

DERECHO ADMINISTRATIVO PENITENCIARIO: PROTECCION AL RECLUSO

POR

ANTONIO CANO MATA

Magistrado de lo Contencioso-administrativo
Doctor en Derecho

SUMARIO: I. Introducción.—II. Naturaleza jurídica.—III. Importancia cualitativa y cuantitativa de la privación de libertad en España.—IV. Relación jurídica y protección carcelaria.—V. Protección al reo en el vigente ordenamiento jurídico español.—VI. Insuficiencia de las normas protectoras.—VII. «De lege ferenda».

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho penitenciario, que a través de la historia —y aun en la actualidad— viene recibiendo nombres tan diversos como los de «Ciencia de las prisiones» (1), «Estudios penitenciarios» (2), «Instituciones penitenciarias» (3), «Ciencia y Derecho penitenciario» (4), etc., es aquella rama jurídica que tiene por objeto llevar a puro y cumplido efecto la ejecución de las penas privativas de libertad, impuestas por los órganos que tienen a su cargo la potestad sancionadora (5).

(1) Enrico PESSINA: *Diritto penale italiano*, Milán, 1905.

(2) Concepción ARENAL: *Obras completas*, tomos V y VI, Madrid, 1895.

(3) Fernando CADALSO: *Instituciones penitenciarias y similares de España*, Góngora, 1922.

(4) M. BUJON, en su trabajo *La science pénitentiaire au Congrès de Stokolm*, parece que utilizó por primera vez los términos de «Ciencia» y «Derecho penitenciario», que son los aceptados en la actualidad por el bloque de las doctrinas italiana, francesa, española e iberoamericana. En sentido análogo algún sector de la dogmática alemana como Reinhart MAURACH en su *Tratado de Derecho penal* (traducción y notas: Córdoba Roda, Barcelona, 1962).

(5) Hemos preferido utilizar la terminología de «órganos que tienen a su cargo la potestad sancionadora», en lugar de «órganos judiciales», dadas las exorbitantes potestades sancionadoras que todavía retienen algunos órganos administrativos. Piénsese en los gobernadores civiles y el Orden Público, o en todas las sanciones «administrativas» (?) dictadas por infracción a la normativa de Contrabando.

Con lo antedicho quedan fuera del campo penitenciario las medidas e instituciones poscarcelarias, de tan elevado sentido humano y social, como carentes de valor jurídico (6).

II. NATURALEZA JURÍDICA

Aun cuando la titulación del trabajo es, de por sí, suficientemente expresiva, forzoso es—como a continuación se verá—entrar en el estudio de la naturaleza jurídica del Derecho penitenciario, dada la colisión existente entre los postulados teóricos y la realidad normativa positiva.

Para un gran sector de la *doctrina administrativa*, la ciencia y Derecho penitenciario es una parte más de la ciencia y Derecho administrativo.

En esta dirección, SPIEGEL (7) nos dirá que la perfección de la materia penitenciaria, parte integrante del Derecho administrativo, tiene influencia fundamental en la pena, por lo que no hay que atribuir a la brutalidad de los tiempos pasados el que la pena de muerte o las mutilaciones fueran castigos excesivamente utilizados, sino que la aplicación de tales penas deviene de la falta de una organización y administración penitenciaria, necesaria para el nacimiento de otras penas más humanitarias. La idea de SPIEGEL, seguida, entre otros autores extranjeros, por FLEINER (8), la compartirán en España GASCÓN Y MARÍN (9) y GUAITA MARTORELL (10).

Los *procesalistas* no suelen detenerse en demasía ante el problema, aunque la nota dominante sea la de configurar lo penitenciario dentro del Derecho procesal.

El más ardiente partidario de esta posición es CARNELUTTI, el cual de forma reiterada en sus escritos—sobre todo en las «Lecciones

(6) En análogo sentido, JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho Penal*, vol. I, 2.ª edic. Buenos Aires, 1958, Editorial Losada. En contra, otros expositores, como los iberoamericanos Julio ALTMAN: *Derecho Penitenciario*, «Revista Penal y de Tutela», Lima, 1948, o Héctor BEECHE: *Sistemática de la Ciencia Penitenciaria*, La Habana, 1961.

(7) Ludwig SPIEGEL: *Derecho Administrativo*, Barcelona, 1933, en su traducción española.

(8) Flitz FLEINER: *Instituciones de Derecho Administrativo*, traducción sobre la 8.ª ed., ALVAREZ GENDÍN, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, 1933.

(9) José GASCÓN Y MARÍN: *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, 10.ª edición, Madrid, 1949.

(10) Aurelio GUAITA MARTORELL: *Derecho Administrativo especial*, tomo I, Zaragoza, 1960.

sobre el proceso penal» — estudia como algo subsumido en lo procesal todo lo penitenciario: desde la elección de ambientes a la observación a que deben ser sometidos los reclusos —corporal y espiritualmente—, modalidades de trabajo en reclusión y hasta el equipo que en la prisión debe darse al allí retenido (11).

En España, donde tampoco se ha abordado el problema (12), 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 (13).

En el fondo, esta posición no está muy lejos de la de aquellos autores, procedentes de los más diversos campos, que al observar la complejidad del problema lo eluden consciente o inconscientemente y nos hablan de lo penitenciario como de algo oscuro e híbrido, donde se entremezclan conceptos penales, procesales, administrativos, médicos, sociológicos, etc., sin armonía suficiente para dotar a esta materia de autonomía.

Los autores *provenientes del campo penal* presentan obvias divergencias al estudiar la naturaleza jurídica del Derecho penitenciario. Mientras algunos, como MEZGER (14), transcriben alguna de las anteriores teorías, otros, como FALCHI (15), crean sus propias doctrinas, excesivamente personales y difícilmente coincidentes entre sí.

Sin embargo, la nota dominante entre los penalistas es adoptar una de estas dos posiciones: dar al penitenciarismo luz y autonomía propia o insertar esta materia en el campo de la Ciencia y Derecho penal.

Obsérvese, pues, la existencia de un numeroso sector doctrinal que, con la vista puesta en un movimiento penitenciario de caracteres internacionales (16), propugna una independencia jurídica del Dere-

(11) Francesco CARNELUTTI: *Lecciones sobre el proceso penal*, Buenos Aires, 1950.

(12) Un clásico como AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo VI, Madrid, 1925, valga el ejemplo, escribirá sin detenerse en el problema.

(13) Emilio GÓMEZ ORBANEJA y Vicente HERCE QUEMADA: *Derecho Procesal Penal*; 5.ª ed., Madrid, 1959.

(14) Edmundo MEZGER: *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, Madrid, 1949.

(15) Ferruccio FALCHI, en su *Diritto Penale Essecutivo*, Padua, 1964, nos habla de tres ramas penales integrantes de un tronco común: la sustantiva, la penal y la penitenciaria.

(16) Este deseo, fundado en la posibilidad de que pueda existir independencia jurídica sin autonomía legislativa (o lo que es lo mismo, la tesis de que la inexistencia de un cuerpo orgánico de leyes que regulen la ejecución, no menoscaba la posible autonomía científica) se observó en reuniones internacionales, como fueron

cho penitenciario, ya como desgajado del campo penal, ya como independizado del administrativo.

Este deseo de autonomía científica no tiene su origen, como se ha dicho con frecuencia, en NOVELLI (17), sino que está presente en los escritos de diversos autores de la segunda mitad del siglo XIX, cual lo demuestra el ataque de la Unión Internacional de Derecho Penal (18), criticando duramente a los segregacionistas que pretendían separar lo penitenciario de lo penal, posición que se calificó, con gran dureza, de «irracional y dañosa».

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.

Veamos:

El Derecho penitenciario constituye el apéndice o corolario dentro del Derecho penal.

No olvidemos que el Derecho penitenciario está jugando con el concepto de «pena» en su última fase: la ejecutiva. No queremos tampoco desconocer que las penas constituyen una rúbrica importante dentro de la parte general del Derecho penal, y son aplicadas en la parte especial a las figuras tipificadas como delictivas, una vez cumplidos los requisitos de antijuridicidad y culpabilidad.

Por eso nos parece forzado el querer hacer de la ejecución de la pena más característica de nuestro Ordenamiento jurídico—cual es la privativa de libertad—algo fuera del campo penal, pues continuamos jugando con el concepto de sanción o pena, que junto a los de «delito» y «delincuente» forman el contenido propio del Derecho penal (19).

los Congresos Penitenciarios de Florencia (1841), Padua (1842), Bruselas (1947) ..., etc. Análogo deseo de independencia científica fue lo que originó la creación de organismos internacionales, como la Comisión Penitenciaria Internacional, a la que posteriormente se le añadiría el término «Penal».

Esta idea independizadora fue la que creó en España, el día 18 de mayo de 1940, la Escuela de Estudios Penitenciarios.

(17) Giovanni NOVELLI: *La autonomía del Derecho Penitenciario*, «Rivista di Diritto Penitenziario», 1933.

(18) Parágrafo II, núm. 5, del Primer Estatuto de la Unión Internacional de Derecho Penal, que unieron—en su día— a tres grandes maestros del Derecho penal: VON LISTZ, VON HAMEL y PRINS.

(19) José Antón ONECA y José Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ: *Derecho Penal*, tomo I, Madrid, 1949.

No hay tampoco problema alguno en enlazar lo penitenciario, sistemática y orgánicamente, con la ciencia penal. Sistemáticamente, la materia penitencia ocuparía la última parte de esta disciplina, es decir, si en la parte general penal se estudia la pena desde un punto de vista teórico y en la especial se aplica al caso concreto, en el campo penitenciario se estudiaría la ejecución de la pena que —por desgracia— sigue siendo la más característica de nuestra época, cual es la privativa de libertad.

Orgánicamente tampoco habría dificultad alguna, pues lo único que hay que hacer, y creo que la sociedad lo necesita, es —como decía BERNALDO DE QUIRÓS (20)— enlazar la función represiva con la penitenciaria, lo que se lograría, en nuestro Derecho, con la creación, al lado de los jueces de Instrucción, Audiencias Provinciales y Sala 2.^a del Tribunal Supremo, de un juez que dirija activamente la ejecución de las penas privativas de libertad. Surge así el denominado «juez de ejecución de penas», con el que se cerraría cumplidamente el ciclo penal (21).

Sin embargo, ya hemos apuntado que esta formulación teórica no tiene —por ahora— cabida en nuestro Derecho ni en sus instituciones.

Hoy el Estado español configura toda la materia penitenciaria como algo estrictamente administrativo, lo que consigue a través de un doble camino:

En primer lugar, subsumiendo a toda la Administración penitenciaria bajo la dependencia de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, enclavada en el Ministerio de Justicia; Dirección General que —conforme a lo dispuesto en el artículo 72 del Reglamento Orgánico de dicho Ministerio— es el órgano encargado, con carácter general, de la dirección, gestión y resolución de todos cuantos asuntos afecten a la administración y al régimen penitenciario, teniendo a su cargo —especialmente— tanto la organización, vigilancia y fiscalización de las instituciones penitenciarias en orden al cumplimiento de sus fines, como la aplicación del tratamiento penitenciario adecuado, dirigido a la readaptación y reinserción social de los sentenciados a penas de privación de libertad, la observación de la conducta

(20) Constancio BERNALDO DE QUIRÓS: *Lecciones de Derecho Penitenciario*, Méjico, 1953.

(21) A este juez de Ejecución de Penas nos referimos con personal cariño, puesto que a él dedicamos nuestra tesis doctoral.

de quienes se encuentran cumpliendo condena en régimen de libertad condicional, etc. (22).

La estructura orgánica de esta Dirección General es administrativa en toda su pureza, tanto a nivel central (23) como periférico, en donde la posición predominante y omnímoda del director del establecimiento carcelario (presidente, también, de la Junta de Régimen) deriva tanto de representar al poder público dentro de ella, con carácter de autoridad (24), como de ser rector e inspector de todas las dependencias y responsable del régimen total de la prisión.

En segundo lugar, se administrativiza al máximo la prisión, evitando cualquier entrada de órganos judiciales en el sistema carcelario. Las previsiones de los artículos 990 a 994 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al igual que los artículos 84 y 85 del Código Penal (25), o tienen una proyección administrativa o son inútiles.

El poder judicial difícilmente puede tener ante el condenado a penas de prisión una misión más pobre que la que le da nuestra legislación, hasta el punto de que parece que quiere evitarse una intervención judicial directa, que, para algunos, tan sólo serviría como elemento de fricción entre autoridades administrativas y judiciales.

Si queremos concretar todavía más, observemos el artículo 990, párrafo último, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Su nota característica es la vaguedad. Las facultades inspectoras quedan tan difuminadas que es imposible que tengan efectividad. En el fondo, nos encontramos ante un precepto en blanco que remite a otra normativa, y precisamente las que serían de aplicación, especialmente el

(22) Reglamento Orgánico del Ministerio de Justicia de 12 de junio de 1968.

(23) Ministerio de Justicia; Dirección General de Instituciones Penitenciarias con un director general; Servicio Técnico y Jurídico de Asuntos Penitenciarios (con las Secciones de Tratamiento Penitenciario, de Recursos y de Libertad Condicional y Redención de Penas); Inspección General Penitenciaria (con inspector general, subinspector general, Secretaría e Inspección de los Servicios de Personal, Medios I, Medios II, Régimen, Sanidad, Religioso-cultural y Deporte), y Servicio de Asuntos Administrativos y Económicos (con Secciones de Personal, Contabilidad y Medios Materiales. Organismos dependientes del Ministerio son el Patronato de Nuestra Señora de la Merced, el Consejo General Penitenciario y la Escuela de Estudios Penitenciarios, así como la de Trabajos Penitenciarios, configurada como entidad estatal autónoma.

(24) Artículos 372 y 375 del Reglamento del Servicio de Prisiones, de 2 de febrero de 1956. Al lado de la Dirección hay en cada establecimiento penitenciario una Junta de Régimen y Administración, integrada por el director, subdirector, administrador, capellán, médico..., etc., cuyas funciones vienen detalladas en el artículo 198 del Reglamento.

(25) En su redacción de 28 de marzo de 1963.

vigente Reglamento del Servicio de Prisiones, aprobado por Decreto de 2 de febrero de 1956, presentan una carencia absoluta de normas respecto a la intervención judicial ejecucional (26).

Concretamente en el mentado Reglamento sólo se alude a ella en los artículos 44 y 46 (referidos a la pena de muerte) y al citar a los miembros que forman las Comisiones de Libertad Condicional y Libertad Vigilada.

Por supuesto, y sirva de inciso, nada tiene que ver con la intervención en la ejecución de las penas la figura española del «ejecutor de sentencias», cuya misión es meramente burocrática y tendente a una puesta al día de las piezas penales de ejecución (27).

De lo expuesto resulta que la ejecución judicial ejecucional, en lo que a intervención en las penas privativas de libertad se refiere, queda limitada a los extremos siguientes:

- Participación de magistrados en las Comisiones de Libertad Condicional y Vigilada.
- Control —mecánico— de las liquidaciones de condena.
- Visitas periódicas a los establecimientos carcelarios, generalmente gratuitas y sin contenido propio.

Cierto que en materia de medidas de seguridad la intervención judicial es más acusada, pero esto no se debe a participación en la ejecución, sino a la introducción de algunas medidas penitenciarias, como las medidas de seguridad relativamente indeterminadas (28) o

(26) Las principales modificaciones del Reglamento vigente de Prisiones derivan del Decreto de 27 de julio de 1964 sobre régimen y funcionamiento de trabajos penitenciarios, y del también Decreto de 25 de enero de 1968 por el que se modificaron 31 artículos del reglamento que citamos.

Son indirectamente normas que inciden en alguna materia muy concreta del Reglamento, el Estatuto General de Funcionarios Civiles del Estado, de 7 de febrero de 1964, y disposiciones que la desarrollan (en relación con el título III del Reglamento), y las derivadas de la reforma del Código Penal de 1963.

(27) La Orden de 29 de septiembre de 1948 creó cinco ejecutores de sentencias en las Audiencias Territoriales de Madrid, Barcelona, Sevilla, La Coruña y Valladolid.

(28) Esta figura penitenciaria fue experimentada por Brockway en 1876 y aprobada por los Congresos Penitenciarios de Cincinnati y Washington de 1910. En el de Londres de 1921 volvió a plantearse la institución, que había sido rechazada por el Penitenciario Internacional de Bruselas del año 1900, limitada a los reincidentes, observándose dos direcciones: la sajona, que propugnaba su aplicación a las sentencias penales, y la europea que limitaba esta figura a las medidas de seguridad.

la posibilidad de sustitución de unas penas por otras (29), lo cual exige regular la confirmación, prolongación o sustitución de las medidas de seguridad impuestas.

III. IMPORTANCIA CUALITATIVA Y CUANTITATIVA DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD EN ESPAÑA

Aun cuando algún autor—como KRIESMANN (30)—afirme que la privación de libertad es una pena antigua, ya utilizada como medida punitiva en el Derecho romano, al igual que en el germánico (31), no dudamos en afirmar—por nuestra parte—que la privación de libertad, como pena, es mucho más reciente.

Cierto que, en Roma, Tulio Hostilio fundó una primera cárcel, a la que seguirían la Claudina y la Mamertina; pero la finalidad de estas prisiones, al igual que las germánicas, no era la de privar de libertad a una persona, sino la de hacer posible la comparecencia del inculpado ante el órgano judicial encargado de juzgarle (32).

El antecedente de las prisiones lo encontramos en las casas de corrección, establecidas—por primera vez—en el siglo XVI (33).

Estas casas de corrección darían origen a la primera cárcel propiamente dicha, cual fue la de Gante (año 1775), realidad tangible que, junto a las aportaciones doctrinales de BECCARIA (34) y HOWARD (35), darían base a la Escuela Clásica Penitenciaria, cuyos postulados serían llevados por primera vez a la práctica en Filadelfia, creándose allí el primer sistema carcelario, denominado Sistema Celular Filadélfico o Pensilvánico (36), que se perfeccionaría—más

(29) Son las «penas paralelas», a través de las cuales el legislador abre la posibilidad de una individualización judicial, ya limitada al momento de dictarse la sentencia, ya admitido el cambio en el caso de que, durante la condena, ocurrieran hechos de notable importancia que hagan presumir, racionalmente, la conveniencia de mutación.

(30) KRIESMANN: *Preceptiva penitenciaria*, Madrid, 1917.

(31) CUELLO CALÓN, en su *Nueva Penología*, tomo I, Bosch, 1958, recoge un Edicto de Luitprando, rey de los longobardos (714-744) y alguna Capitular Carolingia.

(32) FRANCESCO CARRARA: *Programa del Curso de Derecho Criminal*, dictado en la Real Universidad de Pisa, parte general, V-II, Buenos Aires, 1944.

(33) ERNESTO SEELING: *Tratado de Criminología*, traducción: Rodríguez Devesa, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958.

(34) CESAR BECCARIA: *Dei delitti e delle pene*.

(35) JOHN HOWARD: *The State of Prisons*.

(36) El Sistema Filadélfico va unido a ideas religiosas de carácter puritano, en su mortalidad cuáquera, que creen en la soledad absoluta de la celda no sólo—ni siquiera fundamentalmente—como castigo, sino como medio de meditación

adelante— con el Sistema Mixto o de Auburn (37) y culminaría en el Progresivo, que es el seguido en nuestros días y que constituye una creación española, merced a la genial figura del coronel don Manuel MONTESINOS y MOLINA (38).

Sin embargo, si en el siglo pasado se creyó descubrir en la cárcel la piedra filosofal que iba no sólo a castigar e intimidar, sino sobre todo a corregir, hoy son muchos los que creen que la prisión debe ser objeto cuando menos de una reconstrucción, y quizá hasta de una supresión (39).

Los psiquiatras nos dicen que la cárcel predispone a la locura; los sociólogos afirman que el encierro carcelario es contrario a la convivencia y mata espiritualmente al hombre, destruyendo en él todo resorte activo y toda reacción útil para la vida en común (40), y son muchos los técnicos carcelarios que no dudan en señalar el carácter corruptor de la cárcel, provocador de reincidencias.

Ante todas estas críticas, debidamente fundadas, un Estado y una sociedad no tienen más remedio que replantearse el problema de la prisión. Este replanteamiento, y es triste decirlo, todavía no se ha producido en España, cuyas cárceles son, algunas veces, unas grandes jaulas bien protegidas y mal conservadas, en donde se castiga a una persona humana y se intenta intimidar a toda una colectividad, quedando la reeducación del delincuente en un plano teórico, pero sin proyección práctica.

Lo primero que tiene que hacer la normativa penal y penitenciaria española es restringir la prisión a supuestos absolutamente necesarios. Esto obligaría a suprimir las penas cortas de prisión y a

creador de dolor y arrepentimiento. Desde luego la trasposición de esta idea religiosa al campo penitenciario no deja de ser peligrosa, pues la diferencia entre cárcel y monasterio es demasiado profunda. El monje es un hombre libre que aspira a hacerse más libre todavía, y el recluso es un siervo que aspira a reconquistar su libertad.

(37) El Sistema Mixto fue implantado en la penitenciaría del Estado de Nueva York, por el capitán Synds. Su fundamento es combinar la soledad nocturna con una convivencia diurna en rígido silencio, necesaria para realizar trabajos penitenciarios.

(38) El estudio más completo de MONTESINOS ha sido publicado por la «Revista de Estudios Penitenciarios», año XVII, octubre-diciembre 1962, núm. 159, en número dedicado a este hombre genial. El tema puede completarse con la obra de Vicente Boix, *Sistema Penitenciario del presidio correccional de Valencia*, Imprenta del Presidio, Valencia, 1850, y la de Rico de ESTASEN, *El Coronel Montesinos. Un español de prestigio europeo*, Madrid, 1948.

(39) Mariano RUIZ FUNES: *Crisis de la prisión*, La Habana, 1949.

(40) Luis JIMÉNEZ DE ASÚA: *Psicoanálisis Criminal*, Buenos Aires, 1947.

introducir modernas figuras, tan variadas como el perdón judicial (41) o las prestaciones obligatorias sin reclusión, el trabajo diurno en libertad, con especial convivencia nocturna carcelaria, y, sobre todo la pena de multa, actualizada en sentido análogo al que se está dando a esta sanción en los países nórdicos y en Alemania.

La multa no es utilizada, en estos ordenamientos extranjeros, con el tradicional sentido que se venía dando a esta sanción —y que es el que perdura en España—, sino que adquiere un nuevo sentido, íntimamente ligado a la sociedad que la aplica, que es una sociedad de consumo. Surge así la multa como pago periódico dinerario, progresivo a los ingresos del reo y que conduce a una disminución de los mismos y subsiguiente necesidad de restricción de gastos, durante el tiempo que dura la sanción.

Ni tan siquiera puede ser admitido un pago inmediato y único de la multa, puesto que ésta es fraccionada en mensualidades que pueden llegar a durar largos años, y que debe ser cuantitativamente revisada, según varíen las circunstancias familiares del condenado, o se produzca un cambio de ingresos, pues la pena se apoya —fundamentalmente— en un mantenimiento de la capacidad económica, a un nivel más bajo que el habitual, por causa del hecho antisocial cometido (42).

Después y para aquellos supuestos en que la pena de prisión es absolutamente necesaria, debe partirse de la existencia de unos verdaderos establecimientos carcelarios, que ninguna analogía pueden tener con lo que suele ser una prisión, dentro de la cual, el respeto a la persona del reo, perfectamente conciliable con los principios de trabajo y disciplina, tendrá que ser tan programático como real, y deberá ir acompañado de una clasificación escrupulosa de los reclusos, una mejora de la arquitectura penitenciaria (43), una mitigación del problema sexual de las prisiones (permisos de salida, visitas, ejercicio..., etc.) y de todos aquellos medios necesarios para que la pena cumpla su misión reeducadora, a través de una verdadera individualización que debe empezar siendo legal, porque la Ley puede reco-

(41) José Antón ONECA: *El perdón judicial*, Madrid, 1922.

(42) Esta nueva configuración de la pena de multa, exige una íntima relación con los órganos de la Hacienda Pública, concedora de los ingresos reales del condenado, y no puede proyectarse eficazmente ante una situación social de fraude fiscal.

(43) El primer atisbo de interés por la arquitectura penitenciaria, lo encontraremos en BENTHAM y su *Panoptique*. Según el testimonio de DUMONT, BENTHAM dedicó al tema tres volúmenes.

nocer—como dice ANTÓN (44)—clases de delinquentes y especies de penas; continuará siendo judicial, con adecuada y suficiente fijación de los límites máximos y mínimos de arbitrio judicial (45), y concluirá en fase penitenciaria, con una reglamentación, lo suficientemente flexible para hacer posible la discrecionalidad administrativa, que quedará salvaguardada por un órgano judicial (de nuevo la idea del juez de ejecución de penas), que vigile la actividad administrativa y la cierre con decisiones, como la de dar por terminada la indeterminación de una pena, o modificar por otra una sanción paralela.

Finalmente, se procederá a la creación de establecimientos carcelarios, de los denominados «abiertos», para aquellos supuestos, en que la inserción del recluso en ellos, sea beneficiosa para el cumplimiento integral de los fines de la pena (46).

IV. RELACIÓN JURÍDICA Y PROTECCIÓN CARCELARIA

La entrada del reo en la prisión no le hace perder su condición de persona humana (47). y, por tanto, pese a su encarcelamiento, sigue siendo—lo mismo que cuando vivía en sociedad—sujeto, tanto de derechos como de obligaciones, encuadrados, unos y otras, dentro del ámbito en que la vida del recluso se desarrolla.

De aquí que, desde hace años, se hable de la existencia, en la ejecución de las penas, de una relación jurídica dentro de la cual—dice FREUDENTHAL—deben ser impuestas al condenado tan sólo aquellas limitaciones que correspondan a la pena fijada por el tribunal sentenciador; sin que sea de mayor interés el dilucidar si la

(44) ANTÓN ONECA, ob. cit., nota 19.

(45) El problema del arbitrio judicial, dice DROST, *Das Ermessen des Strafrichter*, Berlín, 1930, es una cuestión de límites. La historia nos demuestra que, cuando en determinados momentos se desarrolla una justicia no sujeta a Ley, nace una corriente tendente a la juridificación de estos poderes. De la misma forma, cuando el legalismo es absoluto e inflexible, de inmediato se propugna por un mayor arbitrio judicial.

(46) Sobre las Instituciones Abiertas, en todas sus modalidades, incluidas las Colonias Agrícolas, véase la obra de ELÍAS NEUMAN, *Prisión abierta, una nueva experiencia penológica*, Buenos Aires, 1962.

(47) El progreso de la nueva idea fundada en la compatibilidad de la cárcel con la persona humana, apareció magistralmente recogida por CORNIL, en su trabajo *Les problèmes de Droit Pénal appliqué et les nouvelles...*, «Rev. de D. P. et de Crim.», febrero 1951.

relación de derecho se da entre Estado y penado, como apunta MITTERMAIER (48), o entre reo y comunidad, como defiende BROCKMANN (49).

Naturalmente, esta relación jurídica, que encierra derechos y obligaciones, tiene que ser velada por alguien.

Ni la Administración, ni alguno de los órganos de ésta, a los que se atribuyese función exclusiva de vigilancia, son poderes adecuados para llevar a efecto la vigilancia, tanto por ser ella la que realiza la actividad, como por la nota de subordinación o dependencia, derivada del principio de jerarquía administrativa.

Es, por tanto, necesario que los órganos que cumplan con la misión de proteger la relación jurídica sean independientes, y esta independencia sólo puede encontrarse en una adecuada intervención judicial.

Así se le quitaría al recluso—como dice PINATEL (50)—su condición de paria y esclavo de la Administración, asegurando, al mismo tiempo, sus garantías y derechos, sin olvidar—apunta SŁIWOWSKI (51)—que la participación judicial, en el control de la ejecución, es una simple consecuencia del principio de legalidad, cuyo contenido—aplicado al campo penitenciario—exige el control de los órganos administrativos, para garantizar que se cumplen las prescripciones y fines de la pena, establecidos por el legislador.

Son muchos, como veremos en posteriores epígrafes, los puntos en los que una adecuada intervención judicial es necesaria, para mantener, en sus justos límites, el delicado problema de los derechos y deberes del recluso frente a la Administración, y es por eso necesario entrar a considerar si existen o no en nuestro Ordenamiento, los medios necesarios para velar dicha relación de derecho; si—para el caso de que existan—son adecuados y suficientes, y, finalmente, si procede llevar a cabo alguna reforma y alcance de la misma.

(48) W. MITTERMAIER: *Gefängniskunde*, Berlín, 1954.

(49) BROCKMANN: *Die Rechtsstellung des Strafgefangenen*.

(50) Jean PINATEL: *Traité élémentaire de Science Pénitentiaire et de Défense social*, Librairie Recueil Sirey, París.

(51) SŁIWOWSKI: *Les pouvoirs du juge dans l'exécution des peines et des mesures de sécurité privatives de liberté*, París, 1939.

V. PROTECCIÓN AL REO EN EL VIGENTE ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

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 —repetimos— son los primeros que deben velar para que se cumplan los derechos de los reclusos, dentro del establecimiento carcelario.

Esta protección administrativa estará —además— sometida a la tutela de los órganos administrativos superiores, respecto a las decisiones de los inferiores.

Por eso cualquier reclamación o petición que se haga al director de la prisión, o persona que legalmente le represente, a la Junta de Régimen o a la Inspección de Prisiones en sus visitas, son susceptibles de revisión administrativa, si la petición o reclamación no fuera atendida, a través del recurso de alzada que, normalmente, se proyectará hacia la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, y, extraordinariamente, hacia el propio ministro de Justicia.

Sin embargo, es indudable que la Administración puede, en un caso concreto, violar la norma y sus principios. La protección, en este caso, viene atribuida a los tribunales, es decir, al Poder judicial.

Por de pronto, habrá una protección del tribunal penal, que sigue dotado de unas facultades, al menos inspectoras, y de liquidación de condena.

Pero hay también algo mucho más importante, desde el punto de vista práctico, que puede formularse así:

Cuando el recluso entra en la cárcel para cumplir una pena privativa de libertad cae dentro de la órbita penitenciaria, y, en el capítulo II, creo que demostramos que en España el decir «órbita penitenciaria» equivale a hablar de «órbita administrativa». En esta actividad administrativa continuada, los instrumentos del poder ejecutivo están realizando una serie de actos típicamente administrativos, cuya fiscalización no entra dentro de la misión de los tribunales penales. El interrogante surge con claridad:

¿Quién va a resolver las cuestiones de esta índole que se planteen entre Administración y condenado?

La contestación no admite puntos intermedios: o estimamos que frente a los actos administrativos penitenciarios no cabe recurso alguno, o admitimos su fiscalización por los órganos judiciales que integran la jurisdicción contencioso-administrativa.

Esta última es la solución adecuada, y no sólo por razones más o menos genéricas de legalidad u oportunidad, sino porque ese actuar administrativo, que afirmamos está sujeto a tutela, no es distinto del que constituye el objeto de la revisión jurisdiccional.

El artículo 1.º de la Ley reguladora de los tribunales contenciosos nos dirá que esta jurisdicción conocerá de las pretensiones que se deduzcan, en relación con los actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo, ya sean normativos o concretos (52); y todos y cada uno de los requisitos establecidos en este precepto, los reúnen los actos administrativos penitenciarios que, por ende, tienen que ser susceptibles de revisión judicial, ya que:

- Son actos emanados de la Administración. Más concretamente de la administración penitenciaria, que es administración estatal, central o periférica, según el órgano actuante.
- Se está actuando con sujeción al Derecho administrativo. Sería sarcástico tan sólo el pensar que la relación recluso-Administración esté sometida a normas privadas. Si así fuera, no cabe duda de que los establecimientos penitenciarios estarían vacíos, ya que sin «coacción» o «potestad de imperio» ningún recluso permanecería en la cárcel.

Si a esto añadimos que los supuestos penitenciarios no encajan en las excepciones contenidas en la Ley contenciosa, en donde se señalan los actos, ya políticos, ya administrativos, excluidos de control, la viabilidad de la fiscalización contenciosa es un hecho innegable (53).

(52) Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 27 de diciembre de 1956.

El precepto 1.º que, casi literalmente se transcribe, permite la impugnación de los actos administrativos normativos (disposiciones de categoría inferior a la Ley) como de los concretos, ya sean éstos singulares (por ir dirigidos a una persona), plurales (proyección sobre varias) o generales (si recaen sobre una pluralidad indeterminada de sujetos).

(53) Artículos 2.º y 40 de la Ley jurisdiccional citada.

Son múltiples las posibilidades de protección contenciosa (54), pero por su relevancia hay tres que merecen especial consideración; son éstas: las sanciones que se imponen al reo, la libertad condicional y la redención de penas por el trabajo.

En relación con la *disciplina carcelaria*, el Reglamento de Prisiones pretende su mantenimiento con base en un juego equilibrado de correcciones y recompensas, lo que conduce a sancionar la alteración del orden y estimular la observancia del buen comportamiento.

Por tanto, la infracción de las normas de disciplina carcelaria por el recluso hace nacer una serie de faltas reglamentarias que están tipificadas—según los casos—de «muy graves», «graves» o «leves», y tanto estas faltas como sus correlativas sanciones se encuentran, siguiendo el principio de legalidad ejecutiva reconocido por el artículo 81 del Código Penal, determinadas en los artículos 110 al 114 del Reglamento penitenciario.

Por de pronto, en dicho Reglamento se prevé ya el respeto a las garantías legales sobre los derechos de los reclusos. Por eso se dispone que a cada reo se le provea de una cartilla oficial de conducta, en la que, de forma clara, se definan las obligaciones que ha de cumplir y los beneficios de que podrá gozar dentro de su situación, con minuciosa expresión de las acciones y omisiones reglamentarias ilícitas, calificación de las mismas, sanciones, medios para obtener información y formular quejas..., etc. (55).

Jugando todavía dentro de la órbita administrativa, existirán todas esas posibles peticiones o reclamaciones a las que ya nos hemos referido (56), contra cuya denegación cabrá la alzada—a que también hemos hecho referencia—que ordinariamente agota la vía administrativa.

Concluido el camino gubernativo nacerá la posible interposición de recurso contencioso, mediante simple escrito, al que acompañarán los documentos a que se refiere el artículo 57 de la Ley reguladora de la Jurisdicción, que deberá interponerse en el plazo de dos me-

(54) En realidad, cuando haya un acto administrativo definitivo, o aun de trámite, siempre que éste decida directa o indirectamente el fondo del asunto, o haga imposible o suspenda su continuación, sobre la base de que en uno y otro caso se haya agotado la vía administrativa. Es indiferente que el acto sea normativo o concreto (art. 37 de la Ley contenciosa).

(55) Artículos 107 y 108 del Reglamento de Prisiones.

(56) Director o funcionario autorizado; Junta de Régimen, o reclamación formulada en el curso de una inspección ante el Inspector de Prisiones.

ses, contados desde el día siguiente a la notificación del acuerdo que agote la vía administrativa, si es expreso, o en plazo de un año, a contar desde la fecha de interposición del recurso que cierre la vía gubernativa (57); recurso que deberá presentarse ante el Tribunal competente—que tras la última reforma de la Ley podrán serlo tanto las Salas de lo Contencioso de las Audiencias territoriales donde cumpla condena el penado (supuesto ordinario), como las Salas de lo Contencioso del Tribunal Supremo—por persona con capacidad procesal (58), dotada de interés legítimo—al menos— (59), quien deberá interponer su recurso, asistido de abogado y procurador o de abogado con poder bastante (60).

Seguido el procedimiento por todos sus trámites, el tribunal entrará a conocer del fondo de la *litis*, y resolverá, con estimación o desestimación del recurso, si la Administración infringió el ordenamiento jurídico o se ajustó a él.

Así lo ha entendido nuestro Tribunal Supremo, al declarar que si bien la ejecución de una sentencia en el procedimiento criminal español, sea común o castrense, corresponde a la autoridad judicial, no puede desconocerse que, en la fase de cumplimiento de la pena, singularmente cuando es privativa de libertad, y cualquiera que sea la jurisdicción que la hubiese impuesto, aparecen, junto al *imperium* del tribunal sentenciador, la actividad orgánica y de servicio de los órganos penitenciarios, a cuya actuación ha de someterse el recluso, desde que ingresa en el establecimiento donde ha de cumplirse la condena (61), por lo que en la aplicación sucesiva de las normas de carácter penitenciario, objeto del Reglamento, no es imposible que se provoquen actuaciones que aboquen en actos administrativos que puedan tener sustantividad para revisión, por lo que, *in genere* y *ab initio*, no cabe hablarse de inadmisibilidad de recursos fundados en las normas penitenciarias (62).

(57) Artículo 58 de la tantas veces citada Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

(58) Esta capacidad procesal será inherente a cualquier persona que esté en prisión y, por tanto, unida al cumplimiento de los dieciséis años.

(59) Artículo 28 de la Ley contenciosa.

(60) Artículo 33 de la misma Ley.

(61) Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1966 (Sala 5.ª).

(62) Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1971 (Sala 4.ª). Dicha resolución, con muy poca fortuna, utiliza los términos de que «excepcional y concretamente, en la aplicación sucesiva de las normas de carácter penitenciario objeto del Reglamento, no es imposible que se provoquen actuaciones que aboquen en actos administrativos que puedan tener sustantividad suficiente para su revi-

La tutela judicial contenciosa se extiende también a la *libertad condicional*, materia que, por su importancia, constituye otro punto de específico estudio.

La libertad condicional integra el último grado de nuestro sistema penitenciario, de carácter progresivo (63); libertad condicionada que tiene que proyectarse sobre todo recluso que reúna los siguientes requisitos:

- Condena de reclusión, presidio o prisión que exceda de un año.
- Cumplimiento de las tres cuartas partes del total.
- Clasificación en el tercer grado de prelibertad (64).
- Que ofrezca garantías de hacer vida honrada en libertad.
- Sometimiento a tutela y vigilancia de un delegado-patrocinador.
- Buena conducta.

Obsérvese la existencia de una serie de requisitos en los que cabe una errónea interpretación administrativa —arbitrio— y que, por ende, exigen la intervención judicial, so pena de indefensión al reo.

Cierto que los expedientes de libertad condicional, una vez aportados los documentos preceptivamente exigidos, pasan por el tamiz de una pluralidad de órganos administrativos, pues dichos expedientes (65) son examinados no sólo por la Junta de Régimen del establecimiento carcelario, sino por la Comisión Provincial de Libertad Condicional, Sección de Libertad Condicional (enclavada en la Dirección General penitenciaria), Comisión penitenciaria del Patronato «Nuestra Señora de la Merced», y por el ministro de Justicia, como fase última antes de llegar al Consejo de Ministros en el que, en

sión contenciosa, por lo que *in genere et ab initio* no puede declararse la inadmisibilidad de cualquier recurso basado en el Reglamento». Pienso que lo excepcional ante un acto administrativo con propia sustantividad (en la forma que señala el artículo 37, ya recogido de la Ley contenciosa) sería que condujera a la inadmisibilidad del recurso, no a su admisibilidad, que es la regla base o principio.

(63) Está regulada en los artículos 98 y 99 del Código Penal y 53 al 64 del Reglamento de los Servicios de Prisiones.

(64) Previsto en el artículo 48 del Reglamento.

(65) Los documentos, que deben incluirse en el expediente para la concesión de este beneficio, son los siguientes: testimonio de sentencia y liquidación de condena; certificación del tiempo redimido; informes favorables de las personas que han intervenido en la observación y tratamiento del recluso; acreditar el empleo o medios de vida de que disponga en libertad el interesado; caso de propuesta por haber cumplido los setenta años, certificación de nacimiento e informe del médico penitenciario, a más de justificante de la persona o institución que se haga cargo del anciano; certificación literal del acta de la Junta de Régimen, con la opinión de cada uno de sus miembros acerca de las garantías de vida honrada —en libertad— del penado.

definitiva, reside la potestad de concesión; pero no es menos cierto que ni la intervención del Consejo de Ministros supone la imposibilidad de infracciones legales.

Así lo ha entendido el Tribunal Supremo al admitir—sin reserva alguna—que el beneficio de la libertad condicional, como último período del sistema penitenciario progresivo, no es otra cosa, en su aplicación, que una serie de actos administrativos que garantizan la función reparadora, en congruencia con las exigencias de la individualización de la pena y la readaptación social del penado; actos que tienen su pauta normativa en el artículo 53 del Reglamento de Prisiones, por lo que no existe motivo alguno de incompetencia jurisdiccional que despoje a los tribunales contenciosos de su potestad revisora (66).

También en materia de redención de *penas por el trabajo*—tercerro de los puntos específicamente denominados—jugará plenamente la intervención judicial revisora.

Esta institución, que constituye una destacada particularidad del sistema español, y que vino, en sus orígenes, impuesta por las nefastas consecuencias que lleva aparejada toda guerra civil (67), tiene por objeto el que puedan redimir su pena por el trabajo, desde que sean firmes las sentencias respectivas, los condenados a penas de reclusión, presidio o prisión; abonándole al recluso trabajador, para el cumplimiento de la pena impuesta, un día por cada dos de trabajo; tiempo redimido que juega a efectos de concesión de la libertad condicional (68).

La redención de penas por el trabajo queda proscrita, tanto a los que quebranten la condena o intenten quebrantarla, aunque no logren su propósito, como a los que reiteradamente observen mala conducta carcelaria (69).

(66) Sentencia, ya citada, de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1966.

(67) La redención de penas por el trabajo nació por Orden ministerial de 7 de octubre de 1938. Fue incorporada al Código Penal de 1944 y ha sido últimamente modificada en la reforma de 1963. Está recogida en el artículo 100 de nuestro primer Cuerpo penal sustantivo y en los preceptos 65 a 73 del Reglamento de los Servicios de Prisiones.

(68) El artículo 68 del Reglamento de Prisiones previene que el trabajo válido para la redención puede ser retribuido o gratuito, intelectual o manual, realizado dentro o fuera del establecimiento carcelario; pero —en todo caso— habrá de ser de naturaleza útil.

(69) El Patronato de Nuestra Señora de la Merced, vista la propuesta de la Junta de Régimen y antecedentes acompañatorios, es el encargado —en cada caso— de valorar, en días de trabajo, el esfuerzo realizado.

Que la posibilidad de revisión judicial en esta materia es posible, lo demuestra no sólo la construcción teórica que hemos intentado esbozar en este trabajo, sino la doctrina jurisprudencial general, y la sentencia de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo—ya citada—de 13 de abril de 1971, en particular.

VI. INSUFICIENCIA DE LAS NORMAS PROTECTORAS

Si nos limitamos a la lectura de lo que en el anterior epígrafe hemos expuesto es posible que lleguemos a la conclusión de que los derechos de los reclusos están suficientemente garantizados en el Ordenamiento jurídico español, tanto por la intervención de los órganos judiciales penales, como por el habitual control que de los actos de la administración penitenciaria pueden hacer las Salas de lo contencioso-administrativo.

Sin embargo, cuando profundizamos en el problema de las garantías nos damos cuenta de que las existentes son más ilusorias que reales, aunque—afortunadamente—la ilusión no sea completa del todo. Por eso tenemos que convencer de esa insuficiencia de las medidas de control administrativo, para demostrar la necesidad de promulgar nuevos cauces de protección que, hoy por hoy, constituyen *lege ferenda*. Intentémoslo.

La vida del recluso en la prisión está ligada a un cúmulo de pequeñas cosas que, unidas entre sí a lo largo de días y noches, forman el medio ambiente carcelario, en donde un conjunto de personas humanas van a vivir alejadas de la sociedad. Piénsese en el trabajo y sus modalidades, en la educación religiosa, social e intelectual, en la formación profesional, en el vestuario, asistencia social a la persona del reo, variaciones de horarios que sirvan para paliar la monotonía de la prisión..., etc.

Estas pequeñas cosas forman toda una vida, y las faltas de generosidad en tales extremos—y otros muchos que podrían citarse—pueden no sólo destruir una vida, antisocializándola, todavía más, sino crear al recluso unas restricciones que ni estaban previstas en la pena ni son las propias de un racional sistema carcelario.

Además—administrativamente hablando—los órganos gubernativos están dictando en los extremos apuntados, y en todos aquellos que forman la vida cotidiana de la prisión, actos administrativos de

forma ininterrumpida, que se formulan raramente por escrito y ordinariamente en forma verbal y hasta mimica. El intentar controlar esta continuada vivencia carcelaria, que la Administración dirige, es imposible con los medios de protección que el recluso tiene a su alcance.

Quizá se piense que lo que antecede no exige un control judicial, que de existir sería —en todo caso— inoportuno e indeseable, porque equivaldría a introducir un poder extraño al director de la cárcel (70). Personalmente no acepto esta posición, como luego se verá al pedir la introducción del juez de ejecución de penas.

En todo caso, y ya se admita o no la anterior postura, que a algunos parecerá de intromisión judicial en los quehaceres administrativos, lo que vamos a dejar claro es que la protección judicial inoperante no sólo se proyecta a los múltiples aspectos —llamémoslos «cotidianos»— apuntados, sino que se extiende y revela en puntos tan cruciales como las sanciones, la libertad condicional o la remisión de penas, a que nos referimos ampliamente en el anterior capítulo.

Cierto que el recurso contencioso-administrativo que, al estimarse, conduzca a la anulación de una sanción —*ad exemplum*. «muy grave»— a la que injustamente haya sido condenado el recluso va a producir efectos muy favorables para éste, ya que le hará reunir un requisito necesario para poder gozar de los beneficios de libertad condicionada y redención por trabajo. Sin embargo, el conformarnos con esto es insuficiente.

En primer lugar (y seguimos recordando las sanciones administrativo-penitenciarias), es prácticamente seguro que cuando recaiga sentencia firme la sanción hará ya mucho tiempo que ha sido cumplida, dado el principio de ejecutividad de los actos administrativos y la parquedad con que la Administración los suspende (71). La reparación es en este caso imposible y tan sólo podrá conducir a una valoración en dinero, que el recurrente o perjudicado puede no desear; toda vez que no parece lógico seguir otro camino, cual sería el dejar en manos del antijurídicamente castigado un —llamémoslo así— «sal-

(70) Por supuesto que la mayor parte de los funcionarios penitenciarios rechazan —teóricamente— la intervención judicial a que nos referimos.

(71) Los actos administrativos son inmediatamente ejecutivos, sin que la interposición de recurso —salvo disposición expresa en contrario— suspenda dicha ejecución, que la Administración podrá acordar, de oficio o a petición de parte, cuando la reparación futura sea imposible o difícil, o la impugnación se funde en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho (arts. 44, 101 y 118 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958).

do a su favor» que le sirva para enjugar otra futura y real infracción de análogas características en cuanto a su gravedad sancionadora.

Pero abandonemos el problema de las infracciones y veamos lo que puede ocurrir con la libertad condicional.

En esta materia la Administración no actúa con discreción, sino en forma muy reglada (72). Cumplidos los requisitos legalmente exigidos, la libertad condicionada deberá llevarse a cabo.

Sin embargo, hasta la terminación del procedimiento —al que antes nos referimos esquemáticamente— hay un largo camino a seguir, y nada impide el que, en esa vía, las dilaciones y hasta la paralización pueda producirse.

Que de estas violaciones procedimentales surjan responsabilidades gubernativas, y hasta penales, para el funcionario o funcionarios causantes de la negligencia es algo posible, pero las sanciones que por esta causa pudieran imponerse a las personas que constituyen el soporte físico de los órganos administrativos no solucionan el problema fundamental, que no es otro que el desfase temporal o aplicación tardía de la libertad condicional.

Piénsese en una Administración que en determinados momentos de su historia, ya por incalificables «razones políticas» o por la monstruosa deformación moral y jurídica de sus altas autoridades, pudiera venir actuando con deliberadas dilaciones en la aplicación de este beneficio no sólo a un delincuente, sino a grupos de reclusos. Piénsese —*ad exemplum*— en los delincuentes políticos (73). El resultado a que se llegaría sería bien simple: cuando el reo tuviese en sus manos la sentencia del tribunal, reconociendo su derecho a disfrutar de la condicionada libertad, a que nos venimos refiriendo, es posible que la totalidad de la pena estuviese ya extinguida y el preso-recurrente en libertad, toda vez que antes de obtener la resolución judicial hubiera tenido que agotar la vía administrativa y concluir la judicial.

Si a esto añadimos que judicialmente el acto administrativo impugnado es susceptible de ser suspendido, si bien esta suspensión ofrece especial dificultad dado que tendría que producir la salida del

(72) La existencia de requisitos como los de «garantía de hacer vida honrada en libertad», «que observe buena conducta», etc., no impide su fiscalización judicial. En caso límite a través de la concreción judicial de las anteriores expresiones, a la luz de los conceptos jurídicos indeterminados que entrañan.

(73) Dentro de los delincuentes políticos o de los comunes —en su caso— podría establecer *de facto* la Administración las subcategorías que le viniese en gana.

recurrente de la prisión, no cabe duda —conforme apuntábamos— que, en la práctica, las garantías judiciales de los reclusos son más aparentes que reales (74).

Parecidas consideraciones podrían hacerse respecto a la redención de penas por el trabajo, lo que nos lleva a la conclusión —ya apuntada— que no puede ser excesivamente halagüeña: las medidas protectoras vigentes en el actual Ordenamiento español para la salvaguarda del recluso son muy restringidas en la práctica por su aplicación a pocos supuestos; adolecen de lentitud, dada la vía administrativa y contenciosa que hay que recorrer; devienen —por tanto— en tardías, porque con frecuencia la situación injusta que pretenden remediar se ha podido extinguir, y —en definitiva— hasta el camino se encuentra excesivamente juridificado, pues para dar justa solución a problemas tan vivos, reales y, al mismo tiempo, tan limitados —en tiempo y espacio—, cuales son los que plantea la entrada de un ser humano en la cárcel, no es necesario seguir procedimientos tan tupidos que podrían ser simplificados en el camino procesal a seguir, conforme veremos a continuación.

VII. «DE LEGE FERENDA»

Si el vigente procedimiento español de garantía a los derechos del reo es —como acabamos de ver— insuficiente e inadecuado, habrán de buscarse nuevos caminos con el fin de que se llegue a cumplir con efectividad un postulado universalmente admitido, cual es la tutela de los derechos de los condenados a penas privativas de libertad.

Al buscar estos caminos pueden seguirse dos direcciones distintas, que pasamos a exponer a continuación.

(74) La interposición del recurso contencioso tampoco impide a la Administración ejecutar el acto o disposición impugnada, salvo que el Tribunal acuerde la suspensión, que procede cuando la ejecución hubiere de causar daños o perjuicios de reparación difícil o imposible; suspensión que puede pedirse en cualquier estado del proceso y que constituye un incidente especial, de simultánea tramitación, que exigirá el que el Tribunal, si acordare la suspensión y puede resultar daño o perjuicio para los intereses públicos o terceros, exija caución en metálico o fondos públicos a constituir en la Caja de Depósitos o sus sucursales o en las de las Corporaciones locales, y sin que el acuerdo de suspensión pueda llevarse a efecto hasta que quede constituida la caución (arts. 122 a 125 de la Ley contenciosa).

A) *Protección por órganos judiciales contencioso-administrativos*

La base del sistema sería la de mantener las instituciones penitenciarias bajo la órbita revisora de los tribunales contenciosos. Este camino no nos parece el más adecuado, tanto por la formulación hecha (75) acerca del entronque orgánico y sistemático de lo penitenciario con la ciencia y el Derecho penal, de los que forma parte, como por la dificultad práctica de que un tribunal contencioso, a través del recurso, pueda conocer la vida carcelaria y comprender los problemas humanos que el recurso entraña. De todas formas, dentro de esta línea, repetimos inidónea, podrían establecerse unas mejoras procedimentales que, si bien no nos llevarían a puerto seguro, sí podrían ayudar a mitigar el problema de la eficacia de los derechos de los reclusos.

Por de pronto, en el *campo administrativo* la tramitación tendría que abreviarse. Principio básico sería el establecer que desde la petición del recluso, o la impugnación del acto, hasta la terminación del procedimiento administrativo no pueden transcurrir más de treinta días naturales—todos ellos hábiles—para que se dicte resolución o resoluciones administrativas hasta agotar esta vía, debiendo los recursos seguirse de oficio (76) para el caso de que su resolución sea total o parcialmente desestimatoria a la petición o reclamación administrativa del solicitante. Transcurrido dicho plazo sin notificación de resolución definitiva—en vía administrativa—, se entiende desestimada la petición o queja en forma presunta (silencio administrativo negativo), quedando abierto el camino judicial.

Esto, por supuesto, no puede impedir el que la Administración—si lo cree oportuno—siga actuando procedimentalmente; actividad que sólo podrá provocar ya una ampliación del recurso, ya la satisfacción extraprocésal de la pretensión (77).

Abierta la vía contenciosa, los trámites judiciales—al igual que antes hemos apuntado de los administrativos—tienen que modificarse para impulsar la rapidez procesal.

(75) Capítulo II de este trabajo. «Naturaleza jurídica del Derecho penitenciario».

(76) Bastará con la simple notificación al recurrente de las resoluciones que se dicten, en las que deberá señalarse que el recurso que procede—que se especificará—ha sido ya remitido al órgano que de él debe conocer. Siempre cabrá el desistimiento o renuncia, pero lo que no puede tener viabilidad en esta configuración procedimental, es la caducidad.

(77) Esta figura procesal es una pura y simple forma de terminación anormal del proceso. Está regulada en el artículo 90 de la Ley contenciosa.

Véase que en lo que a continuación expondremos no hay creación procedimental extraña a las normas y los principios que inspiran la vigente Ley contenciosa. Las bases sobre las que se construye el proceso no ofrecerán diferencias que puedan considerarse como extrañas respecto al texto legal citado, que será de aplicación a lo no dispuesto en el procedimiento especial, que bien podría insertarse en el capítulo IV, sección 4.ª, de la tan citada Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, bajo la rúbrica «Procedimiento penitenciario».

Sus especialidades serán las siguientes:

1.º El órgano competente para conocer del proceso será, en todo caso, las Salas de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial en cuyo territorio esté sito el establecimiento carcelario de donde derive el recurso (78).

2.º La capacidad procesal la tendrá, en todo caso, quien se encuentre en prisión, y si la acción ejercitada es pública, las personas a que se refieren los preceptos de la Ley vigente (79).

3.º La acción será pública con el fin de exigir el que la Administración observe todas las prescripciones legales en los actos concretos de aplicación de reglas penitenciarias. Si la impugnación es normativa, debe regir igual principio (80).

4.º El poder de postulación podrá ser ejercido por el propio interesado a cuyo favor nazca un derecho o interés jurídico, personal y directo. En defecto de este ejercicio personal, normativa general que exige la intervención de abogado y procurador, o simplemente abogado con poder al efecto.

Si el ejercicio de la pretensión es público, será obligatoria la entrada de los profesionales referidos en una u otra de las formas previstas (81).

(78) Este precepto es, por supuesto, muy simple y puede haber complejidades que podría completar la norma por la simple aplicación de las reglas generales establecidas en la Ley contenciosa, y aplicación subsidiaria de la disposición adicional 6.ª de la misma Ley.

(79) Aplicación del artículo 27 de la Ley jurisdiccional.

(80) El principio de acción pública deberá ofrecer, por tanto, una absoluta identidad con el sistema seguido por la Ley del Suelo.

(81) La propia defensa y representación por los interesados será de configuración análoga a la de los funcionarios públicos en el procedimiento especial. En los demás casos regirán las disposiciones del artículo 33 de la Ley de la Jurisdicción contenciosa.

5.º El recurso se iniciará, ya por simple escrito, ya mediante demanda —a elección del actor—, y se resolverá en el plazo de treinta días por el tribunal.

Esta discrecionalidad procedimental puede parecer peligrosa, pero el propio legislador ya la admite para otros procedimientos especiales, cuales son los de elecciones (82).

6.º Cualquier incidente que se plantee se resolverá en la sentencia que se dicte, cuyo contenido tendrá la triple posibilidad de *inadmisibilidad, estimación y desestimación* del recurso, prevista en la Ley.

7.º Contra la sentencia que se dicte no se dará recurso alguno, ordinario o extraordinario, salvo el impropiamente llamado de aclaración (83) y la apelación extraordinaria en interés de Ley.

En este último caso, la interposición del recurso en nada dilatará la ejecución de la sentencia.

8.º En adecuación a la Ley Orgánica del Estado, la ejecución de la sentencia será judicial (84), para lo cual el tribunal acompañará al testimonio de la sentencia, oficio señalando las medidas concretas que la Administración debe realizar para el cumplido efecto de la sentencia.

En el improrrogable plazo de diez días las sentencias deberán ejecutarse, conforme a las normas judicialmente dadas. Si no se hiciere, por cualquier causa, el propio tribunal ordenará lo conducente al efecto, que será realizado en forma inmediata por las autoridades y órganos de toda clase a quienes se requiera; todo ello sin perjuicio de las responsabilidades gubernativas o penales a que hubiere lugar.

9.º Las sentencias que se dicten en esta materia en ningún caso podrán suspenderse ni declararse inejecutables (85).

(82) En los dos procedimientos de elecciones, es decir, en el de impugnación de la validez de elecciones, y subsiguiente proclamación de concejales o diputados provinciales, y en el que se proyecta sobre los actos de las Corporaciones locales, resolviendo acerca de las condiciones legales de los proclamados, rigen las especiales disposiciones del artículo 119, 3, de la Ley citada.

(83) No harían falta excesivos argumentos para demostrar que la aclaración nada tiene que ver con la configuración jurídica de los demás recursos.

(84) La función jurisdiccional juzga y hace ejecutar lo juzgado en los juicios contencioso-administrativos, según preceptúa el artículo 31 de la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967.

(85) Subsiguiente inaplicación de los artículos 105 y concordantes de la Ley contenciosa.

B) *Protección a través del juez de ejecución de penas*

El anterior sistema, que sería una continuación mejorada del existente, es—y no nos cansaremos de repetirlo—insuficiente por las razones que ya hemos expuesto y no vamos a volver a reiterar.

Por eso afirmamos que la protección de los derechos de los reclusos sólo puede llevarse a cabo eficazmente mediante la sugestiva intervención del juez de ejecución de penas.

La figura del juez de ejecución de penas está vislumbrada, 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 a los magistrados la inspección semanal de las prisiones (86).

Doctrinalmente, el postulado de la intervención judicial en la ejecución lo exigirán desde FERRI (87) a PINATEL (88)—o desde SANDOVAL (89) a DORADO MONTERO (90), en nuestra patria— y se repetirá en los numerosos congresos penitenciarios desde el internacional de Londres de 1925 a nuestro días (91).

Sin embargo, 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 (92).

Este juez de ejecución de penas, en la configuración brasileña (93), tiene, a nuestro entender, una amplitud de funciones que parece excesiva. Este juez brasileño no se limita a la aplicación de ciertas figuras

(86) Georges PICCA, *El juez de la aplicación de las penas*, «Revista Internacional de Policía Criminal», noviembre 1962.

(87) FERRI, en su *Sociología criminal*, 5.ª ed., Turin, 1930, proponía la creación de «Comisiones de ejecución penal», con destacada intervención judicial en las mismas.

(88) PINATEL, obra citada en nota 50.

(89) Benardino de SANDOVAL: *Tratado sobre el cuidado que se debe tener de los presos pobres*. Este libro ha sido objeto de reimpresión con ocasión del Primer Congreso Hispano-Luso-Americano y Filipino de Madrid-Salamanca (año 1952).

(90) DORADO MONTERO: *El derecho protector de los criminales*, Madrid, 1918.

(91) Si en el primer Congreso Penitenciario Internacional de Londres, de 1872, hizo su aparición la libertad condicional, en el de 1925 (segundo de Londres y noveno de los Penitenciarios Internacionales) se defendió de forma categórica el principio individualizador, con acusada intervención judicial en la ejecución.

(92) Confirmado por el Código de Procedimiento penal de 1940 y disposiciones posteriores.

(93) La figura brasileña del juez de Ejecución de Penas fue prolijamente desarrollada por el profesor de la Universidad de Río doctor MENDES DE ALMEIDA (ponencia de dicho profesor) y apuntada por HERZOG en sus estudios sobre el sistema penitenciario brasileño (*Le Système pénitentiaire du Brasil*, Recueil Sirey, 1950).

jurídicas (libertad condicional, *ad exemplum*) y a la vigilancia del régimen penitenciario, con resolución de las reclamaciones y peticiones del reo, sino que esboza todo el régimen carcelario a través de las instrucciones dadas a los directores de los servicios penitenciarios.

Mejor concreción de esta figura es la existente en los Ordenamientos jurídicos italiano y francés.

El Estado italiano crea el juez de ejecución de penas, con el nombre de juez de vigilancia (*giudice di Sorveglianza*), en el Código penal de 1930 (94), viniendo configurado como órgano unipersonal judicial, con amplias funciones decisorias, de vigilancia o inspectoras y consultivas (95), entre las cuales nos interesa resaltar la resolución de todas las reclamaciones de los penados contra los actos administrativos recurridos, siendo él quien ordena el traslado del reo a establecimientos de castigo, así como su vuelta al régimen normal y el ingreso en establecimientos penitenciarios especiales (96).

Es, pues, este juez de vigilancia italiano el órgano a través del cual se canaliza toda la vigilancia sobre la ejecución de las penas, teniendo a su cargo la aplicación de medidas individualizadoras y siendo el encargado de mantener el principio de legalidad penitenciaria al convertirse en el órgano de salvaguarda de los derechos de los reclusos frente a un posible abuso administrativo.

Francia es otro de los países que establece el juez de ejecución, y quizá el que más tuvo que luchar por su implantación (97).

(94) Artículo 144 del Código Penal italiano de 1930, artículo 585 del Código de Procedimiento penal y artículo 4.º del Reglamento de Institutos de Prevención y de Pena de 1931.

(95) VASSALLI Y ERRA: *Les grandes systèmes penitentiaires actuels. Le Juge de Surveillance*, tomo I, París, 1970.

(96) Las críticas italianas que se hicieron a esta institución han sido favorables. Sin embargo, se ha señalado la necesidad de que se acelere la formación especializada de estos órganos judiciales, así como el de su selección, pues, como decía MESSINI (Ruggiero MESSINI: *Il Giudice di Sorveglianza nell'ordinamento Giudiziario*, «Rivista di Diritto Penitenziario», julio-agosto 1933), no es suficiente con una especialización teórica, pues, si esta preparación no va acompañada de una gran capacidad de entrega y una gran comprensión a la persona del recluso, su misión naufragará en la incomprensión y el desaliento.

(97) Hemos omitido cualquier consideración del juez de Ejecución de Penas portugués, introducido por Ley de 16 de mayo de 1944, puesto que los Tribunales de Ejecución de Penas portugueses no tiene nada que ver con la figura jurídica que estudiamos. Sus funciones son exclusivamente de decisión y proyectadas, en forma primordial, respecto a las medidas de seguridad. Más acertados hubieran sido los nombres de «Tribunales de Seguridad» (véase José BELEZA DOS SANTOS: *El juez de Ejecución de Penas en Portugal*, «Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios», año XII, núm. 122, mayo-junio 1956).

El profesor LAGUÍA (98) se entretiene —con aguda percepción— en hacernos observar las fisuras que poco a poco se establecieron en el rígido sistema francés de división de poderes, y que se inició con el Decreto creador de las Comisiones de Vigilancia de las Prisiones, de 20 de octubre de 1810, y culminó con la Ley de Procedimiento penal, de 31 de diciembre de 1957, 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 (99).

Al igual que en el Ordenamiento italiano, el juez de aplicación de penas francés tiene un corolario de funciones de decisión, inspectoras y consultivas, entre las cuales destaca la de ser el único competente para anular una medida por él dictada en beneficio del reo, decidiendo la modalidad de tratamiento a que será sometido el recluso, orientando consecuentemente la individualización penitenciaria, y aun no interviniendo en funciones disciplinarias, es él quien ordena la reducción de la fase celular inicial o la vuelta a otro período anterior (en el sistema progresivo), decidiendo sobre el trabajo al aire libre, concediendo los permisos de salida, teniendo a su cargo la remisión condicional de los penados en régimen de prueba, proponiendo las modificaciones a las normas dadas para los reclusos que se encuentren en situación de libertad condicional, etc. (100).

Pues bien, la figura del juez de ejecución de penas, con el sentido y alcance que a continuación expresaremos, y que no es un simple postulado teórico, sino una realidad práctica vigente desde hace varios años en sistemas jurídicos tan análogos al nuestro como el italiano o francés, es —a nuestro entender— el sistema más racional y adecuado para proteger de una manera eficaz, real y habitual no sólo los derechos de los reclusos, sino toda su proyección penitenciaria (si queremos dotar a ésta de su verdadero sentido finalista): reeducación, corrección, resocialización —o cualquier otro término análogo que queramos utilizar— buscada en aras del principio individualizador.

Al futuro Juez de ejecución de penas español, órgano unipersonal,

(98) Alberto LAGUÍA ARRAZOLA: *El juez de aplicación de las penas en Francia*, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», mayo-agosto 1959, tomo XII, fascículo II.

(99) En el estudio de la personalidad del delincuente tienen un relevante interés las que podemos denominar «Clínicas criminológicas», dotadas de todos los adelantos técnicos exigibles para el conocimiento integral del delincuente.

(100) En orden a las funciones, véase el libro de Pierre BOUZAT y Jean PINATEL: *Traité de Droit Pénal et de Criminologie*, tomo I; *Droit Pénal Général*, París, 1963.

perteneciente a la carrera judicial y nombrado con carácter permanente —previa oposición restringida— (101), le podrian estar encomendadas las siguientes funciones decisorias:

1.^a Ser órgano de apelación ante el cual el reo podrá recurrir cuando haya sido sancionado por los órganos penitenciarios, cualquiera que sea el que haya impuesto el castigo y bien sea éste «muy grave», «graves» o «leves»; reclamación que deberá interponerse en el plazo de cinco días a partir de la notificación de la sanción (102).

En los casos en que el reo no recurra contra esta corrección de la Administración, en el plazo expresado, el director del establecimiento carcelario pondrá en conocimiento del juez ejecutor la sanción impuesta, su causa y la firmeza de ella.

2.^a Será el único competente para dictar una medida de traslado del reo a otro establecimiento de castigo, lo que hará —en su caso— a petición del director de la prisión; todo ello sin perjuicio de los recursos procedentes, o de la suspensión de esta medida hasta que sea firme la reclamación interpuesta.

3.^a Ordenará —en su día— la vuelta al régimen o establecimiento penitenciario ordinario.

4.^a Será el único competente para anular una medida dictada en beneficio del reo.

5.^a Decretará la admisión del recluso al régimen de semilibertad, con señalamiento de la suma que semanalmente debe abonarse al establecimiento carcelario.

6.^a Concederá los permisos de salida.

7.^a Concederá la libertad condicional.

8.^a Concederá el beneficio de la redención de penas por el trabajo, computando —en su momento— el tiempo que por tal trabajo debe serle computado.

9.^a Llevará a su cargo la asistencia carcelaria del reo y su familia.

(101) El sistema seguido para los magistrados-especialistas de las Salas de lo Contencioso-administrativo podría servir de pauta para la selección de los jueces de ejecución.

(102) Se crearía así un procedimiento que debe configurarse por su celeridad y por la aplicación del principio inquisitivo. Es decir, independientemente de los medios de comprobación solicitados por recurrente y Administración demandada, el juez, de oficio, practicará cuantas medidas sean necesarias para conocer la realidad de los hechos.

Entre las funciones inspectoras o de vigilancia que deberán tener los futuros jueces de ejecución de penas españoles, merecen—en nuestra opinión—una especial atención las siguientes:

1.^a Vigilar la aplicación de las normas penitenciarias por parte de los funcionarios encargados de la custodia de los reos, poniendo en conocimiento del director de la penitenciaría las violaciones que se observen.

2.^a Vigilar la aplicación de las medidas penitenciarias a cada recurso en particular y, a la vista de lo que se actúe, dirigirse al director de la prisión, señalando las variaciones penitenciarias que deben implantarse, en el caso concreto.

3.^a Vigilar para que únicamente se causen al reo las limitaciones que se fijan en la sentencia.

4.^a Todo incidente ocurrido en la prisión le deberá ser notificado, interviniendo en su resolución como órgano decisor de los mismos.

5.^a Si ocurriese algún hecho extraordinario que pudiera repercutir de forma definitiva sobre el reo (103), lo pondrá en conocimiento del tribunal sentenciador a los efectos penales oportunos, sin perjuicio de que, dentro de sus atribuciones, se adopten de inmediato las adecuadas medidas, si fuera necesario, para salvaguardar el principio individualizador.

Puede observarse que esta misión de vigilancia tiene una doble proyección: general y particular.

La vigilancia e inspección general se ejercerá interviniendo y conociendo la vida de la prisión en su configuración genérica. La particular se plasmará en un expediente individual, que abarcará desde los antecedentes del penado a los últimos hechos de relevancia que se produzcan, respecto al mismo, en su trayectoria carcelaria.

Finalmente, y en cuanto a las funciones consultivas, con carácter general, el juez ejecutor emitirá informes sobre cualquier modificación penitenciaria, así como sobre ciertas figuras: amnistías, indultos, etc.

Por supuesto que las misiones que acabamos de esbozar son simples notas que deben precisarse, concretarse—en sus límites—y posi-

(103) Piénsese en la averiguación de nuevos hechos, de trascendencia a efectos de culpabilidad o inocencia, o circunstancias modificativas relevantes, así como constancia de error judicial (*amplio sensu*) u otras causas análogas a las expuestas.

blemente ampliarse (104), pero quizá podrían servir como punto de partida para una posible legislación en el sentido que propugnamos, a través de la cual creemos que podrá nacer un instrumento que no sólo garantice la protección total y absoluta del reo y sus derechos, sino que pueda servir para hacer de nuevo al penado un ser útil a la sociedad, de la cual sigue formando parte pese a su delito.

(104) Punto importante sería el de la coordinación de los funcionarios de Prisiones con el juez de ejecución, con los delicados problemas de subordinación de los órganos administrativos al judicial; escala —o jerarquía— a la que llega esta subordinación, interrelación, etc.

