como la propia DUDH, como hemos tenido ocasión de constatar a lo largo del presente trabajo. El mismo TEDH se ha encargado de recordar en el asunto “*El Masri c. ExRepública yugoslava de Macedonia* ap. 134, que el Convenio es “*un instrumento de protección de los derechos humanos, y que es crucial que se aplique de forma que garantice unos derechos concretos y efectivos, y no teóricos e ilusorios*”.

Es ahí donde radica la inconmensurable labor del TEDH, quien a través de su ingente jurisprudencia, ha permitido mejorar las garantías jurisdiccionales de los reclusos, articulando una serie de mecanismos para hacerlos efectivos en el caso de que fueran desconocidos por las autoridades de los Estados Parte, forzando el reconocimiento y la positivización de algunos derechos de los reclusos en nuevos Protocolos de desarrollo del CEDH, que ya habían sido plenamente recogidos en sus pronunciamientos, evitando así que los catálogos de derechos reconocidos en aquél posean una eficacia meramente programática, como ocurre con las Reglas Penitenciarias antes aludidas. Así ha ocurrido a modo ejemplificativo, y sin ánimo exhaustivo, con los conceptos (que el propio Convenio no recoge de forma expresa) de “*desaparición forzada*” en relación con el derecho a la libertad del artículo 5, la nítida distinción entre la vertiente procesal y material de los actos constitutivos de tortura, o entre esta última y trato inhumano o degradante, la inversión de la regla de la carga de prueba como consecuencia de la posición de garante de los Estados Parte respecto de las personas detenidas, la necesidad de un “*examen particularmente exhaustivo*”; mecanismos sobre los que no vamos a volver con detenimiento para evitar reiteraciones innecesarias.

Por tanto “*el desarrollo del CEDH se asienta en buena medida en el dinamismo interpretativo del TEDH...que ha propiciado una evolución de las normas extrayendo de ellas nuevas implicaciones o nuevas exigencias, haciendo así del Convenio un instrumento de desarrollo de Derecho vivo*⁶²³”.

⁶²³ AKANDJI-KOMBE, J-F (2006). “Carta Social Europea y Convenio de Derechos Humanos: Perspectivas para la próxima década”. *Revista de Derecho Político*, núm. 67, páginas 387 a 407.

En este sentido, en su infatigable pretensión de erigirse en garante último de los derechos humanos en el ámbito del Consejo de Europa, ha extendido el contenido de los preceptos del Convenio y por ende sus mecanismos de protección jurisdiccional a los reclusos, a pesar de no ser este último un cuerpo normativo diseñado “ad hoc” para éstos; toda vez que ha habilitado la vía del artículo 34 del CEDH para conocer de las demandas individuales que puedan formular los presos, previo agotamiento de las vías de recurso internas que exige el artículo del Convenio o cumplimiento del principio de subsidiaridad, dado el papel subsidiario del TEDH en relación con los sistemas internos de derechos humanos. Así lo acredita por ejemplo que el número mayor de sentencias condenatorias a nuestro país en el año 2013 lo ha sido por no respetar las exigencias del artículo 6 del Convenio; o baste recordar ahora la excepcional trascendencia para la política penitenciaria española de la STEDH de 21 de octubre de 2013, asunto *Del Rio Prada contra España*.

X) CRISIS DE LOS SISTEMAS PENITENCIARIOS. ¿UNA VUELTA A LOS FINES PURAMENTE RETRIBUTIVOS DE LA PENA?

10.1 Sistema penitenciario vigente en nuestro país: fortalezas y debilidades.

La pena privativa de libertad, originadora en su cumplimiento de los sistemas penitenciarios, ha sido definida como la *pérdida de la libertad ambulatoria de una persona mediante su internamiento en un establecimiento penitenciario durante un tiempo determinado previamente por una sentencia judicial y ejecutada conforme a la legislación vigente de manera que favorezca la resocialización.*⁶²⁴

Se han venido reseñando de forma unánime⁶²⁵ como principios básicos de nuestro sistema penitenciario los siguientes:

- Principio de legalidad, al amparo del artículo 25.1 CE (*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*), reflejado en el artículo 3.2 CP (*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 de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes*); con confirmación posterior en artículo 2 de la LOGP (*La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Ley, los reglamentos y las sentencias judiciales*).
- Finalidad de reeducación y reinserción social: de conformidad a lo prevenido en el artículo 25.2 CE (*Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán*

⁶²⁴ Mapelli Caffarena, B., Terradillos Basoco, J., “Las consecuencias jurídicas del delito”, Civitas, Madrid, 1990, pág 53.

⁶²⁵ Conde-Pumpido Ferreiro, C., (2004), op. cit. , págs..469 y 470.

*consistir en trabajos forzados) y a lo dispuesto en el artículo primero de la LOGP (Las Instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados.)*⁶²⁶

- Respeto a la personalidad del interno: Tal y como prescribe el artículo 3.3 LOGP (*La actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otras circunstancias de análoga naturaleza*), incluyéndose el derecho a ser designado por su propio nombre (art. 3.5 LOGP).

- No marginación: que se manifiesta en la conservación de los derechos civiles por los internos, en el derecho a las prestaciones de la Seguridad social, el derecho a un régimen de visitas, permisos de salida, y mantenimiento de las relaciones conyugales o para-conyugales (comunicaciones *vis a vis*), derecho al trabajo, y en fin todo aquello que hace que un penado conserve, en lo que sea compatible con su situación carcelaria, su condición de ciudadano o miembro de un Estado democrático.

⁶²⁶ Nuestro sistema penitenciario, desarrollando el mandato constitucional, da prioridad al fin rehabilitador, como lo demuestra la redacción del artículo 71.1 de la LOGP, al establecer que “ *el fin primordial del régimen de los establecimientos de cumplimiento es lograr en los mismos el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento; en consecuencia, las funciones regimentales deben ser consideradas como medios y no como finalidades en sí mismas*”. Por lo que en caso de conflicto el tratamiento primará sobre el régimen, como se encarga de recordarnos el artículo 73.1 del Reglamento Penitenciario al definir el tratamiento como “ *el conjunto de normas o medidas que persiguen la consecución de una convivencia ordenada y pacífica que permita alcanzar el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento y la retención y custodia de los reclusos*”, y al proclamar en su apartado tercero el principio de sumisión del régimen al tratamiento : “ *.....y no podrán significar un obstáculo para la ejecución de los programas de tratamiento e intervención de los reclusos*”. Se confrontan así los llamados instrumentos del tratamiento y los métodos de tratamiento, comprendiéndose en los primeros los aspectos de convivencia y organización , y refiriéndose el segundo al conjunto de medios proporcionados por las diversas ciencias sociológicas y de la conducta, y orientadas a conseguir el efectivo cumplimiento del objetivo proclamado en el artículo 25.2 CE, y 1 y 59.1 de la LOGP: reeducación y reinserción social.

- Intervención judicial: o control judicial de la ejecución conforme a lo establecido en el artículo 117.3 CE y 3.2 CP, que corresponde en principio al Tribunal Sentenciador, como titular de la jurisdicción, pero que ejerce específicamente el Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Por lo demás puedo mantener, sin ambages, que el principio inspirador del cumplimiento de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad, y, por ende, del sistema penitenciario, se encuentra en el artículo 3, apartado tercero del Reglamento Penitenciario, al afirmarse que el interno es sujeto de derecho y no se halla excluido de la sociedad, sino que continúa formando parte de la misma, y que como corolario se añade que *“la vida en prisión debe tomar como referencia la vida en libertad, reduciendo al máximo los efectos nocivos del internamiento, favoreciendo los vínculos sociales, la colaboración y participación de las entidades públicas y privadas y el acceso a las prestaciones públicas”*. Lo reiteró anteriormente la LOGP en su Exposición de Motivos defendiendo la finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad, de suerte que el penado no es 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 anterior de aquél y encaminado a preparar su vuelta a la vida libre en las mejores condiciones para ejercitar socialmente su libertad.

Me encuentro en la necesidad de señalar que el citado principio de respeto a la personalidad del interno guarda estrecha relación con el principio de resocialización, y no se entiende el uno sin el otro, impregnando este último todo el articulado de la LOGP. A estos dos principios cabría añadir una consecuencia ineludible, la necesidad de no marginación del interno, que encuentra su fundamento último en la esencia del Estado Democrático consagrado en el artículo 1 de nuestra Constitución, que reclama la participación ciudadana, incluida la de aquéllos que ven restringida su libertad ambulatoria como consecuencia del ingreso en un establecimiento penitenciario, toda vez que siguen formando parte de la sociedad y por tanto, no han perdido su condición de ciudadanos. A esa idea se refiere la LOGP cuando en su artículo 59 da al tratamiento la finalidad de hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la ley penal, así como de subvenir a sus necesidades, definiéndolo como el

“conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados”.

Si de lege data podemos comprobar que nuestra Carta magna de forma decida se pronuncia a favor del principio resocializador y garantiza los derechos fundamentales de los reclusos, con excepción lógicamente de los límites derivados del artículo 25.2, y siendo nuestra primera Ley orgánica de la democracia tributaria de las tendencias más vanguardistas de la Ciencia Penitenciaria y del proceso de internacionalización del status jurídico de los condenados a penas privativas de libertad, ¿ cómo es posible que se venga hablando en las últimas décadas del fracaso de la finalidad resocializadora de las penas privativas de libertad?.

Por de pronto la propia LOGP expresa en su Preámbulo que la prisión es un mal necesario⁶²⁷, y la propia doctrina reconoce que *la pena carcelaria es hoy por hoy es insustituible, aunque reconoce que la naturaleza perdurable en el tiempo de la pena privativa de libertad permite planificar durante su ejecución un plan de reinserción social del delincuente*”.⁶²⁸

En el trabajo de investigación que ha supuesto esta tesis he podido comprobar como la doctrina penitenciarista observa como, a pesar de redoblados esfuerzos por la Administración penitenciaria para la consecución de la finalidad reinsertadora, se ha instaurado en los países de nuestro entorno, particularmente en aquellos que fueron pioneros en esta materia, y en nuestro propio, una crisis de la prisión y de la ideología resocializadora. Doctrina que señalaba que *“se han hecho grandes esfuerzos para reducir la incidencia de la pena privativa de libertad, pero lo cierto es que de nuevo vuelve a aparecer reforzada”*.⁶²⁹

⁶²⁷ La Exposición de Motivos del Proyecto de la Ley General Penitenciaria en sus primeros párrafos con resignación y en cierto modo con escase fe en la finalidad resocializadora, señala: *“Las prisiones son un mal necesario, y no obstante la indiscutible crisis de las penas privativas de libertad, habrán de seguirlo siendo por mucho tiempo”*. A mi juicio, es descorazonador afrontar el reto de la resocialización partiendo de semejante premisa, puesto que los establecimientos penitenciarios constituyen el lugar donde alcanzar la finalidad rehabilitadora de los internos, a través del tratamiento y demás medios medios que ofrece nuestra LOGP.

⁶²⁸ Mapelli Caffarena, B., Terradillos Basoco, J., (1990), op. cit., pág .53.

⁶²⁹ Ibidem, pág 54.

En ese sentido es crítica común en la doctrina que, si bien desde numerosos sectores de la sociedad se sigue propugnando la idea resocializadora, a pesar de los fracasos y reveses sufridos, debe llamarse la atención que desde nuestros gobernantes se hayan lanzado a la construcción de más establecimientos penitenciarios, reforzando el aspecto de custodia o asegurativo de las Instituciones Penitenciarias, en lugar de potenciar alternativas a la prisión.

Pero no solo la doctrina penalista más autorizada⁶³⁰ viene manteniendo esa posición, sino que los funcionarios encargados de cumplir el mandato resocializador vienen manifestando con rotundidad las dificultades que sufren a diario, impidiendo la consecución del principio rehabilitador y lo que es aún más grave, la puesta en peligro o la lesión de los derechos fundamentales de los reclusos. Así, por ejemplo, Rodríguez Alonso, en su condición de Director de Instituciones Penitenciarias recalca que *“el empeño emprendido hace años de construir masivamente grandes centros o establecimientos penitenciarios supone, a mi juicio, la adopción de una política equivocada, aunque pueda considerarse bien intencionada. La realidad viene evidenciando que semejante iniciativa constituye un manifiesto despropósito y atentado a la función resocializadora de la pena privativa de libertad. Con ello lo que se ha conseguido es crear, multiplicando, unos establecimientos penitenciarios que vienen a constituir verdaderos “núcleos urbanos” de concentración de población reclusa de todo tipo, donde por discurrir su desenvolvimiento o funcionamiento dentro de unos límites marcados por un perímetro o recinto cerrado (sofisticado) de seguridad, conlleva, junto a su elevadísimo coste tanto de construcción como de mantenimiento, serias dificultades para su recta gestión y gobierno, y reinserción social de los internos.”*⁶³¹

⁶³⁰ Muñoz Conde en su trabajo “Prisión en el Estado Social y Democrático de Derecho (Prevención especial versus prevención genereal?Un conflicto irresoluble), pág 167, manifestaba que la praxis penitenciaria pone de manifiesto que se viene cumpliendo una función predominantemente asegurativa y custodial, muy lejos de la meta resocializadora que la propia LOGP propone en su artículo 1. Por ello propone el abandono de las teorías puramente expiacionistas o retributivas, y dirigir el sistema penitenciario hacia la meta resocializadora, dejando a salvo el principio de seguridad que debe estar presente en todo momento.

⁶³¹ Rodríguez Alonso, A., “Visión empírica de la evolución del sistema penitenciario español en los últimos tiempos. Situación actual”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº 256, 2012, pág 77, 78.

Mas no solo se considera inapropiada la política penitenciaria tendente a la construcción de modo continuo de nuevos centros penitenciarios, sino la utilización de centros polivalentes o macro construcciones a los que se refiere el artículo 12 del Reglamento penitenciario⁶³². Este precepto vino dar cobertura reglamentaria una situación social ya existente como son los grandes complejos penitenciarios capaces de albergar a más de mil internos, pudiendo algunos aproximarse a los dos mil. Se trata de centros que desde un punto de vista económico y arquitectónico sustituyen a tres o cuatro establecimientos; y con la intención de evitar los inconvenientes de los grandes espacios penitenciarios (masificación y hacinamiento) y participar de sus ventajas económicas, se subdividen en unidades y módulos independientes, equiparándose en sus ventajas a espacios reducidos. Sin embargo la diversificación y multiplicación de unidades y espacios aumentan la complejidad de organizativa del complejo arquitectónico dificultando: la necesaria proximidad con la realidad diaria del Centro de los puestos de mando, el contacto personalizado y directo con la población reclusa (proporción desventajosa de internos por funcionario), la comunicación entre los distintos sectores o niveles administrativos (comunicación horizontal), unificación de criterios y normas de régimen interior, la gestión del personal (plantillas que pueden superar los quinientos trabajadores), en el sistema jerárquico, la transmisión de órdenes y el conocimiento por parte del equipo directivo de las inquietudes o problemas de los niveles más bajos (comunicación vertical ascendente y descendente)⁶³³.

Respecto de tales centros penitenciarios polivalentes se han formulado como hemos visto severas críticas, que se han reiterado por la doctrina más reciente : “ *los macro establecimientos que se vienen construyendo, y que si bien han contribuido a mejorar más que notablemente las condiciones de seguridad, salubridad y calidad de vida de sus residentes, haciéndolos más humanos y habitables, no responden por las dificultades que entrañan a la resocialización de los internos, como demanda nuestro*

⁶³² El artículo 12 del RP establece :”1. *Se entiende por establecimiento polivalente aquel que cumple los diversos fines previstos en los artículos 7 a 11 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.*

2. *En los establecimientos polivalentes se deberá cuidar de que cada uno de los departamentos, módulos o unidades que los integren tengan garantizados, en igualdad de condiciones, los servicios generales y las prestaciones adecuadas a los fines específicos a que vengán destinados y a los generales del sistema penitenciario, y, en especial, el de la separación entre penados y preventivos.*”

⁶³³ Armenta-González Palenzuela , F.J., Rodríguez Ramírez, V., (2001), op. cit. 73, 74

*texto constitucional y nuestra ley penitenciaria, así como las modernas corrientes político-criminales*⁶³⁴.

10.2 Crisis de los sistemas penitenciarios: concurrencia de causas.

Si durante toda esta tesis vengo recalcando la escasa atención doctrinal que se ha venido prestando durante décadas al mundo carcelario, y en particular al estudio de los derechos fundamentales de los penados, lamentablemente esa misma afirmación puede predicarse de las causas que han desembocado en la crisis de los sistemas penitenciarios y por ende de la ideología resocializadora que debe impregnar la ejecución de la pena privativa de libertad.

Por el contrario, el profesor Reviriego Picón ⁶³⁵ si ha indagado con seriedad y rigor en la materia, llevando a cabo un estudio pormenorizado de causas de la crisis de los sistemas penitenciarios, prestando especial atención, antes de enumerar los factores que han contribuido a la misma, a la relación estrecha que se produce entre la exclusión social y el círculo delictivo. A continuación, enumera las causas de la profunda crisis de los sistemas penitenciarios, que podrían sintetizarse en las siguientes: la masificación como mal endémico, el elevado número de reclusos extranjeros en prisión, la particular problemática de las mujeres reclusas, y la existencia de enfermos mentales en los establecimientos penitenciarios, el aumento del número de suicidios, y el incremento notable del consumo de drogas entre los reclusos.

Se insiste por el citado autor en la necesidad de perseguir en la cárcel española el objetivo más realista de al menos no “*desocializar*” más si cabe a los reclusos, toda

⁶³⁴ Alonso Rodríguez, A. , (2012), pág. 77.

⁶³⁵ Reviriego Picón, F., “¿Crisis de los sistemas penitenciarios europeos?”, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, nº 29, pág 174., En defensa de su posición esgrime el Informe del las Condiciones carcelarias en la Unión Europea de la Comisión de Libertades Públicas y Asuntos Interiores de 22 de octubre de 1998, que decía literalmente .” «*Las cárceles están llenas de hombres y mujeres con ingresos a menudo muy inferiores a los fijados por el umbral de pobreza, analfabetos o con poca instrucción, sin empleo estable, sin referencias morales o cívicas, que han perdido los vínculos familiares o afectivos y que, a menudo, incluso antes de convertirse en delincuentes, son ya víctimas de la delincuencia. Una aplastante mayoría (noventa y cinco por ciento) de los pre-sos presenta al menos tres de los cinco criterios citados anteriormente. Se diría que la sociedad los castiga por actos contra los que no ha sabido protegerlos cuando ellos mismos han sido víctimas*»

vez que es palpable la enorme dificultad que supone lograr la finalidad resocializadora prescrita en la Constitución española para las penas privativas de libertad.⁶³⁶

Se trataría por tanto de no ahondar en los efectos de la llamada *prisionización*, o adaptación del recluso a los hábitos y formas de vida propios de las cárceles, abandonando los suyos propios. O en otras palabras no provocar una mayor exclusión social de quienes siguen formando parte de la sociedad, evitando que el ingreso en un centro penitenciario conlleve aún más consecuencias negativas de las que ya impone la sentencia condenatoria penal.

Entrando ya en el análisis pormenorizado de las citadas causas, más recientemente se ha destacado, junto a la masificación de los centros penitenciarios, el lamentable estado de éstos, por lo que hacemos nuestras las reflexiones de Rodríguez Alonso, buen conocedor de la situación real de las cárceles españolas, cuando denuncia *“la situación actual por la que siguen atravesando algunos, pocos, de nuestros centros penitenciarios, vetustos y anacrónicos, con claras reminiscencias de un pasado que se creía olvidado y, por ende, superado, próximo a los treinta años de vigencia de la Ley General Penitenciaria, resulta que todavía se encuentran maltrechamente habilitados como los de antaño. Con lo que se está, no solamente imposibilitando el mandato del artículo 25.2 CE, sino lo que es más grave, atentando a la condición humana de las personas reclusas someténdolas a unas condiciones y régimen de vida de por sí injustificadas e intolerables.”*⁶³⁷

Que la infraestructura de los centros penitenciarios y la masificación de éstos, como mal endémico, afecta de forma significativa al mandato resocializador, no admite género de duda alguna⁶³⁸. El incremento de la población penitenciaria era imparable no solo en el ámbito de la Unión Europea (seiscientos mil reclusos en su

⁶³⁶ Ibidem, (2009), pág 175.

⁶³⁷ Rodríguez Alonso, A., (2012), op. cit., pág 77.

⁶³⁸ Informe del Parlamento Europeo sobre las condiciones carcelarias en la Unión Europea, del año 2008 achaca a la masificación la *«imposibilidad o extrema dificultad para aplicar las medidas socioeducativas que no obstante forman parte integrante de las misiones de los centros penitenciarios; el deterioro de las condiciones de salubridad de los centros: higiene personal y colectiva, degradación de la alimentación, actividades físicas y deportivas reducidas o suprimidas y riesgo de patologías contagiosas como, en particular, la tuberculosis; así como la aparición y desarrollo de la violencia dentro de los centros; los grupos vulnerables son los que están más expuestos a la violencia: delincuentes juveniles, criminales sexuales, extranjeros, homosexuales, etc.»*

conjunto), sino en nuestro país (setenta y seis mil repartidos en ochenta y dos centros penitenciarios). España se encontraba en el año 2009 a la cabeza de la proporción de la población reclusa con respecto a la población total.⁶³⁹

El problema de la masificación o hacinamiento ha sido puesto de relieve incluso en la jurisprudencia del TEDH, al constituir las condiciones en las que se mantiene a los reclusos una clara vulneración del artículo 3 del CEDH, como sutilmente nos recuerda Reviriego Picón, con referencia al asunto Kotchetov y Estonia, de 2 de julio de 2009.⁶⁴⁰

Uno de los factores desencadenantes del fracaso de los sistemas penitenciarios, una vez abordado el de la masificación, lo constituye el número de *extranjeros entre la población reclusa*. Ya se señalaba por la doctrina⁶⁴¹ en el año 2009 que España ocupaba en el ámbito de la Unión Europea el tercer puesto en cuanto a número de reclusos extranjeros. La existencia de este tipo de reclusos dificulta aspectos muy importantes del tratamiento como es lógico, muy especialmente en lo atinente al idioma.

En la actualidad⁶⁴² el número de población extranjera reclusa asciende a un total de 17.112, de los que 15.823 son hombres (92,47%) y 1.289 (7,53%) son mujeres reclusas. Es significativo el descenso del número de reclusos de origen extranjero respecto del trabajo doctrinal “ut supra” comentado: En el año 2009 el total de extranjeros condenados en nuestro país ascendía a 26.291, correspondiendo al sexo masculino 23.932 (91,03%) y al sexo femenino 2.359 (8,97%). Es apreciable por tanto una disminución de la población reclusa extranjera en nuestro país en los últimos años, lo que aboga, a mi juicio, por la idea de continuar esperanzados en la labor rehabilitadora.

Otro aspecto que lastra la correcta aplicación del tratamiento y que ha contribuido a dificultar la labor reinsertadora en los centros penitenciarios ha sido y

⁶³⁹ Reviriego Picón, F., (2009), op. cit., pág 177.

⁶⁴⁰ Ibidem, pág 179.

⁶⁴¹ Ibidem pág 180.

⁶⁴² Datos correspondientes a enero de 2017, extraídos de la página web de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (fondo documental), Ministerio de Interior,

sigue siendo la situación actual de las *mujeres reclusas* en nuestro país, puesto que padecen especialmente las condiciones de hacinamiento y masificación de las cárceles españolas, reclusas en espacios insuficientes no ideados para mujeres ni adecuados a sus circunstancias personales.

La lamentable situación de las mujeres en el ámbito penitenciario quedó reflejada en el ámbito de la Unión Europea, en un informe de 15 de febrero de 2008 emitido por la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género, denominado “*Informe de la situación especial de las mujeres en los centros penitenciarios y las repercusiones de la encarcelación de los padres sobre la vida social y familiar*”. En Europa apenas representan el cuatro o cinco por ciento de la población, refleja el trabajo del Profesor Reviriego⁶⁴³. Sin embargo en nuestro país la representación de la mujer presa es la más alta de los países europeos, como afirma García España⁶⁴⁴; añadiendo que si bien en los hombres, son los delitos contra el patrimonio los que originan un mayor número de penados, en el caso de las féminas, lo será el delito contra la salud pública (tráfico de drogas). Por cierto, que las mujeres extranjeras en prisión en España proceden mayoritariamente de países latinoamericanos.

Por lo que respecta a nuestro país la mayoría de las mujeres encarceladas en España cumplen condena en cárceles mixtas, diseñadas por y para hombres. Además de sufrir un régimen de vida y seguridad que excede su peligrosidad y penaliza sus posibilidades de reingreso, la cultura del patriarcado reproduce en la cárcel su carácter discriminatorio con ellas, y llega incluso a castigarlas con más dureza que a sus compañeros.⁶⁴⁵

En nuestro país el número de mujeres reclusas supone un total de 4.465 (7,48%) de la población reclusa. Los internos masculinos ascienden a 55.238 (lo que representa

⁶⁴³ Ibidem , pág 181.

⁶⁴⁴ García España, E., “Las otras poblaciones presas: mujeres y extranjeros”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3º Época, nº 7, 2012, pág 408. Llama la atención esta autora sobre la escasa atención que se ha prestado por parte de la Administración penitenciaria al colectivo de mujeres presas, debido a su menor conflictividad y al escaso riesgo de motines y fugas que se le atribuyen.

⁶⁴⁵ Del Val C., Viedma R., A., & Reviriego Picón, F., (2013) “Hacia una medida objetiva de la discriminación en la cárcel: indicadores e índice de punición”. *Revista Criminalidad*, Vol. 55 (2) : 29-47.

del total un 92,52). El total de la población reclusa, a enero de 2017, en España suma la cantidad de 59.703.⁶⁴⁶

Las mismas consideraciones pueden efectuarse respecto de otro colectivo especialmente vulnerable, como son los enfermos mentales. Las Reglas Penitenciarias Europeas, en concreto la nº 12, previeron la necesidad de un establecimiento especial para ellos, “*cuando su estado de salud sea incompatible con la detención en prisión*”.

Un avance importante lo ha constituido la adopción de la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* (ratificada por España en marzo de 2007, BOE de 21 de abril de 2008) que entró en vigor en mayo de 2008, cuyo propósito principal es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente, contándose entre sus principios generales el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas; la no discriminación; la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; la igualdad de oportunidades o la accesibilidad, entre otros.⁶⁴⁷

En nuestro país, “*la intervención de los operadores políticos en relación a la discapacidad y los centros penitenciarios ha sido deficitaria*.”. Así lo ha puesto de manifiesto el Defensor del Pueblo Andaluz , en sus informes de los años 1997 y 2000, relativos a los “enfermos mentales internados en centros penitenciarios andaluces” y “deficientes mentales internados en centro penitenciarios andaluces” respectivamente⁶⁴⁸.

⁶⁴⁶ Datos correspondientes a enero de 2017, extraídos de la página web de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (fondo documental), Ministerio de Interior,

⁶⁴⁷ Reviriego Picón, F., “Centros penitenciarios y personas con discapacidad”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Volumen 38, nº 109, julio-diciembre de 2008, pág 288.

⁶⁴⁸ Reviriego Picón, F., (2008) op. cit., pág 293.

A mayor abundamiento el Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1998 que por rúbrica “La situación de los enfermos mentales internados en centros penitenciarios andaluces”⁶⁴⁹, dirá con claridad meridiana:

“La conclusión más rotunda por parte de todas las instancias que han participado en este trabajo es que el enfermo mental no cumple ningún papel en la cárcel y que, por su parte, las cárceles no están para tratar enfermos mentales.”

La Asociación pro Derechos Humanos de Andalucía recalca que la situación de los enfermos mentales en centros penitenciaros constituye “*un fracaso de la sociedad del bienestar*”⁶⁵⁰.

Para paliar en cierta medida el déficit de atención que venía sufriendo este colectivo, la Dirección General de Instituciones Penitenciarias elaboró un programa interdisciplinar en el que se plasman las posibles actuaciones a realizar, se define el rol de los profesionales del medio penitenciario y se fomenta la coordinación de los profesionales penitenciarios entre sí y de éstos con los profesionales de las ONG. El citado centro Directivo justifica la aplicación del programa de atención específica para las personas con discapacidad intelectual de siguiente forma: “*La persona con una potencial discapacidad de carácter intelectual y los déficits en las habilidades de adaptación que presenta esta población sin duda obliga a una atención y apoyo especializado a efectos de prevenir posibles trastornos psicológicos y/o de conducta que bajo situaciones de riesgo amenacen con desbordar la capacidad de afrontamiento o respuesta del interno con retraso mental*”⁶⁵¹.

⁶⁴⁹ Publicado en el Boletín Oficial del Parlamento Andaluz nº 193, de 3-3-1998, V Legislatura. Debate en Diario de Sesiones de la Comisión de Asuntos Sociales nº 220 serie A, sesión celebrada el 9-12-1998, V Legislatura.

⁶⁵⁰ Reviriego Picón, F.,(2009), op. cit., pág 182

⁶⁵¹ Carcedo González, R., Reviriego Picón, F., (Eds.), *Reinserción, derechos y tratamiento en los centros penitenciarios*, Amaru, Salamanca, 2007.pág 52.

El problema de partida era muy grave para este colectivo de reclusos, toda vez que si se estima que la mitad de la población reclusa⁶⁵² puede ser sujeto pasivo de enfermedades mentales, cuestiona la aplicación sin más del derecho penitenciario.⁶⁵³

De lege data nuestra legislación es parca en la materia. La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (LOGP) se refiere a los enfermos mentales en su artículo 36:

“1. En cada centro existirá al menos un médico general con conocimientos psiquiátricos de cuidar de la salud física y mental de los internos y de vigilar las condiciones de higiene y salubridad en el establecimiento, el cual podrá, en su caso, solicitar la colaboración de especialistas.

2. Además de los servicios médicos de los establecimientos, los internos podrán ser asistidos en las instituciones hospitalarias y asistenciales de carácter penitenciario y, en caso de necesidad o de urgencia, en otros centros hospitalarios.”

El Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, bajo la rúbrica *“Internamiento en un establecimiento o unidades psiquiátricas penitenciarias”* (capítulo VII, Título VII *“Formas especiales de ejecución”*) en los artículos 183 a 191, desarrollan el único precepto de la LOGP en materia de enfermos mentales en el ámbito penitenciario. Son definidos, tales establecimientos o unidades psiquiátricas, por el primero de los artículos citados, como aquellos centros especiales destinados al cumplimiento de las medidas de seguridad privativas aplicadas por los Tribunales correspondientes.

La Secretaría General de IIPP en un intento de atajar la pésima situación de este colectivo en el medio penitenciario publicó en el año 2007 el *“Plan de Salud Mental*

⁶⁵² Así se puso de relieve en el Informe Prevalencia de trastornos mentales en centros penitenciarios españoles (Estudio PRECA), Grupo PRECA, Barcelona 2011. El grupo PRECA queda constituido en el año 2006 con el objetivo de disponer de datos epidemiológicos relacionados con la salud mental de los internos en los centros penitenciarios. El Ministerio de Interior en un estudio elaborado en el año 2007 sobre el estado de salud mental en el medio penitenciario señala una prevalencia estimada de trastornos mentales en población reclusa del 46%.

⁶⁵³ Leganés Gómez, S. *“Enfermedad mental y delito (Perspectiva jurídica y criminológica)” La Ley Penal*, Nº 76. Noviembre 2010: *“El ser humano es un ser racional, y cuando una persona pierde la razón, no pierde por ello su condición humana; al contrario, ésta se expresa entonces con más nitidez y rotundidad, ya que la ausencia de raciocinio acarrea mayor debilidad o limitación, es decir, mayor fragilidad ante el mundo y ante los demás. Por tanto, debemos tener la convicción moral de que nada de lo que a los enfermos mentales se refiere no es ajeno”*.

de Instituciones Penitenciarias". Después de un periodo de prueba inicial de las actuaciones que se proponían en el citado plan y tras la evaluación de los resultados, se llegó al Protocolo de Aplicación del Programa de Atención Integral a Enfermos Mentales en centros penitenciarios (PAIEM), publicado en septiembre de 2009. En este documento se resumen las directrices de la Secretaría General sobre la asistencia a los problemas de salud mental en el medio penitenciario.

A la vista de cuanto venimos diciendo, no parece que los objetivos marcados en tales preceptos se hayan alcanzado en la forma satisfactoria. Además, como han señalado la doctrina penitenciarista, se trata de una regulación insuficiente a todas luces.⁶⁵⁴

Concluyendo sobre el colectivo de enfermos mentales traemos a colación las palabras de García Miranda⁶⁵⁵, quien señala que el programa específico puesto en marcha por Dirección General de Instituciones Penitenciarias ha supuesto un paso fundamental, resta lo más complicado, su efectiva implantación y consolidación. A partir de este avance, el verdadero éxito se producirá cuando se potencie la prevención primaria reduciendo el fenómeno delictivo en las personas con discapacidad intelectual y cuando no sea necesario hablar de programas de los centros penitenciarios, porque estas personas no ingresen en prisión, sino que se les apliquen medidas alternativas o ingresen en centros específicos para su cumplimiento.

Estimo que difícilmente podrán conseguirse los objetivos constitucionales de reeducación y reinserción social, en tanto en cuanto no se consiga reducir la sobreocupación que actualmente sufren los centros psiquiátricos⁶⁵⁶, se intensifique el uso de medidas alternativas no privativas de libertad y se establezca un status jurídico diferenciado para la más efectiva protección de los derechos fundamentales de los discapacitados intelectuales y enfermos mentales.

⁶⁵⁴ Nistal Burón, J., "El cumplimiento de las medidas de seguridad privativas de libertad. Problemática que genera la escasa regulación normativa al respecto", *Diario la Ley*, nº 7865, 24 de mayo de 2012.

⁶⁵⁵ García Miranda, V., "Discapacidad intelectual en el medio penitenciario", en Carcedo González R., Reviriego Picón, F., (2007), op. cit. pág 54.

⁶⁵⁶ Solo existen en nuestro país en la actualidad dos: En Sevilla y en Alicante.

No menos espinoso resulta el tema de los suicidios en los centros penitenciarios. Aunque la cuestión es altamente preocupante en muchos países de la Unión Europea, como por ejemplo en Francia que tiene la tasa más alta, en suelo patrio la introducción de la figura de los “*internos de apoyo*” a través del Programa Marco de Prevención de Suicidios en el año 2005 ha mitigado de forma positiva el número de suicidios ocurridos en los últimos años⁶⁵⁷. En el citado Programa se recogen expresamente las condiciones y requisitos que modo ineludible reunir los internos de apoyo :“ *estos internos deben poseer una adecuada capacitación, actitud y motivación, situación estable en el Centro, buen comportamiento y sin traslado previsible; debe restarles para el cumplimiento definitivo o fecha de concesión de libertad , un tiempo superior a un año y no deben haber sido sancionados ni tener en su historial autolesiones o tratamientos psiquiátricos continuados por enfermedad psiquiátricas; lógicamente quedan excluidos los reclusos consumidores de drogas*” .

Por otro lado, la entonces Dirección General de Instituciones Penitenciarias dictó la Instrucción 14/2005 reguladora del Programa Marco de Prevención de Suicidios.

Quizás en mayor medida el consumo de estupefacientes en las cárceles haya sido uno de los obstáculos a tener en cuenta para el buen fin del tratamiento de los reclusos durante el cumplimiento de las penas privativas de libertad. Si a nivel europeo existe un escaso desarrollo de programas de atención en prisión, como ha puesto de manifiesto el Observatorio Europeo de las Drogas y Toxicomanía, en nuestro ámbito penitenciario el problema no es desde luego baladí, toda vez que alrededor de la mitad de la población reclusa es dependiente.⁶⁵⁸ Y lo que es aún más descorazonador, que viene a confirmar la desocialización creciente de nuestros centros penitenciarios: un elevado porcentaje de los reclusos drogodependientes no lo eran antes de su entrada en los mismos, como con cierta tristeza nos manifiesta Reviriego Picón.⁶⁵⁹

Podríamos decir en conclusión que a la vista de cuanto venimos diciendo existe una Europa de varias velocidades también en materia penitenciaria, representada por los países orientales, centrales y nórdicos. Si bien nuestra posición debería ser más

⁶⁵⁷ Reviriego Picón,F.,(2009)op.cit. pág 185.

⁶⁵⁸ Ibidem, pág 184.

⁶⁵⁹ Ibidem, pág. 194.

cercana al segundo grupo, no ocurre con frecuencia. La tasa de población penitenciaria sitúa a España en una extraña posición dentro de la Unión Europea, por encima de la media europea y con cifras superiores a todos los países que histórica, social, y económicamente se relacionan con el nuestro.⁶⁶⁰

Tampoco permiten mitigar los efectos de la crisis de los sistemas penitenciarios actuales, las nuevas tenencias utilitaristas que han querido ver en la institución carcelaria una fuente de obtención de ingresos. Desde luego no parece que el coste de mantenimiento de los internos deba ser uno de los patrones de la reinserción y la protección de los derechos fundamentales de los reclusos, como defiende Reviriego Picón.⁶⁶¹

Como consecuencia de la irrupción de un nuevo “*managerealismo*” o gestión eficiente del sistema penitenciario, y con origen en un modelo de *cárcel eficiente*, (vinculada a la Nueva *Criminología administrativa o actuarial*) que propugna la sustitución eufemística de los términos cárceles para presos por “equipamientos para usuarios”, las tendencias privatizadoras han sido ensayadas para el buen gobierno de las instituciones carcelarias que han de albergar “clientes” (presos en realidad) de Estados Unidos, Reino Unido o en de los Centros de Menores de España.⁶⁶²

A mi entender, las doctrinas utilitaristas de la prisión y por tanto de la pena privativa de libertad, deben ponerse necesariamente en conexión con un fenómeno al que venimos asistiendo en nuestro país en las últimas décadas, denominado “*huida del Derecho Administrativo*”. Sus valedores consideran que permite una mejor gestión de los servicios administrativos, utilizando las técnicas importadas del Derecho Privado, eludiendo los procedimientos administrativos lentos y nada eficaces. Sus detractores estiman que, so pretexto de flexibilizar los corsés administrativos, en realidad se

⁶⁶⁰ Becerra Muñoz, J., “Las prisiones españolas vistas desde Europa. Un análisis comparado”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, nº 7, 2012, pág 403.

⁶⁶¹ Reviriego Picón, F., (2009), op. cit. pág 191. Nos recuerda que las Reglas Penitenciarias Europeas, no son ajenas a las posibles privatizaciones en el ámbito penitenciario, por lo que la Regla nº 88 establece que en aquellos países que contemplen la posibilidad de que existan prisiones regidas por sociedades privadas en dichos establecimientos deben de aplicarse íntegramente las Reglas Penitenciarias Europeas .

⁶⁶² Rivera Beiras, I., “*Descarcelación. Principios para una política de reducción de la cárcel (desde un grantismo radical)*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág 33.

pretende eludir los controles de toda índole a que debe quedar sujeta la Administración (como garantía de los derechos de los ciudadanos), dando lugar a la puesta en peligro de los derechos más elementales. De suerte que sigamos una u otra postura sobre el susodicho fenómeno, estimo que en un ámbito como el penitenciario debe ser inviable la aplicación de fórmulas de privatización de los servicios penitenciarios, habida cuenta de la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los internos⁶⁶³, por cuanto no parece lógico que el ánimo de lucro, intrínseco al mercantilismo, y el mandato resocializador del artículo 25.2 CE deban ir de la mano (ni siquiera bajo el manto de la eficacia, eficiencia y economía, en el momento actual, de la actuación de las Administraciones Públicas).

En última instancia añadir que la crisis del Estado del Bienestar que venimos padeciendo, en nada ayuda a la necesaria adscripción de elementos personales y materiales a los fines resocializadores. Así dirá Terradillos Basoco que “ la denominada “crisis del Estado asistencial se traduce , en el ámbito penal, en el declive de la ideología resocializadora.”⁶⁶⁴

La crisis del concepto de resocialización, matiza Muñoz Conde, no significa que esté acabado, pues en cierto modo, es inherente al propio concepto de Estado Social como una obligación del Estado y de la Sociedad, ayudar al delincuente en los problemas que de algún modo tienen que ver con el delito cometido. Nadie cuestiona hoy esta obligación, pero sí la manera de llevarlo a cabo.⁶⁶⁵

⁶⁶³ En un artículo publicado el pasado 19 de julio de 2015 titulado “¿Es rentable privatizar el sistema penitenciario?”, en ABC, sección de Economía el profesor de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá, Sanz Delgado, exponía razones de peso para no dejar en manos privadas los establecimientos penitenciarios, por el peligro de la deshumanización del recluso: “*Según sus palabras, el modelo español se basa en «el formato proteccionista europeo del siglo XIX», en contraposición con el sistema americano e incluso británico, que permite una mayor privatización de estas instalaciones.*

Esta última forma de gestión tiene, según Sanz, el problema de que «provoca una segregación de los reclusos, no se busca la reinserción, sino obtener un beneficio». En Estados Unidos, donde las cárceles privadas están muy desarrolladas, se produce, según el profesor, una «deshumanización» del penado.

Además, Enrique Sanz toma también otro inconveniente como referencia. Y es que en los centros penitenciarios privados prima la reducción de costes y la maximización del beneficio. Lo primero implica el desarrollo de instalaciones más deficientes o la «contratación de carceleros menos cualificados». En cuanto a los ingresos, Sanz relata que «las empresas normalmente reciben una compensación por cada penado, por lo que pueden tener interés en que las cárceles se llenen de gente».

⁶⁶⁴ Mapelli Caffarena, B., Terradillos Basoco, J., (1990), págs. 63-64.

⁶⁶⁵ Hassemmer W., Muñoz Conde, F., (1989), op. cit. pág 153.

10.3 Métodos alternativos y propuestas de futuro: *Derecho penitenciario mínimo y humanizado.*

Como ya nos avisaba, a principios de la década de los noventa, acertadamente Mapelli, se está produciendo, como consecuencia de la crisis de la ideología resocializadora, una vuelta a los fines puramente retributivos de los fines de la pena privativa de libertad: *“en las últimas décadas la ciencia penitenciaria parecer mirar nuevamente hacia los orígenes. La prisión lejos de poder alcanzar pretensiones resocializadoras, debe reconocerse a sí misma como un poderoso instrumento represivo cuya vigencia y contradicciones resultan cada vez más difíciles de ocultar”*, proponiendo como única alternativa válida *“la promoción de un derecho penitenciario mínimo, profundamente humanizado e inspirado en los derechos fundamentales de la persona reconocidos por la Constitución”*⁶⁶⁶ .

En la tarea de encontrar fórmulas alternativas hallamos las sugeridas por Reviriego Picón quien ha esbozado como posibles instrumentos o métodos alternativos para paliar la crisis de los sistemas penitenciarios, de un lado acudir a las penas de trabajo en beneficio de la comunidad, y de otra recurrir a al uso de medios telemáticos.

⁶⁶⁷

En el primer caso los trabajos en beneficio de la comunidad, permitirían atajar el problema de masificación de los centros penitenciarios y reducir eficazmente el hacinamiento. Como en otras materias, otros países de nuestro entorno muy especialmente Alemania, Francia, Inglaterra, ya han recurrido esta clase de pena, a diferencia de nuestro país donde no se aplicaba desde un punto de vista cuantitativo en demasía.

Por otro lado, el uso de los medios telemáticos provocó una fuerte polvareda doctrinal en su momento, aunque entiendo que puede lograr una correcta aplicación

⁶⁶⁶ Mapelli Caffarena, B., Terradillos Basoco, J., (1990), op. cit. pág. 31. Si la estrategia de la resocialización se correspondía con las tendencias tecnocráticas y eficientistas del Estado del Bienestar, es decir, del orden social en el capitalismo avanzado, la crisis de ese modelo de Estado ha de implicar la crisis de sus pretensiones resocializadoras en lo penal.

⁶⁶⁷ Reviriego Picón, F., (2009) op. cit. pág 187.

de la finalidad reinsertadora y “*vaciamiento*”, permítaseme la expresión, de las tan masificadas cárceles españolas. El recurso a esta medida queda condicionada a las garantías precisas no solo en la ejecución de la medida sino en lo que respecta la protección de los derechos fundamentales del penado.

Las ventajas de estas medidas tecnológicas fueron apuntadas por Nistal Burón, quien mantuvo a principios del nuevo milenio, que suponían bajo coste, evitaban la sobrecarga de los centros penitenciarios, que el sujeto no pierda su trabajo atendiendo las necesidades económicas de su víctima, que eluda los efectos desocializadores, y que a su vez esté controlado por la sociedad⁶⁶⁸.

En el derecho comparado, aunque durante la década de los ochenta los resultados con presos preventivos, sistema de vigilancia de arrestos domiciliarios, no fueron los apetecidos en Reino Unido, sí se puede afirmar que los obtenidos durante la década de los noventa justificaron su utilización.⁶⁶⁹

En lo que se refiere a nuestro país, se inició en el año 2001 un Programa de vigilancia remota de internos, mediante pulseras, que permitiría al interno dormir en su domicilio.

A estos efectos es imprescindible traer a colación la Instrucción 13/2006 de la entonces Dirección General de Instituciones Penitenciarias, dictada en desarrollo del artículo 86.4 del RP⁶⁷⁰, y que vino a sustituir a la I. 13/2001, que señala en primer

⁶⁶⁸ Nistal Burón, J., “La prisión del s. XXI”, Primer Congreso Europeo de Derecho Penitenciario, X Jornadas penitenciarias de Andalucía, Cámara de Comercio e Industria de Jaén, 2002, pág 44.

⁶⁶⁹ Reviriego picón, F.,(2009), op. cit., pág 188.

⁶⁷⁰ El artículo 86 del RP solo contiene se refiere a esta materia en un escueto apartado cuarto, aunque reproducimos el precepto completo para su mejor comprensión: *1. Los internos podrán salir del Establecimiento para desarrollar las actividades laborales, formativas, familiares, de tratamiento o de otro tipo, que faciliten su integración social.*

2. Estas salidas deberán ser planificadas y reguladas por la Junta de Tratamiento, señalando los mecanismos de control y seguimiento que se consideren necesarios, de acuerdo con lo establecido en el programa de tratamiento.

3. El horario y la periodicidad de las salidas autorizadas serán los necesarios para realizar la actividad y para los desplazamientos.

4. En general, el tiempo mínimo de permanencia en el Centro será de ocho horas diarias, debiendo pernoctarse en el Establecimiento, salvo cuando, de modo voluntario, el interno acepte el control de su presencia fuera del Centro mediante dispositivos telemáticos adecuados proporcionados por la Administración Penitenciaria u otros mecanismos de control suficiente, en

término que *“implica que el interno queda eximido de pernoctar en el establecimiento, aceptando los controles mediante dispositivos telemáticos o de otro tipo que establezca la Junta de Tratamiento y en la Resolución de la Dirección General al efecto; estableciéndose a continuación como motivo para la aplicación del régimen de vida previsto en el artículo 86.4 RP “la existencia de circunstancias específicas de índole personal, familiar, sanitaria, laboral, tratamental u otras análogas que, para su debida atención, requieren del interno una mayor dedicación diaria que la permitida con carácter general en el medio abierto.”*

Se requiere el cumplimiento de una serie de requisitos para el disfrute de esta medida alternativa: *“La acreditación de esta capacidad del interno debe ser lo más objetiva posible y requiere una evaluación detallada y global por parte de la Junta de Tratamiento que debe tener en cuenta factores de carácter personal, social, delictivo y penal; ofreciéndose seguidamente los criterios que pueden orientar esta evaluación por parte del órgano colegiado: “Haber obtenido una valoración positiva en las diferentes evaluaciones relativas al cumplimiento de los objetivos de su programa individualizado de tratamiento; existencia de factores que favorezcan una integración socio-laboral y existencia de un pronóstico favorable de reinserción social.”*

La aplicación de estas medidas alternativas requiere asimismo la adopción de medidas de control, que la propia Instrucción se encarga de fijar: *“La medida ordinaria de control es la inclusión del interno en el sistema de monitorización electrónica, con la instalación de los adecuados dispositivos de localización telemática. Este sistema ofrece a la Administración Penitenciaria una información segura sobre la presencia o no del interno en un lugar preestablecido dentro de los límites horarios fijados en su programa de seguimiento.”*

Una posible manera de salvar las observaciones formuladas por la doctrina sobre la constitucionalidad de la monitorización del penado, en especial en lo atinente al derecho a la intimidad puede verse reflejado en este párrafo de la Instrucción: *“En los casos en los que las circunstancias laborales o residenciales del penado hagan*

cuyo caso sólo tendrán que permanecer en el Establecimiento durante el tiempo fijado en su programa de tratamiento para la realización de actividades de tratamiento, entrevistas y controles presenciales.”

inaplicable el sistema de monitorización electrónica, podrá éste verse sustituido por otras medidas que, en su conjunto, garanticen un control suficiente sobre interno. Estas medidas de control, complementarias o sustitutivas de la localización telemática según los casos, podrán consistir entre otras:

- a) Visitas de un profesional del establecimiento al lugar de trabajo u ocupación del interno.*
- b) Presentaciones del interno en una unidad de la Administración Penitenciaria.*
- c) Presentaciones del interno en dependencias policiales o de la Guardia Civil.*
- d) Comunicaciones telefónicas en uno u otro sentido.*
- e) Comprobaciones relativas a la documentación de carácter laboral.*
- f) Controles sobre actividades terapéuticas.*
- g) Entrevistas con el interno por parte de diferentes profesionales penitenciarios.*
- h) Entrevistas con miembros de la unidad familiar del interno.”*

Del mismo modo la Instrucción 13/2006, se muestra garantista con los derechos del penado al exigir su aplicación de forma voluntaria en todo caso: *“Todas las medidas de control fijadas por la Administración deberán ser voluntaria y expresamente aceptadas por el interno y no podrán atentar contra su dignidad.”*

Como cierre del sistema diseñado en la Instrucción, se ordena comunicar al órgano jurisdiccional encargado de velar por los derechos fundamentales de los internos tanto al inicio como la finalización de la meritada medida alternativa: *Todas las autorizaciones de aplicación del régimen de vida previsto en el art. 86.4, serán comunicadas por el establecimiento al Juez de Vigilancia Penitenciaria. Igualmente, se le notificarán los acuerdos que pongan fin a su aplicación.*

La doctrina penalista española ha mostrado su descontento por la utilización de estos medios electrónicos, especialmente por la monitorización del penado, basándose en la vulneración del principio de reserva de Ley para la regulación de aquellas materias referidas a los derechos fundamentales de los reclusos Así Poza Cisneros, ha criticado duramente que se acuda a la figura del reglamento para regular un materia

que afecta a derechos fundamentales del penado, como son la dignidad y la intimidad del recluso, siendo necesaria la figura de Ley Orgánica⁶⁷¹.

*Sin duda la utilización de los medios telemáticos, dentro de la crisis de los sistemas penitenciarios, se muestra como un proceso imparable, condicionado en buena medida por las tasas de sobreocupación de los centros penitenciarios y asimismo y aunque en menor extensión, por la propia bandera de la reinserción.*⁶⁷²

Se ha sostenido que *la cárcel física ataca el derecho a la libertad, la cárcel electrónica cercena el derecho a la intimidad*⁶⁷³, aunque no debemos escudriñarnos en una supuesta vulneración de los derechos fundamentales de los reclusos para rechazar frontalmente la aplicación en nuestros centro penitenciarios de las medidas alternativas a la prisión, cuando en realidad lo que subyace es un cierto recelo a los avances tecnológicos, por lo que comparto plenamente las palabras de Otero González al advertirnos que los *“juristas cuando nos enfrentamos a los avances tecnológicos, a priori nos parecen siempre incómodos y el primer mecanismo de defensa frente a lo desconocido, antes de evaluarlo en profundidad, consiste en alegar que vulnera derechos fundamentales de los sometidos a ellos, olvidando que no son más que instrumentos puestos al servicio de ciertos fines y que son éstos los que tienen que proteger los derechos fundamentales en juego”*.⁶⁷⁴

Tampoco se muestra muy partidario de los métodos alternativos de naturaleza electrónica, cierto sector de la doctrina penalista, por el riesgo de que pudieran ser atentatorias de la dignidad humana: *“Cuando se vulneren los contenidos de la mínima dignidad de la persona, estaremos ante penas o tratos inhumanos o degradantes, expresamente prohibidos por el artículo 15 de la Constitución así como por los*

⁶⁷¹ Poza Cisneros, M., “Las nuevas tecnologías en el ámbito del derecho penal”, *Revista del Poder Judicial*, nº 65, 2002, pág 67,

⁶⁷² Reviriego Picón, F., Gudín Rodríguez -Magariños, F., “Las alternativas a la reclusión y la revolución telemática”, *Diario La Ley*, nº 7250, Sección Tribuna, 28 de septiembre de 2009, Año XXX, Ref. D-301, La Ley, pág 2.

⁶⁷³ Gudín Rodríguez-Magariños, F. “Cárcel electrónica y sistema penitenciario del siglo XXI”, *AFDOUA*, 2005, pág 14. El control y la supervisión electrónica, indica el citado autor, no son ni mucho menos más flexibles que en un centro penitenciario. Realmente es una manifestación de lo que Rivera Beiras denomina “*opción custodial*”, o más acertadamente Garland lo conceptúa como “*cultura del control*”.

⁶⁷⁴ Otero González, P., “El control telemático de los penados”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág 11.

*convenios internacionales, contra los que cabe recurso de amparo al margen del recurso o la cuestión de inconstitucionalidad. Y no se olvide que el anillo, eslabón, pulsera o collar electrónicos, si no se someten a los límites como los que acabo de indicar, pueden sustituir con ventaja en eficiencia tecnológica, pero también igualarse casi en degradación e indignidad, a las viejas cadenas y grilletes que entorpecían los movimientos físicos del penado o le unían al muro de la cárcel o a su bola de hierro”.*⁶⁷⁵

En definitiva, los medios electrónicos o la cárcel electrónica, como la denomina Gudín Rodríguez-Magariños, además de posibilitar el contacto del interno con el exterior, supone una alternativa a la cárcel tradicional y permite salir del círculo vicioso que implica recluir, castigar y marginalizar y esperar a que acaezca algo positivo. No podemos obviar, dice el citado autor *que la cárcel electrónica conlleve aspectos negativos, por cuanto no permite liberar al interno de la sombra del Estado, éste sigue ahí, y por tanto la libertad igualmente se ha perdido.*⁶⁷⁶

10.4 Política pública de reducción y descarceración.

Si a pesar de la unanimidad doctrinal en calificar a la institución carcelaria como *deshumanizadora, corruptora, desocializadora, y antieconómica*, todas las sociedades la han adoptado como medio reactivo frente a las conductas criminógenas⁶⁷⁷.

Sin embargo como hemos podido apreciar a lo largo de esta tesis en nuestro sistema penal ha prevalecido el sistema retributivo de la pena privativa de libertad, lo que no es coherente con las principales teorías criminológicas contemporáneas al atacar no las causas del delito sino sus manifestaciones⁶⁷⁸; si ello le unimos que no ha servido para reducir la criminalidad, ¿por qué se sigue entonces utilizando la cárcel?. Para algunos ésta cumple una función básica, que es simbólica, consistente en

⁶⁷⁵ Luzón Peña, D.M., “Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión”, VIII Jornadas Penitenciarias Andaluzas, Sevilla, 1993, pág 64.

⁶⁷⁶ Gudín Rodríguez –Magariños, (2005), op. cit. pág 35. Se advierte necesariamente que la efectividad de la “vigilancia electrónica” es directamente proporcional al acompañamiento del imprescindible soporte humano, dado que produce en el vigilado un efecto tranquilizador.

⁶⁷⁷ Reviriego Picón, F., Gudín Rodríguez –Magariños, F., (2009), op. cit. pág 1.

⁶⁷⁸ González Sánchez, I., “Abolicionismo, cárceles, e inseguridad ciudadana. Crítica, alternativas y tendencias”, Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª Época, nº 1, 2009, pág 295.

tranquilizar a los ciudadanos. Por otro lado para la doctrina penalista la respuesta puede encontrarse en “*que el Derecho penal es un instrumento de protección del sistema político dominante*”⁶⁷⁹.

Frente a la institución carcelaria se ha mostrado de forma mayoritaria⁶⁸⁰ la doctrina penalista y penitenciaria española, siendo calificada por Tamarit Sumalla como de “*institución total*”⁶⁸¹, que acaba imponiendo su propia lógica, según la cual el individuo debe adaptarse a un medio diferente al del mundo exterior, hecho que comporta una desocialización respecto del medio al que tendrá que volver después.

El principio resocializador de la cárcel, se queda en poco más que una declaración de intenciones, puesto que el interno no interioriza las normas sociales, sino las normas que le permiten desenvolverse mejor entre los muros de las prisiones, esto es, la subcultura carcelaria.

A juicio de Morillas Cueva, en artículo⁶⁸² de sugerente título, debe en todo caso, apostarse por una política criminal moderna y planificada que no puede ser otra que la del *reduccionismo punitivo*, que aporte los mecanismos suficientes para desterrar las disfuncionalidades la excesiva utilización de la pena de prisión muestra en los sistemas actuales.....En definitiva, reducir la presencia de la pena de prisión y su aplicación para racionalizar, todavía con más intensidad, las políticas de justicia penal sobre el imprescindible soporte del respeto a los derechos humanos de todos los ciudadanos incluidos los condenados, las exigencias de justicia social sobre la trilogía garantista y aseguradora: delincuente-sociedad- víctima. Únicamente así se podrá legitimar en cierta medida la pena de prisión en el Estado social y democrático de derecho.

⁶⁷⁹ Terradillos Basoco, J., “*Peligrosidad social y Estado de Derecho*”, Akal, Madrid, 1981 pág 15.

⁶⁸⁰ Y digo mayoritaria, y no unánime, por la existencia de autores que mantienen con firmeza *que contra las posturas críticas, aparentemente mayoritarias entre penalistas y criminólogos, que apuestan por un Derecho penal en el que la privación de libertad no sea la sanción de referencia, abogan “por la radical defensa de la preeminencia de la sanción de privación de libertad entre las sanciones penales”*. Así por ejemplo Barquín Sanz, J, en “*Alternativas a las penas privativas de libertad algunas quiebras del principio de legalidad en la regulación de los sustitutivos penales*, I Congreso Europeo de Derecho penitenciario, X Jornadas Penitenciarias de Andalucía, Tomo II, Jáen, 2002, pág 114.

⁶⁸¹ Tamarit Sumalla, J.M., “Curso de derecho penitenciario”, Valencia, 2001, pág 33.

⁶⁸² Morillas Cueva, L., ¿Pasa la legitimación de la pena de prisión en una sociedad democrática por una política criminal reduccionista?, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol . 8, diciembre de 2014, pág 36.

El mismo García Valdés⁶⁸³ explica como la gran contradicción surge cuando razonamos si resulta útil para preparar para la libertad al hombre en un ambiente hermético, opresor, y agresivo, aún se mantienen los establecimientos cerrados....., la presente regulación se encuentra abocada al fracaso porque las premisas sobre las que se sustenta vician toda la obra posterior. Incluso Landgrave Díaz llega a calificar la realidad carcelaria actual como de *victimización carcelaria*⁶⁸⁴.

La cárcel actual ha sido conceptualizada como *contradicción institucional*, por cuanto al ser una institución creada por la Ley, pero en la que debe desenvolverse el propio gobierno de las personas. *Es un lugar confiado al control total del Estado, pero interior no rigen controles ni reglas sino sobre todo la ley del más fuerte: la ley de la fuerza pública de los agentes penitenciarios y la ley de la fuerza privada de los presos más prepotentes y organizados. Es la cárcel, una institución pública dirigida a la custodia de los ciudadanos pero que no logra garantizar los derechos fundamentales de los reclusos, empezando por la propia vida.*⁶⁸⁵

En la idea de la naturaleza contradictoria de la institución carcelaria ya había ahondado Terradillos, a principios de la década de los noventa del siglo pasado, reconociendo que, si bien la prisión en el momento actual es una necesidad irrenunciable, la única fórmula de salvar esa contradicción será potenciar las penas alternativas y (en aquellos casos en los que la prisión deba seguir utilizándose) intentar lograr el objetivo de apertura de la cárcel a la sociedad.⁶⁸⁶

⁶⁸³ García Valdés, C., Estudios de Derecho penitenciario”, Tecnos, Madrid, 1982, pág 87.

⁶⁸⁴ Landrove Diaz, G., ” La moderna victimología”, Tirant lo Blanch, Valencia 1998, pág 161.

⁶⁸⁵ Ferrajoli, L., “Jurisdicción y ejecución penal. La cárcel una contradicción institucional.” *Crítica Penal y Poder*, nº 11, Observatorio del sistema penal y los derechos humanos. Universidad de Barcelona, pág 9 pág 11. En sobra explica que con la reclusión el conenado es arrojado a una sociedad salvaje , abandonada de hecho en gran parte al juego libre de las relaciones de fuerza y de poder entre detenidos y al desarrollo de una criminalidad carcelaria incontrolada que se ejercita contra los más débiles e indefensos.

⁶⁸⁶ Mapelli Caffarena, B., Terradillos Basoco, J., (1990), op. cit. pág 30.

Rivera Beiras⁶⁸⁷, allá por el año 1994 ya preconizaba la abolición de la cárcel, pues la concibe como la entidad administradora de sufrimiento entre los reclusos, por lo que debería desaparecer.

Dado que parece difícil por no decir imposible conseguir la resocialización de los internos dentro de la cárcel, donde se ha generado un ambiente negativo que inclina más a la marginación y al resentimiento, ven indefectiblemente la luz, propuestas de *reduccionismo de la institución carcelaria*, entre las que debemos mencionar la formulada por Gudín Rodríguez-Magariños, que aboga por la creación de un nuevo sistema penitenciario donde el encierro pase de ser la regla general a la excepción. Los establecimientos de reclusión quedarían reservados para los internos más recalcitrantes, peligrosos e irreductibles y para los periodos iniciales de los delincuentes que hubieren cometido delitos violentos o sangrientos. La vigilancia electrónica, junto con otras medidas no desdeñables (programas formativos, laborales, desintoxicadores), permitiría abandonar así un sistema penitenciario basado en un axioma absurdo: encerrar, desocializar a un individuo para hacer de él un hombre apto para vivir en sociedad.⁶⁸⁸

Pero un sector de la doctrina penitenciarista más autorizada y reciente, viene considerando la necesidad de ir más allá de una política penitenciaria meramente reduccionista, abriendo decididamente paso a lo que tildan de *descarcelación*, “*entendida no como abolicionismo del derecho penal si no como superación de la cárcel*”⁶⁸⁹. Me refiero al último trabajo de Rivera Beiras⁶⁹⁰, publicado recientemente en el año 2017, flanqueado en su prefacio por un autor de la talla de Ferrajoli, que ha sido considerado como el principal referente del llamado garantismo penal para una teoría política de la democracia basada en la defensa de los derechos humanos⁶⁹¹. Subraya el autor romano, en el prólogo, que la *cárcel funda su intacta supervivencia, justamente en la impunidad de las violaciones de derechos que ocurren dentro de sus*

⁶⁸⁷ Rivera Beiras, I., “Cárcel y Derechos Humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos humanos de los reclusos”, Bosch, Barcelona, 1992, pág 195.

⁶⁸⁸ Gudín Rodríguez- Magariños, F., (2005), op. cit., pág 83.

⁶⁸⁹ Ferrajoli, L., en prefacio de la obra de Rivera Beiras, I., (2017), op. cit., pág. 20.

⁶⁹⁰ Rivera Beiras, I., “*Descarcelación. Principios para una política pública de reducción de la cárcel (desde un garantismo radical)*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

⁶⁹¹ “La Lucha por los derechos constituye uno de los pilares fundamentales del garantismo

muros, y en la indiferencia de la opinión pública y de los medios de información. No es solamente una institución segregadora, sino que es también una institución segregada, es decir, marginada por el interés, la visibilidad y la atención del mundo exterior”.

Ya he señalado “*ut supra*” que precisamente Rivera Beiras propugnaba, a mediados de la década de los noventa del siglo pasado la abolición de la cárcel, formando parte del movimiento anticarcelario europeo y publicando a estos efectos un exhaustivo estudio en la materia⁶⁹². Para la superación de la institución carcelaria se vale del concepto de *garantismo radical*: “*camino fértil (aunque no ciertamente sea el único) para acercarnos sería y rigurosamente al paradigma de la abolición y superación de la pena carcelaria*”; por cuanto el respeto efectivo a los derechos de los reclusos no puede lograrse en la cárcel.⁶⁹³.

La necesidad de la superación de la *reclusión carcelaria* ya fue puesta de relieve por Ferrajoli, al considerar que la misma es contraria, por su naturaleza, al criterio de justificación de la pena en general como minimización de la violencia punitiva; al modelo teórico y normativo de la pena privativa de libertad como pena igual y taxativamente determinada por la ley; a los principios de respeto a la dignidad de la persona y de la finalidad reeducativa pena positivamente establecida en muchas Constituciones.⁶⁹⁴

De esta doctrina debo inferir que, una desde una perspectiva de respeto escrupuloso de los derechos fundamentales de los reclusos, la reforma de la institución carcelaria como la concebimos hoy en día se muestra inalcanzable, por lo que solo cabe su continua y necesaria reducción, y superación (en palabras de Rivera Beiras *descarcelación*). A mi parecer, la política de paulatina reducción y abolicionismo carcelario expuesta, tendrá pues, de forma indefectible, que cohonestarse con la

Radical y debe constituir una lucha constante”, afirma Ferrajoli. (Rivera Beiras, I., (2017), pág. 173.

⁶⁹² “¿Abolir o transformar?. Historia de las acciones sociales colectivas en las cárceles europeas (1960-2010). Movimientos, luchas y transformaciones posteriores”. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2010.

⁶⁹³ Rivera Beiras, I., (2017), op. cit. ,pág 35.

⁶⁹⁴ Ferrajoli, L., (2016),op. cit. pág 9.

restitución al derecho penal de su carácter de *última ratio* de la tutela jurídica (principio de intervención mínima), esto es, protegiendo los bienes jurídicos más elementales y de las ofensas más intolerables. De ahí que se haya predicado del Derecho Penal su *naturaleza fragmentaria*, y que debe ser revitalizada de nuevo.

Concretamente Rivera Beiras, para trazar la hoja de ruta de su Programa de *descarcelación*, formula las siguientes líneas maestras:

- *Apostar por un “garantismo radical”, que consiste en tomarse en serio los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad. El único debate verdaderamente superador de la cárcel es aquel se sitúa en la fase de creación del derecho, erradicando de la Ley la posibilidad de seguir castigando con privación de libertad; como lo demuestra el hecho de las mal llamadas alternativas a la cárcel, cuando semejantes medidas se introdujeron en el momento de ejecución de la pena, nunca constituyeron verdaderas alternativas sino, en el mejor de los casos, modalidades alternativas de cumplimiento de una pena que siguió siendo privativa de libertad que siguió siendo privativa de libertad.*⁶⁹⁵
- *La despenalización de aquellas conductas que nunca debieron ser constitutivas de ilícitos penales, poniendo coto a la creciente “inflación penal”, y que no merecieron ser incluidas en leyes penales; construyéndose “una cultura de resistencia “frente a “la cultura de la emergencia y la y excepcionalidad punitiva”.*
- *Masiva descarcelación, a través de la sustitución de la pena privativa de libertad, para la mayoría de los delitos, con penas alternativas a la prisión como los arrestos domiciliarios, la semi-libertad, la confianza a prueba y otras similares.*⁶⁹⁶
- *Creación de una Unidad Institucional para el cumplimiento de las Recomendaciones internacionales en el ámbito penitenciario. En concreto en el*

⁶⁹⁵ Rivera Beiras, (2017), op.cit. , págs 81-82.

⁶⁹⁶ Ibidem , pág 47.

ámbito de la Unión Europea, la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, en su último Informe relativo a la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea (2013/2014) (2014/2254 (INI) de julio de 2015, ha recordado que las autoridades nacionales tienen que garantizar los derechos fundamentales de los presos y presas, lamentando que las condiciones de detención en las prisiones y en otras instituciones de numerosos Estados miembros, entre las que se encuentra la superpoblación carcelaria y los malos tratos a los presos y presas; considerando esencial la adopción por la Unión Europea de un instrumento que garantice la aplicación de las Recomendaciones del Comité Europeo contra la Prevención de la Tortura y otras Penas o Tratos Inhumanos o degradantes, y de las sentencias del TEDH.

- *Constitución de una Mesa de trabajo y diálogo entre los actores directamente involucrados*, compuesta por presos, familiares, operadores penitenciarios, representantes de la Administración Penitenciaria y de carácter municipal y organizaciones de derechos humanos comprometidas con la problemática carcelaria; de forma que sean los propios afectados por la cárcel quienes participen de forma democrática en la construcción de sus propios caminos emancipatorios.

-Investigación sociológica de la realidad carcelaria con expresión de las problemáticas más acuciantes: respecto de la población encarcelada, la diversidad sexual en ámbitos de reclusión, privación de libertad y derecho a la salud, condiciones étnicas y de nacionalidad en los institutos penales, niñez y juventud en los institutos penales, expresión del sufrimiento carcelario y los distintos niveles de dolor penal incluyendo tanto casos de maltrato como el sufrimiento intrínseco de la experiencia carcelaria; respecto de los entornos familiares con presos, se investigarán especialmente el grado de relación parentesco con la persona presa, el nivel de dependencia económica con la persona privada de libertad y las vías de sostenimiento económico actual si la persona encarcelada cumplía un rol importante en el sustento de la economía familiar, el posible incremento de gastos debido a desplazamientos que los familiares deban realizar si efectúan visitas, o si deben cubrir las necesidades de la persona encarcelada, la posible medición del dolor afectivo por la situación

vivida, la duración temporal de la carencia subjetiva, el nivel de ayuda y atención pública y privada que tiene la familia; y por último respecto de los funcionarios penitenciarios, se considera imprescindible abordar extremos como sus condiciones materiales y salariales de trabajo, sus niveles de formación y capacitación profesional y cultural, afectaciones subjetivas ocasionadas por el trabajo en la privación de libertad, niveles de satisfacción personal o de stress, depresión o ansiedad internalizados en su quehacer profesional, conocer su opinión acerca de los programas y prácticas de actuación que como operadores penitenciarios deben ejecutar.

- *Mínimo marco jurídico-garantista durante el desarrollo el Programa*, inspirado en la tradición el *constitucionalismo social* (relativo a la fórmula Estado Social y Democrático de Derecho). La distancia entre la *cárcel legal* y la *cárcel real* realifica la calidad de un sistema democrático. *Por otro lado el citado marco normativo implica primero sostener la vigencia efectiva y no solo formal el principio de legalidad y de la reserva de ley; la progresiva eliminación el empleo de la prisión preventiva respetando al máximo el principio de presunción de inocencia; revaluación del estatuto jurídico de las personas privadas de libertad*⁶⁹⁷; *modificación del ámbito decisonal de los incidentes de la ejecución penal de la cárcel a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria; terminar con el falso carácter progresivo del trabajo en prisión*⁶⁹⁸.
- *Excarcelación de enfermos presos*, puesto que como se ha demostrado por diferentes organismos internacionales, no solo se está produciendo el surgimiento de nuevas patologías (que hallan su origen precisamente en la permanencia prolongada de individuos en las penitenciarías) sino que también el extraordinario

⁶⁹⁷ Respecto del procedimiento disciplinario mantiene: “*No se puede seguir admitiendo un derecho penal del autor en fase de ejecución penal orientado por criterios subjetivos o de peligrosidad o de supuestas medicio.nes de umbrales de riesgos*” Rivera Beiras, (2017), op. cit.pág 104.

⁶⁹⁸ Es inadmisble a juicio del autor que la jurisprudencia constitucional (ATC 302/1988, de 14 de marzo) haya calificado el derecho al trabajo penitenciario consagrado en el artículo 25.2CE, como un derecho de aplicación progresiva (no puede ser demandado de forma inmediata sino solo cuando la Administración se halle en condiciones materiales, presupuestarias de brindarlo) vaciando de contenido el precepto constitucional citado. “*Una devaluación semejante de un derecho fundamental de trabajar de forma digna y remunerada requiere una inversión completa*”, íbidem, pág 112.

factor patógeno que la cárcel supone para individuos aquejados de enfermedades infecto-contagiosas.

- *Proceso descarceratorio de las mujeres presas con hijos en las cárceles.* Si existe un tema poco abordado dentro del universo penitenciario es sin duda el que se vincula con la problemática de las mujeres presas, siendo aún más infrecuentes los trabajos e investigaciones que se han abocado al estudio de los problemas que presenta la presencia de mujeres con hijos en el interior de las cárceles.
- *Imprescindible tarea de registrar, documentar y alertar las vulneraciones de derechos fundamentales: un escenario de representación el conflicto.* No podrá verificarse proceso alguno de transformación radical y de reducción en el empleo de la cárcel si este importantísimo punto no es desarrollado y controlado permanentemente.
- *Abrir la cárcel, atravesándola con el ingreso de otras instituciones y sectores de la sociedad civil.* Pueden mencionarse aquí aquellas iniciativas que en los últimos años han intentado superar la opacidad que siempre ha caracterizado al mundo penitenciario, bien a través de la “intersección” entre Universidad y cárcel, bien por el servicio prestado desde ámbitos municipales a través de la actuación de sociedad civil.⁶⁹⁹

⁶⁹⁹ Rivera Beiras, I., (2017), op. cit. ,págs. 185 a 189. Buena muestra de los positivos resultados que ha producido la “intersección” de instituciones lo constituye, por ejemplo, el proyecto “*Abrir la cárcel*”, elaborado por un grupo de profesores y estudiantes universitarios de la Universidad de Barcelona, miembros de las Asociaciones Espai de Treball Universitari y la Asociación contra la Cultura Punitiva y de Exclusión Social, por la Administración penitenciaria de Cataluña para el desarrollo de una serie de seminarios durante el curso académico 1999-2000, interrumpido más tarde por presiones negativas de sectores vinculadas a funcionarios penitenciarios. O más recientemente la experiencia impulsada por la Clínica Jurídica de la Universitat Rovira i Virgili de Tarragona (con la cárcel de la misma provincia) y el proyecto “dret al Dret” de la Facultad e Derecho de la Universidad de Barcelona, con dos aspiraciones especialmente importantes: de un lado, contribuir a una formación especializada de los estudiantes y de otro, cumplir con la función social que, como servicio público, se espera de la Universidad. Como consecuencia de esta última iniciativa se ha elaborado una “Guía de Recursos Sociales y Jurídicos para las personas privadas de libertad. Estas guías han venido constituyendo importantes instrumentos de autodefensa de los derechos fundamentales de las personas presas en España, como la elaborada por la Asociación “Salhaketa” del País Vasco y el profesor Rios Martín.

- *Difusión del universo carcelario en el contexto social.* Es sumamente importante considerar los medios periodísticos y en general las tecnologías de la comunicación que puedan provocar el efecto de hacer visible en la sociedad la inmensa cantidad de vivencias, sucesos e iniciativas, que normalmente viven encerradas en el aislamiento carcelario. Pero “*abrir la cárcel*” también requiere estrategias difusoras que provoquen, al mismo tiempo, el efecto de “*abrir la sociedad a la cárcel.*”⁷⁰⁰

- *Política integral de atención tras la liberación de la cárcel.* La estancia en la cárcel constituye un verdadero *tiempo de suspensión del tiempo existente*: El deterioro y en no pocas ocasiones de la ruptura de lazos familiares y sociales, el alejamiento temporal de los entornos previos que la persona presa tenía y frecuentaba, de los núcleos familiares y sociales en general, la falta de acceso en el momento de la liberación a servicios de atención a la salud, la carencia de trabajo o de educación constituyen una constante de estas experiencias pos penitenciarias.⁷⁰¹

⁷⁰⁰ Rivera Beiras, I., (2017), op. cit. pág 195, “Que *sus voces sean oídas* puede constituir un camino válido para que la sociedad escuche una *opinión nueva nunca publicada*, que sirva para modificar las actitudes prejuiciosas estereotipadas y que, en consecuencia, traducen una percepción de los problemas carcelarios muy alejada de la realidad”.

⁷⁰¹ En este apartado Rivera Beiras acude al trabajo “*Propuesta conceptual para una política de atención a las personas egresadas del sistema penitenciario*”, Brasilia, 2016, de la autora María Palma Wolf, donde se señalan con suma precisión los “*marcadores*” de las persona que egresa de la cárcel. Dicho trabajo se inserta el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).

XI) CONCLUSIONES FINALES. -

Consideraciones previas.

Al inicio de este trabajo ya anunciábamos que la doctrina no había prestado la atención que se merece a los derechos fundamentales de los reclusos y en particular a la realidad carcelaria, esto es, no solo a la “cárcel legal” sino también a la “cárcel real”.

Esta tesis ha pretendido humildemente aportar una nueva visión al estudio y análisis de los derechos de las personas privadas de libertad en virtud de sentencia condenatoria y que por tanto se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad.

He pretendido hacer hincapié primordialmente en la configuración y delimitación de los derechos fundamentales de los reclusos bajo el prisma de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del TEDH, insistiendo en la necesidad de cohonestar ambas interpretaciones.

PRIMERA

Toda vez que la relación jurídico-penitenciaria tiene su origen en la relación punitiva y en el ejercicio del “ius puniendi” estatal, los derechos de los sujetos del lado pasivo de esta última, dependerán directamente el sentido y finalidad que atribuyamos a la pena privativa de libertad.

SEGUNDA

Nuestra legislación penitenciaria se encuentra a la vanguardia de los ordenamientos penitenciarios contemporáneos y es tributaria de las corrientes más avanzadas de la ciencia penitenciaria. Una contribución fundamental en la situación actual de nuestra legislación penitenciaria se debe, sin duda, al proceso de internacionalización que han sufrido los derechos fundamentales de los internos y a la

posterior recepción de tales convenios y tratados internacionales en nuestro ordenamiento jurídico.

No perdamos de vista que nuestra Carta magna en su artículo 10 situado estratégicamente por el constituyente en el pórtico del Título I (bajo la rúbrica “*De los derechos y deberes fundamentales*”) obliga a interpretar todos los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la misma, conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los demás tratados y convenios internacionales ratificados por España en la materia.

TERCERA

Es claro que las fuentes del ordenamiento jurídico español a la luz de la teoría general del derecho no son directamente extrapolables al derecho penitenciario por la reserva de ley que rige en el mismo.

A lo largo del trabajo de investigación que ha supuesto esta tesis he podido comprobar la cantidad de clasificaciones de los derechos operadas por la doctrina penal y penitenciaria, amén de la clasificación que permite efectuar el artículo 53 de la CE en función de las garantías normativas y jurisdiccionales que allí se contienen.

Me inclino por la postura mantenida por el profesor Reviriego quien prefiere hablar de derechos de los internos “modulados” por la sentencia condenatoria, el sentido de la pena y la ley penitenciaria, de conformidad con lo ordenado en el artículo 25.2 CE, que fija los límites de los derechos de los internos, que como cualquier derecho no son absolutos, sino que pueden ser objetos de restricciones. No olvidemos que los derechos fundamentales de los internos no afectados por la sentencia condenatoria se mantienen intactos, puesto que el interno sigue formando parte de la sociedad.

A mi modo de ver, la vigente ley penitenciaria regula de modo detallado y suficiente los derechos y deberes de los internos, completándose con el desarrollo que efectúa el Reglamento Penitenciario. Ello no es óbice para que como hemos venido

recogiendo durante el desarrollo de esta tesis podamos verificar que en la praxis no todos son garantizados de forma efectiva.

CUARTA

La teoría de las relaciones de sujeción especial ha producido verdaderos de cabeza a la doctrina española constitucionalista y la administrativista. Como hemos analizado de forma detenida en esta tesis, dicha teoría nace en el seno de la Dogmática alemana del siglo XIX, siendo adoptada por la doctrina española en los años setenta del siglo pasado, cuando precisamente había sido puesta en tela de juicio por el Tribunal Federal, por vulnerar principios básicos del Estado de Derecho.

Si la doctrina de las relaciones de supremacía especial se fundamentaba en el requisito de la voluntariedad para justificar el especial sometimiento del administrado cualificado (funcionario por ejemplo) y la especial intensidad de los poderes exorbitantes de la Administración sobre este último, es absolutamente impredecible respecto de los internos en los que faltaría la citada voluntariedad, puesto que el ingreso en un establecimiento penitenciario constituye una pena privativa de libertad impuesta coactivamente por el Estado en virtud del “ius puniendi”.

Considero, con la mayoría de la doctrina española actual, que no se puede seguir manteniendo la teoría de las relaciones de especial sujeción para justificar determinadas limitaciones de derechos a los internos que no encuentran apoyatura constitucional o legal alguna. Propongo, por tanto, la sustitución de la citada teoría para explicar el contenido de relación jurídico penitenciaria que nace del ingreso en prisión del penado, y acudir, en su lugar, a los términos del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria, como mandata el artículo 25.2 CE.

Si me parece de mayor gravedad la apelación que efectúa el Tribunal Constitucional de modo recurrente a la teoría de las relaciones de especial sujeción para justificar determinadas prácticas de la Administración penitenciaria atentatorias de los derechos fundamentales de los internos, como, por ejemplo, la alimentación

forzosa o coactiva de los internos en la huelga de hambre de internos pertenecientes a grupos terroristas.

A mi juicio tampoco es acertada la posición del Alto Tribunal cuando considera que el artículo 25.2 CE, pese a su ubicación sistemática y haberle otorgado el constituyente el máximo nivel de protección ex artículo 53.2CE, no tiene la condición de derecho fundamental sino de un simple mandato orientador de la política penal y penitenciaria. Como ya vengo manifestando a lo largo de esta tesis no ha sido esa la voluntad del constituyente, porque éste ya estableció en los artículos 39 a 52 otros principios orientadores de naturaleza programática.

QUINTA

Nuestra Carta Magna se ha inclinado por reconocer una función resocializadora o de reintegración, de las penas privativas de libertad, aunque nuestro Alto Tribunal, de forma un tanto discutible a mi juicio, haya admitido que estas últimas no sólo tienen como única finalidad la reeducación o reinserción social, sino finalidades de prevención general e incluso de mero castigo, esto es, retribucionistas o expiatorias.

Es difícilmente comprensible que el Tribunal Constitucional le haya abierto la puerta, junto a la finalidad de prevención especial, y en particular, de resocialización, a las finalidades puramente retributivas de las penas privativas de libertad. Aun cuando los constituyentes usaran esa “*gloriosa incorrección*” (en palabras de Rubio Lorente) en la expresión “*orientadas*”, debo entender que la finalidad meramente expiatoria de la pena es propia de un derecho penal de épocas pretéritas y se aviene mal con los postulados de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Una explicación plausible a esa doctrina del Tribunal Constitucional, pudiera ser, a mi juicio, la ausencia en nuestro país de tradición en materia de un órgano de esas características, con la excepción del Tribunal de Garantías Constitucionales instaurado por la Constitución republicana de 1931, al que se le atribuyera la función de ser el intérprete supremo de la voluntad del constituyente. A esos pocos años de andadura histórica, cabría añadirle la situación política que atravesaba nuestro país,

que acababa de dejar atrás un régimen dictatorial, y que se encontraba regido por una norma constitucional surgida del “imperio del compromiso” (en palabras de De Otto) a la que se le calificó como la “Constitución de la concordia”. ¿Con todos estos condicionantes no sería demasiado exigir al Alto Tribunal que se pronunciara a favor de forma tajante sobre la finalidad únicamente rehabilitadora de la pena privativa de libertad?

¿Debemos entender por tanto que el mandato constitucional de resocialización contenido en el artículo 25.2 CE ha sido dignamente llevado a efecto primero por la LOGP y más tarde por su reglamento penitenciario de desarrollo, y que por tanto los derechos de los reclusos quedan suficientemente garantizados, con las limitaciones recogidas en el mismo precepto constitucional: el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria.?

Nos encontramos aquí dos cuestiones que precisan ser diferenciadas. A la primera de las interrogantes que hemos planteado, puedo decir que, aunque *lege data* la respuesta podría ser positiva, durante todo el proceso de investigación que he venido llevando a cabo me ha permitido comprobar que, como mínimo, es susceptible de matizaciones, que desarrollaremos en los párrafos siguientes.

Igualmente, respecto de la segunda cuestión he de expresar que los derechos de los reclusos, en un plano teórico, se encuentran garantizados a nivel constitucional en el artículo 53.2 CE, así como en la LOGP en su Título Preliminar. Sin embargo, la praxis penitenciaria, lastrada en numerosas ocasiones por interpretaciones un tanto tibias de la jurisprudencia constitucional sobre derechos fundamentales, ha venido a demostrar que multitud de factores (analizados en el capítulo décimo de esta tesis) han imposibilitado que tales derechos de facto estén efectivamente protegidos en el seno de los establecimientos penitenciarios.

Estas consideraciones no son óbice para que seamos conscientes de la crisis que viene padeciendo el principio resocializador en nuestro país y en los de nuestro entorno, máxime por los esfuerzos y por la adscripción (que han venido efectuando primero, los países nórdicos, y, más tarde, el resto de países europeos, entre ellos el

nuestro) de medios personales y materiales para la consecución de aquél, y que sin embargo no han producido resultados apetecidos. A pesar de ello no podemos ni debemos volver a concepciones del delito y del delincuente como la propugnaba uno de los *famosos evangelistas* de la “Scuola positiva” italiana, César Lombroso, quien en 1876 en su obra “*L'uomo Delinquente*” cataloga al delincuente como “*delinquente nato*”, una modalidad de la especie humana, caracterizado por su atavismo o regreso a épocas superadas del “homo sapiens”.

En lo que respecta al tratamiento, respecto del que como ya se ha apuntado a lo largo de este trabajo tiene la LOGP una fe inusitada, como conjunto de métodos científicos dirigidos a lograr la consecución de la finalidad rehabilitadora y reinsertadora de los penados, se da de bruces con la realidad penitenciaria, o, mejor dicho, con la subcultura carcelaria, que obliga al penado a rechazar el tratamiento por temor a ser repudiado por los internos que controlan la “realidad carcelaria”.

Y digo inusitada porque la Ley penitenciaria vincula el tratamiento “*a la intención de hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la ley penal, así como de subvenir a sus necesidades*”. Sin embargo, la dicción del artículo 59, apartado segundo, “in fine” está cargada de polémica, toda vez que se dirige el tratamiento a desarrollar no solo una actitud de respeto en el interno sino de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y la sociedad en general. Podría desprenderse de la literalidad del precepto que el tratamiento pretende llevar a cabo una labor de “*adoctrinamiento*” de los internos durante el periodo de privación de libertad, esto es, de asimilación de los valores imperantes en la sociedad; por lo que estimo más adecuado, en aras de impedir la vulneración de los derechos fundamentales de los internos, otorgarle al principio de resocialización un contenido mínimo, que consista en facilitarle a aquéllos los medios para permitirle reingresar a la sociedad, con sus valores propios, pero eso sí respetando los derechos de los demás y observando las normas penales.

No faltan autores (*verbi gratia* Muñoz Conde), que vienen recalcando hasta la saciedad que habría que plantearse quizás la reeducación no ya del penado sino de la propia sociedad, a la que algunos tildan de criminógena, y a la que se hace responsable

de las carencias de toda índole, que han determinado con fuerza que el penado, en la mayor parte de los casos, inicie y desarrolle una vida delictiva. No creo que sea necesario llegar tan lejos como algunas teorías criminológicas, como las “definicionistas” que han residenciado la “culpa” del actuar delictivo única y exclusivamente en la víctima del delito. Tampoco puedo compartir el argumento de estas posiciones doctrinales de cuño indeterminista que entienden que es la sociedad a través de “instancias formales de control social” (policía, Ministerio público, órganos judiciales) las que estigmatizan al delincuente, que cambia su rol por de la víctima, convirtiéndose aquel (delincuente) en ésta (víctima).

De otro lado, la voluntariedad en la aceptación del tratamiento, inexorablemente unida a la dignidad del penado y al libre desarrollo de la personalidad, condiciona la eficacia del principio de resocialización, pero al mismo tiempo he de manifestar que no me parece acertada la vinculación, que efectúa el Reglamento penitenciario del tratamiento a la progresión en el grado a los internos; lo que le ha granjeado fuertes críticas doctrinales, que han llegado a hablar de una cierta coactividad del tratamiento, que es absolutamente incompatible con un derecho penitenciario democrático. Debo concluir por tanto que en la praxis penitenciaria el rechazo frontal del interno al tratamiento, aunque contemplado reglamentariamente, tiene repercusiones negativas en el régimen penitenciario y, en definitiva, coarta la posibilidad de aquél de alcanzar la libertad.

En suma, concluyo que en la actualidad la problemática del tratamiento se ha desplazado de su eficacia en la reinserción de los penados a su adecuación y respeto absoluto a los derechos fundamentales de los reclusos.

Por tanto, la función resocializadora de la pena privativa de libertad ha de proyectarse sobre toda la actividad penitenciaria, excediendo dicha actividad ampliamente de la mera labor de custodia y aseguramiento que en su origen tuvo la cárcel, insistiendo en el ofrecimiento de todos los métodos integrantes del tratamiento para superar los problemas de toda índole que le hayan conducido a la comisión del delito. Desgraciadamente, después de varias décadas de reforma penitenciaria la institución que representa los establecimientos penitenciarios, ha de definirse como la

historia de un fracaso, a la luz de muy diversos indicadores: incremento de la tasa de encarcelamiento, altas tasas de reingreso de los mismos sujetos, suicidios entre reclusos, condiciones de hacinamiento e infraestructuras inadecuadas (muy especialmente en lo que se refiere a las internas), multitud de enfermedades, problemas de drogadicción que se inician o agravan en la cárcel, enfermos mentales en centros penitenciarios en lugar de centros especiales, incremento de la población reclusa extranjera.

No obstante, el hecho de que la doctrina de forma generalizada venga reconociendo la más que palpable crisis de la ideología resocializadora, ello no debe suponer su abandono definitivo; toda vez que la finalidad reinsertadora de las penas privativas de libertad hunde sus raíces en la proclamación de España como un Estado social y democrático de derecho, de conformidad con el artículo 1 de nuestra “*norma normarum*”. A lo que cabe añadir que el respeto a la dignidad humana se configura en el artículo 10 de nuestra Constitución como uno de los valores fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, y, por ende, del derecho que rige la vida de los reclusos, el derecho penitenciario.

Considero que constituye el verdadero reto no sólo de la Administración penitenciaria, sino de la sociedad en su conjunto, evitar una mayor *desocialización* del delincuente procurando no incrementar los efectos de lo que llamó Clemmer la “*prisionización*”, o adaptación del recluso a la subcultura carcelaria como usos y costumbres que los demás internos imponen en los demás establecimientos carcelarios.

SEXTA.

La Constitución española de 1978 no sólo reconoce una amplia gama de derechos y libertades fundamentales, sino que articula una serie de mecanismos para garantizarlos de forma efectiva. Esta fue la intención del constituyente para diferenciar al nuevo régimen democrático incipiente del régimen autocrático precedente, en el que también se reconocían derechos fundamentales, pero se dejaba su efectividad en manos del desarrollo que de los mismos efectuase la legislación ordinaria, convertida así en la verdadera fuente de los derechos subjetivos.

Ha de hacerse notar que el advenimiento del régimen democrático en nuestro país ha mejorado considerablemente el status jurídico de los reclusos y ha elevado el nivel de protección de los derechos de los reclusos. La mejoría se despliega en una serie de garantías de naturaleza normativa, jurisdiccional e institucional.

Las garantías normativas implicaron el nacimiento de la primera ley orgánica de la democracia, la LOGP, que vino a desarrollar el “contenido esencial” de los derechos fundamentales de los internos, como consecuencia del mandato del artículo 81 de la Carta magna, y a establecer una reserva de ley de esa naturaleza en la materia penitenciaria. Principio de “congelación del rango” que no se ha respetado por la Administración penitenciaria al dictar multitud de instrucciones y circulares que han regulado cuestiones penitenciarias propias de ley orgánica, como hemos ya advertido en el capítulo cuarto de esta tesis al analizar el régimen jurídico de los derechos de los internos.

Al mismo tiempo, las garantías jurisdiccionales han permitido el acceso al Tribunal Constitucional, a través del recurso de amparo, de los internos, a los efectos de obtener la declaración de nulidad de cualquier decisión, acto o resolución de los órganos de la Administración penitenciaria, que vulnere los derechos fundamentales de aquellos, con la excepción de los que se vean afectados por el contenido del fallo condenatorio.

De otro lado nuestro Tribunal Constitucional, al que se le atribuye no sólo la función interpretar la voluntad del constituyente, sino la de expulsar, en su condición de *órgano nomotético*, del ordenamiento jurídico aquellas normas que incurran en vicio de inconstitucionalidad o vulnere derechos fundamentales de internos.

No cabe duda que el establecimiento en nuestra “*lex superior*” de la figura del Defensor del Pueblo ha supuesto un avance significativo en la defensa de los derechos de los internos en los centros penitenciarios, a través de las visitas del “*Ombudsman*” y de sus adjuntos a éstos, y de la posterior emisión de informes, que han acercado la realidad penitenciaria a la sociedad española. Especialmente destacable es la

comparecencia anual del Defensor del Pueblo ante el Congreso de los Diputados por la que se efectúa la exposición de su Memoria donde refleja las irregularidades observadas en el funcionamiento de la Administración, incluida la penitenciaria.

La promulgación de la Constitución trajo consigo la proclamación del que se caracteriza no solo por el reconocimiento de derechos y libertades sino por el sometimiento de todos los poderes públicos a la ley y al Derecho (ex artículo 9.1 CE), incluido el Ejecutivo, y su Administración. Si durante mucho tiempo pudieron existir dudas sobre la fiscalización de la ejecución de las penas privativas de libertad y sobre la naturaleza judicial o administrativa de la misma, nuestra Carta Magna y su Título VI, “Del Poder judicial” disiparon las mismas, al entenderse por la mayoría de la doctrina constitucionalista que la citada ejecución formaba parte del ejercicio de la potestad jurisdiccional al juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (ex artículo 117 CE). El sometimiento pleno de la Administración Pública al Derecho, de forma inexcusable por mandato del artículo 103, así como el reconocimiento del principio de legalidad en el artículo 9.3 CE, supuso la garantía de que la actuación de la Administración penitenciaria debe ajustar su funcionamiento a la ordenamiento constitucional y penitenciario.

La creación “*ex novo*” de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria por la LOGP, en sus artículos 76 a 78, Título V, aun cuando no era la norma más adecuada para ello (estimo que una norma legal sustantiva sino de carácter procesal habría sido más acertada) supuso un avance significativo en la judicialización de la ejecución de la pena privativa de libertad y de la salvaguardia de los derechos fundamentales de los internos.

Cosa distinta es la valoración negativa que me merece la improvisación y la falta de rigor que se siguió en su implantación efectiva, en suelo patrio, de tales órganos jurisdiccionales incardinados en el orden penal, así como una atribución un tanto caótica de funciones y atribuciones, por no mencionar un régimen de recursos contemplados en la Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que el propio Tribunal Constitucional (STC 16772003, de 29 de septiembre) ha catalogado de “poco claro e insatisfactorio”. Debo rechazar de plano, por todo

cuanto venimos diciendo, las posturas de naturaleza híbrida, que atribuyen, al mismo tiempo, naturaleza administrativa y judicial, a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, como una especie de “*tertius genus*”, por más que asuman funciones de control de la Administración penitenciaria, que no le convierten en vértice de la Administración penitenciaria.

Asimismo, se ha criticado de forma reiterada por la doctrina penitenciarista y se ha recogido en los criterios y acuerdos adoptados en las distintas reuniones de los Jueces de Vigilancia, la ausencia de un procedimiento general de actuación ante tales órganos, previsto en el artículo 78 de la LOGP y que la Disposición Transitoria primera de la LOGP trata de resolver remitiéndose de manera insuficiente a unos cuantos artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Es, pues, doloroso que la desidia de los distintos gobiernos haya hecho que transcurridos más de treinta años (camino de cuarenta) sin que se haya dotado a los internos de un procedimiento detallado a seguir ante los Jueces de Vigilancia Penitenciaria.

SÉPTIMA

Como acertadamente ha venido señalando la doctrina constitucionalista española, la jurisprudencia del Tribunal ha desempeñado una labor esencial e impulsora en la tarea de armonizar, en los centros penitenciarios, la finalidad resocializadora o de reinserción social con el más absoluto respeto a los derechos fundamentales de los internos, conjugando tales objetivos con la imprescindible necesidad del mantenimiento del buen orden y seguridad en aquéllos.

Si bien es cierto que desde esta tesis se ha reprochado al Alto Tribunal cierta falta de valentía a la hora de afrontar determinadas cuestiones que afectaban de lleno a la esencia misma de los derechos fundamentales de los reclusos, y que había puesto en tela de juicio el contenido esencial de algunos de aquellos derechos, (incluso dando carta de naturaleza en virtud de la referida interpretación a la actuación de los diferentes órganos en que se descompone la Administración penitenciaria) no es menos cierto que habido pronunciamientos de aquél (como por ejemplo el emitido en el *asunto Delicado Martínez sobre privación de permiso de salida*) que han sido mesurados y equilibrados

mereciendo el calificativo de “*piélagos de la jurisprudencia constitucional sobre Derecho penitenciario, donde no todos son aciertos y donde cabe destacar muchas sombras derivadas de un entendimiento de la jurisdicción constitucional, ajena a nuestro tiempo*”.

702

Esa falta de audacia, permítase la expresión, en la jurisprudencia constitucional, se ha dejado sentir muy especialmente al abordar la calificación de la relación jurídico-penitenciaria como una relación de sujeción especial, importada a nuestro país, paradójicamente, en el momento en que la jurisprudencia constitucional alemana (que la había venido desarrollando a partir de la Dogmática alemana) se apartaba de ella por vulnerar postulados esenciales del Estado de Derecho.

La jurisprudencia constitucional ha merecido severas críticas por la doctrina patria especialmente en el asunto de las polémicas sentencias sobre la huelga de hambre de varios internos que reclamaban la unificación de los presos diseminados por la Administración penitenciaria. Se le ha reprochado, por cierto sector doctrinal, al Alto Tribunal que se estaría vulnerando el derecho a la integridad física de los internos al efectuar una alimentación forzada (al entender nuestro *intérprete supremo de la Constitución*, que el derecho a la vida reconocido en el artículo 15 CE no incluye el derecho a arrostrar la propia vida) en los supuestos en que corriera peligro su vida, toda vez que a los “ciudadanos libres” no se les impide llevar las huelgas de hambre hasta las últimas consecuencias. Y ello sin perjuicio de que la propia jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo haya estimado que en sí misma la alimentación forzosa de los internos por la Administración no constituye un trato inhumano o degradante, salvo que las condiciones en la que aquélla se produzca sean atentatorias de la dignidad del interno y por ende supongan conculcación del artículo 3 del CEDH⁷⁰³.

Comprendo que las resoluciones del Tribunal Constitucional, amén de los fundamentos jurídicos utilizados, han situado en el contexto histórico y social que vivía nuestro país a principios de la década de los noventa del siglo pasado, en plena lucha del Estado por paliar las terribles consecuencias del terrorismo que azotaba nuestra convivencia social. ¿Podía realmente nuestro Alto Tribunal adoptar otra decisión respecto

⁷⁰² Pulido Quecedo, M., (2006), op. cit. pág 4.

⁷⁰³ Como así ocurrió en el *asunto Nevmerjitsky v. Ucrania* de 5 de abril de 2005.

de la alimentación coactiva de los internos pertenecientes a bandas terroristas en huelga de hambre? ¿Estaba la sociedad española de aquel momento preparada para asistir al fallecimiento de varios internos integrantes de organizaciones terroristas como consecuencia de la huelga de hambre que venían practicando? A mi juicio, si partimos de la premisa de que los reclusos siguen siendo ciudadanos de esta sociedad a los que se les ha privado a raíz del internamiento, además de su libertad ambulatoria, de aquellos otros derechos fundamentales en virtud de la sentencia condenatoria, no queda más remedio que concluir que mantienen intactos todos sus restantes derechos, aunque *modulados* por su ingreso en prisión.

Ha de llamarme forzosamente la atención el celo con que la Administración penitenciaria vino a alimentar coactivamente a los internos, y, sin embargo, el derecho a la vida, a la integridad física y a la salud de los internos, recogido en el artículo 3.4 LOGP, no es protegido con la misma intensidad como lo demuestra el día a día de la praxis penitenciaria (suicidios, agresiones entre internos y contra funcionarios penitenciarios...). Me sumo por tanto al criterio mantenido por los dos magistrados disidentes, Rodríguez Piñero y Leguina Villa, del parecer mayoritario de la Sala constitucional en la STC 120/1990 de 27 de junio (*asunto Huelga de hambre I*) que vienen a equipar jurídicamente el tratamiento médico recibido por un recluso y una persona no privada de libertad. Mucho menos puedo participar de la apelación que efectúa el Alto Tribunal a las relaciones de sujeción especial para justificar actuación de la Administración penitenciaria en esta situación.

También fueron controvertidas las resoluciones relativas a los cacheos con desnudo integral en determinados centros penitenciarios a la finalización de las comunicaciones especiales o “vis a vis”. En este caso nuestro Tribunal Constitucional extrañamente no aprecia vulneración del derecho a la integridad del interno al que se le conmina a que efectúe flexiones completamente desnudo delante de otros internos y funcionarios, porque estima que tales “órdenes impartidas, ni por su contenido ni por los medios utilizados no supusieron humillación ni envilecimiento el sujeto pasivo”. Es claro que el mantenimiento de las condiciones de seguridad constituye una necesidad imprescindible para el desarrollo de una convivencia adecuada en el centro penitenciario y para el buen término del tratamiento penitenciario, pero estimo que no pueden esgrimirse para

justifican la adopción de medidas por funcionarios penitenciarios que impliquen la pérdida de la dignidad humana de los reclusos.

Más reproche merecieron en su caso las resoluciones dictadas por nuestro “*Tribunal de Garantías constitucionales*” por las que declaraba ajustadas a nuestro ordenamiento constitucional las sanciones de aislamiento en celda previstas en el artículo 42.2.a) de la LOGP, añadiendo que dadas las garantías de que las rodea ésta, especialmente en su artículo 43, no pueden constituir un tratamiento inhumano o degradante, como afirmó especialmente en la STC 2/1987, de 21 de enero (asunto “*Disciplina penitenciaria*”). He de confesar que albergo serias dudas sobre la constitucionalidad de las sanciones de aislamiento en celda de una duración inferior a los catorce días en las que no se produce intervención judicial alguna. Y ello porque, aunque nuestro Alto Tribunal haya venido manifestando que las garantías del procedimiento sancionador penal son perfectamente aplicables a los procedimientos sancionadores de naturaleza administrativa y con especial vigor al procedimiento disciplinario penitenciario, a mi modo de ver, la teoría de las relaciones especial sujeción no pueden sustentar la aplicación de una restricción (como suponen las sanciones de aislamiento) de la ya limitada libertad ambulatoria de los internos. Parece, por otro lado, un poco excesiva la posición de cierto sector doctrinal (Mapelli Caffarena en concreto) que califica de inconstitucionales, por vulnerar el artículo 25.3 CE, las sanciones de aislamiento en celda no sólo las inferiores a catorce días (con lo que podría estar de acuerdo), sino también las superiores a esa cifra, incluso siendo autorizadas por el Juzgado de Vigilancia penitenciaria.

Afortunadamente sí puso coto nuestro Tribunal Constitucional (STC 77/1983 e 3 de octubre y 2/1987, de 21 de enero) a la lamentable práctica de la Administración penitenciaria de “*fraccionar*” en periodos inferiores las sanciones de aislamiento en celda de duración superior a catorce días para evitar la “*aprobación*” de las mismas por el Juez de Vigilancia Penitenciaria como exige el artículo 76.2.d) e la LOGP, superando así la norma establecida en la Orden Circular de 17 de noviembre de 1981 que prescribía que solo era necesaria dicha aprobación “*en los casos de repetición de la infracción que conlleven un incremento de la sanción pertinente hasta la mitad de su duración máxima*”, pero no en el caso de cumplimiento sucesivo de varias sanciones de aislamiento.

De vital importancia para la observancia del derecho a la intimidad de los penados es el *principio celular*, contemplado en nuestra legislación penitenciaria con cierta tibieza normativa, toda vez que, aun proclamando tajantemente en el artículo 19 la obligatoriedad de alojar a cada interno en una celda individual, rápidamente se encarga de reconocer sutilmente⁷⁰⁴ lo que la praxis penitenciaria viene demostrando de forma palmaria, la masificación, cuando no, hacinamiento que vienen sufriendo las cárceles españolas. Circunstancia que, en modo alguno, coadyuva a una mejor aplicación de los métodos de tratamiento y, en definitiva, de las labores de reeducación y reinserción social.

Por mucho que el Tribunal Constitucional venga manifestando hasta la saciedad que “*una de las consecuencias más dolorosas de la pena privativa de libertad es la reducción de la intimidad de quienes la sufren*” (STC 57/1994, entre otras), y que el alojamiento en celda individual no constituye un derecho subjetivo (STC 195/1995 de 19 de diciembre) de los internos, ni se integra en el derecho constitucional a la intimidad de éstos, sino que queda relegado a lo que disponga sobre el mismo el legislador ordinario (no constituyente), no puede merecer, a mi juicio, el calificativo de ajustada a un sistema penitenciario democrático, humanitario y dirigido con determinación a la recuperación de los penados para su reingreso a la sociedad, de la que, recordemos, siguen formando parte.

Si es de alabar, por el contrario, la contundencia de la jurisprudencia constitucional en su contribución a la preservación del derecho al secreto de las comunicaciones de los internos, muy especialmente, en la que se producen entre internos del mismo establecimiento penitenciario, cuestión que venía soportando una anomia legal y reglamentaria y que vino a ser colmada por nuestro Alto Tribunal, al salir en defensa de los internos zanjando la cuestión y declarado tajantemente que los “*derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos, con independencia de que hayan*

⁷⁰⁴ El artículo 19 de la LOGP, para excepcionar la regla del alojamiento individual, utiliza expresamente los siguientes términos: “*en caso de insuficiencia temporal*”. Por su parte el artículo 13 del RP utiliza la expresión “*cuando la población penitenciaria supere el número de plazas disponibles*”, empleando delante de la misma un complemento circunstancial de tiempo: “*temporalmente*”. En realidad la regla general del alojamiento individual se torna en excepcional en los establecimientos penitenciarios, sustituyéndose por un alojamiento colectivo de los internos.

sido o no desarrollados por el legislador” (STC 15/1982 de 23 de abril, caso “Objeción de conciencia”) y, en relación con el derecho al secreto de las comunicaciones al reconocer que *“se ha producido por los órganos de la Administración penitenciaria una interpretación restrictiva del derecho fundamental que no encuentra apoyatura normativa alguna”*. Su labor aquí es encomiable por cuanto las comunicaciones entre presos y con los familiares, allegados y la sociedad en general uno de los pocos nexos que siguen manteniendo los internos con el exterior, una vez producido el ingreso en prisión, de suerte que difícilmente podremos lograr la finalidad reinsertora sin permitir la apertura de la cárcel a la sociedad (por utilizar la terminología empleada por el Reglamento penitenciario en su Exposición de Motivos).

OCTAVA

A pesar de las reticencias de los Estados Partes del CEDH de ceder verdaderas porciones de soberanía, o por mejor decir, de *ius puniendi* estatales, al Consejo de Europa, y de la problemática existente en la ejecución de las sentencias el TEDH, al estar en manos del Comité de Ministros, un órgano político, intergubernamental y no jurisdiccional, disociándose así las funciones de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, al carecer el TEDH de facultades anulatorias o revocatorias de las resoluciones y de las actuaciones internas vulneradoras de derechos recogidos en el Convenio, y de la inexistencia de un catálogo de derechos fundamentales penitenciarios, recogidos por un lado, en instrumentos internacionales de *ius cogens*, es decir, imperativos, y por otro, en Resoluciones y Recomendaciones meramente programáticas, carentes de fuerza obligatoria (*verbi gratia* Reglas Penitenciarias Europeas), he de reconocer que el TEDH ha venido cumpliendo dignamente el mandato de protección de los derechos y libertades contenidos en el Convenio, y muy especialmente respecto de los derechos de las personas privadas de libertad, y por ende, de los reclusos.

Del análisis de la profusa jurisprudencia del TEDH, a la que remito para evitar reiteraciones innecesarias, se infiere que las garantías normativas de los presos consagradas en el CEDH, para no ser teóricas e ilusorias, sino reales y efectivas, han

tenido que ser ampliadas, perfiladas y completadas por una serie de garantías jurisdiccionales, a través de un sistema o mecanismo jurisdiccional pretoriano, que debemos calificar de verdadera obra *pretoriana del TEDH*, y que fue cristalizándose o codificándose en los diversos Protocolos modificativos del *Convenio original*.

Destacable es, sin duda, la contribución del TEDH a la distinción entre la vulneración del derecho a la integridad física de los internos en su *vertiente material*, es decir, cuando se constata que un por un Estado signatario del CEDH se ha infringido un trato inhumano o vejatorio a un internado persona privada de libertad, y la conculcación del citado derecho conforme al artículo 3 el Convenio en su *vertiente formal*, es decir, que aun cuando no se haya podido acreditar por falta de pruebas la vulneración del derecho a la integridad física o moral del penado, se equipara a la misma la falta de investigación suficiente y adecuada de los hechos por parte del Estado signatario demandado.

Del mismo modo se ha insistido en que la protección del derecho a la integridad física y moral de los internos es absoluta y no admite excepciones, no cediendo siquiera en los supuestos de lucha contra bandas armadas y organizaciones terroristas que en los últimos años vienen azotando a los países occidentales.

Se convendrá, pues, fácilmente, que el grado de protección de los derechos humanos logrado en el ámbito del Consejo de Europa no tiene parangón en relación con otros sistemas universales o regionales nacidos con el mismo cometido, al albur de los procesos de humanización de los sistemas penitenciarios y de internacionalización de los derechos humanos, que tienen lugar a partir de la Segunda Guerra Mundial.

Por otro lado, hemos procedido al análisis tanto de aquellos asuntos en los que había adquirido nuestro país la condición de parte (en sentido procesal del término), como de aquellos, en los no siendo España parte implicada, pueden repercutir en la configuración de los derechos de los penados reconocidos en el CEDH, conforme a la interpretación de los mismos efectuada por el TEDH., habida cuenta de la eficacia “*erga omnes*” de las resoluciones de aquél.

En última instancia hemos de advertir ,como ya hicimos en el capítulo noveno de este trabajo, que es absolutamente necesario proceder a “*cohonestar*” la jurisprudencia emanada del Tribunal de Estrasburgo con la de nuestro Tribunal Constitucional , muy especialmente en lo que se refiere a la interpretación extensiva que viene realizando aquél sobre el principio de legalidad penal, al incluir como fuentes del derecho penal, conforme a la redacción del artículo 7 del CEDH, a la jurisprudencia, la costumbre y los principios generales del derecho.

NOVENA.

En los países pioneros, como Estados Unidos y los nórdicos, en abanderar el ideal rehabilitador, a pesar de los esfuerzos materiales y humanos adscritos a tal fin, se produjo durante la década de los años setenta del siglo pasado, en términos generales, el abandono, en prácticamente todos los ordenamientos penitenciarios de nuestro entorno, de la finalidad de reeducación reinserción de las penas privativas de libertad.

Las causas de dicho proceso han sido estudiadas y analizadas por los autores europeos, y que hemos sistematizado en concreto para nuestro ordenamiento penitenciario en una concurrencia de factores tales como el hacinamiento y masificación de la cárceles españolas (incumplimiento del principio celular), incremento de la población reclusa extranjera, problemas de drogadicción de los internos, enfermedades mentales desarrolladas o agravadas en los establecimientos penitenciarios, aumento del número de mueres reclusas, y unas infraestructuras inadecuadas y vetustas, en muchos casos. A lo que yo añadiría un tratamiento penitenciario ineficaz en la consecución de la finalidad reinsertadora y que además ha sido puesto en tela de juicio por la doctrina penal y penitenciarita española por su posible incompatibilidad con el respeto a los derechos fundamentales de los reclusos.

He de advertir los riesgos que corren en el momento actual los derechos fundamentales de los reclusos, como consecuencia de una posible vuelta a las teorías expiatorias, así como por las nuevas corrientes utilitaristas que ponen de relieve la necesidad de un modelo de cárcel eficiente, absolutamente alejada de cualquier

finalidad rehabilitadora de los internos. Dentro de esas corrientes situó a la nueva Criminología administrativa o actuarial que propugna decididamente por la privatización de las cárceles. Me opongo fervientemente a cualquier proyecto o propuesta de gestión indirecta de los establecimientos penitenciarios, toda vez que no pueden invocarse razones de orden económico o de eficiencia que supongan inobservancia de los derechos de las personas privadas de libertad.

Considero que recurso a métodos o sistemas de gestión propios del derecho privado (lo que se vino en denominar por la doctrina administrativista como un fenómeno de “*Huida del Derecho Administrativo*”), bajo el pretexto de flexibilizar los rígidos procedimientos administrativos a emplear en los establecimientos penitenciarios, pueden ser constitutivos de violaciones de derechos fundamentales.

Frente a este aciago panorama que nos ofrece el sistema penitenciario español y, por qué no decirlo, el de la práctica totalidad de los países europeos, han surgido teorías, entroncadas con los movimientos iniciados por Baratta y su “*Grupo Europeo para el estudio de la conducta desviada*” que propugnan la abolición de la pena privativa de libertad, y que constituyen la contrapartida a los llamados “*movimientos de ley y orden*” que abiertamente propugnaban la vuelta sin más a los fines puramente retributivos de la pena privativa de libertad.

Esas posiciones que decía entroncadas, pero no identificadas plenamente, han cristalizado en la obra reciente, de este mismo año, de Rivera Beiras. Apoyándose en la obra de Ferrajoli, parte de la premisa de la “*naturaleza contradictoria*” y de “*institución total*” de la cárcel, toda vez que educar para ser libre desde las rejas, es decir, desde el interior de las prisiones, es un contrasentido.

Debo compartir por tanto el criterio del citado autor español cuando sostiene, dados los escasos o nulos resultados rehabilitadores que viene ofreciendo la prisión, la necesidad de proceder a una “*descarcelación*”, mediante una “*política pública de reducción de la cárcel*”, trazando para ello un Programa basado en un serie de líneas maestras entre las que destaca “*tomarse en serio*” la protección y respeto absoluto (*garantismo radical*) a los derechos fundamentales de los reclusos, judicializar de forma

absoluta la ejecución de las penas privativas de libertad (respecto de aquellos delincuentes respecto de los que no sea posible la descarceración). Debo aclarar que la teoría de Rivera Beiras propone el abolicionismo de la cárcel, no penal.

XII) BIBLIOGRAFÍA. -

ABA CATOIRA, A., “*La limitación de los derechos en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

- *La limitación de los derechos fundamentales por razón del sujeto. Los parlamentarios, los funcionarios y los reclusos*”, Tecnos, Madrid, 2001.

AGUIAR, L., Dogmática y teoría jurídica de los derechos fundamentales en la interpretación de éstos por el Tribunal Constitucional español”, *Revista de Derecho Político*, nº 18-18, verano-otoño, 1983, págs. 17 a 30.

AKANDJI-KOMBE, J.F., “Carta Social Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: Perspectivas para la próxima década”, *Revista de Derecho Político*, nº 67, 2006, págs. 387 a 407.

ALBIÑANA, J.L., “El control jurisdiccional del régimen penitenciario”, *Jornadas sobre Ejecución Penal, Funciones de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria*, Centro de Estudios Jurídicos.

ALARCÓN BRAVO, J. “El tratamiento penitenciario”, *Estudios penales II. La reforma penitenciaria*, Universidad Santiago de Compostela, 1978.

ALONSO DE ESCAMILLA, A. “*El Juez de Vigilancia Penitenciaria*”, Civitas, Madrid, 1985, pág. 157.

ALONSO PÉREZ, F, "Intervención de las comunicaciones en el ámbito penitenciario”, *Diario la Ley*, T. IV, 20163/2001.

ALVAREZ GARCIA, F.J., “*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”, *El nuevo Derecho Penal español. Estudios penales en Memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*; Morales Prats, F., Quintero Olivares., (coords) Aranzadi, 2001, págs. 35-56.

ALZAGA VILLAAMIL, O., “La justicia en la Constitución de 1812”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 28, 2011, págs. 243 a 278.

- “*La Constitución española de 1978 (Comentario sistemático)*”, Ediciones del Foro, Madrid, 1978.

ANCEL, M. “La noción de tratamiento en las legislaciones penales”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº 182, págs. 448-449,

ANDRES LASSO, A., “Veinticinco años desde la aprobación de la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria. Primera norma con este rango de la democracia”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 5, enero 2005, págs. 85 a 121.

ARANDA CARBONEL, M.^a., “*Reeducación y reinserción social, tratamiento penitenciario, análisis teórico y aproximación práctica*,” Dirección General de Instituciones Penitenciarias, Madrid, 2009.

ARAGON REYES, M., “Intervenciones telefónicas y postales (examen de la jurisprudencia constitucional)”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 25, 2010, págs. 473 a 495.

ARMENTA GONZALEZ-PALENZUELA, F.J.; RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., “*Reglamento Penitenciario comentado. Análisis sistemático y recopilación de legislación*.” Mad, Sevilla, 2001.

ARRIBAS LÓPEZ, E. “El régimen cerrado en el sistema penitenciario español.”, *Premio Nacional Victoria Kent, año 2009*. Ministerio del Interior. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, págs. 37 a 63.

BARAS GONZÁLEZ, M., “Espacio penitenciario Europeo”, *Premio Nacional Victoria Kent*, año 2012, Premio Accésit. Ministerio de Interior. Secretaría General de Instituciones penitenciarias.

BECERRA MUÑOZ, J., “Las prisiones españolas vistas desde Europa. Un análisis comparado”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, nº 7, enero 2012, págs. 381 a 406.

BERINSTAIN, A., “*Derecho Penal y Criminología*”, Temis, Bogotá, 1986.

BERNALDO DE QUIRÓS, C., “*Cursillo de Criminología y Derecho penal*”, Ciudad Trujillo, México, 1940.

BOIX REIG, J., “Significación jurídico penal del artículo 25.2 de la Constitución”, *Escritos penales*, Universidad de Valencia, 1979.

BORREGO BORREGO, J., “Sentenciar desde Europa. Una visión desde el TEDH”, *Revista del Consejo General de la Abogacía*, marzo 2017, págs. 36 a 40.

BUENO ARÚS, “Notas sobre la Ley General Penitenciaria”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº 220-223, 1978.

- “Las prisiones españolas desde la guerra civil hasta nuestros días, Cárceles de España”, nº extra *Historia 16*, octubre 1978, pág. 114

- “Aspectos positivos y negativos de la legislación penitenciaria española”. *Cuadernos de Política Criminal*, 7, 1979. págs. 3 a 28.

- “La legitimidad jurídica de los métodos de la Criminología aplicada al tratamiento penitenciario”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 1215 (1980), apartado III.

- “El Juez de Vigilancia Penitenciaria y los derechos de los penados”, *La Ley* nº 1841, 13 noviembre 1987, págs. 954 a 965.

- “Los Jueces de Vigilancia Penitenciaria y la Criminología”, *Poder Judicial* nº 7, 1983.

- “Algunas cuestiones fundamentales sobre el trabajo penitenciario”, *Estudios Penales (tomo II). La reforma penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1978, págs. 257 a 273.

- “Los derechos y deberes de los reclusos en la Ley Orgánica General Penitenciaria”. *Separata. Revista de Estudios Penitenciarios*. nº 224-227, 1979.

- “A propósito de la reinserción social del delincuente”, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º. 25, 1985, págs. 55 a 70.
 - “Los fines de la pena de prisión en Beccaria y en Política Criminal española contemporánea”, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 38, 1989, págs. 301 a 310.
 - Notas sobre la Ley General Penitenciaria: Comentarios, jurisprudencia, concordancias, doctrina, Colex, Madrid, 2005.
 - “Novedades en el concepto del tratamiento penitenciario”, *Revista Estudios Penitenciarios*, n.º. 252, págs. 9-36.
 - “La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia penitenciaria”. *Revista Poder Judicial*, n.º extra III. 1988, págs. 167 a 177.
 - “Las Reglas penitenciarias europeas”, *Revista de Estudios Penitenciarios* n.º 238, 1987.
 - “Régimen disciplinario penitenciario”, I Curso monográfico para Jueces de Vigilancia Penitenciaria. CGPJ, 1997, págs. 291 a292.
 - “La Reforma de la Ley y el Reglamento Penitenciarios”, *Eguzkilore, Cuaderno Vasco del Instituto de Criminología*, n.º 7, diciembre 1993, págs. 29 a 40.
 - “Los beneficios penitenciarios después de la Ley Orgánica General Penitenciaria”, Separata, *Revista de Estudios Penitenciarios*, Extra. 1989.
 - “Relaciones entre la prisión y la sociedad”, *Eguzkilore, Cuaderno Vasco del Instituto de Criminología*, n.º 7, 1993, págs. 17 a 28.
 - “Los principios informadores del nuevo Reglamento Penitenciario”, en su Conferencia de clausura del Curso de Derecho Penitenciario, en el Paraninfo de la Universidad de Granada, 19 de mayo de 1997.
 - “Las reformas penitenciarias en España a la luz de los fines del derecho”, VV AA, *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson Civitas, Navarra, 2005.
 - “Las normas penales en la Constitución de 1978”, Doctrina penal, 1979.
- CANO MATA, A., “Derecho administrativo penitenciario: Protección al recluso.”, *Revista de Administración Pública*, n.º 76, 1975, págs. 31 a 61.
- Actividad administrativa penitenciaria y su fiscalización por el Juez de Vigilancia Penitenciaria”, *Revista de Administración Pública*, n.º 95, 1981, págs. 155 a 177.

CASANOVA AGUILAR, I., “Mandato resocializador de las penas privativas de libertad y permisos de salida penitenciarios”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, diciembre 2014, págs. 1 a 27.

CLAVERO SALVADOR, B. “Manual de Historia Constitucional de España”. Alianza Universidad Textos.

CARCEDO GONZÁLEZ, R., REVIRIEGO PICON, F., (Eds.), *Reinserción, derechos y tratamiento en los centros penitenciarios*, Amaru, Salamanca, 2007.

CID MOLINÉ, J., “La suspensión de la pena en España: descarceración y reincidencia”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 15, 2004, págs. 232 a 239.

- “Derecho a la reinserción social (consideraciones a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional en materia de permisos)”, *Jueces para la Democracia*, nº 32, Julio-1998.

COBO DEL ROSAL, M., BOIX REIG, J., “Derechos fundamentales del condenado. Reeduación y reinversión”, *Comentarios a la Legislación Penal*, (Tomo I) Cobo del Rosal, M., (Dir.), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982.

COBO DEL ROSAL, M., BOIX REIG, J., “Artículo 25. Garantía penal”, *Comentarios a las Leyes Políticas, Constitución española de 1978*, Alzaga Villaamil, O., (dir.) (T. III,) *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1983.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. “*Contestaciones de Derecho Penal al Programa de Judicatura.*” *Parte General*. Colex. 2004, págs. 15 a 57; 465 a 509.

- *Derecho Penal*, Parte General, Colex, Madrid, 1990.

CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal*, Parte general, t. I, vol. II, Bosch, Barcelona, 1981, pág. 714.

- *La moderna penología*, Bosch, Barcelona, 1974.

- “Penología. Las penas y las medidas de seguridad. Su ejecución”. Ed.Reus, Madrid, 1920.

DE DIEGO ARIAS, J.L., “El derecho a la intimidad de las personas privadas de libertad y el principio celular a la luz de la jurisprudencia constitucional”, *Revista de Derecho Uned*, nº 8, 2011, págs.85 a 105.

- “El derecho a la intimidad de las personas reclusas”, Premio Nacional Victoria Kent, año 2015, Primer Accésit. Ministerio de Interior. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

DE LA IGLESIA, A., y SORIA OLIVER, M., “El test de la verdad: prueba P300 a Miguel Carcaño”, *La cara y la cruz, Legal today.com*, 2014.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “La resocialización: objetivo de la intervención comunitaria”, *Papers Destudis y Formació*, nº 12, 1993, págs. 9 a 21.

- “El trabajo penitenciario resocializador” y “Reflexiones acerca de la relación entre régimen penitenciario y resocialización” Eguzkilore, Cuaderno el Instituto Vasco de Criminología, nº extraordinario, octubre 1989.
- “Presente y futuro de las instituciones penitenciarias españolas” Eguzkilore, Cuaderno el Instituto Vasco de Criminología, nº extraordinario, enero 1988.

DELGADO RINCÓN, L., “La constitucionalización de la reeducación y la reinserción social como fines de las penas privativas de libertad”, *Reinserción, derechos y tratamiento en los centros penitenciarios*, CARCEDO GONZÁLEZ, R., REVIRIEGO PICÓN, F., (Eds.), Amaru, Salamanca, 2007.

- “Algunas consideraciones sobre el derecho a la intimidad personal y familiar de los presos en los centros penitenciarios.”. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 18, 2006, págs. 191-221.

- “Art. 25.2 CE: Algunas consideraciones interpretativas sobre la reeducación y la reinserción social como fin de las penas privativas de libertad”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº extraordinario, 2004, págs. 339 a 370.

DEL VAL-CID, C., VIEDMA R., A. & REVIRIEGO P., F. (2013),” Hacia una medida objetiva de la discriminación en la cárcel: indicadores e índice de punición”, *Revista Criminalidad*, vol. 55 (2): 29-47.

DIEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I, Tecnos, Madrid, 1989.

- “*Sistema de Derechos fundamentales*”, Civitas, Madrid, 2013.

DORADO MONTERO, P., “El reformatorio de Elvira”, La España Moderna SA, Madrid, pág, 34 (Reproducido por Analecta Ed. , Pamplona , 2000).

DUQUE VILLANUEVA, J.C., “El derecho a la intimidad personal y familiar en el ámbito penitenciario”, *Perfiles del derecho constitucional a la vida privada y familiar*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid,1996.

FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., “Manual de Derecho Penitenciario”, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2012.

FERRAJOLI, I., “Jurisdicción y ejecución penal. La cárcel una contradicción institucional”, *Revista Crítica Penal y Poder*, nº 11, septiembre 2016, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona.

FOUCALT, M., “*Vigilar y castigar*, 1975, S.XXI, Madrid,1978.

GALLEGO ANABITARTE, A., “Las relaciones de sujeción y el principio de legalidad de la Administración. Contribución a la teoría de Estado de Derecho”, *Revista de Administración Pública*, nº 34, enero- abril 1951, págs. 11 a 51.

GARRIDO GUZMÁN, L., “*Manual de ciencia penitenciaria*”, *Edersa, Madrid, 1983.*

GARCIA ESPAÑA, E., “Las otras poblaciones presas: Mujeres y Extranjeros”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, nº 7, enero 2012, págs. 407 a 422.

GARCÍA MACHO, R., “Las relaciones de sujeción especial en la Constitución española”, Tecnos, Madrid, 1992.

GARCIA MORILLO, J. “Los derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios”, *Poder Judicial*, nº 47, 1997, págs. 23 a 60.

GARCIA PABLOS DE MOLINA, A, A,” *Introducción al Derecho Penal*”, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005.

- “La resocialización del delincuente, ¿un mito?”, *Problemas actuales de la Criminología*, Universidad Complutense de Madrid, 1984.

- “Funciones y fines de las instituciones penitenciarias”, *Comentarios a la Legislación Penal*, T. VI, Vol. I, Cobo del Rosal, M. (dir.) Bajo Fernández, M., (coord.), Edersa, Madrid, 1986, págs. 28-30.

GARCÍA PELAYO, M., “*Las transformaciones del Estado contemporáneo*”, Alianza, Madrid., 1980.

GARCIA ROCA, J., y SANTOLAYA, P., “*La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.

GARCÍA VALDÉS, C., “La prisión, ayer y hoy”, en VVAA, I Jornadas Penitenciarias Andaluzas, Junta de Andalucía, 1983.

- “*Comentarios a la legislación penitenciaria*”, Civitas, Madrid, 1995

- “*Estudios de Derecho Penitenciario*”, Tecnos, Madrid, 1982.

- “*Derecho Penitenciario*”, *Escritos 1982- 1989*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.

- “*Competencias del Juez de Vigilancia Penitenciaria. Necesidad de asumir nuevas competencias*”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XVII, 2003.

- “*Introducción a la penología*”. Instituto de Criminología de la Universidad complutense. Madrid, 1981.

GARLAND, D., “La cultura del control”, Gedisa, Barcelona, 2005.

GARRIDO GÚZMAN, L., *Manual de Ciencia Penitenciaria*, Edersa, Madrid, 1983.

GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., “Los derechos fundamentales de naturaleza procesal en la Unión Europea: Protección y contenido”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 11- 2º semestre 2006.

-La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 15, 2º semestre-2008, págs. 211 a 231.

GÓNZALEZ PARRA, R., “Jeremy Bentham.Utilitarismo y su influencia en la reforma del sistema penitenciario”, *Historia de las prisiones: teorías economicistas, crítica (curso de doctorado)*, García Valdés,C. (Dir.) Edisofer, Madrid,1997, págs. 133-147.

GRIJALBA, J.C., “Los medios coercitivos en los establecimientos penitenciarios”, *La Ley* ,1489 (III) ,1986.

GIMÉNEZ SALINAS I COLOMER, E., “Autonomía del derecho penitenciario. Principios informadores de la LOGP”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº XXXIII.Derecho penitenciario, Madrid, 1995.

GIMENO SENDRA, V., TORRES DEL MORAL, A., MORENILLA ALLARD, P., DÍAZ MARTINEZ, M., “*Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*”, Colex, Madrid, 2007.

GIMENO SENDRA, V., “La doctrina Parot y el principio de legalidad”, *Diario La Ley*, nº 8037, Sección Doctrina, 9 de mayo de 2014, ref-D-154, Editorial La Ley.

GISBERT GISBERT, A., “Algunas consideraciones sobre normativa procesal en materia penitenciaria. (Ponencia presentada en la IV Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria)”, *Revista General de Derecho*, nº 528, 1998, págs. 5019 a 5023.

- “La normativa procesal española en la ejecución de penas privativas de libertad”, *Cárcel y Derechos Humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*, Rivera Beiras, I., (coord.), Bosch, Barcelona, 1992,

GONZALEZ CANO, M.I., “La ejecución de la pena privativa de libertad”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

GONZÁLEZ SANCHEZ, I., “Abolicionismo, cárceles, e inseguridad ciudadana. Crítica, alternativas y tendencias”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, nº 1, 2009, pág. 291 a 315.

GUDÍN RODRÍGUEZ- MAGARIÑOS, F., “Evolución de la tortura en España: de un reputado instituto procesal a un execrable delito.”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 2021, 2006, págs. 5 a 36.

- “Crónica de John Howard, alma mater del sistema penitenciario”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 58, fasc/mes 1, 2005, págs. 95 a 170.
- “*La nueva medida de seguridad postdelictual de libertad vigilada. Especial referencia a los sistemas de control telemáticos*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- “*Cárcel electrónica: bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- “*Derecho Penitenciario: enseñanza y aprendizaje*”, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 31 a 56.
- Gudín Rodríguez Magariños, F., y Reviriego Picón, F., “Vis a vis en la prisión ¿es lícita su grabación? “*La cara y la cruz, Legal today.com, 2012.*

HASSEMER W., y MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

HERRERO HERRERO, C., “Derecho Penitenciario recuperador y Criminología clínica, demanda lógica del Estado Social y Democrático de Derecho”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, extra 2013, págs. 119 a 147.

JIMENA QUESADA, L., “El derecho a un proceso equitativo reconocido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y su proyección nacional: entre el tiempo para conocer Europa y el tiempo para hacer justicia conforme a los parámetros europeos”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 50151, págs.171 a 191.

LANDA GOROSTIZA, J.R., “Prisión perpetua y de muy larga duración tras la LO 1/2015: ¿Derecho a la esperanza? Con especial consideración del terrorismo y del TEDH”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2015, nº 17-20, págs. 1 a 40.

LANDROVE DÍAZ, G., “La moderna victimología”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998:

- “Las consecuencias jurídicas del delito”, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 20

LASAGABASTER HERRARTE, I., (Director), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*, Aranzadi, Madrid, 2015.

- *Las relaciones de sujeción especial*, Civitas, Madrid, 1994.

LEGANÉS GÓMEZ, S. “Enfermedad mental y delito (Perspectiva jurídica y criminológica)”, *La Ley Penal*, Nº 76. noviembre 2010.

LEZERTÚA RODRÍGUEZ, M., “Los derechos de los reclusos en virtud del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº Extraordinario 12, diciembre 1998, págs. 135 a 165.

LISSET BORREL, F., ROMERO HERNÁNDEZ, F., LÓPEZ PELLICER, J.A., “*Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Comentarios a la Ley 30/1992, modificada por la Ley 4/1992 y su conexión con el Régimen Local*”, EL CONSULTOR, Madrid, 2000.

LLORENTE DE PEDRO, P.A., “El reflejo penitenciario de la legislación del Antiguo Régimen y la primera Codificación Penal española de 1822”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, extra 2013, págs. 167 a 176.

LÓPEZ BENITEZ, M., “*Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones de sujeción especial*”, Civitas, Madrid, 1994.

LÓPEZ BOFIL, H., “Prohibición de tortura: violación del artículo 3 del convenio europeo de derechos humanos desde el punto de vista de procedimental. (comentario a la STEDH de 8 de marzo de 2011, Berinstain Ukar contra España)”, *Revista Aranzadi Doctrinal* n° 10/2012.

LÓPEZ MELERO, M., “*Los derechos fundamentales de los reclusos*”, Edisofer SL, Madrid, 2015.

- “El artículo 25.2 de la CE como pauta de interpretación de los derechos fundamentales de los internos”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, Extra-2013, págs. 149 a166.

LÓPEZ ULLA, J.M., “Alcance del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en relación con la detención de un menor extranjero no acompañado. La obligación positiva de no dejarle desamparado”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 32, 2013, págs. 481 a 497.

LUZÓN PEÑA, D.M., “Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión”, VIII Jornadas Penitenciarias Andaluzas, Sevilla, 1993.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “*Comentarios a la legislación penal*”, T. VI, vol. II, Cobo del Rosal, M. (dir.), Bajo Fernández, M. (coord.), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986.

MAPELLI CAFFARENA, B., “La judicialización penitenciaria, un proceso inconcluso”, *Cuadernos de Derecho Judicial. Derecho Penitenciario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, págs. 1 a 16.

- “El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional”, *Revista del Instituto Fray Bartolomé de las Casas*, 1993, págs. 427 a 444. Disponible en <http://handle.net/10016/1201>.
- “El tratamiento penal de los excesos en la ejecución de la pena privativa libertad”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, Extra- 2013, págs. 177 a 197.
- “Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 8- r1, 2006, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-r1.pdf>.
- “La crisis de nuestro modelo legal de tratamiento penitenciario”, *Eguzkilore*, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, nº extraordinario 2, 1989, pág 99 a 112.

MAPELLI CAFFARENA, B., TERRADILLOS BASOCO, J., “Las consecuencias jurídicas del delito”, Civetas, Madrid, 1990.

MARTIN DIZ, F., “*El Juez de Vigilancia Penitenciaria. Garante de los derechos de los reclusos*”, Comares, Granada, 2002.

MARTIN RETORTILLO, L., “Régimen Constitucional de los Derechos Fundamentales” en “Derechos Fundamentales y Constitución”, (Martín Retortillo, L., De Otto y Pardo, I., Civitas, Madrid, 1998.

MIRALLES RUIZ-HUIDOBRO, R., “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a España por torturas. Del terrorismo a la criminalización de la disidencia”, *Informe “El tiempo de los derechos”*, nº 31, noviembre de 2010 (Institut de Drets Humans de Catalunya).

MIR PUIG, S., “Problemática de la pena y seguridad ciudadana”, *El derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 1994.

- “*Derecho penal. Parte General.*”, PPU, Barcelona, 1997.

MONTESINOS Y MOLINA, M., “*Bases en las que se apoya mi sistema penal*”, REP nº 159 (homenaje al Coronel Montesinos) octubre-diciembre, 1962.

MORENILLA ALLARD, P., “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde 1995”, *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Fray Batolomé de las Casas*, III (6), febrero 1998, págs. 611 a 624.

MORILLAS CUEVA, L., ¿Pasa la legitimación de la pena de prisión en una sociedad democrática por una política criminal reduccionista?, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 8, diciembre de 2014, págs. 1 a 36.

MUÑOZ CONDE, F., “La prisión en el Estado Social y Democrático de Derecho: prevención general versus prevención especial ¿un conflicto insoluble?”, *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº Extraordinario 2, 1989, págs. 165 a 172.

- La resocialización del delincuente: Análisis y crítica de un mito”, *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, nº 31, 1979, págs. 323 a 352.

MUÑOZ PEREIRA, J.G., “Recepción en Europa de los sistemas penitenciarios norteamericanos”, *Historia de la Prisión: Teorías economicistas, crítica*, García Valdés, C. (dir.) Edisofer, Madrid, 1967, págs.159 a 172.

NAVARRO VILLANUEVA, C., “*Ejecución de la pena privativa de libertad*”, Bosch, Barcelona, 2002, pág. 391.

NEUMAN, E., “*Cárcel, Derechos Humanos y Neoliberalismo*”, AAVV, *La Administración de Justicia*, Editorial Universitaria, Buenos Aires, 2001.

NISTAL BURÓN, J., “La prisión del s. XXI”, Primer Congreso Europeo de Derecho Penitenciario, X Jornadas penitenciarias de Andalucía, Cámara de Comercio e Industria de Jaén, 2002.

- “El cumplimiento de las medidas de seguridad privativas de libertad. Problemática que genera la escasa regulación normativa al respecto”, *Diario la Ley*, nº 7865, 24 de mayo de 2012.

OTERO GONZÁLEZ, P., “El control telemático de los penados”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

PAREJO ALFONSO, L., JIMÉNEZ BLANCO, A., ORTEGA ÁLVAREZ, L., “*Manual de Derecho Administrativo*”, Ariel Derecho, Barcelona, 1990.

PAVARINI, “*Castigar al enemigo. Criminalidad, exclusión e inseguridad*”, Flacso, Quito, 2009.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G, “*Derecho positivo de los Derechos Humanos*”, Debate, Madrid, 1987. Peces-Barba Martínez, G.

- *Lecciones de Derechos Fundamentales*”, Dykinsosn, Madrid, 2000.

PEÑAS ROLDÁN, L., “Resocialización: un problema de todos”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, nº 14, 1996, págs. 479 a 497.

PÉREZ LUÑO, A.E., “*Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*”, Tecnos, Madrid, 1991. Alzaga Viillamil, O.

- “Las generaciones de derechos humanos en el ámbito penitenciario, *Derecho penitenciario y Democracia*, Fundación El Monte, Sevilla, 1994.

POZA CISNEROS, M., “Las nuevas tecnologías en el ámbito del derecho penal”, *Revista del Poder Judicial*, nº 65,2002, págs. 59 a 134.

PULIDO QUECEDO, M, “Sobre el secreto de las comunicaciones entre internos en Establecimientos Penitenciarios”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 15,2003.

- “Derecho de los internos en centros penitenciarios y uso de ordenadores” *Repertorio Aranzadi de Tribunal Constitucional*. nº 10, 2002.

- "La libertad de recibir información en los centros penitenciarios (El caso de la retención de la revista Kale Gorria), *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 1, 2006.

RADBRUCH, GUSTAV, *Rechtsphilosophie*, 6ª ed. Stuttgart, 1963.

RAMOS VÁZQUEZ, I., "Arrestos, cárceles y prisiones en los Derechos históricos españoles", Ministerio del Interior, Madrid, 2008.

RENART GARCIA, F., "El sistema de sanciones en el régimen disciplinario penitenciario", *Diario La Ley*, nº 5476, ti, 2002.

REVIRIEGO PICÓN, 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 Informática de Derecho*, nº 1, 2003.

- "Los derechos de los reclusos en la jurisprudencia constitucional", Universitas, Madrid, 2008.

- "¿Crisis de los sistemas penitenciarios europeos? ". *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, nº 29, págs. 169 a 194.

- "Notas a la STC 218/2002, de 25 de noviembre: intimidad corporal de los reclusos". *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XXXVIII, 2005, págs. 275 a 290.

- "El secreto de las comunicaciones en los centros penitenciarios comunicaciones escritas entre reclusos ". *Boletín de la Facultad de Derecho*, nº 26, 2005, págs. 575 a 587.

- "Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales. Algunos apuntes sobre el derecho a la intimidad en los centros penitenciarios ", *Derechos y Libertades*, año IX, nº 13, 2004, págs. 87 a 108.

- "Los derechos de los reclusos", *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., (Coord.), Tirant lo Blanch, 2006, págs. 451 a 483.

- "Centros Penitenciarios y personas con discapacidad", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol.38, nº 109, 2008, págs. 281 a 305.

- REVIRIEGO PICON, F., GUDIN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., “Alternativas a la prisión y la renovación telemática” *Diario La Ley*, nº 7250, Sección Tribuna, 28 de septiembre 2009, Ref. D-301.La Ley.

- “La ejecución de las penas privativas de libertad en España”, *Rev. Boliv.de de derecho*, nº8, julio 2009, págs. 146 a 169.

- “España: centros penitenciarios y derechos fundamentales”, CESANO, J.D., y REVIRIEGO PICÓN, F., (coord.) *Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones*, Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2010.

- “Relaciones de sujeción especial e intervención de las comunicaciones entre los reclusos y sus letrados”, REVIRIEGO PICÓN, F., y BRAGE CAMAZANO, J., *Revista Europeo de Derechos Fundamentales*, nº 16, 2010, págs. 45 a 98.

- “Multiculturalidad y centros penitenciarios “, *Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto*, vol. 60, nº 1, 2012, págs. 107 a 144.

- “Las intervenciones corporales”, *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 16,2013, págs. 1 a 47.

- “Las intervenciones corporales y derechos fundamentales”, *Nuevas tendencias en la interpretación de los derechos fundamentales*, GIMENO SENDRA, V., y RIGUEIRO GARCIA, M.^a. (coords.) Universitas, Madrid, 2015.

- REVIRIEGO PICÓN, F., y GUDÍN RORÍGUEZ-MAGARIÑOS “Seguridad y derechos en los centros penitenciarios”, *Seguridad, Extranjería, y otros estudios histórico-jurídicos*, MARTIN MINGUIJÓN, R. y MORÁN MARTÍN, R., (coords.), Iustel, 2016, Madrid, págs. 181 a 194.

- “Los derechos de las personas privadas de libertad”, *Historia de los derechos fundamentales*, ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., RODRÍGUEZ URIBES, J.M., PECES BARBA., G., FERNÁNDEZ GARCÍA, E., Vol. 4, Tomo 5, 2013 (Cultura de la Paz y Grupos vulnerables), págs. 985-1034.

RICO LINAGE, R. “*Constituciones Históricas*”. Ediciones oficiales. Universidad de Sevilla, 1989.

RIVERA BEIRAS, I., “*La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*”, Bosch, Barcelona, 1997.

- “*Cárcel y Derechos Humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos humanos de los reclusos*”, Bosch, Barcelona, 1992.

- “*Descarcelación. Principios de una política pública de reducción de la cárcel (desde un garantismo radical)*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

RODRÍGUEZ ALONSO, A.,” Visión empírica de la evolución del sistema penitenciario español en los últimos tiempos. Situación actual”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº 256, 2012, págs. 67 a 79.

RODRÍGUEZ ALONSO, A., y RODRÍGUEZ AVILÉS, J.A., “*Lecciones de Derecho Penitenciario*”, Granada, Comares, 2011, págs. 54 a 65.

RODRIGUEZ DEVESA, J. M., SERRANO GOMEZ, A., *Derecho Penal Español, Parte General*, Dykinson, Madrid, 1995.

ROIG BUSTOS, L, "La sanción de aislamiento en celda en el derecho penitenciario español", *La Ley*, Madrid, 10 de julio de 1984.

ROYO VILANOVA, A., “*Elementos de Derecho Administrativo*”, Imprenta castellana, Valladolid, 1927, pág. 411.

ROXIN, C., “Sentido y límites de la pena estatal”, *Problemas básicos del Derecho penal*, Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros, Madrid, 1994, pág. 14.

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 2000, disponible en [http:// noticias juridicas.com/](http://noticias.juridicas.com/). *Artículos Doctrinales: Derecho Penal*.

SANCHEZ GONZALEZ, S., Los derechos fundamentales en la CE de 1978, Sánchez González, (Coord.), “*Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

SÁNCHEZ MELGAR, J., “Ejecutividad de la doctrina del TEDH”, 2015, *El Derecho*, disponible en http://www.elderecho.com/penal/Ejecutividad-doctrina-TEDH_11_611680001.html.

SÁNCHEZ ORTEGA, M.H., “La situación de los presos en las cárceles el Santo Oficio de Granada durante el s. XVI”, *Revista de la Facultad de Geografía e Historia*, nº 41989, págs. 669 a 684.

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.

SERRANO ALBERCA, J.M., “Artículo 25”, *Comentarios a la Constitución* (Garrido Falla, F., dir.), Cívitas, Madrid, 2001, págs. 602-603.

SERRANO PATIÑO, J.V., “El sistema penitenciario militar español”, Premio Nacional Victoria Kent, año 2012, Segundo Accésit. Ministerio de Interior. Secretaria General de Instituciones Penitenciarias.

SERRANO TÁRREGA, M^a D., “El Derecho a la salud de los internos en los centros penitenciarios y sanidad penitenciaria (I)”, *Revista de Derecho UNED*, nº6, 2010, págs. 413 a 446.

- El Derecho a la salud de los internos en los centros penitenciarios y sanidad penitenciaria (II)”, *Revista de Derecho UNED*, nº 7, 2010, págs. 525 a 560.

SILVA SANCHEZ J.M. “*Aproximación al Derecho penal contemporáneo*”, Bosch, Barcelona,1992.

SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J.J., “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista de Estudios políticos* (Nueva Época), nº 71, enero-marzo 1991, págs. 87 a 109.

SUBIYANA ZUNZUNEGUI, I.J., “El Juez en la ejecución de las penas privativas de libertad” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 11 (2005), págs. 1 a 20, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc>.

TAMARIT SUMALLA, J.M., GARCÍA ALBERO, R., SAPENA GRAU, F., RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., “*Curso de Derecho Penitenciario*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

TÉLLEZ AGUILERA, A., “Calistrato frente a Ulpiano. Reflexiones sobre la pena de encarcelamiento en el Mundo Antiguo”, *Revista de Estudios Penitenciarios Extra-2013*, págs. 237 a 256.

- *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones: derecho y realidad*”, Edisofer, Madrid, 1998.
- Retos del siglo XXI para el sistema penitenciario español”, *Revista ADPCP*, vol. LII, 1999.
- *Las nuevas reglas penitenciarias del Consejo de Europa*”, Edisofer, Madrid, 2006.

TERRADILLOS BASOCO, J., “*Peligrosidad social y Estado de Derecho*”, Akal, Madrid, 1981.

TOMÁS Y VALIENTE, F. “*Manual de Historia del Derecho español*”, Tecnos, Madrid, 2004.

URIAS MARTÍNEZ, J., “El valor constitucional del mandato de resocialización”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 63, págs. 185 a 214.

ZUÑIGA RODRIGUEZ, L.,” *Manual de Derecho penitenciario*”, BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE y ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., Universidad de Salamanca-Colex, Madrid, 2001, pág. 350.

XIII) APÉNDICES. –

13.1 ANEXO JURISPRUDENCIAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (ORDEN CRONOLÓGICO)

- STC 137/2000 de 29 de mayo
- STC 175/2000 de 26 de junio
- STC 157/2000 de 12 de junio
- STC 204/2000 de 24 de julio
- STC 27/ 2001 de 29 de enero
- STC 106/2001 de 23 de abril
- STC 65/2002 de 11 de marzo
- STC 116/2002 de 20 de mayo
- STC 140/2002 de 3 de junio
- STC 183/2002 de 14 de octubre
- STC 191/2002 de 28 de octubre
- STC 192/2002 de 28 de octubre
- STC 193/2002 de 28 de octubre
- STC 194/2002 de 28 de octubre
- STC 218/2002 de 25 de noviembre
- STC 236/2002 de 9 de diciembre
- STC 237/2002 de 9 de diciembre
- STC 9/2003 de 20 de enero
- STC 104/2003 de 2 de junio
- STC 115/2003 de 16 de junio
- STC 128/2003 de 30 de junio
- STC 167/2003 de 29 de septiembre
- STC 169/2003 de 29 de septiembre
- STC 186/2003 de 27 de octubre
- STC 212/2003 de 1 de diciembre
- STC 401/2003 de 15 de diciembre
- STC 2/2004 de 14 de enero
- STC 52/2004 de 13 de abril

- STC 76/2004 de 26 de abril
- STC 91/2004 de 19 de mayo
- STC 114/2004 de 12 de julio
- STC 138/2004 de 13 de septiembre
- STC 24/2005 de 14 de febrero
- STC 42/2005 de 28 de febrero
- STC 227/2005 de 12 de septiembre
- STC 235/2005 de 26 de septiembre
- STC 299/2005 de 21 de noviembre
- STC 322/2005 de 12 de diciembre
- STC 7/2006 de 16 de enero
- STC 11/2006 de 16 de enero
- STC 23/2006 de 30 de enero
- STC 62/2006 de 27 de febrero
- STC 89/2006 de 27 de marzo
- STC 196/2006 de 3 de julio
- STC 221/2006 de 3 de julio
- STC 268/2006 de 11 de septiembre
- STC 316/2006 de 15 de noviembre
- STC 346/2006 de 11 de diciembre
- STC 34/2007 de 12 de febrero
- STC 124/2007 de 21 de mayo
- STC 115/2007 de 2 de julio
- STC 185/2007 de 10 de septiembre
- STC 215/2007 de 8 de octubre
- STC 42/2008 de 10 de marzo
- STC 43/2008 de 10 de marzo
- STC 77/2008 de 7 de julio
- STC 20/2009 de 26 de enero
- STC 156/2009 de 26 de junio
- STC 14/2011 de 28 de febrero
- STC 59/2011 de 3 de mayo

- STC 15/2011 de 27 de febrero
- STC 39/2012 de 29 de marzo
- STC 50/2012 de 29 de marzo
- STC 51/2012 de 29 de marzo
- STC 52/2012 de 29 de marzo
- STC 54/2012 de 29 de marzo
- STC 55/2012 de 29 de marzo
- STC 56/2012 de 29 de marzo
- STC 57/2012 de 29 de marzo
- STC 58/2012 de 29 de marzo
- STC 60/2012 de 29 de marzo
- STC 62/2012 de 29 de marzo
- STC 63/2012 de 29 de marzo
- STC 64/2012 de 29 de marzo
- STC 65/2012 de 29 de marzo
- STC 66/2012 de 29 de marzo
- STC 67/2012 de 29 de marzo
- STC 106/2012 de 21 de mayo
- STC 108/2012 de 21 de mayo
- STC 113/2012 de 24 de mayo
- STC 165/2012 de 1 de octubre
- STC 167/2012 de 1 de octubre
- STC 174/2012 de 15 de octubre
- STC 189/2012 de 29 de octubre
- STC 199/2012 de 12 de noviembre
- STC 217/2012 de 26 de noviembre
- STC 230/2012 de 10 de diciembre
- STC 28/2013 de 11 de febrero
- STC 54/2013 de 11 de marzo
- STC 128/2013 de 3 de junio
- STC 140/2013 de 8 de julio
- STC 153/2013 de 9 de septiembre

- STC 179/2014 de 3 de noviembre

13.2 ANEXO JURISPRUDENCIAL TEDH (ORDEN CRONOLÓGICO).

- Asunto De Wilde, Ooms y Versyp contra Bélgica, TEDH, Sentencia de 18 junio 1971.
- Asunto Golder contra Reino Unido, sentencia de 21 de febrero de 1975.
- Asunto Silver y otros contra Reino Unido, TEDH, sentencia de 25 marzo 1983.
- Asunto Silver y otros contra Reino Unido, TEDH, Sentencia de 24 octubre 1983.
- Asunto Campbell y Fell contra Reino Unido, TEDH, sentencia de 28 de junio de 1984.
- Asunto Weeks contra Reino Unido, TEDH, sentencia de 2 de marzo de 1987.
- Asunto Boyle y Rice contra Reino Unido, TEDH , sentencia de 27 abril 1988.
- Asunto Schönenberger y Durmaz contra Suiza, TEDH , sentencia de 20 junio 1988.
- Asunto McCallum contra Irlanda, TEDH , sentencia de 30 agosto 1990.
- Asunto Pfeifer y Plankl contra Austria , TEDH , sentencia de 25 febrero 1992.
- Asunto Campbell contra Reino Unido, TEDH , sentencia de 25 marzo 1992.
- Asunto Edwards contra Reino Unido, sentencia de 16 de diciembre de 1992.
- Asunto Quinn contra Francia, sentencia de 22 de marzo de 1995
- Asunto José Luis Mateos Sánchez contra España, TEDH (Sección 2ª), decisión de 16 de abril de 1996.

- Asunto Calogero Diana contra Italia, TEDH , sentencia de 15 noviembre 1996.
- Asunto Domenichini contra Italia, TEDH , sentencia de 15 noviembre 1996.
- Asunto Miguel y Sonia Cortés Muñoz contra España, TEDH (Sección 2ª), decisión de 10 septiembre 1997.
- Asunto Koop contra Suiza, TEDH, sentencia de 25 de marzo de 1998.
- Asunto Petra contra Rumania, TEDH , sentencia de 23 septiembre 1998.
- Asunto Demirtepe contra Francia, TEDH , sentencia de 21 diciembre 1999.
- Asunto Moni contra Italia, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 11 enero 2000.
- Asunto Labita contra Italia, TEDH (Gran Sala), sentencia de 6 abril 2000.
- Asunto Satik y otros contra Turquía, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 10 octubre 2000.
- Asunto Kudla contra Polonia, TEDH (Gran Sala), sentencia de 26 octubre 2000.
- Asunto Messina contra Italia, TEDH, sentencia de 28 de septiembre de 2000.
- Asunto Rinzivillo contra Italia, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 21 diciembre 2000.
- Asunto Dogouz contra Grecia, sentencia de 6 de marzo de 2.001.
- Asunto Keenan contra Reino Unido, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 3 abril 2001.
- Asunto Peers contra Grecia, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 19 abril 2001.

- Asunto Price contra Reino Unido, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 10 julio 2001.
- Asunto Valasinas contra Lituania, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 24 julio 2001.
- Asunto Di Giovine contra Italia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 26 julio 2001.
- Asunto PG y JH contra Reino Unido, TEDH, sentencia de 25 de septiembre de 2001.
- Asunto Indelicato contra Italia, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 18 octubre 2001.
- Asunto Iwanczuk contra Polonia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 15 noviembre 2001.
- Asunto A. B. contra Países Bajos, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 29 enero 2002.
- Asunto Paul y Audrey Edwards contra Reino Unido, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 14 marzo 2002.
- Asunto D.G. contra Irlanda, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 16 de mayo de 2002.
- Asunto Kalashnikov contra Rusia, sentencia de 15 de julio 2002.
- Asunto Mastromatteo contra Italia, TEDH (Gran Sala), sentencia de 24 octubre 2002.
- Asunto Allan contra Reino, TEDH, sentencia de 5 de noviembre de 2011.
- Asunto Mouisel contra Francia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 14 noviembre 2002.
- Asunto Radaj contra Polonia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 28 noviembre 2002.

- Asunto Lavents contra Letonia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 28 noviembre 2002.
- Asunto Francisco Izquierdo Medina contra España, TEDH (Sección 4ª), decisión de 14 enero 2003.
- Asunto Lorsé y otros contra Países Bajos, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 4 febrero 2003.
- Asunto Van der Ven contra Holanda, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 4 febrero 2003.
- Asunto Mamatkulov y Abdurasulovic contra Turquía, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 6 febrero 2003.
- Asunto Klamecki (núm. 2) contra Polonia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 3 abril 2003.
- Asunto Aliev contra Ucrania TEDH (Sección 4ª), sentencia de 29 abril 2003.
- Asunto McGlinchey contra Reino Unido, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 29 abril 2003.
- Asunto Cotlet contra Rumanía, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 3 junio 2003.
- Asunto Pantea contra Rumania, TEDH (Sección 2ª) , sentencia de 3 de junio de 2003.
- Asunto Ezeh y Connors contra Reino Unido, TEDH, sentencia de 9 de octubre de 2003.
- Asunto Hénaf contra Francia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 27 noviembre 2003.
- Asunto Yankov contra Bulgaria, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 11 diciembre 2003.
- Asunto Mianowski contra Polonia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 16 diciembre 2003.
- Asunto Sakkopoulos contra Grecia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 15 enero 2004.
- Asunto Matencio contra Francia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 15 enero 2004.

- Asunto Iorgov contra Bulgaria, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 11 marzo 2004.
- Asunto Hirst contra Reino Unido, TEDH (Sección 4ª) sentencia de 3 de marzo de 2004.
- Asunto Doerga contra Holanda, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 27 abril 2004.
- Asunto Blondet contra Francia, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 5 octubre 2004.
- Asunto Poleschuk contra Rusia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 7 octubre 2004.
- Asunto Ospina Vargas contra Italia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 14 octubre 2004.
- Asunto Farbtuhs contra Letonia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 2 diciembre 2004.
- Asunto Gelfmann contra Francia, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 14 diciembre 2004.
- Asunto Bojilov contra Bulgaria, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 22 de diciembre de 2004.
- Asunto Ramírez Sánchez contra Francia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 27 enero 2005.
- Asunto Jankauskas contra Lituania, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 24 febrero 2005.
- Asunto Matheron contra Francia, TEDH, sentencia de 29 de marzo de 2005.
- Asunto Whitfield contra Reino Unido, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 12 abril 2005.
- Asunto Gallico contra Italia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 28 junio 2005.
- Asunto Labzov contra Rusia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 16 de junio de 2005.
- Asunto Ostrovar contra Moldavia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 13 septiembre 2005.

- Asunto Frik contra Turquía, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 20 septiembre 2005.
- Asunto Leo Zappia contra Italia, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 29 septiembre 2005.
- Asunto Hirst contra Reino Unido, TEDH (Gran Sala) sentencia de 6 de octubre de 2005.
- Asunto Schemkamper contra Francia, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 18 octubre 2005.
- Asunto Argenti contra Italia, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 10 noviembre 2005.
- Asunto Gürbüz contra Turquía, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 10 noviembre 2005.
- Asunto Drozdowski contra Polonia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 6 diciembre 2005.
- Asunto Wisse contra Francia, TEDH, sentencia de 20 de diciembre de 2005.
- Asunto Tomczyk Prokopyszyn contra Polonia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 28 marzo 2006.
- Asunto Dickson contra Reino Unido, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 18 abril 2006.
- Asunto Michta contra Polonia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 4 mayo 2006.
- Asunto Kornakovs contra Letonia, TEDH, sentencia de 15 de junio de 2006.
- Asunto Salah contra Países Bajos, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 6 julio 2006.
- Asunto Bastone contra Italia, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 11 julio 2006.
- Asunto Riviere contra Francia, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 11 julio 2006.
- Asunto Davtian contra Georgia, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 27 julio 2006.

- Asunto Cabala contra Polonia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 8 agosto 2006.
- Asunto Yordanov contra Bulgaria, TEDH (Sección 5ª), sentencia de 10 agosto 2006.
- Asunto Serifis contra Grecia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 2 noviembre 2006.
- Asunto Jon Koldo Aparicio Benito contra España, TEDH (Sección 5ª), decisión de 13 noviembre 2006.
- Asunto Puzinas (núm. 2) contra Lituania, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 9 enero 2007.
- Asunto Black contra Reino Unido, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 16 enero 2007.
- Asunto Estrikh contra Letonia, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 18 de enero de 2007.
- Asunto Kepeneklioglu contra Turquía, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 23 enero 2007.
- Asunto Dickson contra reino Unido, TEDH (Gran Sala), sentencia de 4 de diciembre de 2007.
- Asunto Zborowski contra Polonia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 15 enero 2008.
- Asunto Di Giacomo contra Italia, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 24 enero 2008.
- Asunto Stepniak contra Polonia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 29 enero 2008.
- Asunto Kafkaris contra Chipre, TEDH, sentencia de 12 de febrero de 2008.
- Asunto Cavallo contra Italia, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 4 marzo 2008.
- Asunto Guidi contra Italia, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 27 marzo 2008.
- Asunto Yücel (nº 1) contra Turquía, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 8 abril 2008.

- Asunto Scoppola contra Italia, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 10 junio 2008.
- Asunto Kotsaftis contra Grecia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 12 junio 2008.
- Asunto Özkartal contra Turquía, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 24 junio 2008.
- Asunto Reyhan contra Turquía, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 23 septiembre 2008.
- Asunto Nakçi contra Turquía, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 30 septiembre 2008.
- Asunto Renolde contra Francia, TEDH (Sección 5ª), sentencia de 16 octubre 2008.
- Asunto Ali Güzel contra Turquía, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 21 octubre 2008.
- Asunto Shishmanov contra Bulgaria, TEDH (Sección 5ª), sentencia de 8 enero 2009.
- Asunto Wenerski contra Polonia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 20 enero 2009.
- Asunto Czarnowski contra Polonia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 20 enero 2009.
- Asunto Poghossian contra Georgia, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 24 febrero 2009.
- Asunto Bychkov contra Rusia, TEDH /Sección 1ª) de 5 de marzo de 2009.
- Asunto Tanase contra Rumania, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 12 mayo 2009.
- Asunto Stojanovic contra Serbia, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 19 mayo 2009.
- Asunto Szuluk contra Reino Unido, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 2 junio 2009.
- Asunto Parousis contra Grecia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 4 junio 2009.

- Asunto Kisielewski contra Polonia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 7 julio 2009. J
- Asunto Salvatore Piacenti contra Italia, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 7 julio 2009.
- Asunto Sulejmanovic contra Italia, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 16 julio 2009.
- Asunto Pacula contra Letonia, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 15 septiembre 2009.
- Asunto Kozlov contra Rusia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 17 de septiembre de 2009.
- Asunto Kapçak contra Turquía, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 22 septiembre 2009.
- Asunto Tsonyo Tsonev contra Bulgaria, TEDH (Sección 5ª), sentencia de 1 octubre 2009.
- Asunto Ali Hidir Polat contra Turquía, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 6 octubre 2009.
- Asunto Bordikov contra Rusia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 8 de octubre de 2009.
- Asunto Mondeshki contra Bulgaria, TEDH (Sección 5ª), sentencia de 22 octubre 2009.
- Asunto Erdem Onur Yildiz contra Turquía, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 27 octubre 2009.
- Asunto Paradysz contra Francia, TEDH (Sección 5ª), sentencia de 29 octubre 2009.
- Asunto Meixner contra Alemania, TEDH, sentencia de 3 de noviembre de 2011.
- Asunto Koriyski contra Bulgaria, TEDH (Sección 5ª), sentencia de 26 noviembre 2009.

- Asunto Stolder contra Italia, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 1 diciembre 2009.
- Asunto Jeronovics contra Letonia, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 1 diciembre 2009.
- Asunto Jaremowicz contra Polonia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 5 enero 2010.
- Asunto Mehmet Nuri Özen contra Turquía, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 2 febrero 2010.
- Asunto Dermanovic contra Serbia, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 23 febrero 2010.
- Asunto Hajol contra Polonia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 2 marzo 2010.
- Asunto Akhmetov contra Rusia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 1 abril 2010.
- Asunto Luthokin contra Rusia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 8 de abril de 2010
- Asunto Kositsyn contra Rusia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 12 de mayo de 2010.
- Asunto Jasinska contra Polonia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 1 junio 2010.
- Asunto Ashot Harutyunyan contra Armenia, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 15 junio 2010.
- Asunto Gavrilita contra Rumania, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 22 junio 2010.
- Asunto Rokosz contra Polonia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 27 julio 2010.
- Asunto Iorgov contra Bulgaria, TEDH (Sección 5ª), sentencia de 2 septiembre 2010.

- Asunto Mazgaj contra Polonia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 21 septiembre 2010.
- Asunto Ismail Altun contra Turquía, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 21 septiembre 2010.
- Asunto Argimiro Isasa contra España, TEDH, sentencia de 28 de septiembre de 2010.
- Asunto Jovancic contra Serbia, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 5 octubre 2010.
- Asunto Coman contra Rumania, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 26 octubre 2010.
- Asunto Cardona Serrat contra España, TEDH, sentencia de 26 de octubre de 2010.
- Asunto Grozavu contra Rumania, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 2 noviembre 2010.
- Asunto Iwankiewicz contra Polonia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 7 diciembre 2010.
- Asunto Porumb contra Rumania, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 7 diciembre 2010.
- Asunto Petkov contra Bulgaria, TEDH (Sección 5ª), sentencia de 9 diciembre 2010.
- Asunto Raffray Taddei contra Francia, TEDH (Sección 5ª), sentencia de 21 diciembre 2010.
- Asunto Nurzynski contra Polonia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 21 diciembre 2010.
- Asunto Mehmet Nuri Özen y otros contra Turquía, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 11 enero 2011.
- Asunto Milosevic contra Serbia, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 18 enero 2011.

- Asunto Scoppola contra Italia, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 18 de enero de 2011.
- Asunto El Shennawy contra Francia, TEDH (Sección 5ª), sentencia de 20 enero 2011.
- Asunto Nisiotis contra Grecia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 10 febrero 2011.
- Asunto Flaminzeanu contra Rumania, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 12 abril 2011.
- Asunto Todireasa contra Rumania, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 3 mayo 2011.
- Asunto Gladovic contra Croacia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 10 mayo 2011.
- Asunto Duval contra Francia, TEDH (Sección 5ª), sentencia de 26 mayo 2011.
- Asunto Szél contra Hungría, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 7 junio 2011.
- Asunto Akar contra Turquía, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 21 junio 2011.
- Asunto Hellig contra Alemania, TEDH (Sección 5ª), sentencia de 7 julio 2011.
- Asunto Stummer contra Austria, TEDH (Gran Sala), sentencia de 7 julio 2011.
- Asunto Oshurko contra Ucrania, TEDH (Sección 5ª), sentencia de 8 septiembre 2011.
- Asunto Demian contra Rumania, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 27 septiembre 2011.
- Asunto Giszczak contra Polonia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 29 noviembre 2011.
- Asunto Krivosejs contra Latvia, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 17 enero 2012.
- Asunto Vinter y otros contra Reino Unido, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 17 enero 2012.

- Asunto Trosin contra Ucrania, TEDH (Sección 5ª), sentencia de 23 febrero 2012.
- Asunto Melnitis contra Latvia, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 28 febrero 2012.
- Asunto Dimitar Dimitrov contra Bulgaria, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 3 abril 2012.
- Asunto Shchebetov contra Rusia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 10 abril 2012.
- Asunto Liartis contra Grecia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 10 mayo 2012.
- Asunto Scoppola contra Italia, TEDH (Gran Sala), sentencia de 22 de mayo de 2012.
- Asunto Ciuca contra Rumania, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 5 junio 2012. 155.-
- Asunto Piruzyan contra Armenia, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 26 junio 2012.
- Asunto Del Rio Prada contra España, TEDH, sentencia de 10 de julio de 2012.
- Asunto Ketreb contra Francia, TEDH (Sección 5ª), sentencia de 19 julio 2012.
- Asunto Fülöp contra Rumania, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 24 julio 2012.
- Asunto Dochnal contra Polonia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 18 septiembre 2012.
- Asunto Mitkus contra Latvia, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 2 octubre 2012.
- Asunto Kulikowski contra Polonia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 9 octubre 2012.
- Asunto Popena contra Polonia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 9 octubre 2012.
- Asunto Asyanov contra Rusia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 9 octubre 2012.

- Asunto Longin contra Croacia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 6 noviembre 2012.
- Asunto Yermolenko contra Ucrania, TEDH (Sección 5ª), sentencia de 15 noviembre 2012.
- Asunto Erol Arıkan y otros contra Turquía, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 20 noviembre 2012.
- Asunto Goloshvili contra Georgia, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 20 noviembre 2012.
- Asunto Savics contra Latvia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 27 noviembre 2012.
- Asunto Tautkus contra Lithuania, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 27 noviembre 2012.
- Asunto Tzamalis y otros contra Grecia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 4 diciembre 2012.
- Asunto Irakli Mindadze contra Georgia, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 11 diciembre 2012.
- Asunto Banu contra Rumania, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 11 diciembre 2012.
- Asunto Cupradovs contra Letonia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 18 diciembre 2012.
- Asunto Vuldzhev contra Bulgaria, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 18 diciembre 2012.
- Asunto Jeladze contra Georgia, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 18 diciembre 2012.
- Asunto Steven Willcox/Scott Hurford contra Reino Unido, TEDH (Sección 4ª), decisión de 8 enero 2013.
- Asunto Jashi contra Georgia, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 8 enero 2013.
- Asunto Torreggiani y otros contra Italia, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 8 enero 2013.
- Asunto Jaurrieta Ortigala contra España, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 22 de enero de 2013.

- Asunto Gani contra España, TEDH, sentencia de 19 de febrero de 2013
- Asunto Olszewski contra Polonia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 2 abril 2013.
- Asunto Ildani contra Georgia, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 23 abril 2013.
- Asunto Canali contra Francia, TEDH (Sección 5ª), sentencia de 25 abril 2013.
- Asunto Ion Ciobanu contra Rumania, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 30 abril 2013.
- Asunto Komarova contra Ucrania, TEDH (Sección 5ª), sentencia de 16 mayo 2013.
- Asunto Sabev contra Bulgaria, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 28 mayo 2013.
- Asunto Tur contra Turquía, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 11 junio 2013.
- Asunto Niculescu contra Rumania, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 25 junio 2013.
- Asunto Rzakhanov contra Azerbaiyan, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 4 julio 2013.
- Asunto Anchugov y Gladkov contra Rusia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 4 de julio de 2013.
- Asunto Vinter y otros contra Reino Unido, TEDH (Gran Sala), sentencia de 9 julio 2013.
- Asunto Soyler contra Turquía, TEDH (Sección 2ª) sentencia de 17 de septiembre de 2013.
- Asunto Yuriy Illarionovich Shchokin contra Ucrania, TEDH (Sección 5ª), sentencia de 3 octubre 2013.
- Asunto Dmitriyev contra Rusia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 24 octubre 2013.
- Asunto Jetzen contra Luxemburgo, TEDH (Sección 5ª), sentencia de 31 octubre 2013.

- Asunto Bulea contra Rumanía, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 3 diciembre 2013.
- Asunto Vartic contra Rumanía. TEDH (Sección 3ª), sentencia de 17 diciembre 2013.
- Asunto Lindström y Mässeli contra Finlandia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 14 enero 2014.
- Asunto Semikhvostov contra Rusia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 6 febrero 2014.
- Asunto Banaszkowski contra Polonia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 25 marzo 2014.
- Asunto Mikel Albisu Iriarte contra Francia, TEDH (Sección 5ª), decisión de 1 abril 2014.
- Asunto Sabic contra Eslovenia, TEDH (Sección 5ª), sentencia de 3 abril 2014.
- Asunto Nusret Kaya y Otros contra Turquía, TEDH , sentencia de 22 abril 2014.
- Asunto Velyo Velev contra Bulgaria, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 27 mayo 2014.
- Asunto Constantin Aurelian Burlacu contra Rumanía, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 10 junio 2014.
- Asunto Mihai Laurentiu Marin contra Rumanía, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 10 junio 2014.
- Asunto Jaeger contra Estonia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 31 julio 2014.
- Asunto Firth y otros contra Reino Unido, TEDH (Sección 4ª) sentencia de 12 de agosto de 2014.
- Asunto Carrella contra Italia, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 9 septiembre 2014.
- Asunto Logothetis y Otros contra Grecia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 25 septiembre 2014.
- Asunto Smertin contra Rusia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 2 octubre 2014.

- Asunto Istratov contra Rusia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 16 octubre 2014.
- Asunto Belov contra Rusia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 16 octubre 2014.
- Asunto Makovoz contra Rusia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 16 octubre 2014.
- Asunto Marian Chirita contra Rumanía, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 21 octubre 2014.
- Asunto Nikolaos Athanasiou y Otros contra Grecia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 23 octubre 2014.
- Asunto Tirean contra Rumania, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 28 octubre 2014.
- Asunto Bogomolov contra Rusia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 30 octubre 2014.
- Asunto Manolov contra Bulgaria, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 4 noviembre 2014.
- Asunto Brlek contra Eslovenia, TEDH (Sección 5ª), sentencia de 6 noviembre 2014.
- Asunto Faganel contra Eslovenia, TEDH (Sección 5ª), sentencia de 6 noviembre 2014.
- Asunto Bahna contra Rumania, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 13 noviembre 2014.
- Asunto Pecenko contra Eslovenia, TEDH (Sección 5ª), sentencia de 4 diciembre 2014.
- Asunto Hutchinson contra Reino Unido, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 3 febrero 2015.
- Asunto Yengo contra Francia, TEDH (Sección 5ª), sentencia de 21 mayo 2015.
- Asunto Draguna y Otros contra Rumania, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 21 mayo 2015.

13.3 ANEXO JURISPRUDENCIAL TEDH (DERECHO INVOCADO).

ART 2. (Derecho a la vida).

- Asunto Edwards contra Reino Unido, sentencia de 16 de diciembre de 1992.
- Asunto Paul y Audrey Edwards contra Reino Unido, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 14 marzo 2002.
- Asunto Mastromatteo contra Italia, TEDH (Gran Sala), sentencia de 24 octubre 2002.
- Asunto Jon Koldo Aparicio Benito contra España, TEDH (Sección 5ª), decisión de 13 noviembre 2006.
- Asunto Renolde contra Francia, TEDH (Sección 5ª), sentencia de 16 octubre 2008. (3)
- Asunto Jasinska contra Polonia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 1 junio 2010.
- Asunto Ismail Altun contra Turquía, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 21 septiembre 2010.
- Asunto Shchebetov contra Rusia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 10 abril 2012.
- Asunto Erol Arıkan y otros contra Turquía, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 20 noviembre 2012.

ART 3. (Prohibición de tortura....)

- Asunto Miguel y Sonia Cortés Muñoz contra España, TEDH (Sección 2ª), decisión de 10 septiembre 1997.

- Asunto Satik y otros contra Turquía, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 10 octubre 2000.
- Asunto Kudla contra Polonia, TEDH (Gran Sala), sentencia de 26 octubre 2000. (5,6,13)
- Asunto Dogouz contra Grecia, sentencia de 6 de marzo de 2.001
- Asunto Keenan contra Reino Unido, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 3 abril 2001.
- Asunto Peers contra Grecia, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 19 abril 2001.
- Asunto Price contra Reino Unido, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 10 julio 2001.
- Asunto Indelicato contra Italia, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 18 octubre 2001.
- Asunto Kalashnikov contra Rusia, sentencia de 15 de julio de 2002 (5.3 y 6.1)
- Asunto Mouisel contra Francia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 14 noviembre 2002.
- Asunto Francisco Izquierdo Medina contra España, TEDH (Sección 4ª), decisión de 14 enero 2003.
- Asunto Lorsé y otros contra Países Bajos, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 4 febrero 2003. (8,13)
- Asunto Mamatkulov y Abdurasulovic contra Turquía, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 6 febrero 2003.
- Asunto Aliev contra Ucrania TEDH (Sección 4ª), sentencia de 29 abril 2003.(8)
- Asunto McGlinchey contra Reino Unido, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 29 abril 2003. (13)

- Asunto Pantea contra Rumania, TEDH (Seccion 2ª) , sentencia de 3 de junio de 2003.

- Asunto Hénaf contra Francia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 27 noviembre 2003.
- Asunto Yankov contra Bulgaria, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 11 diciembre 2003. (5,10,13)
- Asunto Matencio contra Francia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 15 enero 2004.
- Asunto Iorgov contra Bulgaria, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 11 marzo 2004.
- Asunto Farbtuhs contra Letonia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 2 diciembre 2004.
- Asunto Gelfmann contra Francia, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 14 diciembre 2004.
- Asunto Ramírez Sánchez contra Francia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 27 enero 2005.
- Asunto Labzov contra Rusia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 16 de junio de 2005.
- Asunto Ostrovar contra Moldavia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 13 septiembre 2005.(8)
- Asunto Frik contra Turquía, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 20 septiembre 2005. (6)
- Asunto Gürbüz contra Turquía, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 10 noviembre 2005.
- Asunto Salah contra Países Bajos, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 6 julio 2006.
- Asunto Riviere contra Francia, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 11 julio 2006.
- Asunto Davtian contra Georgia, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 27 julio 2006.
- Asunto Serifis contra Grecia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 2 noviembre 2006.

- Asunto Kafkaris contra Chipre, TEDH, sentencia de 12 de febrero de 2008.
- Asunto Yücel (nº 1) contra Turquía, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 8 abril 2008.
- Asunto Scoppola contra Italia, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 10 junio 2008.
- Asunto Kotsaftis contra Grecia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 12 junio 2008.
- Asunto Shishmanov contra Bulgaria, TEDH (Sección 5ª), sentencia de 8 enero 2009.
- Asunto Wenerski contra Polonia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 20 enero 2009. (8)
- Asunto Poghosian contra Georgia, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 24 febrero 2009.
- Asunto Bychkov contra Rusia, TEDH /Sección 1ª) de 5 de marzo de 2009.
- Asunto Sulejmanovic contra Italia, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 16 julio 2009.
- Asunto Ali Hidir Polat contra Turquía, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 6 octubre 2009.
- Asunto Erdem Onur Yildiz contra Turquía, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 27 octubre 2009.
- Asunto Meixner contra Alemania, TEDH, sentencia de 3 de noviembre de 2009.
- Asunto Bordikov contra Rusia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 8 de octubre de 2009.(5,6)
- Asunto Jeronovics contra Letonia, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 1 diciembre 2009. (6)
- Asunto Akhmetov contra Rusia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 1 abril 2010.
- Asunto Luthokin contra Rusia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 8 de abril de 2010

- Asunto Ashot Harutyunyan contra Armenia, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 15 junio 2010.
- Asunto Gavrilita contra Rumania, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 22 junio 2010.
- Asunto Kositsyn contra Rusia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 12 de mayo de 2010
- Asunto Rokosz contra Polonia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 27 julio 2010.
- Asunto Iorgov contra Bulgaria, TEDH (Sección 5ª), sentencia de 2 septiembre 2010. (5)
- Asunto Argimiro Isasa contra España, TEDH, sentencia de 28 de septiembre de 2010.
- Asunto Coman contra Rumania, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 26 octubre 2010.
- Asunto Grozavu contra Rumania, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 2 noviembre 2010.
- Asunto Porumb contra Rumania, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 7 diciembre 2010.
- Asunto Raffray Taddei contra Francia, TEDH (Sección 5ª), sentencia de 21 diciembre 2010.
- Asunto El Shennawy contra Francia, TEDH (Sección 5ª), sentencia de 20 enero 2011. (13)
- Asunto Nisiotis contra Grecia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 10 febrero 2011.
- Asunto Flaminzeanu contra Rumania, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 12 abril 2011.
- Asunto Todireasa contra Rumania, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 3 mayo 2011.
- Asunto Gladovic contra Croacia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 10 mayo 2011.
- Asunto Duval contra Francia, TEDH (Sección 5ª), sentencia de 26 mayo 2011.

- Asunto Szél contra Hungría, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 7 junio 2011.
- Asunto Hellig contra Alemania, TEDH (Sección 5ª), sentencia de 7 julio 2011.
- Asunto Demian contra Rumania, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 27 septiembre 2011.
- Asunto Krivosejs contra Latvia, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 17 enero 2012.
- Asunto Vinter y otros contra Reino Unido, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 17 enero 2012.
- Asunto Melnitis contra Latvia, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 28 febrero 2012.
- Asunto Dimitar Dimitrov contra Bulgaria, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 3 abril 2012.
- Asunto Liartis contra Grecia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 10 mayo 2012. (13)
- Asunto Ciuca contra Rumania, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 5 junio 2012.
- Asunto Piruzyan contra Armenia, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 26 junio 2012.
- Asunto Ketreb contra Francia, TEDH (Sección 5ª), sentencia de 19 julio 2012.(2)
- Asunto Fülöp contra Rumania, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 24 julio 2012.
- Asunto Mitkus contra Latvia, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 2 octubre 2012. (6,8)
- Asunto Kulikowski contra Polonia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 9 octubre 2012.
- Asunto Asyanov contra Rusia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 9 octubre 2012.
- Asunto Longin contra Croacia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 6 noviembre 2012.

- Asunto Yermolenko contra Ucrania, TEDH (Sección 5ª), sentencia de 15 noviembre 2012.
- Asunto Goloshvili contra Georgia, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 20 noviembre 2012.
- Asunto Savics contra Latvia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 27 noviembre 2012.
- Asunto Tautkus contra Lithuania, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 27 noviembre 2012.
- Asunto Tzamalís y otros contra Grecia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 4 diciembre 2012.
- Asunto Irakli Mindadze contra Georgia, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 11 diciembre 2012.
- Asunto Banu contra Rumania, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 11 diciembre 2012.
- Asunto Cupradovs contra Letonia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 18 diciembre 2012.
- Asunto Jeladze contra Georgia, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 18 diciembre 2012.
- Asunto Steven Willcox/Scott Hurford contra Reino Unido, TEDH (Sección 4ª), decisión de 8 enero 2013.
- Asunto Jashi contra Georgia, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 8 enero 2013.
- Asunto Torreggiani y otros contra Italia, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 8 enero 2013.
- Asunto Olszewski contra Polonia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 2 abril 2013.
- Asunto Ildani contra Georgia, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 23 abril 2013.

- Asunto Canali contra Francia, TEDH (Sección 5ª), sentencia de 25 abril 2013.
- Asunto Ion Ciobanu contra Rumania, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 30 abril 2013.
- Asunto Komarova contra Ucrania, TEDH (Sección 5ª), sentencia de 16 mayo 2013. (5)
- Asunto Sabev contra Bulgaria, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 28 mayo 2013.
- Asunto Niculescu contra Rumania, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 25 junio 2013. (8)
- Asunto Rzakhanov contra Azerbaiyan, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 4 julio 2013.
- Asunto Vinter y otros contra Reino Unido, TEDH (Gran Sala), sentencia de 9 julio 2013.
- Asunto Yuriy Illarionovich Shchokin contra Ucrania, TEDH (Sección 5ª), sentencia de 3 octubre 2013. 82)
- Asunto Dmitriyev contra Rusia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 24 octubre 2013. (6)
- Asunto Jetzen contra Luxemburgo, TEDH (Sección 5ª), sentencia de 31 octubre 2013.
- Asunto Bulea contra Rumanía, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 3 diciembre 2013.
- Asunto Semikhvostov contra Rusia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 6 febrero 2014. (6)
- Asunto Sabic contra Eslovenia, TEDH (Sección 5ª), sentencia de 3 abril 2014. (13)
- Asunto Constantin Aurelian Burlacu contra Rumanía, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 10 junio 2014.
- Asunto Mihai Laurentiu Marin contra Rumanía, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 10 junio 2014.

- Asunto Carrella contra Italia, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 9 septiembre 2014.
- Asunto Logothetis y Otros contra Grecia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 25 septiembre 2014.
- Asunto Smertin contra Rusia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 2 octubre 2014.
- Asunto Istratov contra Rusia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 16 octubre 2014. (13)
- Asunto Belov contra Rusia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 16 octubre 2014.
- Asunto Makovoz contra Rusia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 16 octubre 2014.
- Asunto Marian Chirita contra Rumanía, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 21 octubre 2014.
- Asunto Nikolaos Athanasiou y Otros contra Grecia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 23 octubre 2014.
- Asunto Tirean contra Rumania, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 28 octubre 2014.
- Asunto Bogomolov contra Rusia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 30 octubre 2014.
- Asunto Manolov contra Bulgaria, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 4 noviembre 2014.
- Asunto Brlek contra Eslovenia, TEDH (Sección 5ª), sentencia de 6 noviembre 2014. (13)
- Asunto Faganel contra Eslovenia, TEDH (Sección 5ª), sentencia de 6 noviembre 2014. (13)
- Asunto Bahna contra Rumania, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 13 noviembre 2014.
- Asunto Pecenko contra Eslovenia, TEDH (Sección 5ª), sentencia de 4 diciembre 2014. (13).

- Asunto Hutchinson contra Reino Unido, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 3 febrero 2015.
- Asunto Yengo contra Francia, TEDH (Sección 5ª), sentencia de 21 mayo 2015.
- Asunto Draguna y Otros contra Rumania, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 21 mayo 2015.

ART 4 .(Prohibicion de la esclavitud y del trabajo forzoso).

- Asunto Stummer contra Austria, TEDH (Gran Sala), sentencia de 7 julio 2011.

ART 5. (Derecho a la libertad y seguridad)

- Asunto De Wilde, Ooms y Versyp contra Bélgica, TEDH, Sentencia de 18 junio 1971.(4,8,3)
- Asunto Weeks contra Reino Unido, TEDH, sentencia de 2 de marzo de 1987
- Asunto Quinn contra Francia, sentencia de 22 de marzo de 1995.
- Asunto José Luis Mateos Sánchez contra España, TEDH (Seccion 2ª), decisión de 16 de abril de 1996.
- Asunto Iwanczuk contra Polonia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 15 noviembre 2001. (6)
- Asunto D.G. contra Irlanda, TEDH (Seccion 3ª), sentencia de 16 de mayo de 2002.
- Asunto Blondet contra Francia, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 5 octubre 2004. (8)
- Asunto Bojilov contra Bulgaria, TEDH (Seccion 1ª), sentencia de 22 de diciembre de 2004.
- Asunto Tanase contra Rumania, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 12 mayo 2009. (3,6)
- Asunto Mondeshki contra Bulgaria, TEDH (Sección 5ª), sentencia de 22 octubre 2009. (8)
- Asunto Paradysz contra Francia, TEDH (Sección 5ª), sentencia de 29 octubre 2009. (5)

- Asunto Koriyski contra Bulgaria, TEDH (Sección 5ª), sentencia de 26 noviembre 2009.(8)
- Asunto Dermanovic contra Serbia, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 23 febrero 2010. (3)
- Asunto Hajol contra Polonia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 2 marzo 2010. (3)
- Asunto Oshurko contra Ucrania, TEDH (Sección 5ª), sentencia de 8 septiembre 2011. (3)
- Asunto Dochnal contra Polonia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 18 septiembre 2012. (8)

ART 6 .(Derecho a un proceso equitativo).

- Asunto Campbell y Fell contra Reino Unido, TEDH, sentencia de 28 de junio de 1984.
- Asunto Ezeh y Connors contra Reino Unido, TEDH, sentencia de 9 de octubre de 2003.-
- Asunto Mianowski contra Polonia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 16 diciembre 2003. (8)
- Asunto Sakkopoulos contra Grecia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 15 enero 2004. (3)
- Asunto Poleschuk contra Rusia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 7 octubre 2004.
- Asunto Whitfield contra Reino Unido, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 12 abril 2005. (5)
- Asunto Gallico contra Italia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 28 junio 2005. (3,8)
- Asunto Argenti contra Italia, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 10 noviembre 2005. (8,3)
- Asunto Black contra Reino Unido, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 16 enero 2007.
- Asunto Parousis contra Grecia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 4 junio 2009. (3)

- Asunto Pacula contra Letonia, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 15 septiembre 2009. (8)
- Asunto Kozlov contra Rusia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 17 de septiembre de 2009.
- Asunto Cardona Serrat contra España, TEDH, de fecha 26 de octubre de 2010.
- Asunto Jaurrieta Ortigala contra España, TEDH (Sección 3ª) , sentencia 22 de enero de 2013.
- Asunto Gani contra España, TEDH sentencia de 13 de febrero de 2013
- Asunto Banaszowski contra Polonia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 25 marzo 2014.

ART 7 .(No hay pena sin ley).

- Asunto del Rio Prada contra España, TEDH, sentencia de 10 de julio de 2012.(5.1)

ART 8. (Derecho a la vida privada y familiar).

- Asunto Golder contra Reino Unido, sentencia de 21 de febrero de 1975
- Asunto Silver y otros contra Reino Unido, TEDH, sentencia de 25 marzo 1983.
- Asunto Silver y otros contra Reino Unido, TEDH, Sentencia de 24 octubre 1983.
- Asunto Boyle y Rice contra Reino Unido, TEDH , sentencia de 27 abril 1988.
- Asunto Schönenberger y Durmaz contra Suiza, TEDH , sentencia de 20 junio 1988.
- Asunto McCallum contra Irlanda, TEDH , sentencia de 30 agosto 1990.
- -Asunto Pfeifer y Plankl contra Austria , TEDH , sentencia de 25 febrero 1992. (6)
- Asunto Campbell contra Reino Unido, TEDH , sentencia de 25 marzo 1992.
- Asunto Calogero Diana contra Italia, TEDH , sentencia de 15 noviembre 1996. (13)

- Asunto Domenichini contra Italia, TEDH , sentencia de 15 noviembre 1996. (6,13)
- Asunto Koop contra Suiza, TEDH, sentencia de 25 de marzo de 1998.
- Asunto Petra contra Rumania, TEDH , sentencia de 23 septiembre 1998.
- Asunto Demirtepe contra Francia, TEDH , sentencia de 21 diciembre 1999.
- Asunto Moni contra Italia, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 11 enero 2000.
- Asunto Labita contra Italia, TEDH (Gran Sala), sentencia de 6 abril 2000. (5,3, Art 3 Protocolo nº 1).
- Asunto Messina contra Italia, TEDH, sentencia de 28 de septiembre de 2000. (13)
- Asunto Rinzivillo contra Italia, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 21 diciembre 2000.
- Asunto Valasinas contra Lituania, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 24 julio 2001. (3)
- Asunto Di Giovine contra Italia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 26 julio 2001.
- Asunto PG y JH contra Reino Unido, TEDH, sentencia de 25 de septiembre de 2001.
- Asunto A. B. contra Países Bajos, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 29 enero 2002. (13)
- Asunto Radaj contra Polonia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 28 noviembre 2002.
- Asunto Lavents contra Letonia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 28 noviembre 2002 (5,6).
- Asunto Van der Ven contra Holanda, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 4 febrero 2003. (3)
- Asunto Klamecki (núm. 2) contra Polonia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 3 abril 2003. (5)
- Asunto Cotlet contra Rumanía, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 3 junio 2003.

- Asunto Doerga contra Holanda, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 27 abril 2004.
- Asunto Ospina Vargas contra Italia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 14 octubre 2004.
- Asunto Matheron contra Francia, TEDH, sentencia de 29 de marzo de 2005
- Asunto Leo Zappia contra Italia, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 29 septiembre 2005.
- Asunto Drozdowski contra Polonia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 6 diciembre 2005.
- Asunto Wisse contra Francia, TEDH, sentencia de 20 de diciembre de 2005.
- Asunto Tomczyk Prokopyszyn contra Polonia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 28 marzo 2006.
- Asunto Dickson contra Reino Unido, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 18 abril 2006.
- Asunto Michta contra Polonia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 4 mayo 2006. (5)
- Asunto Kornakovs contra Letonia, TEDH, sentencia de 15 de junio de 2006. (5.1; 5.3; 6.1).
- Asunto Bastone contra Italia, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 11 julio 2006.
- Asunto Cabala contra Polonia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 8 agosto 2006. (5)
- Asunto Yordanov contra Bulgaria, TEDH (Sección 5ª), sentencia de 10 agosto 2006.(5,3)
- Asunto Puzinas (núm. 2) contra Lituania, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 9 enero 2007.
- Asunto Kepeneklioglu contra Turquía, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 23 enero 2007.
- Asunto Estrikh contra Letonia, TEDH (Sección 3ª), sentencia de 18 de enero de 2007. (5.3; 6.1)

- Asunto Dickson contra reino Unido, TEDH (Gran Sala), sentencia de 4 de diciembre de 2007
- Asunto Zborowski contra Polonia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 15 enero 2008.
- Asunto Di Giacomo contra Italia, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 24 enero 2008.(6)
- Asunto Stepniak contra Polonia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 29 enero 2008.
- Asunto Cavallo contra Italia, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 4 marzo 2008. (3)
- Asunto Guidi contra Italia, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 27 marzo 2008. (3)
- Asunto Özkartal contra Turquía, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 24 junio 2008.
- Asunto Reyhan contra Turquía, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 23 septiembre 2008.
- Asunto Nakçi contra Turquía, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 30 septiembre 2008.
- Asunto Ali Güzel contra Turquía, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 21 octubre 2008.
- Asunto Czarnowski contra Polonia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 20 enero 2009.
- Asunto Stojanovic contra Serbia, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 19 mayo 2009.
- Asunto Szuluk contra Reino Unido, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 2 junio 2009.
- Asunto Kisielewski contra Polonia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 7 julio 2009.
- Asunto Salvatore Piacenti contra Italia, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 7 julio 2009.
- Asunto Kapçak contra Turquía, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 22 septiembre 2009.

- Asunto Tsonyo Tsonev contra Bulgaria, TEDH (Sección 5ª), sentencia de 1 octubre 2009(13).
- Asunto Stolder contra Italia, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 1 diciembre 2009. (3)
- Asunto Mehmet Nuri Özen contra Turquía, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 2 febrero 2010.
- Asunto Mazgaj contra Polonia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 21 septiembre 2010.
- Asunto Jovancic contra Serbia, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 5 octubre 2010.
- Asunto Petkov contra Bulgaria, TEDH (Sección 5ª), sentencia de 9 diciembre 2010.
- Asunto Nurzynski contra Polonia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 21 diciembre 2010.
- Asunto Mehmet Nuri Özen y otros contra Turquía, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 11 enero 2011.
- Asunto Milosevic contra Serbia, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 18 enero 2011.
- Asunto Akar contra Turquía, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 21 junio 2011.
- Asunto Allan contra Reino, TEDH, sentencia de 5 de noviembre de 2011
- Asunto Giszczak contra Polonia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 29 noviembre 2011.
- Asunto Trosin contra Ucrania, TEDH (Sección 5ª), sentencia de 23 febrero 2012.
- Asunto Popena contra Polonia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 9 octubre 2012. (5)
- Asunto Vuldzhev contra Bulgaria, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 18 diciembre 2012.
- Asunto Tur contra Turquía, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 11 junio 2013.

- Asunto Lindström y Mässeli contra Finlandia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 14 enero 2014. (3)
- Asunto Mikel Albisu Iriarte contra Francia, TEDH (Sección 5ª), decisión de 1 abril 2014.
- Asunto Nusret Kaya y Otros contra Turquía, TEDH , sentencia de 22 abril 2014.
- Asunto Jaeger contra Estonia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 31 julio 2014.

ART 9 .(Libertad de pensamiento, conciencia y religión)

- Asunto Iwankiewicz contra Polonia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 7 diciembre 2010.
- Asunto Vartic contra Rumanía. TEDH (Sección 3ª), sentencia de 17 diciembre 2013.

ART 12 .(Derecho a contraer matrimonio)

- Asunto Jaremowicz contra Polonia, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 5 enero 2010. (13)

ART 13. (Derecho a un recurso efectivo).

- Asunto Schemkamper contra Francia, TEDH (Sección 2ª), sentencia de 18 octubre 2005. (8)

Art 3. Protocolo nº 1. (Derecho a elecciones libres-derecho al voto).

- Asunto Hirst contra Reino Unido, TEDH (Seccion 4ª) sentencia de 3 de marzo de 2004.
- Asunto Hirst contra Reino Unido, TEDH (Gran Sala) sentencia de 6 de octubre de 2005.
- Asunto Scoppola contra Italia, TEDH (Seccion 2ª), sentencia de 18 de enero de 2011.
- Asunto Scoppola contra Italia, TEDH (Gran Sala), sentencia de 22 de mayo de 2012.

- Asunto Anchugov y Gladkov contra Rusia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 4 de julio de 2013.
- Asunto Soyler contra Turquía, TEDH (Sección 2ª) sentencia de 17 de septiembre de 2013.
- Asunto Firth y otros contra Reino Unido, TEDH (Sección 4ª) sentencia de 12 de agosto de 2014.

Protocolo Adicional al CEDH. Art 2 (Derecho a la educación).

- Asunto Velyo Velev contra Bulgaria, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 27 mayo 2014.

INSTRUCCIONES DEL CENTRO DIRECTIVO (SECRETARIA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS).⁷⁰⁵

Año 1997.

- 7/1997 Vigilancia II (V2).
- 8/1997 Permisos, descanso CP Bilbao, Nanclares, Pamplona, San Sebastián.
- 9/1997 Productividad DGIP (Parcialmente modificada por I. 10/2006).
- 14/1997 Escuelas infantiles en C.P.

Año 1998

- 2/1998 Suspensión de traslados en casos de pruebas médicas pendientes.
- 4/1998 Estadística sanitaria mensual.
- 10/1998 Calendario, jornadas.

Año 1999.

- 1/1999 Manual de procedimiento de actividades
- 3/1999 Estadística sanitaria mensual.
- 4/1999 Condiciones laborales. Complemento de productividad, jornadas y horarios.
- 5/1999 Historial clínico. Documentación sanitaria.
- 9/1999 Organización y funciones del OATP .
- 14/1999 Historia clínica. Parte médico lesiones.

⁷⁰⁵ .Disponibles en “www.derechopenitenciario.com/normativa/circulares.asp”

Año 2000

- 10/2000 Conservación, manipulación, preparación dealimentos.
- 6/2000 Productividad DGIP.
- 4/2000 Manual procedimiento y pautas trabajo social.

Año 2001

- 2/2001 Inserción laboral de los reclusos.
- 3/2001 Documentación sanitaria.
- 4/2001 Reserva de datos carácter personal empleados públicos.
- 5/2001 PIJ. Programa de intercambio de jeringuillas.
- 6/2001 Asistencia jurídica Funcionarios II.PP.
- 9/2001 Visitas hospital, comunicaciones internos hospitalizados.
- 10/2001 Prevención Sanitaria. Lotes higiénicos.
- 11/2001 Accidentes laborales de internos.
- 12/2001 Documentación identificativa internos.

Año 2002

- 1/2002 Carné Profesional IIPP
- 3/2002 Contratación personal laboral temporal
- 4/2002 Comunicación traslados para extradición, Entrega Temporal y salidas Hospitalarias.

Año 2003

- 0/2003 Programa de actividades 2003/2004.
- 3/2003 Personal laboral. Acumulación jornada.
- 5/2003 Personal Laboral. Acumulación jornada.
- 8/2003 Sanidad. Historia clínica.

Año 2005

- 1/2005 Oficinas de Régimen, cumplimiento de penas y régimen disciplinario.
- 2/2005 Indicaciones Juntas de Tratamiento sobre el cumplimiento integro a tenor de lo previsto en la LO 7/2003.
- 4/2005 Comunicaciones internos.
- 6/2005 Conducciones.
- 7/2005 Personal sanitario. Calendario laboral, horarios.
- 10/2005 Accidentes laborales de los internos.
- 11/2005 Investigación en el medio penitenciario.
- 15/2005 Protocolo actuación Servicios Sociales en C.P.
- 16/2005 Medidas preventivas de seguridad en equipos y sistemas informáticos.
- 18/2005 Actualización I. 14/2001. Normas sobre internos extranjeros.

Año 2006.

- 4/2006 Comunicaciones con abogados.
- 5/2006 Comunicaciones a efectuar de formforma inmediata a la Inspección Penitenciaria.
- 7/2006 Integración penitenciaria de personas transexuales.
- 8/2006 Lotes higiénicos. (Prev. Enferm. Transm. sexual, relac. con I.10/2001).
- 10/2006 Modificación parcial Instrucción que regula (I. 4/99) complemento productividad relativo a las guardias sanitarias de presencia localizada.
- 12/2006 Programación, evaluación e incentivación de actividades y programas de tratamiento.
- 13/2006 Aplicación del Art. 86.4 RP.

- 14/2006 Modificación parcial de la instrucción sobre productividad de guardias sanitarias.

Año 2007

- 1/2007 Programa de productividad vinculado a reducción absentismo y a la evaluación de la eficiencia.
- 2/2007 Implantación sistema de videoconferencia (Diligencias, comunicaciones, consultas médicas).
- 3/2007 Utilización detector de drogas y explosivos.
- 5/2007 Implantación Sistema de Identificación Automatizado (SIA)
- 6/2007 Confesiones religiosas.
- 7/2007 Sustitución de la actual cuenta de caja por una nueva cuenta denominada de tesorería extrapresupuestaria.
- 8/2007 Criterios para el cálculo del valor hora del personal sanitario como guardia de presencia física.
- 9/2007 Clasificación y destino de penados.
- 10/2007 Quejas y Sugerencias
- 11/2007 Unificación de las oficinas de régimen y tratamiento (Oficina de Gestión Penitenciaria).
- 12/2007 Informes sanitarios
- 13/2007 Lotes higiénicos.
- 14/2007 Correo electrónico e Internet..
- 15/2007 Peculio, ausentes y fallecidos.
- 16/2007 Adquisición, dispensación y custodia de productos farmacéuticos.
- 17/2007 Beneficio penitenciario de indulto particular.

Año 2008

- 1/2008 Uniforme de los Funcionarios de Instituciones Penitenciarias
- 2/2008 Modificación. Parcial I 14/2006 Sobre Productividad Guardias Sanitarias.
- 4/2008 Sobre cuestiones de seguridad penitenciaria. (Reservada)

Año 2009

- 1/2009 Indicaciones para la organización y asignación de servicios tras la entrada en vigor del Real Decreto 1836/2008, de 8 de noviembre, por el que se establecen criterios para la aplicación de la integración de las extintas escalas masculina y femenina del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias.
- 2/2009 Sobre cuestiones de seguridad penitenciaria
- 3/2009 Modificación de la I. 11/2007 sobre unificación de las oficinas de régimen y tratamiento.
- 4/2009 Modificación de la Instrucción 12/2006 sobre programación. Evaluación e incentivación de actividades de tratamiento.
- 6/2009 Implantación del programa de gestión interior de centros (GIC).
- 7/2009 Instrucción para las conducciones de internos a órganos judiciales, hospitales y otros lugares con custodia de las Fuerzas de Seguridad del Estado.
- 8/2009 Criterios comunes para la agilización de determinados procedimientos.

Año 2010

- 1/2010 Instrucción reservada

- 3/2010 Protocolo de actuación en materia de seguridad.
- 6/2010 Asignación de servicios del personal del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias.
- 7/2010 Modificación de la I. 2/2005 en lo relativo al periodo de seguridad (Art.36.2 Código Penal).

Año 2011

- 1/2011 Creación de la Comisión Central de Farmacia
- 2/2011 Código Deontológico del personal de instituciones penitenciarias.
- 3/2011 Plan de Intervención General en materia de Drogas en la Institución Penitenciaria.
- 4/2011 Prevención del tabaquismo.
- 5/2011 Modificación del RP: Régimen Cerrado, Reuniones de Juntas de Tratamiento.
- 6/2011 Provisión de puestos de trabajo a través de comisiones de servicio. Adecuación del personal al puesto de trabajo asignado.
- 7/2011 Instrucciones sobre funciones del nuevo puesto de trabajo de Coordinador de Servicio Interior, así como jornadas y horarios de trabajo de dicho personal.
- 8/2011 Atención integral a las personas mayores en el medio penitenciario
- 9/2011 Procedimiento de gestión administrativa de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Nuevo manual de ejecución.
- 10/2011 Suspensiones y sustituciones de condena de penas privativas de libertad. Especial referencia a la intervención con agresores por violencia de género en medidas alternativas.
- 11/2011 Pena de localización permanente en centro penitenciario.

- 12/2011 Internos de Especial Seguimiento / Medidas de Seguridad.
- 13/2011 Prescripción, adquisición, dispensación y sustitución de productos farmacéuticos.
- 14/2011 Protocolo de acogida al ingreso en el medio penitenciario
- 15/2011 Programa de normalización de conductas.
- 16/2011 Protocolo de atención individualizada a internos en el medio penitenciario.
- 17/2011 Protocolo de intervención y normas en régimen cerrado.
- 18/2011 Niveles de intervención en módulos de respeto
- 19/2011 Del cumplimiento de las medidas de seguridad competencia de la administración penitenciaria.
- 21/2011 Actualización de la Instrucción 18/2005 Normas generales sobre internos extranjeros.

Año 2012

- 1/2012 Permisos de salida y salidas programadas.
- 2/2012 Sobre intervención de organizaciones no gubernamentales, asociaciones y entidades colaboradoras en el ámbito penitenciario.

Año 2013

- 2/2013 Vacaciones y Permisos de Directores.
- 3/2013 Instrucción sobre jornada y horarios de trabajo del personal que presta servicio en los servicios periféricos de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y del Organismo Autónomo de Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo
 - 4/2013 Instrucción sobre calendario laboral, jornada y horarios de trabajo del personal que presta servicio en los Servicios Centrales de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y del organismo Autónomo de Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo.

Año 2014

- 1/2014 Adaptación específica de la factura electrónica.

- 2/2014 Instrucciones para el acceso al subsidio de desempleo de los liberados de prisión según Disposición Adicional Sexagésimo Sexta del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS).
- 3/2014 Instrucción por la que se establece el régimen para el disfrute de un día adicional de asuntos particulares y por la que se adaptan las instrucciones 3/2013 y 4/2013 sobre jornadas y horarios.
- 4/2014 Cumplimiento de la pena de Trabajos en Beneficios de la Comunidad en casos de delitos contra la seguridad del tráfico, ampliación del ámbito de aplicación de los talleres de sensibilización en seguridad vial TASEVAL.
- 5/2014 Programa Marco de Prevención de Suicidios
- 6/2014 Aplicación en la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y buen gobierno y de las instrucciones de las Secretarías de Estado de Administraciones Públicas y de Presupuestos y Gastos sobre “Buenas prácticas para la gestión de las contrataciones de servicios y encomie encomiendas de gestión a fin de evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores.
- 7/2014 Baremo y procedimiento de adjudicación de viviendas de Instituciones Penitenciarias
- 8/2014 Nuevo programa para la prevención de la radicalización en los establecimientos penitenciarios.
- 9/2014 Organización y funcionamiento de las Unidades terapéutico-educativas (UTE).
- 10/2014 Programa de actuación en sobredosis.

Año 2015

- 1/2015 Cuenta de Tesorería extrapresupuestaria.
- 2/2015 Revisión de la Instrucción 8/2014, de 11 de julio.
- 3/2015 Video vigilancia en establecimientos penitenciarios
- 4/2015 Aspectos de la ejecución penal afectados por la reforma del Código Penal en la L.O. 1/2015 de 30 de Marzo.
- 5/2015 Instrucción de 11 de septiembre de 2015 por la que se modifican las Instrucciones 3/2013 y 4/2013, de 25 de octubre, en materia de jornada y horarios del personal que presta servicio en los servicios periféricos y en los servicios centrales,

respectivamente, de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y del Ente Público Trabajo Penitenciario y Formación Para el Empleo.

- 6/2015 Instrucción por la que se modifica parcialmente la I 1/2010, de 26 de mayo, en relación con el programa de productividad de guardias sanitarias.

- 7/2015 Instrucción por la que se modifica las Instrucciones 3/2013 y 4/2013, de 25 de octubre, en materia de jornada y horarios del personal que presta servicios en los Servicios Periféricos y en los Servicios centrales, respectivamente, de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y del Organismo Autónomo Trabajo penitenciario y Formación Para el Empleo (actualmente Entidad Estatal de Derecho Público Trabajo Penitenciario y Formación Para el Empleo)

- 8/2015 Inventario de bienes muebles.

- 9/2015 Protocolo de actuación en el ámbito penitenciario del sistema de seguimiento por medios telemáticos del cumplimiento de las medidas y penas de alejamiento en materia de violencia de género.

- 10/2015 Los nuevos programas de intervención de penas y medidas alternativas: Procedimiento y metodología.

Año 2016.

- 1/2016 Prescripción, adquisición, dispensación y sustitución de productos farmacéuticos.

- 2/2016 Programa marco de intervención en radicalización violenta con internos islamistas.

Año 2017

- 1/2017 Ingreso de peculio por ventanilla.

- 2/2017 Prescripción, adquisición, dispensación y sustitución de productos Farmacéuticos.

- 3/2017 Procedimiento para la emisión de informe médico y tramitación de la excarcelación por enfermedad muy grave con padecimientos incurables.