

MÓDULO INSTRUCCIONAL

DERECHO PENITENCIARIO LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS INTERNOS LA RELACIÓN JURIDICO-PENITENCIARIA

Consultor Internacional:

D. JOSEP LLUIS ALBIÑANA OLMOS

Magistrado de la Sección 8 de la
Audiencia Provincial de Barcelona
ESPAÑA

Tegucigalpa, MDC., Septiembre, 2006

INDICE

La ejecución penal.....	3
I.- La ejecución material de la pena y la ejecución del título ejecutivo.....	4
II. La ejecución del título (resolución judicial) Condenatorio y competencias del Juez de ejecución.....	8
III. Características del Derecho Penitenciario.....	15
IV. La responsabilidad derivada de los perjuicios causados por los reclusos mientras cumplen condena.....	30

La ejecución penal

El planteamiento inicial de la ejecución penal se presenta como un cuello de botella por el que pretenden entrar a la vez una pluralidad de cuestiones de gran trascendencia jurídica, como pueden ser : la territorialidad de los órganos judiciales españoles o extranjeros, las competencias entre órganos judiciales sentenciadores, ejecutores y de Vigilancia Penitenciaria, la posible rivalidad entre estos últimos y la Administración Penitenciaria, las finalidades diferentes para las diversas clases de penas, la tensión entre los objetivos de reinserción y rehabilitación de las penas privativas de libertad y el rechazo social en asumir una cuota de riesgo...y un nutrido etcétera de restantes preguntas que emergen en el escenario que se abre a partir de la ejecución de la sentencia penal condenatoria, como fenómenos “*ex novo*” cuya profundidad provoca a menudo el vértigo de las alturas. Sin embargo aquí sólo pretendo abordar de una manera sucinta los que me parecen más significativos, para tratar de alcanzar –dentro de un tiempo razonable- una visión interrelacionada que pueda resultar fructífera en alguna medida.

La primera de las cuestiones que se me ocurren es la necesidad de recordar que la acción penal no es un derecho a obtener una determinada sentencia, sino única y exclusivamente un derecho a que se abra un proceso y, en su caso, sea dictada una sentencia del tenor que sea (*ius ut procedatur*). Y esto es así porque el famoso *ius puniendi* del Estado no surgirá con el automatismo del hecho punible tipificado como delito, sino que sólo puede realizarse jurisdiccionalmente, esto es, a través de su sometimiento a un proceso controlado por los Jueces y Tribunales. De ahí que la sentencia penal sea siempre **constitutiva** para destruir la presunción de inocencia como inicial blindaje protector del acusado y consagrar : a) la existencia de un determinado delito, b) la identificación de una responsabilidad en su aparición, y, c) la imposición de una determinada pena.

Se puede afirmar que hasta la sentencia ni existe delito, ni autor, ni por supuesto pena. El derecho a castigar del Estado sólo es realizable a través de un proceso, cuya fase final –siempre queda descartada la absolució, como ejecución impropia de una sentencia penal siempre declarativa y no constitutiva- será la ejecución de la pena impuesta por la sentencia condenatoria. Ejecución que, en principio y como una fase más del proceso, seguirá estando informado por los mismos principios de legalidad, oficialidad y necesidad que presiden las fases anteriores, así como las garantías procesales básicas.

I.- La ejecución material de la pena y la ejecución del título ejecutivo

Tras esta presentación podemos concluir que la ejecución penal es la última fase del proceso, aquella que representa la satisfacción jurídica que es capaz de proporcionar este. Pero que sólo puede producirse con la firmeza de la sentencia condenatoria de acuerdo con nuestra legislación penal sustantiva y adjetiva. Así el CP. afirma en su artículo 3,1 *“No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad firme dictada por el Juez o Tribunal competente, dé acuerdo con las leyes procesales”* Y el artículo 988,2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal repite que : *“Hecha esta declaración(la firmeza) se procederá a ejecutar la sentencia aunque el reo esté sometido a otra causa,...”*.

Ahora bien, esta ejecución de la sentencia condenatoria firme provoca y nos descubre una serie de consecuencias nuevas. Como es la aparición de una dualidad y coexistencia entre dos actividades diferentes aunque interrelacionadas : la ejecución material de la pena, de naturaleza predominantemente administrativa, y, por otra, la ejecución del título ejecutivo que es la sentencia condenatoria, de naturaleza esencialmente jurisdiccional.

La aparición de esta duplicidad de intervenciones no puede explicarse en términos de discusión. Ni mucho menos quedar justificada como lastre de un pasado tenebroso, trabajosamente rescatado para la sociedad moderna por la atracción magnética del garantismo jurisdiccional, que pueda frenar los abusos de

la Administración que ejecute una pena. Precisamente en la lógica de un Estado de Derecho resulta difícil aceptar que la Administración Pública no pueda ser corregida y enmendada por la intervención del Poder Judicial. Al menos en el escenario propio para el Derecho Público europeo continental, en donde la actuación de aquella aparece normalmente de forma prolijamente regulada. Y, por otro lado, aunque sea anticipar exposición tampoco puede afirmarse que la intervención jurisdiccional opere “*per se*” cual bálsamo de Fierabrás para favorecer la reinserción del condenado. Cuando el país que actualmente mantiene el liderazgo en estas técnicas que más adelante expondré, Canadá, no tiene sin embargo prevista la intervención judicial en la ejecución de la pena privativa de libertad, manteniéndose todo el proceso de reinserción en sede administrativa, en la que se adoptarán todas las decisiones que afectan al modo de cumplir la condena, bien sea en establecimiento cerrado, o bien sea sin grave restricción de la libertad personal.

La realidad tanto histórica como actual, nos muestra un amplio abanico de respuestas para esa relación Poder Judicial-Administración Penitenciaria. Flexibilidad que ha llegado a calar tanto en el Derecho comparado como en la doctrina científica para definir de forma diferente la naturaleza jurídica de la ejecución penal. Así aparecen :

a) Las tesis administrativistas, que atribuyen carácter administrativo a la ejecución penal, desde diferentes fundamentos que han justificado la naturaleza administrativa de la ejecución.

b) Las tesis jurisdiccionalistas, que por el contrario insistirán en el carácter jurisdiccional de la ejecución, como una fase más del proceso. Importante autores procesalistas han abogado por esta naturaleza, con aportaciones muy interesantes y audaces ¹ se ha defendido “*una ejecución dinámica de la pena*”, en función de la conducta que observe el condenado, que de respuesta al principio resocializador del delincuente condenado. Se ha llegado a defender esta judicialización de la ejecución de la pena, para llegar a plantear la existencia de un “*nuevo juicio*” donde examinar desde la naturaleza, gravedad de los hechos y

¹ FAIREN, *El proceso como satisfacción jurídica*

duración de la pena impuesta, como presupuestos de partida, para llegar hasta la valoración/pronóstico del condenado, como tarea esencial del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

c) Tesis mixtas que admiten tanto una postura, como la otra. Esta es la posición dominante en la doctrina española, para considerar que el órgano judicial sentenciador nunca ejecuta directamente la pena privativa de libertad, sino que lo hace por medio de los órganos administrativos competentes y resulta difícil optar por una postura administrativista o jurisdiccionalista, cuando es imposible reducir a una misma naturaleza la diversidad de actos que jalonan la ejecución penal. Unos, por ejemplo, pueden afectar al título ejecutivo (suspensión, beneficios penitenciarios..), otros a los objetivos rehabilitadores y de reinserción, cuando no a la mera custodia material del condenado, que provoca la relación denominada como de *especial sujeción* entre este y la Administración Penitenciaria. En definitiva debemos reconocer que se trata de dos ejecuciones distintas y paralelas : la ejecución del título ejecutivo, de naturaleza y sede jurisdiccional, y la ejecución material de la pena que este impone, a cargo de la Administración Penitenciaria, aunque sometida a la posibilidad del control jurisdiccional, bien sea la del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, bien sea la de otras jurisdicciones.

Así las cosas, se debe insistir en la dificultad de un tratamiento único para ambos procesos de ejecución de contenidos, alcances y cometidos diferentes. Para la ejecución del título ejecutivo su final se alcanza con la extinción de la responsabilidad criminal y puede conocer hasta entonces posibles modificaciones (suspensión, beneficios penitenciarios...) que sólo pueden aceptarse en virtud de una intervención jurisdiccional. Pero la ejecución material de la pena, supone el inicio de una actividad administrativa legitimada por aquel título y orientada en principio a su cumplimiento que, además, para las penas privativas de libertad abordará también la rehabilitación y reinserción del condenado, conforme al mandato constitucional (Art. 25). En este discurrir en paralelo puede suceder que el título ejecutivo no sufra modificación alguna y coincida su ejecución con la ejecución material de la pena. Pero, sobre todo en las penas privativas libertad, puede suceder que el título ejecutivo conozca sucesivas modificaciones, en

función de la respuesta que ofrezca la conducta del condenado en orden a su reinserción y rehabilitación.

Esta última posibilidad provoca diversas consideraciones de interés. Como son :

a) La razonable duda sobre la constitucionalidad de tal posibilidad, al enervar el cumplimiento de una sentencia en sus propios términos, que afecta al contenido esencial del derecho a obtener la tutela judicial efectiva. Duda que el Tribunal Constitucional ha resuelto al configurar este derecho fundamental como un derecho prestacional y de configuración legal. En consecuencia el legislador ha fijado los límites a las posibles modificaciones.

b) Puede darse una interrelación entre las novedades que se produzcan en la vía de la ejecución material de la pena que puedan influir para la modificación favorable del título ejecutivo, y sin que tal posibilidad cierre la posible revisión futura de esa decisión de modificación. Aparecen en la ejecución unas decisiones que por ser jurisdiccionales serán irrevocables, pero que por depender de las variables que plantee la conducta futura del penado, serán a la vez condicionales a esa actuación.

Esta última perspectiva es a mi juicio la más conflictiva desde el punto de vista de la *motivación jurisdiccional* de estas decisiones, para no caer como se ha dicho ² dentro de los límites de lo arbitrario, **al realizar únicamente juicios potestativos de una persona sobre otra persona**, sin manejar unas pruebas objetivas o protocolos de intervención sobre los condenados cuasi-objetivizados con parámetros que identifiquen cambios no solo conductuales a la adaptación a la vida del régimen del Establecimiento Penitenciario, sino que verifiquen la asunción de valores pronormativos o prosociales, así como la voluntad de reinserción y reparación del daño. Desdichadamente no podemos afirmar que se haya alcanzado igual contenido probatorio para esta fase final del proceso, como la que existe para las fases anteriores. Pobreza que agobia por el sentimiento de

² FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*

voluntarismo que impregna cotidianamente nuestras decisiones, según expondremos más adelante.

II.

La ejecución del título (resolución judicial)

Condenatorio y competencias del Juez de ejecución :

De entrada debemos aceptar que la ejecución de la sentencia penal condenatoria se abre para :

a) Ciudadanos hondureños y extranjeros condenados por órganos judiciales nacionales.

b) Hondureños condenados por Tribunales penales extranjeros de países con los que exista Tratado de reciprocidad para el cumplimiento en el territorio nacional respectivo de las penas impuestas bien por los Tribunales extranjeros, bien por los Hondureños.

Para estos últimos, esta claro que –como recoge por ejemplo el artículo 9,3 del Convenio del Consejo de Europa sobre Traslados de Personas Condenadas, de 21 de marzo de 1983- se supone que *“El cumplimiento de la condena se regirá por la Ley del Estado de cumplimiento y dicho Estado será el único competente para tomar las decisiones convenientes”*.

Respecto a las sentencias o resoluciones condenatorias emanadas d los órganos judiciales hondureños, recordemos que las penas previstas en el Código sancionador de la República, los artículos 38, 48 a 50 y 54, establecen :

A) como penas principales :

a) Privativas de libertad : la reclusión y la prisión.

b) No privativas de libertad : la multa, la inhabilitación absoluta y la inhabilitación especial.

B) Como penas accesorias :

a) La interdicción civil.

b) El comiso, y

c) El pago de costas, incluyéndose de este último concepto también la reparación del perjuicio causado a la víctima. (*vide páginas 10 y ss. del Manual*)

La competencia para ejecutar estas penas recae en los **Jueces de ejecución**, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 60 del Código Procesal Penal de Honduras. Jurisdicción que atrae tanto el cumplimiento de las penas privativas de libertad, cuya ejecución material se encomienda a la Administración penitenciaria –esto es, la Dirección General de Establecimientos Penales- como para las penas no privativas de libertad y para las medidas de seguridad.

Los artículos 381 y siguientes del Código Procesal Penal vigente establecen un amplio abanico de competencias en sede jurisdiccional del Juez de Ejecución. Veamos las habilitaciones legales que justifican esta intervención judicial, separando aquellas que afectan a las penas privativas de libertad, de las otras y de las medidas de seguridad.

A) En relación a las penas privativas de libertad :

1) Vigilar la ejecución de las penas y las medidas de seguridad:

Esta claro que el Juez no ejecuta por sí mismo, sino que esta actividad se prevee que sea realizada por un tercero (Administración Penitenciaria, Policía, Registro...) cuyo buen fin esta supervisado jurisdiccionalmente.

2) *Velar por la correcta aplicación de las normas que regulan el régimen penitenciario :*

El sometimiento de todo el derecho penal al principio de legalidad se proyecta obviamente sobre la Administración Penitenciaria. Y ha sido voluntad del legislador someter la revisión de los actos de la misma a esta jurisdicción especial, que se transforma en contencioso-administrativa en su función de velar por el cumplimiento de la legalidad por parte de la Administración Penitenciaria.

3) *Que se respeten las finalidades constitucionales de la pena :*

No he encontrado en la Constitución hondureña previsión alguna respecto a la finalidad constitucional de la pena. Únicamente la previsión consignada en el artículo 87 en relación a los establecimientos penitenciarios para que en su seno “*se procurará en ellas la rehabilitación del recluso y su preparación para el trabajo*”.

En cualquier caso, se debe puntualizar que normalmente –la Constitución española es un ejemplo- las previsiones constitucionales sobre la pena se refieren exclusivamente a las privativas de libertad. Quedan por tanto excluidas las que no tienen esta condición.

La consecuencia es que la reserva constitucional –cuando existe- sólo obliga a las penas privativas de libertad. Las restantes no privativas de libertad y las medidas de seguridad son plenamente disponibles para el legislador ordinario, quién puede libremente decidir las finalidades que estime conveniente a la hora de definir las mismas.

4) *Que se respete el estricto cumplimiento de las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales :*

Esta es una feliz y afortunada previsión. Porque hay que salir rápidamente al paso de la tentación de vaciar gratuitamente las sentencias condenatorias, bajo

la justificación de haberse alcanzado los fines constitucionales de la pena o la rehabilitación del condenado.

Porque, de una parte, no puede ocultarse la faceta retributiva de la pena. La finalidad intimidativa y preventiva del derecho penal pasa por reconocer la realidad de “*quién la hace la paga*”, pues es la respuesta que espera la sociedad y el propio condenado. Cualquier acto antijurídico, que viene sancionado por la ley penal, debe merecer una respuesta punitiva real.

Pero además, por otra parte, constituye un severo ataque a la seguridad jurídica que constituye uno de los pilares principales que sostienen la bóveda del Estado de Derecho, la posibilidad de incumplir las sentencias condenatorias. Y si tal posibilidad viene provocada por decisiones del mismo Poder Judicial, se esta provocando un desorden caótico.

La decisión por tanto de acortar o anticipar la línea del horizonte que marcaba el cumplimiento de una pena, debe estar justificada en los mismos procesos de inferencia deductiva e inductiva que se han realizado en la respectiva sentencia condenatoria, para apreciar en base a una serie de pruebas reales y ameritando un razonamiento lógico que se dan las condiciones previstas en la ley para que el tiempo de la pena no se cumpla totalmente.

5) *Corregir los abusos y desviaciones que puedan producirse en el cumplimiento de los preceptos contenidos en la legislación penitenciaria :*

Esta facultad es un plus a la habilitación para el control de la legalidad de los actos de la Administración Penitenciaria y a la vez una advocación para conocer y resolver cualquier acto en aplicación de la legislación penitenciaria sin previa denuncia de la parte agraviada. Es una cláusula de cierre, que a mi juicio, impide que por dudas en torno a la naturaleza jurídica del hecho antijurídico – penal, administrativo, civil...- pueda retrasarse la corrección del perjuicio causado al interno que cumple pena privativa de libertad.

Adviértase que en el ámbito penitenciario se excepciona el habitual *tiempo diferido* en que interviene la Administración de la Justicia. Porque la solución *ex tunc* no puede retrotraerse cuando el interno ya ha cumplido su condena. Una vez liberado carece de sentido que se le conceda un beneficio que le correspondía y que se le denegara, privándole de la posibilidad de recurrir a su tiempo, por ejemplo. El límite del horizonte de su liquidación de condena opera como imperativo para resolver con carácter inmediato los agravios que puedan cometerse por la Administración Penitenciaria.

El mandato legal le permite al Juez de Ejecución actuar de oficio, pero también a instancia del interesado por medio del mecanismo de la *queja* previsto en el epígrafe 6 del artículo 382 de la misma Ley Procesal Penal.

6) Conocer y resolver los recursos de los internos contra las resoluciones de la Administración Penitenciaria :

La primacía de la competencia judicial sobre la Administración Penitenciaria en la ejecución de la pena privativa de libertad se verifica por la facultad de revisar todas las decisiones de esta a instancias de los internos.

No se corresponde exactamente con una manifestación más del control de la legalidad para la Administración Penitenciaria. Porque se sitúa a la misma subordinada a la decisión judicial. Una decisión, por ejemplo, relativa a la clasificación de un interno puede ser formalmente correcta y adoptada dentro de la más estricta legalidad. Pero, conociendo el recurso del penado, el Juez de ejecución puede valorar de forma diferente los informes técnicos o basarse en otros para revocar la decisión adoptada y acordar otra diferente. Se ha resuelto en este caso sobre el fondo del asunto y no un mero control de legalidad.

Esta facultad de revisión abarca los tres tipos de recursos mencionados en los epígrafes 3,4 y 5 del artículo 382.³

³ “3) Resolver las reclamaciones que formulen los reclusos en caso de denegación de beneficios penitenciarios, por las autoridades del respectivo establecimiento penal.

4) Resolver las reclamaciones que formulen los reclusos sobre sanciones disciplinarias.

7) Resolver sobre la libertad o revocación de la libertad condicional:

Esta es una resolución rogada, es decir, a instancia de parte legítima (la persona condena o su defensor) y que comporta la importante decisión de acortar una parte significativa de la pena privativa de libertad. Está prevista en el epígrafe 2) del artículo 382 del Código Procesal Penal.

8) Practicar la liquidación de condena :

Está prevista en el artículo 386 del Código Procesal Penal, con la facultad del Juez de ejecución para aplicar al cumplimiento de la pena el tiempo privado de libertad en calidad de detenido o en prisión preventiva.

9) Resolver los incidentes sobre la libertad :

Según los artículos 384 y 387 tanto el Ministerio Fiscal, como la víctima y el interno pueden plantear reclamaciones ante el Juez de ejecución sobre la libertad definitiva o condicional del penado.

B) En relación a las restantes penas no privativas de libertad :

1) Las anteriores en lo que resulten compatibles :

Es evidente que las facultades que se depositan en la jurisdicción del Juez de ejecución en relación al cumplimiento de las penas privativas de libertad son extensibles a la ejecución de las restantes penas, en aquello que resulten compatibles. Así, por ejemplo, el artículo 386 al aludir a la liquidación de condena,

5) Resolver con base en los estudios de los equipos técnicos de los establecimientos penales las reclamaciones de los reclusos contra las decisiones referentes a clasificación inicial y a progresiones y a regresiones de período de tratamiento”.

también se menciona la notificación al condenado a una pena no privativa de libertad de la forma y modalidad del cumplimiento de su condena.

2) *Determinar las condiciones del pago de la multa :*

El artículo 390 del Código Procesal penal habilita al Juez de ejecución para que determine las condiciones para el pago de la multa, previa audiencia del condenado.

3) *Conmutar la pena de multa por la prisión:*

Se supone que en el caso de impago o incumplimiento de las condiciones fijadas para el mismo.

4) *Comunicar la pena de inhabilitación genérica o especial a las autoridades, registros y poderes públicos que proceda para su efectividad :*

El artículo 391 del Código Procesal Penal dispone las comunicaciones que debe realizar el Juez de ejecución, para la efectividad de la pena de inhabilitación genérica o especial.

5) *Designar un guardador al condenado y comunicar su interdicción civil a los registros afectados, a los jueces competentes y a los Notarios :*

Para hacer efectiva la pena de interdicción civil, dispone el artículo 392, que el Juez de ejecución comunique esta situación y el tiempo de su finalización al Registro Nacional de personas, a los registradores de la Propiedad de toda la República, a todos los demás jueces que tengan relación con los derechos afectados por dicha pena y a los notarios.

Al mismo tiempo le designará un guardador que representará al condenado en la administración de sus bienes. Misión que debo entender que en realidad se extiende a la administración material de los mismos y no tanto a la pura

representación del condenado, puesto que el mismo no puede realizar acto de administración alguno mientras dure el cumplimiento de su condena.

6) Ejecutar los bienes del condenado para pago de la garantía prestada en el caso de la multa y para pago de las costas :

En los artículos 390 y 393 del Código Procesal penal se alude a la posible ejecución de los bienes del condenado para hacer frente, en un caso, al pago de la pena de multa mediante los bienes designados en caución, en cualquier caso, para la liquidación de las costas, con la prelación de los pagos que se establece en el citado precepto.

7) Juzgar y sentenciar la demanda en reclamación de la responsabilidad civil :

Como corolario de la sentencia condenatoria, o excluida la responsabilidad personal por inimputabilidad, fuerza irresistible, miedo insuperable y estado de necesidad, la víctima, sus herederos o la Procuraduría General de la República tienen la legitimidad para reclamar la reparación de los daños y perjuicios causados por el hecho punible. Demanda que se sustancia ante el Juez de Ejecución por los trámites previstos en los artículos 432 y siguientes del Código Procesal Penal.

(Consultar las páginas 70 a 74 del Manual).

III

Características del Derecho Penitenciario

El progresivo grado de judicialización de los derechos humanos a partir de la segunda guerra mundial, unido a la proyección de criterios científicos sobre el tratamiento para la resocialización del delincuente han propiciado en el ámbito

penitenciario la aparición de un derecho emergente con unos perfiles cada vez más característicos, para ganar cada día una mayor autonomía respecto a otras ramas del derecho mas generalistas.

Pero este proceso de diferenciación no puede alimentar unas consecuencias falsamente progresistas para el actual marco legal. Porque al margen de la incidencia real que los nuevos Juzgados de Vigilancia Penitenciaria o de Ejecución en la República de Honduras vayan a tener en el escenario garantista de la ejecución del título privativo de libertad y la futura rehabilitación o resocialización del delincuente, el ámbito penitenciario viene muy influido por los criterios antagónicas que continua e históricamente vienen lastrando la posible modernización del sistema penitenciario. Pues si la Constitución ha sancionado como mandato-deber para los Poderes Públicos, una orientación progresista y humanista para las penas de privación de libertad, el cumplimiento de este tipo de condenas viene tradicionalmente conducido con el acompañamiento de las “necesarias medidas de seguridad y contención” de la persona interna. Todos son sospechosos de pretender quebrantar la condena. Por decirlo en palabras empleadas por un gran Magistrado que llegó a ser del Tribunal Supremo, en una sentencia condenando por un delito cometido a un Agente de la Autoridad que custodiaba a un preso . *“La principal necesidad –que no obligación- de la persona detenida es escapar para tratar de recuperar su libertad...”*. Sin negar la validez de tal afirmación, defenderemos la necesidad de deslindar una y otra intervención de los Poderes Públicos sobre la persona privada de libertad : la de su tratamiento rehabilitador y la de su custodia y seguridad.

Así las cosas, se puede interpretar que ambas funciones –tratamiento rehabilitador y custodia del condenado- son sinónimas o las dos caras de una misma moneda. Pero en términos ideales y sin pretender encender la llama de un discurso revolucionario, estimo que mejor estarían disociadas. Parece que sería mejor que unas, las de estricta contención y seguridad *“intra muros”* del establecimiento penitenciario estuvieran a cargo de un personal “ad hoc” (ó de las Fuerzas de Seguridad del Estado, ocupadas actualmente de la seguridad en el recinto exterior) sin entrar en contacto directo con el interno. Mientras que las otras -el tratamiento- estuvieran a cargo de funcionarios penitenciarios especializados

en las técnicas del diagnóstico y evaluación del riesgo que comporta un sistema de rehabilitación y reinserción. Porque en la práctica actual desdichadamente se embrollan unas y otras. De suerte que a menudo se confunde el concepto de “disciplina” por la servidumbre ciega a la acción de los funcionarios y la aceptación de valores pronormativos por conducta que no causa problemas a la vida regimental, estando esta sometida a unas rígidas pautas de conducta de un estilo que imita a la vida de un convento de clausura.

La consecuencia de este equivocado enfoque –herencia de la teoría filadelfiana- es confundir la disciplina interna o mejor el servilismo y la adulación hacia las autoridades con la rehabilitación. De suerte que los beneficios se orientaran hacia aquellos reclusos que parecen mejor adaptados por su aptitud servil hacia los custodios y la sucesiva escalera de mando hasta llegar al Juez de Ejecución. Cuando la realidad social nos demuestra que esa habilidad la desarrollan cumplidamente los mejores y mas desalmados delincuentes para aproximarse y captar a sus víctimas, en los crímenes generalmente mas horrosos. Conozco y he participado como Juez de Instrucción en la identificación y detención de un criminal en serie, que habia asesinado hasta ocho mujeres, cuyo trato hacia mi ha sido tan respetuoso que todavía me suele enviar sus saludos desde la prisión donde cumple una condena casi centenaria.

Ahora bien, la mera existencia de esta crítica es posible gracias a la consolidación fáctica de un derecho específico que venga a regular jurídicamente el vacío que aparece cuando, de una parte, se abandonan los argumentos que justifican los mecanismos de la mera custodia y contención del recluso, y de otra, los afanes moralizadores que tratan de conectarle religiosamente con una realidad trascendente a la que existe detrás de los muros de la prisión y a la que tendrá que integrarse cuando esté en condiciones o cumpla el tiempo de su condena.

Existe por tanto una consciencia generalizada de que es necesario que una relación de derecho sustituya a la relación de hecho –privación de libertad- y sirva para dar una respuesta comprensible para la ciudadanía respecto al sentido de la pena, que sea coherente con el desarrollo cultural alcanzado por el progreso de nuestras sociedades.

Esta es la respuesta que trata de dar el derecho penitenciario, que se diferencia y a la vez se nutre de varias disciplinas jurídicas. Así :

A) Su relación con el Derecho Penal.

En este derecho encuentra su principal genealogía. Es su antecedente inmediato, para surgir como mecanismo imprescindible para la aplicación de aquél.

Pero sin recrearnos en aspectos filosóficos, destacamos que la principal aportación del derecho penal al derecho penitenciario es presentarnos **el perfil criminal del penado**. El grado de interiorización alcanzado por sus “*valores antinormativos y antisociales*” , descubiertos mediante el procedimiento contradictorio que le ha juzgado.

Aquí más importante que la respuesta punitiva (los años de duración de su condena) debe ser el aporte que se haga en la sentencia al describir la acción antijurídica realizada por el delincuente condenado. Esos “hechos probados” de la sentencia que resumen el proceso de inferencia deductiva del Juzgador, apreciando en conciencia todas las pruebas practicadas y que le llevan al pleno convencimiento de la autoría que debe ser responsabilizada penalmente a continuación.

Al derecho penitenciario le importa este dato porque supone la base de la cual partir para el proceso de rehabilitación en el que debe emplearse el tiempo de la condena. Esta no debe pretender ingenuamente la transformación total del individuo, materializando ese milagro perseguido por los apologistas de cualquier religión.

La labor que debe orientar el tratamiento de rehabilitación para la resocialización del recluso debe ceñirse a los valores y bienes jurídicos relevantemente protegidos que fueron quebrantados por la acción antijurídica del condenado. Por dos razones de peso. Una, porque este es un fácil diagnóstico

establecido en la sentencia condenatoria sobre la clase de valores antinormativos que padece. El condenado no respeta ni acepta los valores pronormativos que ha transgredido. Pero eso no significa que no respete otros de los que están protegidos por el Código Penal. Es sabido, por ejemplo, la rígida defensa de la libertad sexual que la inmensa mayoría de estafadores, ladrones y asesinos condenados mantienen, para recibir con palizas e incluso amenazas de muerte a otros condenados por agresión sexual. La segunda, por aplicación lógica del principio de legalidad, porque el reproche jurídico-penal que justifica la respuesta punitiva, no puede extenderse a otros ilícitos.

Cuestión diferente son las carencias culturales cuando estas son tan graves que exigen una intervención generalizada sobre el recluso, para que este pueda ser instruido en la existencia de unos valores pronormativos generales, ante su situación personal de marginalidad social y cultural. Todos somos conscientes que la extrema pobreza provoca una débil o mejor inexistente cohesión social. De ahí que las personas situadas en esa condición padezcan una carencia generalizada de valores pronormativos o prosociales, porque han sido sustituidos por su lucha diaria por la supervivencia personal. También somos conscientes que al situación constituye una cantera habitual de delincuencia. Pero siendo esta una realidad, no podemos de la misma extraer una consecuencia general. Porque todos sabemos también que no toda la población reclusa ha nacido de esa bolsa de extrema pobreza. Ni hablar.

De ahí que debamos precisar cuál debe ser la misión principal del derecho penitenciario. Y sin duda alguna, esta debe ser la resocialización del recluso mediante la convicción de su rehabilitación por haber asumido aquellos valores pronormativos que su acción criminal demostraría no poseer.

Esa es la misión principal, cuya base nos debe ser proporcionada por los hechos declarados probados en la sentencia. Porque cualquier jurista sabe extraer de la lectura de la acción minuciosamente descrita cuál es el grado de perversidad criminal, para establecer los juicios posteriores que sean necesarios en relación con su rehabilitación. Así, por ejemplo, no puede merecer igual valoración un hecho cometido a sangre fría, con una perseveración en el tiempo, que un

resultado igual producido sin esos componentes, aún siendo el mismo hecho punible. De ahí que las circunstancias valoradas por el Juzgador penal sean muy importantes para el Juez de ejecución. Porque en definitiva, no se trata de establecer juicios morales o de valor de una persona (el Juez) sobre otra (el recluso). Sino razonamientos jurídicos que partiendo de una realidad reprochable penalmente (el acto sancionado) pueda apreciar una evolución posterior favorable (rehabilitación) que permita aplicar los mecanismos previstos en la ley (beneficios, libertad condicional, permisos..) para favorecer el proceso de resocialización del delincuente, sin vaciar injustificadamente su sentencia condenatoria.

B) Su relación con el derecho constitucional :

El derecho constitucional y singularmente el proceso de positivización y judicialización de los derechos fundamentales es uno de los progenitores indiscutibles del derecho penitenciario.

Es a partir de la segunda guerra mundial en donde cristaliza un proceso iniciado espontáneamente a ambos lados del atlántico para configurar, en un primer avance, la naturaleza normativa de la Constitución y caracterizarla como *norma normarum* del ordenamiento legal.

La segunda fase de esta proceso vendrá de la mano del proceso de positivización de los derechos fundamentales y de la aparición de una justicia constitucional con capacidad suficiente para imponer la defensa de los mismos frente a los Poderes Públicos.

Los derechos fundamentales se identifican básicamente con los derechos tanto individuales como sociales que quedaron ya cristalizados en el constitucionalismo liberal del período de entreguerras: derecho a la vida, libertad religiosa, libertad de expresión, derechos de asociación y reunión, derecho de huelga, etc, son algunos de los derechos que una constitución tipo debería consagrar. A estos derechos clásicos las constituciones modernas han añadido nuevos derechos, entre los que ocupan lugar destacado los denominados derechos de la tercera generación, que probablemente no gozan de tanta

fuerza/eficacia jurídica como los anteriores y cuentan con un grado de consolidación jurídica menos sólida.

Ahora bien, los actuales órdenes jurídico-políticos que se mueven en la órbita demo-liberal, son ordenamientos constitucionales que se han concentrado muchos más firmemente que los anteriores en la dignidad de la persona. Estamos viviendo, en buena medida, en un constitucionalismo que emerge a partir de la Segunda Guerra Mundial como reacción a un período de negación, no ya de los derechos básicos, sino negación de la dignidad de la persona misma. Nazismo, fascismo, franquismo han sido regímenes no sólo autoritarios, sino que *negaban la dignidad de la persona*. Y reaccionando frente a ello no es de extrañar que haya sido en la Alemania postnazi, en la Ley Fundamental de Bonn donde se formule por vez primera la nueva noción de los derechos fundamentales a la que vengo aludiendo, y que lo haga sobre la base de una explícita proclamación de la dignidad de la persona a partir de la cual se instala todo el orden jurídico constitucional. Recordemos a tal efecto las palabras con que se iniciaba el art. 1º de la Ley Fundamental de Bonn (en cuyo tercer párrafo surgía la expresión derechos fundamentales): *“la dignidad del hombre es intangible; respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”*.

Así pues, la característica que se añade en el nuevo orden establecido a partir de la segunda guerra mundial es que los derechos fundamentales más que nunca se entienden como manifestaciones de la dignidad de la persona. Se entiende por ello que, los derechos fundamentales son tales porque son el fundamento del orden jurídico-político en la medida en que materializan y concretizan la dignidad de la persona. Los derechos fundamentales son la concreción, según lo ha expresado el Tribunal Constitucional español, del superior orden objetivo de valores del ordenamiento.

La segunda consecuencia provocada ha sido el proceso de irradiación de los derechos fundamentales, cuyo contenido esencial reclama ser respetado no sólo por los Poderes Públicos, sino incluso en las relaciones entre particulares. Porque siendo todo el orden jurídico-político como una gran esfera que gira en torno a un núcleo central -la dignidad de la persona- que tiene su más inmediata

materialización en los derechos fundamentales, todos los restantes elementos de la esfera se hallan inexcusablemente impregnados por ese núcleo central y los enunciados constitucionales que más inmediatamente lo materializan: los derechos fundamentales. Es lo que la doctrina jurídico-constitucional ha denominado “la fuerza de irradiación de los derechos fundamentales”. De ahí que, frente a etapas anteriores, en la década de los 50 y 60 se comience y en las décadas de los 70 y 80 se acentúe y ponga en práctica, algo impensable en épocas anteriores.

Una tercera idea es que, en la actualidad, los derechos constitucionalmente reconocidos tienen un estatuto netamente jurídico en cuanto garantizado primordialmente a través de los mecanismos que el ordenamiento jurídico pone a su servicio. Esto significa que, sin perjuicio de la protección que a ellos les pueda brindar el sistema político democrático-pluralista en su conjunto, el nuevo modo de concebir los derechos ha dejado en buena medida de lado el territorio de las normas programáticas, que las más de las veces no eran más que declaraciones retóricas supeditadas a “la buena voluntad” de los gobernantes de turno. Por el contrario, en la actualidad las declaraciones de derechos se han incorporado al mundo de lo jurídico en el más pleno y fuerte sentido de la expresión.

Y los derechos fundamentales son derecho porque es la constitución misma que los acoge la que cobra verdadera dimensión y significación jurídicas en cuanto se halla dotada de la fuerza vinculante propia de las normas jurídicas. “La constitución es norma jurídica” es afirmación que se predica hasta la saciedad del texto constitucional español de 1978. Y lo mismo puede decirse de los regímenes constitucionales merecedores de tal nombre. Es cierto que todavía perdura la vieja distinción entre constituciones normativas, nominales y semánticas a que hiciera referencia Karl Lowenstein (*Teoría de la Constitución*). Pero las constituciones son hoy predominantemente jurídicas, esto es, normas que se incorporan al ordenamiento y gozan del estatuto y eficacia propia de éstas. Más aun, las constituciones no solo forman parte del ordenamiento jurídico, sino que son su norma de cabecera, de modo que sus enunciados (principios y reglas) vinculan a la totalidad de los poderes públicos, los cuales se hallan sometidos a aquella y obligados a respetarla. Consecuentemente, en la medida en que los derechos

fundamentales forman parte de esa norma así caracterizada, participan de esos mismos rasgos jurídicos que la constitución que los proclama.

Es más, los enunciados constitucionales que consagran derechos fundamentales vinculan de modo particularmente intenso a la totalidad de los poderes públicos de forma que ninguno de éstos se escapa a la fuerza ejercida por aquellos. El Poder Judicial (cualquiera que sea su denominación y sus manifestaciones), el Poder Ejecutivo (sea un Presidente o un Gobierno parlamentariamente responsable) y, sobretodo, el Poder Legislativo (de modo particularmente novedoso respecto a etapas anteriores), se hallan obligados por la fuerza vinculante de los derechos que la constitución consagra. Son derechos indisponibles en cuanto a su contenido esencial por los Poderes Públicos del Estado. Según se ha dicho son “derechos a prueba de mayorías”.

En efecto, quizás lo más peculiar hoy de los derechos fundamentales no sea tanto su fuerza sobre el Poder Judicial o el Poder Ejecutivo, sino que ni siquiera las mayorías parlamentarias, legisladoras por excelencia en el régimen democrático-representativo contemporáneo, pueden sustraerse a la fuerza vinculante de los derechos consagrados por la constitución. Antes, como escribiera a finales de los años 50 Otto Bachof (*Jueces y Constitución*), los derechos fundamentales valían lo que el legislador quería que valieran. La historia constitucional española del siglo XIX es muy significativa a este respecto en cuanto que los derechos quedaban totalmente a disposición del legislador y por ende no eran más que retóricas disposiciones que sólo cobraban significado en la medida en que el legislador los desarrollaba. Hoy, por el contrario, las leyes valen en la medida en que respetan los derechos fundamentales. Éstos imponen y marcan que leyes merecen formar parte del ordenamiento jurídico, en tanto que la norma contraria a los derechos que la constitución consagra está afectada de inconstitucionalidad y, por tanto, en cualquier momento puede perder toda virtualidad.

Sin embargo, no sólo en ese sentido de proyección sobre el legislador los derechos fundamentales han cobrado plena vigencia en el mundo del derecho. También en cuanto a su capacidad de cobrar vida en el mundo de la actividad

jurídica cotidiana se manifiesta la plena incorporación de los derechos fundamentales al terreno de lo jurídico. Podríamos decir que no sólo la constitución es fuente del derecho sino que es fuente de derechos (en plural), es decir, que es una norma que, además de vincular al legislador, genera verdaderas posiciones jurídicas subjetivas susceptibles de ser reivindicadas en sede jurisdiccional.

Es verdad, no obstante, que no todos los enunciados constitucionales que consagran lo que en un sentido lato se denominan “derechos fundamentales” son susceptibles de aplicación judicial en igual sentido. Por un lado existe un amplio elenco de derechos en los que predomina la función de operar como límites a la acción del poder; en ellos su aseguramiento por la jurisdicción ordinaria no ofrece problemas. Por el contrario existe otro amplio conjunto de derechos (los denominados derechos de prestación) que, en la medida en que su plena operatividad requiere acciones positivas de los poderes públicos, su aseguramiento por la vía judicial puede ofrecer problemas; en particular aquellos derechos que para alcanzar su plena virtualidad requieren ser implementados con una intervención política (ya legislativa ya ejecutiva) que les de un contenido preciso. Esto no quiere decir que el constituyente de un determinado país, dada la realidad social de la comunidad a la que sirve, no pueda conferir plena operatividad jurídica/judicial a determinados derechos prestacionales. No tiene el mismo sentido la protección del derecho a la vida, que el derecho al trabajo, por ejemplo. Porque el primero se defiende impidiendo cualquier agresión de alcance letal. Mas el segundo requiere, además, una serie de condiciones que en ocasiones los Poderes Públicos del Estado no pueden disponer.

Por último, es menester hacer mención al sólido sistema de garantías que ha surgido en el constitucionalismo moderno para proteger el contenido esencial de los derechos fundamentales.

La aparición de la justicia constitucional ha conducido a una cierta transformación del ordenamiento, que se ve impregnado de los principios y valores constitucionales merced, sobre todo, a la actuación diaria de la justicia

constitucional. Dicho de otra forma, la vieja idea de "legalidad" se ve reforzada, y en parte, reemplazada, por la idea de la "constitucionalidad".

Tradicionalmente la justicia constitucional se concebía como un concepto formal, lo que muy posiblemente se debía a un cierto "eurocentrismo jurídico". En efecto, durante buena parte de este siglo, la justicia constitucional era la justicia constitucional concentrada, diseñada de acuerdo, más o menos, con el modelo que configurara Hans Kelsen durante la década de los años 20, y, por tanto, como justicia constitucional residenciada en un órgano *ad hoc*, lo que contrastaba con el otro gran modelo de control de constitucionalidad de las leyes, el modelo difuso norteamericano o de *judicial review*.

Sin embargo, en la actualidad, mantener esa dicotomía resulta muy difícil ya que la misma se ha visto superada por el desarrollo de otros modelos en los que conviven técnicas procesales de control concentrado con técnicas de control difuso, y en los que órganos jurisdiccionales *ad hoc* conviven, y a veces se integran, con órganos judiciales ordinarios que desarrollan tareas de defensa y control de constitucionalidad.

En la actualidad la justicia constitucional, por lo que respecta a su organización, no puede reducirse a los dos modelos tradicionales de la justicia constitucional concentrada y de la justicia constitucional difusa. En todo el mundo, y muy singularmente en América Latina, han aparecido sistemas tributarios de ambos modelos teóricos, que mezclan elementos de ambos, y que los mezclan de muy distinta forma. Centrándonos solamente en lo relativo a la posición institucional del órgano encargado de la justicia constitucional, bien en exclusiva bien como cierre de un sistema difuso, y simplificando, en América Latina pueden identificarse tres sistemas organizativos de la justicia constitucional.

a) *Sistema de tribunal constitucional ad hoc*. En varios países existe un tribunal constitucional que ostenta, en monopolio o no, la justicia constitucional, pero que

se sitúa fuera del poder judicial, como órgano no sólo especializado sino también especial. Es el caso de Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala o Perú.

b) Sistema de órgano especializado dentro del poder judicial. En otros países, se mantiene también el principio de que el órgano encargado de la justicia constitucional sea un órgano especializado, pero éste se inserta en el seno del propio poder judicial. Así sucede en Costa Rica, El Salvador, Nicaragua, Paraguay, Venezuela y entiendo que también Honduras.

c) Sistema de atribución de la justicia constitucional a órganos judiciales no especializados. Un tercer grupo es el de los países en los que la justicia constitucional se "confunde" funcional e institucionalmente con la justicia ordinaria; tal es el caso de Argentina, Brasil, México, Panamá, República Dominicana o Uruguay.

La idea es que, sea cual sea el modelo de justicia constitucional utilizado la jurisdicción constitucional, incluso allá donde existen órganos específicos de justicia constitucional, alcanza a todos los jueces y tribunales. En efecto, si históricamente a veces querían presentarse los modelos de justicia constitucional concentrado y difuso como modelos que suponían, en el primer caso, el monopolio de aplicación de la constitución por el tribunal supremo, y en el segundo una equiparación funcional de todos los jueces y tribunales en dicha tarea, esa diferencia, suponiendo que alguna vez haya realmente sido así, hoy ya es inexistente. En efecto, incluso en aquellos sistemas de justicia constitucional en los que existe un órgano *ad hoc* de justicia constitucional, éste actúa como cierre del sistema o, como mucho, como titular en exclusiva de alguna competencia. Pero la idea de que la constitución debe aplicarse en todo tipo de relaciones jurídicas y, por tanto, en todo tipo de juicio, es una idea que se ha ido haciendo realidad y que convierte, al menos potencialmente, a cualquier órgano jurisdiccional en juez constitucional. Y no puede ser de otra manera en la medida

en que, como se ha visto, ha ido tomando cuerpo una concepción normativa de la constitución, que no sólo limita al legislador, sino que actúa como cabeza misma del ordenamiento; éste es un sistema de normas que encuentra su cúspide y las reglas formales y materiales que lo estructuran en la constitución; ésta es tanto *norma normarum*, como *lex legis*.

La proyección en el ámbito penitenciario de esta justicia constitucional ha supuesto un hecho trascendental y ha tenido un decidido protagonismo en la configuración del derecho penitenciario por diversas razones, siendo numerosas las sentencias que se han producido a lo largo de estos años sobre una pluralidad de aspectos. Y a pesar de la dificultad de ser una doctrina establecida por la vía del recurso de amparo, limitada por tanto a concederlo o a negarlo, tiene establecido un cuerpo doctrinal que conecta con la establecida por el mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos : *Que la Justicia no se detenga a las puertas de las cárceles*⁴, como expresión paradigmática de la preocupación más relevante de los Jueces de Ejecución o de Vigilancia Penitenciaria. Porque se trata de conjugar en todo momento la aplicación de la legislación *ad hoc* penitenciaria con la preservación del contenido esencial de los derechos fundamentales de los reclusos. Puesto que la tentación en atraer hacia la condena que le priva de su libertad la restricción de gran parte de los derechos que concretizan su dignidad como persona tiene un peso histórico considerable y una presión social constante. Es una triste realidad que la preocupación por la finalidad reabilitadora de la pena sólo es compartida por el Juez de Ejecución o de Vigilancia Penitenciaria, unos pocos funcionarios de prisiones, algunos reclusos y los familiares de estos.

Pero por mucha presión social –y fundamentalmente mediática- que trate de neutralizar los derechos fundamentales del interno, es nuestra obligación velar

⁴ Sentencia TEDH Caso Campbell y Fell, 28 de junio de 1984

por el reconocimiento de su dignidad como persona. Pues en ello está en juego la bóveda del Estado de Derecho.

C) Su relación con el derecho procesal :

Como hemos anticipado la ejecución de la condena privativa de libertad, en su doble vertiente, no es más que la tercera fase del proceso penal, tras la instrucción y el enjuiciamiento.

Tal continuidad obliga a extender a esta última fase las mismas garantías y reservas que han caracterizado la dos fases anteriores. Sería incongruente defender la hipótesis contraria. Máxime cuando se ventila un nuevo enjuiciamiento permanente sobre una pluralidad de conflictos : sea la aplicación de la legislación penitenciaria, sea la defensa de los derechos fundamentales del recluso, sea su posible rehabilitación, etc.

Como juristas no podemos permanecer insensibles ante las falencias que presente el proceso en esta fase o su pobreza de regulación para observar el núcleo de garantías irrenunciables que caracteriza a todo juicio penal : la inmediación, la concentración de pruebas, la oralidad, la contradicción...son principios que deben seguir caracterizando las decisiones que se adopten en la fase de ejecución. Goethe decía *“prefiero la injusticia al desorden”*. Pero en realidad tal expresión es un acertijo que se descubre cuando se lee de derecha a izquierda. Porque no hay peor injusticia que la provocada por el desorden. De ahí que el sistema procesal constituya el mecanismo indispensable para expresar los contenidos del Derecho Penitenciario. Este es un proceso abierto a la originalidad de esta fase del proceso, para mantener las garantías tradicionales, pero aperturando los nuevos cauces que den cabida a los nuevos conflictos que se plantean en el conflicto de privar temporalmente la libertad de una persona persiguiendo, entre otras cosas, su posible reinserción, a la par que se tutelan sus

derechos fundamentales. Es un escenario este tan nutrido de datos y conflictos que requiere un esfuerzo de organización considerable, porque jamás debe resolverse mediante la improvisación, dado que nos aboca en una relación de puro poder personal, sin contenidos jurídicos.

D) Su relación con el derecho administrativo :

Esta relación es muy estrecha en el escenario de la Europa continental, por el enorme desarrollo que allí se ha producido de la Administración Pública, a partir de la Revolución Francesa, con el consiguiente auge del derecho administrativo. Hasta el punto de ser legítima la interpretación de considerar al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria como la jurisdicción dedicada al control de la legalidad por parte de la Administración Penitenciaria. Definición que no deja de ser correcta, aunque insuficiente.

Efectivamente, porque hay un dato que no podemos perder de vista. Y es que por mucho control judicial que exista sobre la ejecución de la pena privativa de libertad, el Juez de Ejecución o el de Vigilancia Penitenciaria, no es el ejecutor material de la pena, ni de la medida de seguridad. Como tampoco el Juez de Letras o el de Instrucción detiene materialmente a la persona que ha ordenado arrestar. Esa es una actuación reservada a la Policía.

Y la perspectiva es mas compleja en el caso de un recluso al que hay que hospedar y alimentar todos los días en un establecimiento *ad hoc*, con un personal especializado, y al que se somete a la relación de *sujeción especial* que caracteriza la vinculación entre la Administración penitenciaria y el condenado.

En definitiva, hay que tener muy claro la posición de la Administración Penitenciaria y del Juez de Ejecución. Porque asumen funciones

complementarias. Y, aún siendo mas decisivas las de este último, no puede sustituir la intervención de la primera.

A partir de esta consideración de principios, la aparición de una legislación para regular la acción de la Administración Penitenciaria –en este caso la Ley de Rehabilitación del delincuente y reglamentos afines- revela que la supervisión del Juez de Ejecución consistirá en ejercer *el control de legalidad* sobre los actos de la Administración Penitenciaria. Función jurisdiccional especializada que resulta muy similar en este aspecto a la que realizan los Juzgados de lo contencioso-administrativo para el control de la legalidad de las Administraciones Públicas, con la exclusión de la Administración Penitenciaria en los aspectos que afectan a la ejecución de la condena de un recluso.

IV

La responsabilidad derivada de los perjuicios causados por los reclusos mientras cumplen condena

Deseo concluir esta primera aproximación poniendo sobre la mesa una cuestión importante que plantea uno de los debates más peliagudos que afectan a la Institución penitenciaria: la responsabilidad de la Administración penitenciaria cuando sus reclusos causan daños a los particulares, especialmente en el disfrute de los beneficios penitenciarios -permisos de salida, libertades condicionales, etc,- que les otorga la institución penitenciaria para el avance en su proceso de resocialización.

También cuando los reclusos sufren o causan algún daño durante el cumplimiento de la condena dentro del establecimiento penitenciario: suicidios, muertes violentas, accidentes y otros daños.

Y para no caer en el confusionismo, debe entenderse que abordamos esta reflexión entendiendo que la responsabilidad cabe extenderla también, en su caso, al poder judicial por la decisión que haya adoptado el Juez de Ejecución que autorizara el permiso de salida o la libertad condicional en la que el recluso cometiera los ilícitos que han causado grave daño a un tercero.

Porque de todos es sabido, que los dos pilares básicos sobre los que descansa todo Estado de Derecho son el principio de legalidad y el de responsabilidad de los poderes públicos.

El tema de la responsabilidad de la Administración en general, trasvasado a la Administración penitenciaria, por los actos dañosos causados en el patrimonio de los perjudicados es especialmente complejo, dado que abarca, de una parte los actos dañosos imputables a sus autoridades y funcionarios, como en el resto de las Administraciones Públicas y, por otra, los actos dañosos imputables a sus administrados, en este caso, los reclusos, y los que éstos puedan sufrir en esa relación de sujeción especial que les une con la Administración Penitenciaria y, en la que aquélla está obligada, entre otros deberes, a preservar su integridad y garantizar su seguridad.

La Administración penitenciaria presta un servicio público que tiene su realización material tanto dentro como fuera de los establecimientos penitenciarios, de ahí que el riesgo que genera ese servicio público es susceptible de producirse, tanto en el interior del Centro, como en el exterior del mismo.

A) En el marco interior del centro

En el interior de los centros penitenciarios los reclusos pueden sufrir en sus bienes y derechos, durante el cumplimiento de la condena, algún daño que la Administración Penitenciaria debe indemnizar por ser la responsable de preservar la salud e integridad de sus reclusos, en función de la red de obligaciones y derechos que surgen de la denominada *relación de sujeción especial*.

Así, por ejemplo, existe un ineludible deber de la Administración Penitenciaria de mantener a los presos en condiciones de dignidad y seguridad exigidas por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, artículo tercero, y las Declaraciones contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19-12-1966.

B) En el marco exterior del centro

El modelo de ejecución penal que instaura el ordenamiento penitenciario que tiene como objetivo conseguir que la persona que cumple condena pueda volver a la vida libre en las mejores condiciones para ejercitar socialmente su libertad, concibiéndose la sanción de la privación de libertad como tratamiento, es decir, como actividad directamente dirigida a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados, plantea como mecanismos inherentes situaciones que escapan del control de la Administración Penitenciaria y del Juez de ejecución, como son los permisos de salida, el régimen abierto, la libertad condicional etc.

Todos ellos son momentos de la ejecución penal que permiten, que el recluso permanezca fuera del recinto carcelario durante el cumplimiento de su condena, con el objetivo de conseguir los fines que deben orientar el cumplimiento de la pena privativa de libertad, que no son otros que los de la reintegración social del recluso, pero posibilitando, al mismo tiempo, que el beneficiario pueda incidir en la actividad delictiva. No resulta, en efecto, concebible un sistema penitenciario que cumpla el objetivo de la reinserción social manteniendo al recluso totalmente aislado de la sociedad circunstancia ésta, que evitaría la causación de posibles daños a los ciudadanos por parte de los que cumplen condena, pero que no respondería a las exigencias que demanda, al máximo nivel normativo, el ordenamiento jurídico que pretende la rehabilitación del delincuente.

A menudo se piensa que llevar a la práctica este objetivo tiene que implicar necesariamente para la sociedad un cierto riesgo definido en términos de generalidad. Así pues, de alguna manera, parece que la propia norma constitucional impone una carga general sobre la ciudadanía que está obligada a

soportar este riesgo, dentro de un nivel razonable, dada la trascendencia que el modelo de ejecución representa para la readaptación social de los reclusos y lo importantes que son para conseguir aquellas las relaciones del recluso con el mundo exterior.

Así, y en los términos que sostiene la teoría doctrinal -de la reparación del riesgo social- los servicios públicos crean situaciones de riesgo a los que nadie puede sustraerse, que la Administración no puede evitar, porque no puede dejar de actuar. Como la actividad de la Administración se realiza en beneficio de la colectividad es justo que el administrado, que sufre el daño, como consecuencia de esta actividad pública sea indemnizado económicamente por la colectividad .

La exigencia de responsabilidad a la administración penitenciaria, como al resto de las Administraciones públicas, se admite en dos momentos jurídicos diferentes. En primer término, como responsabilidad patrimonial. En segundo término, como responsabilidad civil subsidiaria.

La primera, dimana del funcionamiento del servicio público, es esencialmente objetiva, lo que presupone que se genera sin necesidad de culpa o negligencia del obligado a reparar el daño. La segunda es de naturaleza penal y se fundamenta en el principio de que toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente.

La primera responde al principio del reconocimiento del derecho a la indemnización por toda lesión que los particulares sufran, que se deba a funcionamiento de los servicios públicos. Esto es el denominado principio de responsabilidad objetiva, lo que supone que se genera sin necesidad de que concurra la culpa o negligencia del causante del daño.

La segunda responde al otro gran supuesto de responsabilidad en el que la Administración penitenciaria está implicada, viene dado por la responsabilidad a la que debe de hacer frente entre los daños causados por los penalmente responsable de los delitos dolosos o culposos.

A continuación, paso a exponerles algunos ejemplos jurisprudenciales de mi país, que materializan esa responsabilidad de la Administración Penitenciaria :

A) Cuando la prestación del servicio público penitenciario tiene lugar dentro del ámbito interior del Centro penitenciario

Se plantea en los casos de muertes o lesiones de reclusos a manos de otros reclusos, muertes por suicidios, por sobredosis, accidentes, u otro tipo de daños que puedan sufrir los internos dentro del recinto carcelario en sus bienes, derechos o intereses.

Los casos concretos:

a) Las muertes por suicidio:

«Se trata de un interno fallecido por suicidio que había sido objeto de tratamiento psiquiátrico e ingresado en varias ocasiones en centro psiquiátrico por hallarse afectado de una psicosis paranoide, pese a lo cual no se practica un examen médico psiquiátrico en el momento del ingreso en centro penitenciario, y además desde el momento de su detención no fue atendido por el médico psiquiatra ni fue remitido a centro psiquiátrico por no considerarlo necesario el equipo médico del centro penitenciario.» (*La sentencia del TS (28) 26-11-98 (Sala 3.ª)*):

Afirma esta sentencia que en el supuesto de fallecimientos de internos es establecimientos penitenciarios, especialmente si ha tenido lugar la intervención de una tercera persona como agente activo, la jurisprudencia es constante en exigir la presencia de algún elemento de anormalidad en el servicio penitenciario suficiente para establecer un «nexo de causalidad» entre la omisión administrativa y el fallecimiento, y determinar con ello el carácter antijurídico del daño producido y por lo tanto, la responsabilidad de la Administración penitenciaria

La sentencia del TS 30-3-99 (Sala 3.ª) se pronuncia en semejantes términos:

«Se trata de un interno que ingresó en prisión sin ser cacheado en debida forma, pues no se le despojó de las prendas de que pudiera hacer uso, como el cinturón con el que se quitó la vida, deficiencia que fue notada por la doctora del centro, quien advirtió que el cinturón debía ser retirado a todo ingresado, no cumpliéndose tampoco el protocolo de suicidios que se recoge en Instrucción del centro directivo.»

En estas sentencias se aprecia la responsabilidad de la Administración por la existencia de un *nexo causal* justificado en el hecho de que la Administración no haya adoptado todas las medidas adecuadas para evitar el suicidio: por no conocer el estado psicológico del interno, por no haberle prestado un adecuado cuidado, no haber adoptado las medidas de vigilancia precisas, u otras deficiencias en la atención que las circunstancias hayan requerido. Todo ello bajo el prisma de la culpa «*in vigilando*». En todas estas sentencias se aprecia la responsabilidad patrimonial, que se justifica en el funcionamiento anormal del servicio público penitenciario, por concurrir falta de vigilancia y seguridad en la Administración penitenciaria que, de existir, hubiera impedido tal resultado. El elemento de anormalidad es el que establece el nexo de causalidad.

Supuestos en los que no se aprecia la responsabilidad de la Administración penitenciaria:

«Se trata de un interno que decidió poner fin a su vida ahorcándose con una sábana que sujetó al borde de la ventana de su celda, sin que a tenor de los datos obrantes en el expediente administrativo y sobre todo, por las declaraciones de los funcionarios del centro y los testimonios de los compañeros se advirtiese nada anómalo en su comportamiento ni se detectase ningún síntoma que pudiera indicar su posterior reacción por lo que entiende la Sala que no se dan los presupuestos necesarios para generar responsabilidad patrimonial por parte de la Administración.»(*sentencia del TS (Sala 3.ª) de 19-6-98*)

«Se trata de un interno en prisión que se suicida, sin que se advirtiera que se encontrara en situación sumamente depresiva que originara el desenlace, habiendo recibido previamente asistencia médica prevista reglamentariamente en

la que se afirma que no era previsible una acción como la expresada, así como que requiriera especial vigilancia.» (*La sentencia del TS 19-1-99 (Sala 3.ª)*)

En estas sentencias no se aprecia la responsabilidad de la Administración penitenciaria por la inexistencia del nexo de causalidad, al entender que éste queda roto desde el momento en el que el daño causado se entiende de única y exclusiva responsabilidad de la víctima, lo que rompe el nexo de causalidad y exonera de responsabilidad a la Administración penitenciaria. Frente a las anteriores sentencias, aquí, el elemento de normalidad en la prestación del servicio público es el que rompe el nexo de causalidad y exonera de responsabilidad a la Administración.

b) Las muertes o lesiones violentas:

«Se trata de la muerte de un recluso que se produjo como consecuencia de una herida incisa en la fosa ilíaca izquierda producida por otro recluso sin que se encontrase el arma ni se averiguase el autor y que el herido dejó transcurrir tres horas hasta que dio aviso a los funcionarios.» (*sentencia del TS 25-1-97 (Sala 3.ª)*)

En esta caso el funcionamiento del servicio público fue correcto, no hay razón para exonerar a la Administración, ya que se cometió la agresión con un arma cuya existencia no fue detectada por los encargados de la vigilancia, quienes no impidieron tampoco que el autor de aquella alcanzase a su víctima, por lo que el cuidado de los presos no resultó eficaz.

«Un caso de lesiones sufridas por interno en establecimiento penitenciario, a causa de la paliza proporcionada por otros internos.» (*sentencia del TS 23-2-99 (Sala 3.ª)*)

Se considera en esta sentencia que las lesiones causantes de la incapacidad se produjeron como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos penitenciarios al permanecer el interno agredido sin vigilancia alguna el mismo día de su ingreso, a pesar de tratarse de un preso acusado de violación,

particular circunstancia de falta de vigilancia que supone el incumplimiento de los particulares deberes que al respecto impone la normativa penitenciaria.

«Muerte de un recluso en centro penitenciario por apuñalamiento de otro recluso calificado de peligroso y sobre el que no se tomaron medidas especiales a su ingreso en el centro.»(*sentencia del TS 5-11-97.Sala 3ª*).

La jurisprudencia, en mi país, en materia de responsabilidad patrimonial del Estado por muertes violentas o agresiones que puedan sufrir los reclusos en Establecimientos Penitenciarios toma como punto de partida para el fundamento de la misma la existencia de un deber de la Administración de velar por la vida de los internos, evitando resultados dañosos. Partiendo de este principio general, la infracción concreta de dicho deber se establece en no haber impedido, mediante las adecuadas medidas de vigilancia, que los internos autores de estas agresiones violentas dispongan de armas u objetos peligrosos, especialmente de aquellos denominados «pinchos», que son armas artesanales confeccionadas al efecto, con la indudable finalidad de su utilización agresiva, y secundariamente en la inexistencia de vigilancia en las zonas donde ocurren los hechos. Esta es la doctrina establecida por la Sala 3ª del Tribunal Supremo.

Pero también existe la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por muertes o lesiones violentas ocurridas en el interior de los CP protagonizadas por reclusos contra otros reclusos, con fundamento legal en el Código Penal.

«Un interno apuñala a otro con un “pincho” causándole la muerte.» (*sentencia del TS 20-4-96 (Sala 2.ª)*):

En el hecho probado se demuestra que el homicidio tuvo lugar en la sala de televisión después de una discusión entre el procesado y su víctima que degeneró en golpes mutuos, hasta que en un momento determinado, el acusado sacó una navaja del bolsillo de un 10 cm. de hoja y con ánimo de acabar con su vida le asestó 5 cuchilladas produciéndole una intensa hemorragia interna que determinó su muerte. Indica esta Sentencia que resulta evidente que la Administración

Penitenciaria ha incumplido las previsiones establecidas en la legislación penitenciaria en orden al control y vigilancia de los reclusos.

«Muerte de un interno en un establecimiento penitenciario ocasionada por otro interno con un “pincho carcelario” consistente en una hoja de tijera con empuñadura cubierta con esparadrapo.» (*sentencia del TS 27-5-96 ,Sala 2.ª*).

La doctrina que sostiene el Tribunal Supremo en una interpretación extensiva sobre la responsabilidad civil subsidiaria, con cierto abandono de los principios de la «*culpa in vigilando*» y «*de la culpa in eligendo*», que va dando paso a determinados efectos de la responsabilidad objetiva, bien se tenga en cuenta la doctrina de la creación del riesgo, o la que determina que quien tiene los beneficios de ciertas actividades debe pechar con los daños y perjuicios de las mismas. Teniendo en cuenta que la normativa penitenciaria impone la realización de controles de los internos mediante registros y requisas, cuya finalidad no se agota en la protección de la seguridad y el orden disciplinario del Establecimiento, sino que se extiende también a la seguridad de las personas, que forma parte del personal del mismo o que están reclusos en él, estando fuera de toda discusión que la Administración Penitenciaria debe disponer de medios que preserven la vida e integridad física de los reclusos

El fundamento en el que la jurisprudencia basa la responsabilidad civil subsidiaria del Estado es el mismo que el de la responsabilidad patrimonial, el fallo en los controles necesarios para evitar estos hechos. En definitiva, la existencia de un fracaso en el servicio penitenciario para cumplir con la obligación de velar por la vida, integridad física y salud de los internos, atribuible a un deficiente funcionamiento del servicio público penitenciario. La exigencia de responsabilidad por esta vía se realiza al ser conocido el autor del hecho y enjuiciado y condenado por ello.

c) Otras muertes: sobredosis y accidentes

Se trata de supuestos en los que los internos sufren algún daño en su vida o integridad física a causa de accidentes o por sobredosis provocadas con el consumo de tóxicos:

«Se trata de un fallecimiento por asfixia que ocurre tras haber tenido lugar un incendio en una celda donde se encontraba el interno.»(*sentencia del TS 26-4-97 Sala 3.^a*)

«Muerte de tres hermanas por inhalación de monóxido de carbono en un incendio que tuvo lugar en la celda que compartían, parece ser que el incendio fue provocado por una de ellas aunque se desconoce si de forma intencionada o accidentalmente.»(*sentencia de la AN 8-4-98*)

En estos casos, como hemos visto que ocurre con los suicidios; la conducta del propio interno debería de romper el nexo de causalidad y eximir a la Administración de responsabilidad, al deberse el daño a la sola y exclusiva culpa de la propia víctima. Sin embargo, especialmente en los casos de muertes por incendio, observamos que el criterio jurisprudencial encuentra siempre una concausa en la producción del hecho relacionada con el servicio, aunque haya que buscarla en la imprevisión para impedir estas conductas. Y en este sentido, se sostiene que la nota de exclusividad del servicio debe ser entendida en sentido relativo y no absoluto, pues si esta nota puede exigirse con rigor en supuestos dañosos acaecidos por funcionamiento anormal, el hecho de la intervención de un tercero o la concurrencia de concausas imputables, unas a la Administración y otras a personas ajenas e incluso al propio perjudicado, imponen criterios de compensación para atemperar la indemnización, pero no para excluirla.

B) Cuando la prestación del servicio público tiene lugar en el ámbito externo del Centro penitenciario

Se plantea en aquellos casos en los que la Administración penitenciaria en ejecución del modelo de cumplimiento de la pena privativa de libertad autoriza la salida de los reclusos al exterior, bien en los permisos de salida, libertades condicionales u otros beneficios durante los cuales los reclusos puedan cometer

acciones delictivas con los correspondientes daños y perjuicios a las víctimas de los mismos.

a) Las libertades condicionales

La libertad condicional es un beneficio penitenciario que, en el modelo de ejecución que preconiza nuestro sistema penitenciario, permite que el recluso pueda cumplir parte de su condena en régimen de libertad. Aunque pueda parecer una paradoja el recluso sigue cumpliendo la condena, pero lo hace en régimen de libertad plena, aunque sometido a los controles que se determinen. Durante el disfrute de este beneficio es posible que el liberado cometa alguna actuación delictiva, causando daños a las víctimas de la misma, quién debe de responder por estos daños, el autor de los mismos, o la Administración penitenciaria. Veamos la respuesta de la jurisprudencia ante estos hechos.

«Se trata de un interno que durante el disfrute de la libertad condicional raptó, violó y mató a una niña con tan sólo 9 años de edad.»(*sentencia AN 3-7-97*)

«Se trata de un interno penado en libertad condicional que durante el disfrute de la misma cometió un robo con violencia y resultado de muerte.»(*sentencia de la AN 26-11-97*)

Aquí, en principio, no se puede considerar que existe relación causal alguna entre aquel funcionamiento y esos daños. Sólo si se advierte la existencia de funcionamiento anormal, principalmente desde una perspectiva de omisión, es cuando se podrá afirmar que la actuación de la Administración penitenciaria ha podido contribuir a causar el daño que directamente es imputable a una persona ajena a la relación de especial sujeción. Dice la doctrina de estas sentencias que enlazar el resultado lesivo de estas acciones ilícitas con la obligación de la Administración de reparar el daño causado por el funcionamiento de los Servicios Públicos es, en la mayor parte de las ocasiones, muy difícil, y sólo mediante la abstracción de los requisitos establecidos para ello e interpretando de una forma muy extensiva los mismos, pudiera reconocerse la existencia de dicha obligación. Excluye esta doctrina la posibilidad de que la obligación reparadora surja con

carácter genérico por el mero hecho de que una persona en situación de libertad condicional haya causado un daño.

b) Los permisos de salida

«Muerte violenta de un ciudadano causada por reclusos con permisos otorgados por la Administración Penitenciaria.»(*Sentencia del TS 16-12-97 Sala 3.ª*)

La Sala entiende que los perjudicados no tienen obligación de soportar el daño padecido, cuyo carácter antijurídico proclama en el hecho de que aún sin que pueda hablarse en absoluto de un incumplimiento desde el punto de vista subjetivo, resulta cierto que desde un punto de vista estrictamente objetivo el permiso concedido se reveló como gravemente inadecuado y, por ello, cabe hablar de una anormalidad en el funcionamiento del servicio penitenciario que por sí mismo determina el carácter antijurídico del daño padecido. La Sala entiende que basta que la peligrosidad del interno pasara inadvertida a las Autoridades penitenciarias para considerar que el permiso se reveló como improcedente en función de las características y circunstancias personales del penado, cuya peligrosidad permaneció oculta y si esta se hubiese conocido, sin duda el permiso no hubiera sido autorizado.

«Se trata de un interno que durante el disfrute de un permiso de salida causó infracciones penales tales como robo, violación, agresión sexual y lesiones a una persona, este interno fue condenado en la vía penal.»(*Sentencia AN 28.1.98*)

En la determinación de si se da esta circunstancia es preciso realizar un examen valorativo partiendo de las circunstancias de cada caso. El estudio de la casuística jurisprudencial conduce a incluir como perjuicios necesitados de resarcimiento, aquellos a cuya producción confluyen circunstancias similares a las propias de la culpa o anormalidad en el funcionamiento del servicio, dado que el carácter objetivo de la responsabilidad no excluye que el carácter antijurídico del daño causado pueda inferirse de factores subjetivos de culpabilidad o del incumplimiento objetivo de normas o deberes, y aquellos que se generan en

determinados supuestos en que la Administración previamente ha creado un riesgo, o en que el sufrido por el particular o el usuario del servicio es superior al objetivamente admisible en función de los *estándares* sociales del funcionamiento del mismo .

Un aspecto importante debe de ser tenido en cuenta en aquellos casos en los que los beneficios penitenciarios son concedidos o autorizados por el Juez de Vigilancia. En estos casos habría que diferenciar entre la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y la responsabilidad del poder judicial, cuando es el Juez, en definitiva, la autoridad que concede estos beneficios.

En los casos en que el permiso haya sido concedido por la Administración Penitenciaria, la responsabilidad no cabe extenderla al poder judicial.