

- Sargento, alguna vez ha perdido a un hombre por una cuerda de guitarra?
- No, señor
(El Mayor Eichmann, dirigiéndose al guardián de la prisión militar en la película "Doce del Patíbulo")

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

1.1.- OBJETO, LÍMITES Y METODOLOGÍA DEL TRABAJO

El viaje a la prisión es un viaje interior por caminos en que se mezclan la literatura, el miedo, el deseo de venganza o la curiosidad como en ese laberinto de espejos de las atracciones de feria.

Llevo bastante tiempo tratando de darme una justificación creíble para elaborar y publicar un trabajo como este. Puede haber varias.

Existe empatía hacia el sufrimiento de las personas que me hablan desde el otro lado de los barrotes o del cristal.

Existe apoyo hacia las personas que desde el ámbito de la Administración Penitenciaria saben que, como en el cuento. en el fondo el emperador camina desnudo y tratan desde su coherencia de actuar conforme a ese descubrimiento.

Existe por último un convencimiento profundo y personal de que las cosas en las cárceles no funcionan bien, sentimiento compartido con personas de diferentes procedencias que operan en este ámbito.

He escuchado muchas veces argumentos sobre la facilidad o la intrascendencia del ejercicio del derecho penitenciario, rama que al parecer no tiene la complejidad ni reviste la dificultad de comprensión y aplicación de otros sectores tal vez más ilustres y menos discutidos en su autonomía científica que el que nos ocupa.

Esta afirmación es un lugar común contra el que es bastante difícil combatir y que en realidad esconde una cierta dejadez del jurista, dejadez que me parece tanto más grave cuanto que la materia penitenciaria en general y la sancionadora en particular afecta decisivamente a la totalidad de la vida de una persona privada de su libertad personal. Es decir, además de duro, no tiene prestigio dedicarse a esto.

Paradójicamente creo que la protección jurídica de la libertad frente a la posible privación de ella es más débil cuanto más amenazada está. Hay un antes y un después de la sentencia que condena a pena privativa de libertad. El antes está lleno de literatura sobre principios y garantías jurídicas con un funcionamiento más o menos seguro y previsible para el operador, avalado por la producción de doctrina y jurisprudencia abundantes y exhaustivas.

Y sin embargo, nos hemos desentendido del después. Con carácter general, no se estudia la ejecución penal en las facultades de derecho, son contados los autores que se dedican al tema con cierto rigor, y es observable una laxitud en la observancia de principios generales del derecho en la producción normativa y jurisprudencial, ocasionada en parte por la dispersión y por la falta de una doctrina fuerte. Recientemente he tenido noticia de que ni siquiera el estudio de esta materia entra en el programa de formación del Consejo General de la Abogacía Española, cuando hasta ahora lo venía haciendo.

Todo esto determina que hablemos en la actualidad de un derecho menor, poco sistematizado y poco jerarquizado, donde existe una cierta dejadez del jurista, que se olvida de criterios básicos de análisis.

Es esto una casualidad? La realidad es que la defensa de los derechos de las personas presas se hace extremadamente difícil debido a la brutal ruptura que existe entre la dogmática, devaluada además, y la práctica. Esta es una cuestión que se refleja en la relación que existe entre la LOGP, aprobada en un momento de fe, y las sucesivas desesperanzas que constituyen los Reglamentos Penitenciarios que se han dictado, acogidos a lecturas cada vez más restrictivas, cuando no contrarias, a la propia Ley.

Las enormes diferencias de interpretación y aplicación de preceptos e incluso la dificultad de búsqueda del sentido y aplicación de las instituciones jurídicas penitenciarias ocupan buena parte del tiempo del operador jurídico.

Ello hace que junto con Tratados Internacionales y Leyes Orgánicas sea imprescindible la consulta de circulares e instrucciones de la más diversa índole, así como normas de régimen interior de las prisiones, órdenes de Dirección etc.

Resalto además, como ya he adelantado, la falta de una jurisprudencia unificada que en el asunto que nos ocupa alcanza el grado más alto de dispersión al ser el Juez de Vigilancia Penitenciaria la última instancia judicial que conoce sobre un acuerdo sancionador, fuera de los casos atribuibles al Tribunal Constitucional a través de un recurso de amparo y del limitado recurso de casación para unificación de doctrina, introducido por la Ley 5/2003.

La dispersión se agrava en materia sancionadora, ya que tradicionalmente se viene entendiendo que no cabe apelación contra las resoluciones del Juzgado de Vigilancia que resuelvan un recurso de reforma frente a un expediente disciplinario.

En consecuencia no es extraño que haya sido el Tribunal Constitucional el que a lo largo del tiempo haya concretado la mayoría de los principios a los que se sujeta la relación sancionadora penitenciaria.

No creo que sea una situación deseable. El recurso de amparo está limitado a la defensa de derechos fundamentales, más allá de la mera legalidad ordinaria, y su resolución tarda años, con lo que no se consigue ninguna tutela de la situación jurídica individualizada del que recurre. A su vez, no consigue criterios unificados en los que el Juez pueda basarse a la hora de resolver el caso concreto, ni sobre la forma ni sobre el fondo.

En definitiva, los interesados en el estudio del derecho penitenciario nos vemos obligados a mantener un equilibrio difícil entre la necesidad de dotar de rigor y dignificar un área del derecho dotándola de instrumentos de interpretación y

aplicación y la obligación de operar en una práctica que básicamente desprecia o ignora todos estos instrumentos.

Para la realización del presente trabajo se ha acudido a distintas fuentes.

La propia lectura del derecho positivo aplicable aporta datos interesantes, pero es sin duda insuficiente.

He acudido también a obras de consulta general en materia de derecho administrativo con el fin de encuadrar correctamente la sanción penitenciaria dentro de las relaciones de especial sujeción y dentro de la necesaria comparación con la doctrina general sobre derecho administrativo sancionador.

Son imprescindibles por supuesto los manuales y las escasas monografías que se ocupan de temas penitenciarios. No todos han sido utilizados pero sin duda he consultado la práctica totalidad. Junto a ello, he acudido una variedad de artículos, algunas ponencias en Jornadas o Encuentros que se encuentran sin publicar y por supuesto los criterios refundidos de actuación de los Jueces de Vigilancia elaborados en sus diferentes reuniones.

Considero además imprescindible realizar referencias a algunos estudios sociológicos que me permiten no alejarme de la realidad. Así, se introducen en el trabajo libros como el de Mil voces presas o Mirando el Abismo de los profesores Cabrera y Ríos basados en encuestas realizadas a los propios presos, a los que quiero dar voz.

Aparte de la doctrina, he consultado jurisprudencia, especialmente, como se ha dicho, del Tribunal Constitucional, aunque también aquella menor recopilada por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias hasta el año 2003.

En cuanto al sistema de citas utilizado, trato de combinar la brevedad que facilite la lectura con la identificación precisa de la obra empleada y su fecha de publicación. Por ello, a lo largo del texto están citados los manuales y comentarios con un título abreviado. Las obras monográficas las cito con una palabra clave que

se encuentra resaltada en negrita en el apartado final del trabajo destinado a bibliografía. Los artículos de revistas o libros colectivos se citan por el título abreviado (seguido al menos del año de publicación) de la revista o libro de que se trate. Para citar las páginas, individualizo el número de página de la que extraigo el contenido; si son dos lo indico con las letras “y ss.” y si me refiero a más de dos, el número de página inicial de referencia y el final se encuentran separados por un guión.

Este trabajo se ciñe exclusivamente a la materia penitenciaria sancionadora, haciendo únicamente las referencias imprescindibles al marco general del derecho administrativo y aún del derecho penitenciario. Dejo de lado muchas discusiones y debates sobre teoría general, debates en los que no pretendo entrar ni tomar posición.

Sin embargo, si que he pretendido tomarla en los momentos en que me parecía necesario aclarar mi posición en puntos conflictivos y he incluido párrafos a modo de conclusión cuando debido a la extensión de los epígrafes me ha parecido conveniente al final de los mismos

En el siguiente apartado haré una breve reseña de la normativa que resulta de utilidad para el estudio de la sanción penitenciaria. Debo advertir que a lo largo de la exposición no presto más que la imprescindible atención a la legislación histórica no aplicable, dado que mi objetivo es el aquí y ahora.

1.2.- EL DERECHO POSITIVO

La regulación del régimen sancionador penitenciario se encuentra recogida en la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979 de 26 de septiembre, en concreto en sus artículos 41 a 45 en lo relativo al régimen sancionador y medios coercitivos, mientras que las así denominadas recompensas se recogen en el art. 46, y el procedimiento de intervención de las Fuerzas de Seguridad en la Disposición Final Primera. Esta Ley fue modificada en algunos de sus apartados por la Ley Orgánica 13/1995 de 18 de diciembre, aunque sin afectar al tema que nos ocupa.

El primer desarrollo reglamentario de la LOGP se realizó mediante Real Decreto 1201/1981 de 8 de mayo, que incluyó la primera tipificación de infracciones y su correlación con las sanciones y asimismo procedió a la regulación de las recompensas, el régimen de ejecutoriedad, la prescripción y un procedimiento sumario para la imposición del castigo.

Esta primera aproximación no dio resultados satisfactorios ya que fue modificada parcialmente por el Real Decreto 787/1984 de 28 de marzo. La propia exposición de motivos del Real Decreto es suficientemente expresiva al dar las razones del cambio normativo, bastando la lectura de uno de sus párrafos:

En la fijación de infracciones, se supera el desequilibrio hasta ahora existente entre los tres tipos de faltas, ampliándose las garantías de los internos en la formulación de un procedimiento sancionador que venga a llenar el vacío normativo que se aprecia en el Reglamento que se reforma. Se concreta a los supuestos más graves la posibilidad de que la interposición de recursos contra los acuerdos sancionadores no suspenda la efectividad de la sanción. Se suprime la dualidad actual invalidación-cancelación, regulando únicamente la cancelación, y se fija para la prescripción unos plazos más acordes con la totalidad de nuestro ordenamiento jurídico.

El Reglamento de 1981 modificado de esta forma sobrevivió a la entrada en vigor de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común que reguló en su Título IX los principios a los que debía someterse el ejercicio de la potestad sancionadora y el procedimiento sancionador por parte de las Administraciones Públicas (artículos 127 a 138) que, no obstante, resultaban aplicables por el principio de jerarquía normativa en todo lo no regulado por la LOGP.

Esta situación de conflicto, resuelta en la práctica por la absoluta ignorancia e inaplicación de los principios contenidos en la LPA en contra del mencionado principio de jerarquía normativa, duró hasta la promulgación del Real Decreto 190/1996 de 9 de febrero, consecuencia a su vez de la reforma penal más amplia operada con ocasión de la aprobación de la Ley Orgánica 10/1995 de 12 de diciembre del Código Penal.

En mi opinión, la reforma desaprovechó la oportunidad de modificar de la misma manera la LOGP cuyo régimen de infracciones y sanciones, remodelado en el Senado de manera más acorde a la aplicación del principio de legalidad, desapareció del texto final aprobado por el Congreso de la Ley Orgánica 13/1995 de 18 de diciembre sobre modificación de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

En la actualidad, el art. 232 del Reglamento Penitenciario vigente se remite específicamente a la aplicación de los principios contenidos en la LPA zanjando así una situación que era dogmáticamente insostenible.

El control jurisdiccional de los actos de la Administración Penitenciaria se regula en el art. 76 de la LOGP y en lo relativo al régimen de recursos en el artículo 82.1.3º la Ley Orgánica del Poder Judicial 7/1988 de 28 de diciembre y asimismo en su disposición adicional 5ª apdo. 2ª modificada por la L.O. 5/2003 de 27 de mayo.

Más de veinte años después de la aprobación de la LOGP y pese a lo establecido en su artículo 78.1 sigue sin promulgarse ninguna norma que regule las cuestiones de procedimiento de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria existiendo únicamente unas “*prevenciones*” dictadas con carácter de urgencia en el año 1981 por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo y que recogen únicamente principios básicos de actuación.

Esta situación ha determinado que durante años los Jueces de Vigilancia se hayan reunido periódicamente estableciendo diferentes criterios de actuación, criterios a los que se hará referencia a lo largo de la exposición y que si bien no pueden ser considerados como normas vinculantes constituyen una pauta interpretativa que considero importante.

La misma Ley Orgánica 5/2003, cuya exclusiva finalidad es introducir un Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria en la Audiencia Nacional, vuelve a desaprovechar una magnífica oportunidad de regular de manera mínimamente coherente el régimen de recursos incidiendo en todos los vicios y defectos que ya se observaban anteriormente y que venían siendo denunciados por la doctrina y sufridos por el operador jurídico.

En lo relativo a los presos preventivos, considero aplicable los arts. 521 a 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y más específicamente el art. 525¹ en lo relativo al régimen sancionador.

En cumplimiento de la Disposición Transitoria cuarta del Reglamento Penitenciario la Dirección General de Instituciones Penitenciarias dictó la Instrucción 19/1996 que dedica el punto 14 a efectuar una interpretación del “régimen disciplinario” y a establecer como anexo los modelos unificados para el procedimiento sancionador que se utilizan en todos los Centros Penitenciarios.

Además, dada la remisión efectuada por algunos tipos, a la manera de normas penales en blanco, no cabe desconocer la importancia de la existencia de normas de régimen interior de cada Centro Penitenciario a partir de unas Normas de Régimen Interior Normalizadas que son aprobadas por la Subdirección General de Gestión Penitenciaria. Su conocimiento es imprescindible para integrar las conductas sancionables, aunque se adelanta la crítica de que en este aspecto se ha producido una auténtica “deslegalización” que más adelante analizaremos exhaustivamente.

Con respecto a las circulares, creo que constituyen una peculiar técnica normativa que alcanza gran importancia en el medio penitenciario y que han venido a regular con exceso en ocasiones aspectos legales y reglamentarios creando con ello situaciones de inseguridad jurídica y en ocasiones instituyendo auténticos regímenes paralelos no contemplados en la Ley ni el Reglamento Penitenciarios².

Considero necesario asimismo realizar cuando sea necesario una breve referencia al ámbito penitenciario militar, que si bien afecta a un pequeño número de presos, tiene gran importancia dogmática al concurrir en ellos la circunstancia de ser

¹ Dice el art. 525 que “No se adoptará contra el detenido o preso ninguna medida extraordinaria de seguridad sino en caso de desobediencia, de violencia o de rebelión, o cuando haya intentado o hecho preparativos para fugarse.” Soy consciente de que esta postura excluye la aplicación de varios tipos sancionadores a los presos preventivos.

² Véase la creación del FIES mediante instrucción 21/1996. En el mismo sentido RÍOS MARTÍN, MANUAL ... 2001. Pag. 279

presos y militares, dos de las categorías tradicionalmente incluidas en las relaciones de sujeción especial, con las consecuencias que más adelante se verán.

De manera totalmente autónoma, la relación penitenciaria militar se venía regulando en el Real Decreto 3331/1978 de 22 de diciembre sobre Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares cuya previsión sancionadora, contenida en los artículos 67 a 73 del texto pretería cualquier principio de régimen común, estableciendo un catálogo de *faltas* y *correcciones* perfectamente basado en los principios de jerarquía y disciplina militares bastante poco respetuoso a mi entender con los principios constitucionales y generales del procedimiento sancionador.

Esta regulación fue modificada por Real Decreto 1396/1992 de 20 de noviembre cuyo artículo 20, en un afán armonizador, se remite al Reglamento Penitenciario común, si bien se reserva algunas especialidades. Debo reseñar también que en este ámbito el control jurisdiccional de la potestad disciplinaria, regulado en los arts. 356 y ss. de la Ley Orgánica 2/1989 de 13 de abril se aparta del régimen general.

He tenido en algún momento la tentación de incluir en el ámbito de este trabajo la LO 5/2000 de 12 de marzo de Responsabilidad Penal de los Menores. Esta Ley regula dentro de su CAPÍTULO III, arts. 54 y ss. una serie de “*reglas especiales para la ejecución de las medidas privativas de libertad*”, que constituyen en mi opinión una verdadera Ley Penitenciaria. En concreto el art. 60, bastante extenso, establece un régimen disciplinario que se diferencia poco del instituido con carácter general en la LOGP. Recientemente además se ha promulgado el Real Decreto 1774/2004 de 30 de julio de Reglamento de la Responsabilidad Penal de los Menores que contiene en su sección tercera un auténtico reglamento penitenciario, copiado a veces literalmente del de adultos (y por tanto reproduciendo sus errores) y que valdría la pena estudiar con detenimiento. Vale pues para su análisis lo que aquí se diga con carácter general, especialmente con relación al principio de legalidad, y haciendo notar que la sanción “reina”, la separación del grupo, sigue los parámetros de la sanción de aislamiento, apreciándose incluso más dureza en algunos aspectos de su ejecución.

Sin embargo creo sinceramente que un análisis más exhaustivo hubiese excedido el ámbito de este trabajo, ya que me hubiese obligado a examinar los fines en este ámbito de la sanción y en consecuencia a entrar en el análisis del modelo educativo de la Ley. Me quedo con la terrible duda de si lo único que se ha hecho es reproducir a la medida de los niños un esquema represivo sancionador puramente penitenciario, con prevalencia absoluta del aislamiento (“separación del grupo” en términos que utiliza la legislación) cuando lo que se pretende en todo momento, según la exposición de motivos de la Ley, es tutelar el “superior interés del menor”.

En lo que respecta al ámbito internacional y por su importancia en la incorporación a la doctrina constitucional, me remito al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos aprobadas por la Organización de Naciones Unidas. Especial incidencia concedo al art. 6.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por su configuración histórica en el alcance y límites del castigo penitenciario.³

CAPÍTULO II : EL MARCO PENITENCIARIO SANCIONADOR

2.1.-FUNDAMENTO Y NATURALEZA DE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN

A lo largo del tiempo, la existencia de la potestad sancionadora de la Administración se ha ido afirmando como un hecho indudable en los países de nuestro entorno⁴, superada ya la vieja polémica doctrinal sobre si debe existir una potestad sancionadora por parte de la Administración o su ejercicio debe atribuirse siempre y en todo caso a los Tribunales.⁵

2Una cita de las sentencias más relevantes en el ámbito penitenciario tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como del Tribunal Constitucional puede verse en RIVERA BEIRAS, I.: LA CÁRCEL ... 1996. INDICE. Pag. 269 y ss.

⁴ Incluso según NIETO históricamente, a diferencia de otros países de nuestro entorno cultural “*En España siempre se ha considerado obvia la existencia de una potestad sancionadora de la Administración compatible con otra similar propia de los Tribunales de Justicia*”. NIETO. DERECHO ADMINISTRATIVO ... 1993. PAG. 81.

⁵ El debate producido en la doctrina española se puede consultar en NIETO. DERECHO ADMINISTRATIVO ... 1993. PAG. 80 y ss.

En el origen de la discusión siempre se ha manifestado una cierta desconfianza hacia la actividad de la Administración derivada de la tradicional lucha entre el viejo poder monárquico que se ejerce sin habilitación legal alguna ni control y el Parlamento, que a través fundamentalmente de la implantación progresiva del principio de legalidad trata de imponer frenos a esa actividad descontrolada.

Esta dialéctica se ha visto superada por la evolución histórica que, a través de la implantación del Estado de Derecho ha dotado de legitimidad democrática al poder ejecutivo y también por la realidad, dado que, en palabras de NIETO *“los Jueces, desbordados por el trabajo, se baten en retirada y hoy se está generalizando el proceso de despenalización en España como en el resto del mundo. Otra cosa no puede ser. El Legislador español, como el del resto de Europa, sabe perfectamente que si se hiciesen realidad los sueños iniciales de PARADA y GARCÍA DE ENTERRÍA, se colapsaría de inmediato la Administración judicial o habría que multiplicar por diez mil la plantilla judicial.”*⁶

Más allá de ese debate, siguiendo al mismo NIETO en sus conclusiones, creo que hoy en día el auténtico problema de la potestad sancionadora administrativa no es el de si debe existir o no sino su juridificación, a efectos de que su ejercicio esté revestido de las máximas garantías posibles para el administrado.

Siguiendo a MADRID LÓPEZ (VIII REUNIÓN...1996, Pag. 44), diferentes han sido las teorías sobre el origen de las diferencias entre el ius puniendi del Estado con carácter general y la potestad sancionadora de la Administración.

Así, una primera teoría diferencia ambos desde un punto de vista puramente cuantitativo: será infracción administrativa aquella de menor gravedad, dado que las consecuencias más aflictivas para el ciudadano y singularmente la privación de libertad están reservadas a la actuación de los Jueces y Tribunales donde reside originariamente la facultad de castigar ex art. 117.3 de la CE.

Otra segunda teoría defiende que la diferencia radica en la antijuridicidad correspondiendo al ámbito penal la represión de los ataques a bienes jurídicos mientras que los intereses puramente administrativos serían tutelados con la sanción.

Un tercer grupo de teorías eclécticas reservan la represión penal para las actuaciones de la Administración que protejan los intereses generales mientras que la tutela de los propios intereses de la Administración (autotutela) se protegería por sanciones de naturaleza administrativa.

Aún existe una cuarta postura que diferencia entre infracciones gubernativas y disciplinarias. El ámbito más característico de estas últimas sería el poder correctivo de la Administración sobre los funcionarios públicos caracterizado históricamente como una compensación: la Administración facilita a los funcionarios la estabilidad y adquiere poder correctivo sobre ellos, basándose en una relación de sumisión o sujeción especial.

Para este autor, con la Constitución de 1978 en la justificación de esta potestad se encuentra en la formulación concreta del art. 25.3, si bien en sentido negativo, al prohibir a la Administración Civil la imposición de sanciones que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad. Asimismo, su existencia se puede deducir del art. 45.3 que establece la posibilidad de sanciones administrativas en supuestos de actuaciones contra el medio ambiente.

La jurisprudencia española se ha adscrito a las teorías puramente formales entendiendo que una sanción será administrativa o penal dependiendo del órgano que la imponga.

Así, la doctrina del Tribunal Constitucional ha señalado que existe una sustancial identidad del *ius puniendi* aunque con matices derivados de las especialidades del interés a proteger y de la prontitud y rapidez de la reacción. En consecuencia un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales, si bien señala que los principios penales son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho Administrativo Sancionador. (STC 18/81 de 8 de junio y 15 de junio de 1981)

De la formulación constitucional contenida en el art. 25.3 derivan asimismo los límites de su ejercicio, que en los términos fijados por la STC 77/1983 de 3 de octubre son

“a) La legalidad, que determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma de rango legal, como consecuencia del carácter excepcional que los poderes sancionatorios en manos de la administración presentan.

b) La interdicción de las penas de privación de libertad, a las que puede llegarse de modo directo o indirecto a partir de las infracciones sancionadas.

⁶ NIETO. DERECHO ADMINISTRATIVO ... 1993.PAG. 82

c) *El respeto a los derechos de defensa, reconocidos en el art. 24 de la Constitución, que son de aplicación a los procedimientos que la Administración siga para la imposición de sanciones, y*

d) *finalmente, la subordinación a la autoridad judicial.”*

En conclusión, creo que hoy en día, y aunque sólo sea por respeto a la realidad, cabe sostener la existencia de una potestad sancionadora de la administración en materia penitenciaria, afirmación que ha de matizarse en el sentido de que esta potestad debe estar sometida a la aplicación de los principios y garantías establecidas con carácter general para el Derecho administrativo sancionador y al necesario control jurisdiccional de estos actos por medio del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Como ha señalado PIÑOL⁷, largo es el camino que se ha recorrido en la aproximación de los principios y garantías del derecho penal al procedimiento sancionador, camino que, lo adelanto, en el ámbito penitenciario ha sufrido una clara ralentización a raíz de la aplicación en este área de la denominada Relación de Sujeción Especial (RSE). Esta Doctrina permite en determinados supuestos el debilitamiento de los derechos fundamentales y las garantías recogidas con carácter general para el procedimiento sancionador cuando lo aplicamos en una prisión.

Dada la importancia de esta figura, que proyecta sus efectos sobre toda la relación penitenciaria, y en especial la sancionadora, considero necesario dedicar un apartado a indagar sobre su significado y contenido a fin de poder considerar su aplicación al ámbito disciplinario penitenciario. Para ello nos basaremos fundamentalmente en el trabajo del profesor LASAGABASTER HERRARTE.⁸

2.2.- LA FIGURA DE LAS RELACIONES DE SUJECIÓN ESPECIAL.

El profesor Lasagabaster define las RSE como *“esa construcción jurídica que fundamenta un debilitamiento o minoración de los derechos de los ciudadanos o*

⁷PIÑOL. ELPROCEDIMIENTO...1998

⁸ LASAGABASTER HERRARTE. LAS RELACIONES... 1994

de las sistemas institucionalmente previstos para su garantía como consecuencia de una relación cualificada con los poderes públicos, derivada de un mandato constitucional o de una previsión legislativa conforme con aquélla que puede ser, en algunos casos, voluntariamente asumida, y que, a su vez, puede venir acompañada del reconocimiento de algunos derechos especiales en favor del ciudadano afectado por una tal situación.”⁹

Las relaciones de sujeción especial son una vieja creación del Derecho alemán imperial mediante las cuales se justificaba una fuerte intervención sobre determinados sujetos, sin respeto a sus derechos fundamentales ni al principio de la reserva legal, que resultaría intolerable para los ciudadanos que se encontraran en una relación de sujeción general.¹⁰

Esta determinación origina dos clases de ciudadanos: la generalidad, que disfruta de todos los derechos, y en la que tienen vigencia todos los principios constitucionales, y otra categoría, las RSE, donde esos derechos y principios se encontrarían minorados. Las relaciones de sujeción especial no tienen una definición abstracta que sea válida, pues su razón de ser no se encuentra en una categoría abstracta o genérica como la potestad (de la que deriva la sujeción general), sino en relaciones jurídicas concretas, en títulos jurídicos precisos.

Se dice que ciertos ciudadanos están sometidos a restricciones en sus derechos o que el principio de legalidad tiene una vigencia limitada, así en el caso de los presos, los militares, los funcionarios o los estudiantes, grupos que tradicionalmente han sido incluidos dentro de este tipo de relaciones.¹¹

Esta categoría siempre ha planteado problemas en su definición. Así, según MALZ¹² *“el concepto de RSE tiene virtualidades muy distintas, según cada época histórica, configurándose en ciertas ocasiones como un concepto “calderilla”, que recoge supuestos no encuadrables en los principios generales, pero que no tienen entre sí nada en común, o muy poco, legitimándose la decisión en una categoría*

⁹ LASAGABASTER HERRARTE. LAS RELACIONES... 1994. Pag. 25

¹⁰ NIETO. DERECHO ADMINISTRATIVO ...1993. Pag 223 y ss.

¹¹ LASAGABASTER HERRARTE. LAS RELACIONES... 1994. Pag. 418.

¹² Citado por LASAGABASTER HERRARTE. LAS RELACIONES... 1994. Pag. 26.

jurídica que no puede tener en la actualidad el mismo significado que en el siglo pasado”.

Las RSE han afectado a tres categorías fundamentalmente: el principio de legalidad, los derechos fundamentales y la tutela judicial. Para LASAGABASTER¹³ *“el concepto de RSE no recibe el tratamiento necesario. Se admiten las consecuencias de su aplicación sobre otras categorías jurídicas, pero sin indagar sobre el alcance de la figura utilizada. No existe un concepto o categoría jurídica que pueda definirse como RSE, que permita la definición de las relaciones jurídicas ciudadano-Estado calificables de RSE.”*

Sigue diciendo este autor que *“En las RSE el ciudadano está sujeto especialmente, lo que no hace, en su caso, sino describir una situación, pero no da un concepto justificante de esa situación, lo que al final produce una clara tautología...el operador jurídico tiene aquí un verdadero talismán, que sin mayor esfuerzo que su sola utilización, permite justificar actuaciones administrativas que de otra forma serían perfectamente ilegales...se utiliza un concepto cuyo alcance es perfectamente desconocido, para resolver cuestiones que no tienen homogeneidad entre ellas.”*¹⁴

En el caso alemán, después de la entrada en vigor de la Ley Federal de Bonn, la teoría de las Relaciones de Sujeción Especial se va a seguir manteniendo, si bien se va a ir produciendo paulatinamente una superación de las mismas. La Ley Federal de Bonn no hace ningún reconocimiento constitucional específico de esta categoría con carácter general, pero si menciona categorías particulares, como las prisiones o la enseñanza. Según LASAGABASTER *“esto no quiere decir, ni así puede ser interpretado, que de esta forma se reconozca la categoría RSE. Lo único que el texto constitucional reconoce es la existencia de categorías, cuya configuración jurídica concreta dependerá del legislador, en el respeto de los principios constitucionales”.*¹⁵

¹³ LASAGABASTER HERRARTE. LAS RELACIONES... 1994. Pag.. 137.

¹⁴ LASAGABASTER HERRARTE. LAS RELACIONES...1994. PAG. 153

¹⁵ LASAGABASTER HERRARTE. LAS RELACIONES...1994. Pag. 54

Las críticas doctrinales que se fueron acumulando finalizaron con un pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal de 14 de marzo de 1972, que resuelve precisamente un recurso interpuesto por una persona presa, en el que se declaró específicamente que las relaciones de sujeción especial no escapan a las garantías de reserva de la ley, de respeto a los derechos fundamentales y de la protección de los Tribunales.¹⁶

A partir de entonces, tras un análisis exhaustivo de todos los derechos fundamentales para ver la incidencia que la figura de las RSE puede tener en su interpretación, la doctrina y la jurisprudencia alemanas han condenado al ostracismo, por no decir al olvido, dicha categoría.¹⁷

Para entonces la doctrina española había recogido la figura de manera bastante acrítica, sin realizar ningún tipo de construcción doctrinal suficientemente desarrollada.¹⁸

Pero lo verdaderamente importante ha sido el éxito alcanzado en la práctica forense. El Tribunal Supremo se ha hecho amplio eco de su utilización, más allá de las categorías tradicionales a las que se había venido restringiendo. LASAGABASTER señala que se ha aplicado nada menos que en relación con las profesiones tituladas y colegios profesionales, con el sistema financiero y los seguros, con los servicios públicos, especialmente en el ámbito local y con la actividad de la Administración ad intra, entre otros supuestos.¹⁹

Señala este autor en definitiva que *“La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo ponen de manifiesto la ausencia de trabajos doctrinales, utilizando la categoría RSE sin conceptuarla, como útil comodín para resolver los entuertos que el legislador provoca, especialmente en cuestiones de legalidad, evitando dictar sentencias que en una recta aplicación de los principios jurídicos o de la teoría del derecho acarrearían consecuencias gravemente perjudiciales para la comunidad. La consecuencia más grave de todo lo anterior es*

¹⁶ LASAGABASTER HERRARTE. LAS RELACIONES... 1994. Pag. 57.

¹⁷ LASAGABASTER HERRARTE. LAS RELACIONES... 1994. Pag. 423

¹⁸ Para un estudio de las teorías de la doctrina española sobre RSE. Cfr. LASAGABASTER HERRARTE. LAS RELACIONES... 1994. Pag. 153 y ss.

*la inseguridad. El ciudadano, y el jurista también, está incapacitado para discernir cuándo se encuentra en una RSE y, lo que es más grave, qué consecuencias jurídicas tiene una tal situación.*²⁰

En conclusión, se puede decir que la figura de las RSE es una figura anacrónica que ha ido abandonándose paulatinamente por la doctrina y jurisprudencia alemanas, donde tuvo su origen. Este abandono es debido a los problemas de definición que plantea y a su evidente colisión con el principio de legalidad y con la protección de derechos fundamentales constitucionalmente garantizados, especialmente la tutela judicial efectiva.

Sin embargo, esta figura ha sido adoptada por la doctrina española sin profundizar excesivamente en su significado y sobre todo por la jurisprudencia, que ha extendido su ámbito de aplicación a todo tipo de situaciones fuera de las tradicionales utilizándola como criterio de minoración de derechos y garantías sin profundizar en una definición de la categoría ni de su funcionalidad.

Realizada esta breve introducción puedo entrar en el análisis de la aplicación concreta que se ha hecho de esta figura en el ámbito penitenciario y especialmente en la sanción penitenciaria.

2.3.- ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LAS RELACIONES DE SUJECCIÓN ESPECIAL EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO SANCIONADOR.

Tradicionalmente, el ámbito de la pena privativa de libertad ha sido incluido dentro de la categoría de las RSE.

Lo primero que observa quien se acerque al estudio de esta materia es que no existen pronunciamientos doctrinales genéricos sobre la definición y límites de la relación de sujeción especial penitenciaria. Esta situación responde en cierto modo a

¹⁹ LASAGABASTER HERRARTE. LAS RELACIONES... 1994. Pag. 163

²⁰ LASAGABASTER HERRARTE. LAS RELACIONES...1994. Pag. 171.

la siguiente lógica: si la recepción de la figura es tardía en la doctrina del derecho público español, que a su vez dedica escasas monografías a su análisis, y si además el derecho penitenciario, cuyo desarrollo a caballo entre el derecho administrativo y el penal tiene poco más de veinte años, ha merecido escasa atención entre los tratadistas, el resultado es que el jurista tiene poco más que la jurisprudencia constitucional para extraer conclusiones.

En definitiva, la totalidad de los autores que estudian las RSE en materia penitenciaria sancionadora, lo hacen al hilo de la jurisprudencia constitucional que se ha ido desgranando sobre la materia. Y ese es el camino que seguiré yo también.

Según recoge RODRÍGUEZ ALONSO, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha movido en torno a dos ideas fundamentales²¹:

- La potestad disciplinaria de la Administración es consecuencia del principio de especial sujeción.
- La relación preso-administración penitenciaria es una relación jurídico administrativa y no penal, sin perjuicio de la aplicación de algunos principios penales que afecten a bienes jurídicos fundamentales.

Trascendentes en la definición del marco jurídico penitenciario fueron la STC 74/85 de 18 de junio de 1985 siendo ponente Tomás y Valiente y sobre todo la STC 2/87 de 21 de enero de 1987 siendo ponente Rodríguez-Piñero. Estas dos resoluciones dan origen a una doctrina que con matices, se ha ido sosteniendo hasta la actualidad.

La primera resolución que calificó la relación administración-presos como una RSE fue la STC 74/1985. Se trataba de un supuesto en que el preso solicitó el amparo por considerar, entre otros supuestos, que la negativa de la administración a permitir la defensa letrada ante la entonces Junta de Régimen y Administración vulneraba su derecho a la defensa. El TC tras mantener la legitimidad constitucional de la potestad sancionadora de la Administración denegó el amparo solicitado,

²¹ RODRÍGUEZ ALONSO. LECCIONES...1997. Pag. 232.

minorando el alcance del derecho fundamental de la persona presa al considerar que

“Es claro que el interno de un centro penitenciario está respecto a la Administración en una relación de sujeción especial de la cual deriva para aquélla una potestad sancionatoria disciplinaria, cuyo ejercicio y límites se regulan en los arts. 104 y ss. Rgto. Penitenciario (RD 1201/1981 de 8 mayo y RD 787/1984 de 28 marzo, de reforma parcial de aquél)”

Sin embargo, en aquél momento, el Tribunal no definió en qué consistía ni qué límites tenía esta relación de sujeción especial. Es más, cuando le toca argumentar por qué se deniega en concreto el amparo, el Tribunal no menciona expresamente la figura de la sujeción especial, sino que, tras reconocer que en un proceso penal la denegación de la asistencia letrada hubiera sido ilegal, en este caso el preso tuvo la posibilidad de asesorarse previamente a su asistencia a la Junta y por tanto no se vulneró en definitiva su derecho de defensa.

En resumen el Tribunal lo que hace es buscar una solución al conflicto manteniendo el *status quo* sancionador de la Administración, cuya modificación hubiese creado cambios de importancia en las prisiones. Lo hace sobre la base de conjurar una RSE que a la hora de la verdad opera como título justificativo del verdadero argumento de referencia: no es necesaria asistencia letrada porque el preso puede asesorarse previamente.

Se produce en conclusión una minoración del derecho de asistencia Letrada en materia sancionadora amparado por un título débil (el reglamento) que a su vez busca dar cobertura a una situación de hecho. En ningún momento se entra a explicar qué bien o derecho es imprescindible proteger mediante una necesaria minoración de los derechos de los reclusos. Ni por qué ese bien o derecho debe ser prevalente al derecho de defensa de los mismos

Abierta ya la puerta de la utilización de la RSE, la importante STC 2/1987 abundó algo más en la categoría. Además de incidir en lo ya resuelto en la anterior Sentencia, lo importante de esta resolución es la aplicación que hace el Tribunal del principio de legalidad en materia penitenciaria sancionadora.

Se trataba de saber el alcance constitucional que tenía la falta de cobertura en la LOGP de las sanciones previstas en el Reglamento Penitenciario. Estableció el TC que:

“Sin entrar aquí en el tema más general del alcance de la reserva de Ley en las sanciones administrativas, debe tenerse en cuenta que la referencia a la legislación vigente en el art. 25.1 CE, tiene un alcance diferente, al menos, en lo que se refiere a la tipificación del ilícito, cuando se trata de la determinación de contravenciones "faltas", en el seno de una relación de sujeción especial, como es la de los internos en establecimientos penitenciarios...

El interno se integra en una institución preexistente y que proyecta su "autoridad" sobre quienes, al margen de su condición común de ciudadanos, adquieren el "status" específico de individuos sujetos a un poder público que no es el que, con carácter general, existe sobre el común de los ciudadanos. En virtud de esa sujeción especial, y en virtud de la efectividad que entraña ese sometimiento singular al poder público, el "ius puniendi" no es el genérico del Estado, y en tal medida la propia reserva de Ley pierde parte de su fundamentación material, dado el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria, expresiva de la capacidad propia de autoordenación correspondiente, para determinar en concreto las previsiones legislativas abstractas sobre las conductas identificables como antijurídicas en el seno de la institución.

Claro está que también a estas relaciones de sujeción especial sigue siendo aplicable el art. 25.1, y, obviamente el principio de legalidad del art. 9.3 CE. Pero ello en este caso no puede tener el mismo alcance que en la potestad sancionadora general de la Administración ni mucho menos que respecto a las sanciones penales.²²

Por lo tanto en esta Sentencia el TC consagró esta situación de sujeción especial y, a pesar del énfasis puesto en la aplicabilidad del art. 25.1, extrajo una serie de consecuencias restrictivas a la aplicación de las plenas garantías constitucionales derivadas del mismo con especial incidencia en el ámbito sancionador.

Acudo a la autorizada voz de LASAGABASTER²³, con quien estoy totalmente de acuerdo, cuando argumenta que *“una primera consideración a la que debe llevar esta sentencia es la siguiente: el principio de legalidad encuentra aplicación en las RSE, aunque, eso sí, pierde algo de su “fundamentación material”.*

²² El entrecomillado se encuentra literalmente reproducido del texto de la Sentencia consultada por mí.

²³ LASAGABASTER. LAS RELACIONES...1994. Pag. 252.

Esta afirmación es un tanto abstracta, difícil de aprehender. La necesidad de reducir el alcance del principio de legalidad no parece que se pueda mantener sustentada en un concepto tan tenue. Si la LOGP establece una tipificación de sanciones que se remite a una norma reglamentaria, parece que sería necesario justificar la remisión en concreto realizada, sin resolverla mediante una argumentación tan general. No es defendible una afirmación del tono de la realizada por el TC al definir el carácter “en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria”. Hay muchos otros campos del derecho, otras materias, donde se puede hablar de ese carácter insuprimible de la potestad reglamentaria, sin que constituyan ninguna de las categorías que se da en denominar RSE.”

La pregunta que debemos hacernos en el marco de este trabajo es ¿entonces, por qué el Derecho penitenciario? No cabe deducir que toda esta doctrina sea creada por el Tribunal Constitucional sin una finalidad concreta.

Creo sinceramente que el Tribunal Constitucional trata de mantener la autoridad penitenciaria sin provocar reformas costosas o bruscas que sin duda se producirían con una visión amplia del derecho de defensa. Para ello acude a una técnica tan gratificante como la de RSE que le permite argumentar la minoración de derechos fundamentales sin necesidad de desplegar excesiva motivación.

En todo caso, es una situación que crea inseguridad jurídica y que podría evitarse si el Tribunal Constitucional definiese razonadamente el contenido del título jurídico concreto en que consiste la relación penitenciaria enmarcada por el art. 25 de la CE a la luz de la aplicación de los derechos fundamentales y los principios generales de derecho administrativo sancionador.

Quizá alarmado por los propios excesos de la doctrina establecida, posteriormente el Tribunal Constitucional ha ido matizando su postura inicial y así la STC 120/90 de 27 de junio, que trataba del recurso de amparo interpuesto por presos pertenecientes al GRAPO a los que la Administración alimentó forzosamente, aun manteniendo la inicial consideración establece que

“Aunque el concepto de relación especial de sujeción es de por sí impreciso (STC 61/1990), no puede ponerse en duda que la reclusión en un centro penitenciario origina una relación jurídica de esa naturaleza, según ha declarado la STC 2/1987, y así se desprende directamente de la propia Constitución, cuyo art. 25.2, en atención al estado de reclusión en que se encuentran las personas que cumplen penas de privación de libertad, admite que los derechos constitucionales de estas personas puedan ser objeto de limitaciones que no son de aplicación a los ciudadanos comunes y, entre ellas, las que se establezcan en la ley penitenciaria, que regula el estatuto especial de los reclusos en centros penitenciarios. Esta relación de especial sujeción, que debe ser siempre entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente que corresponde a los derechos fundamentales, origina un entramado de derechos y deberes recíprocos de la Administración y el recluso, entre los que destaca el esencial deber de la primera de velar por la vida, integridad y salud del segundo, valores que vienen constitucionalmente consagrados y permiten, en determinadas situaciones, imponer limitaciones a los derechos fundamentales de internos.”

A pesar de todo, aunque en este caso el TC habla de “sentido reductivo” de la RSE, hace gala de la misma abstracción que caracteriza su jurisprudencia anterior. Además en este supuesto el Tribunal acabó denegando el amparo solicitado por los presos, con lo que la matización que introduce no obtuvo ninguna aplicación práctica.

Además, con base en esta argumentación, el TC está admitiendo otras diferenciaciones en la limitación de derechos fundamentales. Abre la puerta también a que se aplique a ciudadanos presos que se encuentren en situaciones distintas a las de los recurrentes. En este caso se encontraban en una huelga de hambre que en otro momento de la sentencia el Tribunal no duda en calificar de “ilícita”.

En esta sentencia es donde, según LASAGABASTER²⁴ el TC pone más claramente de manifiesto la funcionalidad de la categoría de las RSE en relación con la protección de los derechos fundamentales. Añado que mi impresión es que el Tribunal va definiendo las limitaciones de derechos y principios en función del caso concreto, pero no da las verdaderas razones de la decisión.

Este pronunciamiento ha tenido su continuación en la STC 48/1996 de 25 de marzo, que enfatiza la exigencia de tutela de los derechos de los internos no limitados por el fallo condenatorio y el sentido de la pena en virtud precisamente de

²⁴ LASAGABASTER. LAS RELACIONES...1994. Pag. 352.

la Relación de sujeción especial y con resoluciones como la de la STC 192/96 de 25 de noviembre que dice

“Es claro que la situación de sujeción especial del interno en establecimiento penitenciario no puede implicar la eliminación de sus derechos fundamentales, e impedir que la justicia se detenga en la puerta de las prisiones...”

Y asimismo en la STC 170/1996. En este caso se trataba de una queja interpuesta por el interno de un centro penitenciario por la insuficiente motivación de la intervención de las comunicaciones orales y escritas. Esta intervención se realiza con fundamento en su clasificación por parte de la Administración Penitenciaria dentro del Fichero de Internos de Especial Seguimiento regulado en la Instrucción 21/96. El TC estima el amparo interpuesto sin mencionar para nada la RSE.

Con posterioridad, la STC 83/1997 elude la utilización del término relación de sujeción especial al especificar

Y, en lo que afecta al presente recurso, ha de precisarse que este Tribunal viene destacando que, tratándose de sanciones disciplinarias impuestas a internos penitenciarios, este conjunto de garantías se aplica con especial rigor, al considerar que la sanción supone una grave limitación a la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de una pena (SSTC 74/1985, 2/1987, 297/1993, 97/1995, 128/1996, etc.), resultando además evidente que las peculiaridades del internamiento en un establecimiento penitenciario no pueden implicar que "la justicia se detenga en la puerta de las prisiones" (SSTC 2/1987, 297/1993, 97/1995, 127/1996, 128/1996 y STEDH Campbell y Fell de 28 junio 1994).

El hecho de hablar de “peculiaridades del internamiento”, iniciando un reconocimiento del título jurídico diferenciado penitenciario y de poner el acento en el elemento protector de las relaciones de sujeción especial apuntaba a una interesante evolución de la argumentación del Tribunal.

Esta evolución tuvo su continuidad en las STC 143/1997 y 200/97 que huyen de la categorización de la relación para entrar directamente en el fondo de los derechos fundamentales invocados con aplicación del art. 25.2 de la C.E. Sin embargo, ninguna de estas sentencias se refería a procedimiento disciplinario . Se observa más específicamente en la STC de 12 de junio de 2000.

Sin embargo, cuando nos referimos a procedimiento disciplinario, esa evolución se tuerce. Así se ha vuelto a observar en la STC 157/00 de 26 de junio de 2000, que habla precisamente de esta materia y STC 27/01 de 29 de enero de 2001 una vuelta a la relación de sujeción especial. En estas resoluciones se observa una suerte de inercia argumentativa por parte del máximo intérprete de la CE con copia de párrafos y argumentos, sin añadir nada nuevo.

Considero interesante una breve explicación de los supuestos de hecho de algunas de estas últimas sentencias con objeto de saber si el TC sigue alguna línea argumental clara

En la STC 143/1997 de 15 de septiembre, siendo ponente Gabaldón, se queja el recurrente de la insuficiencia de la razón aducida en el acuerdo impugnado - ausencia de una evolución favorable- para justificar el mantenimiento del régimen penitenciario excepcional previsto en el art. 10 LOGP (Ley Orgánica General Penitenciaria), con la estimación de dicho precepto en cuanto requiere que los presupuestos de aplicación del régimen cerrado se aprecian por causas objetivas en resolución motivada.

Dicha insuficiencia de motivación no habría sido subsanada por los subsiguientes autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y de la Audiencia Provincial, lo que constituiría una evidente vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24,1 CE).

También denuncia la demanda de amparo la vulneración del art. 25 CE que pretende verse en la existencia y aplicación al recurrente de circulares y Comunicaciones Internas de la Administración Penitenciaria, denominadas "Normas Comunes Tipo", por las cuales se concreta el régimen de vida penitenciario establecido en el art. 10 LOGP, no respetando buena parte de su contenida la legislación penitenciaria, estableciendo unas clasificaciones que ésta no prevé y restringiendo los derechos fundamentales de los internos más allá de lo que la regulación legal permitiría. Tales circulares, al afectar a los derechos fundamentales de los internos, vulnerarían el principio de reserva de ley consagrado en el art. 53,1 CE. En concreto, la demanda de amparo acentúa la similitud entre la reglamentación

establecida por la circular de 26 junio 1989 y las normas de aplicación en el módulo de aislamiento núm. 1 del Centro Penitenciario de Preventivos Madrid II.

El Ministerio Fiscal informó a favor de la postura del recurrente y el TC estimó el recurso concediendo el amparo sin mencionar tampoco para nada las RSE. Además lo hizo tras definir detalladamente el contenido de los derechos fundamentales invocados en el ámbito del título jurídico contenido en el art. 25 de la CE sobre la relación penitenciaria. Sin embargo, no va a estimar el recurso, alegando la falta de prueba de la vulneración denunciada en ese concreto asunto

Señala el Tribunal que

“Para poder estimar esa alegación resultaría imprescindible que las denominadas “Normas Comunes Tipo” aplicadas al recurrente hubieran restringido, más allá de lo permitido por la Ley Penitenciaria, un derecho fundamental del actor de los incluidos en el Título 1º de la C.E. Sin embargo, la demanda no concreta tal lesión ni ésta se deduce del análisis de las normas que la Circular de 2 de agosto de 1991 dedica a regular la denominada “Segunda Fase” aplicada. Tal Circular regula los cacheos y requisas, las salidas de las celdas, la limpieza de éstas y de las zonas comunes, la tenencia de ropa y enseres íntimos, el número de horas de vida en común que, como ya dijimos, se fija entre cuatro y seis diarias, etc., sin que se detecte ninguna determinación que restrinja un derecho fundamental de los aludidos o reduzca de forma esencial el ya mermado “status libertatis” del penado fuera o más allá del marco diseñado por la ley penitenciaria y su reglamento. Por ello el presente motivo de amparo ha de ser desestimado tanto en relación con el acto de la Junta de Régimen del Centro Penitenciario como respecto de las resoluciones judiciales que lo confirmaron.”

Mejor suerte corre sin embargo la alegación relativa a la vulneración de la tutela judicial efectiva por insuficiente motivación. En ese concreto punto, el Tribunal establece que:

“Según este Tribunal ha tenido ocasión de afirmar, la motivación de las resoluciones judiciales constituye una exigencia constitucional que, dirigida en último término a excluir la arbitrariedad, se integra en el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 C.E.. También hemos advertido en reiteradas ocasiones que no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los

criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión" (SSTC 14/1991, 28/1994, 145/1995, 32/1996, 66/1996, 169/1996, etc.)...

En el supuesto que nos ocupa, la clasificación de un penado en un determinado grado configura el estatuto jurídico del preso, siendo el régimen cerrado previsto en el art. 10 L.O.G.P. el más riguroso y el que implica una mayor limitación del ya sustancialmente restringido status libertatis, por lo que la legislación penitenciaria confiere a su aplicación un carácter excepcional (art. 10.2 L.O.G.P. y art. 38.1 R.P. aplicable) para los penados clasificados de peligrosidad extrema o para casos de inadaptación a los de régimen ordinario y abierto, circunstancias éstas que han de ser apreciadas "por causas objetivas en resolución motivada" (art. 10.1 L.O.G.P.). Tal carácter excepcional se deriva no sólo del mayor control y vigilancia a que se ven sometidos los clasificados en dicho régimen y por la limitación de las actividades en común, pautas con las que genéricamente define la Ley penitenciaria el régimen cerrado, sino por las negativas consecuencias que su aplicación comporta en otros aspectos de la vida penitenciaria. Por ello la aplicación del régimen cerrado ha de reservarse a aquellos supuestos en que los fines de la relación penitenciaria no puedan ser obtenidos por otros medios menos restrictivos de derechos.

En el caso de autos, la aplicación de esa doctrina determina, de acuerdo con lo interesado por el Ministerio Fiscal, la estimación del amparo por lesión del derecho a la tutela judicial efectiva. En lo que a los Autos del Juzgado de Vigilancia se refiere, aun señalando que ni la concisión ni el U80 de modelos implica necesariamente una falta o insuficiencia de la motivación (SSTC 184/1988, 125/1989, 74/1990, 169/1996, entre otras), lo cierto es que la respuesta ofrecida no satisface la exigencia derivada del art. 24.1 CE. El órgano judicial en los dos Autos impugnados se limitó a ofrecer una motivación tan genérica que puede ser aplicada a cualquier recurso interpuesto frente a la aplicación del art. 10 L.O.G.P., y sin razonamiento concreto alguno en torno al supuesto de autos que permita afirmar que el acuerdo administrativo fue realmente revisado por el órgano judicial, máxime teniendo en cuenta que el recurrente no se limitaba a solicitar una progresión de grado, sino que cuestionaba la validez y suficiencia de la razón ofrecida por la Administración penitenciaria para justificar la aplicación del régimen cerrado.

Por otra parte, no cabe estimar suficiente la remisión genérica en la resolución del Juez a los informes obrantes en el expediente y la del Tribunal al hecho de que aquéllos señalaran la inexistencia de una evolución favorable de la conducta del penado, fundamentalmente porque los referidos informes resultan equívocos y no especificatorios de los datos exigibles a los que parecen referirse puesto que ni siquiera incorporan (como hubiera sido necesario para establecer el contraste) las causas objetivas motivadamente apreciadas en la disposición inicial, según establece el art. 10.1 de la L.O.G.P. "

En la STC 200/97 de 24 de noviembre, siendo ponente Vives Pi-Sunyer, se aborda el supuesto de un interno perteneciente a banda armada que reclama frente

a la insuficiente motivación realizada por la Administración Penitenciaria y ratificada por el Juzgado y la Audiencia Provincial para la intervención de sus comunicaciones.

A pesar de la adhesión del Ministerio Fiscal, el TC desestima el recurso de amparo. La principal diferencia observada por el Tribunal en este caso es la pertenencia a ETA del preso recurrente, lo que le hace valorar de forma más genérica y abstracta, y por lo tanto disminuir las necesidades de motivación de la Administración Penitenciaria. En todo caso, para ello tampoco acude a la figura de las RSE, haciendo un esfuerzo de argumentación con el que se puede o no estar de acuerdo, pero que define motivadamente la situación concreta del preso.

En opinión del Tribunal, en este caso

“En cuanto a la justificación o motivación en sentido estricto de la medida, el Acuerdo explicita el fin perseguido con la misma, que cifra en la preservación de «la seguridad general y el buen orden regimental» y que, como se ha dicho en el fundamento jurídico precedente, es uno de los fines que pueden justificar, desde la perspectiva constitucional, una restricción del ejercicio del derecho al secreto en las comunicaciones.

La individualización de las circunstancias concretas que en este caso justifican la funcionalidad de la medida, se razonan, ciertamente de modo escueto y formulario, con la afirmación de que dicha seguridad general y buen orden regimental peligraría por «la influencia y los datos» que el preso podría transmitir en sus comunicaciones, cosa que se presume a partir del delito que ha cometido y del «grupo delictivo organizado» al que pertenece.

El recurrente pone especial énfasis en denunciar la insuficiencia de la individualización de las circunstancias del caso, ya que a su juicio, en primer lugar, no se especifica si su situación procesal es la de condenado o de preventivo; en segundo lugar, no se determina cuál es el grupo organizado al que pertenece; y, finalmente, a partir del precedente de la STC 170/1996 respecto de los internos incluidos en el Fichero de Internos de Especial Seguimiento, no puede justificarse la intervención con el solo dato de la pertenencia a una determinada organización.

Ante este triple alegato debe declararse: Primero, que aunque en el Acuerdo no se reitere que el preso lo es en condición de condenado, ese dato era conocido por él mismo --como lo demuestra el hecho de que encabeza el recurso de reforma afirmando que lo hace «en calidad de condenado»- y, por supuesto, por la Administración Penitencia y por el Juzgado y la Audiencia que controlaron la adecuación de la medida.

Lo mismo cabe decir respecto de la organización a la que se refiere implícitamente el Acuerdo de la Junta de Régimen y Administración, puesto que su identidad era cognoscible y conocida por quienes gobiernan el establecimiento, por el interno y por el Juez de Vigilancia Penitenciaria. Lo era, de un lado, a través de la declaración explícita contenida en el informe del Director de aquél, que se refiere expresamente a la organización ETA, según consta en el expediente remitido a este Tribunal, y, de otro lado, porque la pertenencia del hoy recurrente a un comando de dicha organización terrorista es un hecho probado de las Sentencias que le condenaron por, entre otros comportamientos, realizar las labores de información y vigilancia necesarias para la ejecución de dos delitos de otros miembros del comando. Así, en el Resultado primero de la Sentencia 141/82, de 3 Dic., de la Sección Segunda de la Audiencia Nacional, se declara expresamente «probado (...) que el procesado don José Manuel A. E. (...), miembro del Comando "Uzturre" de la Organización criminal armada conocida con las siglas ETA, en unión con otros miembros compuestos del comando (...)». Similar declaración de pertenencia a ETA contiene la Sentencia del mismo órgano judicial 106/81, de 15 Oct. Tampoco se dice en el Acuerdo, porque es de general conocimiento, que la organización mencionada es especialmente peligrosa para los bienes de seguridad personal y buen orden regimental que se quieren preservar, ya que en numerosas ocasiones ha atentado contra la seguridad de las prisiones y contra la vida y la libertad de sus funcionarios.

Los datos que consigna el Acuerdo penitenciario y los que a él cabe añadir por estar claramente implicados en el mismo o por formar parte manifiestamente del contexto en el que se dicta --ya que, como hemos reiterado, no puede exigirse la explicitación de lo que por sabido resulta innecesario--, permiten negar tanto la genericidad que atribuyen a la resolución el demandante y el Fiscal, como su equiparación a la que en concreto proscribía la STC 170/1996, relativa a la sola clasificación del interno en el primer grado o a su inclusión en el Fichero de Internos de Especial Seguimiento. En efecto, el dato de la pertenencia a una concreta organización de la que consta que ha atentado reiteradamente contra la seguridad de las prisiones y contra la vida y la libertad de sus funcionarios supone, en este caso, una individualización suficiente de las circunstancias que justifican la medida, ya que se conoce suficientemente el rasgo concreto de esta organización que en efecto puede poner en peligro la seguridad y el buen orden del Centro. Como se ha dicho anteriormente, individualizar las circunstancias que explican por qué la medida es necesaria para alcanzar el fin legítimo que se propone no significa que deban concretarse unas circunstancias exclusivas y excluyentes del penado. Esas circunstancias justificativas las puede compartir con los miembros de un determinado grupo y cuando, como en el presente caso, esto es así, basta para justificar la medida hacer referencia explícita, o implícita pero incontrovertible, a esta circunstancia común al grupo en cuanto le es aplicable individualmente. No se justifica, pues, la intervención por el tipo de delito cometido, ni por la pertenencia a un grupo delictivo, ni siquiera por la pertenencia a un grupo terrorista, sino, más concretamente, porque ese grupo ha llevado y continúa llevando a cabo acciones concretas que efectivamente ponen en peligro la seguridad y el orden en los Centros. Se individualiza, pues, la circunstancia común a los miembros del grupo que justifica la medida al concurrir en uno de sus componentes.”

En todo caso, entiendo que la relajación de las exigencias de motivación que el T.C. aprecia en este caso abren un espacio peligroso de inseguridad jurídica al permitir a la administración penitenciaria “individualizar” resoluciones haciendo referencia genérica al comportamiento de grupos, que ella misma puede crear y definir, sin siquiera esforzarse en demostrar la pertenencia de la persona presa a los mismos. Es un escalón descendente en las RSE. De lo genérico, presos, a lo más específico “preso perteneciente a banda armada”, pero en todo caso sin individualizar la motivación.

En la STC 157/2000 se interpone recurso de amparo contra el acuerdo de la Comisión Disciplinaria de Centro Penitenciario, por el que se impuso al recurrente sanción disciplinaria como consecuencia de la expresión de ciertas palabras de carácter amenazante a funcionario de institución penitenciaria, al entender que la denegación, durante la tramitación del expediente, de la prueba testifical por él propuesta vulnera el derecho reconocido en el art. 24,2 CE.

El TC entiende en este caso que el medio de prueba propuesto por el demandante -declaración testifical de los internos a quienes habría dirigido esa expresión- es de idoneidad indudable y por tanto privarle de la misma, única a su alcance, produce indefensión, quedando así plenamente acreditada la vulneración constitucional que alega. Tampoco en este caso aduce ninguna RSE para justificar el fallo.

Sin embargo, en la STC 175/2000, se impugna un acuerdo de Junta del Régimen y Administración de Centro Penitenciario y los Autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que confirman la sanción al demandante por divulgar datos o noticias falsos, reflejados en un escrito que él mismo remitió a la Audiencia Provincial, y cuyo conocimiento por las autoridades fue obtenido ilícitamente, debido a que lo que comunicaba a los órganos judiciales era secreto, ya que el recluso no tenía intervenidas sus comunicaciones, ni orales, ni escritas.

En este caso el TC otorga el amparo solicitado y declara la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones pues la intervención de la Administración Penitenciaria de la comunicación escrita del recurrente con órgano judicial se

encuentra prohibida y fuera de los casos previstos en art. 51,5 LOGP. La Sala declara también la lesión del derecho a la presunción de inocencia al entender que el conocimiento de los hechos motivadores de la sanción se debió a una prueba ilícitamente obtenida. Es de destacar que en el presente supuesto, la argumentación del Tribunal, sin duda por la inercia ya comentada, sí que vuelve a referirse a la relación penitenciaria como RSE y de esta manera copia los argumentos de Sentencias anteriores estableciendo que

“Refiriéndonos en concreto a la relación que se produce entre la Administración Penitenciaria y las personas recluidas en un centro penitenciario, que hemos incardinado dentro de las denominadas "relaciones de sujeción especial" (SSTC 2/1987, de 21 de enero, FFJJ 2 y 4, 120/1990, de 27 de junio, FJ 6, 129/1995, de 11 de septiembre, FJ 3, 35/1996, de 11 de marzo, FJ 2, 60/1997, de 18 de marzo, FJ 1, entre otras), hemos resaltado que el interno se integra en una institución preexistente que proyecta su autoridad sobre quienes, al margen de su condición común de ciudadanos (y como consecuencia de la modificación de su "status libertatis"), adquieren el estatuto específico de individuos sujetos a un poder público, que no es el que, con carácter general, existe sobre el común de los ciudadanos, lo que, en consecuencia (STC 181/1999, de 11 de octubre, FJ 5 y las que en ella se citan), obliga a que el marco normativo que regula, entre otros, el derecho al secreto de las comunicaciones en el interior de los centros penitenciarios, venga determinado, no sólo por lo dispuesto en el artículo 18.3 CE, sino también y primordialmente por el artículo 25.2 CE, ya que este último sirve de norma específica aplicable a los derechos fundamentales de los reclusos, pues la naturaleza especial de aquella relación de especial sujeción y la peculiaridad del marco normativo constitucional derivado del art. 25.2 CE supone que entre la Administración Penitenciaria y el recluso se establezcan un conjunto de derechos y deberes recíprocos, que deben ser entendidos en un sentido reductivo y, a la vez, compatible con el valor preferente de los derechos fundamentales. En definitiva, como acertadamente resalta el Ministerio Fiscal, la relación de sujeción especial a que hemos aludido no puede implicar que, en los términos de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Campbell y Fell, de 28 de junio de 1984), la justicia se detenga en la puerta de las prisiones. Por lo tanto, con las modulaciones y matices que sean consecuencia de lo dispuesto en el artículo 25.2 CE, las personas recluidas en centros penitenciarios gozan de los derechos fundamentales previstos en el Capítulo Segundo del Título I de la CE, a excepción de los constitucionalmente restringidos, es decir de aquellos que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena, y la Ley penitenciaria (por todas, STC 170/1996, de 29 de octubre, FJ 4).”

El párrafo transcrito aparece ya como cláusula de estilo en todas las sentencias que el Tribunal va dictando en adelante. Parece que tiene una función simbólica, recordando y reafirmando constantemente la doctrina establecida. Sin

embargo, a pesar de esa enunciación, el Tribunal no extrae ninguna consecuencia restrictiva del derecho al secreto de las comunicaciones de la configuración de la relación penitenciaria como RSE.

Por último, en la STC 27/2001 de 6 de mayo, siendo ponente García-Calvo, el TC desestima el recurso interpuesto contra el acuerdo de la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario por el que se sancionó al demandante como autor de una falta grave de desobediencia, por su negativa a realizar labores de limpieza en las zonas comunes del módulo de dicho centro.

Entiende el Tribunal, entre muchas otras consideraciones, que ninguna desigualdad se produce por el hecho de que a los internos de módulos de régimen ordinario, si se niegan a limpiar, no se les sancione, mientras que al recurrente, destinado en módulo especial, sí, pues si partimos de la doctrina según la cual la equiparación en la igualdad ha de ser dentro de la legalidad y sólo entre actuaciones idénticas conformes al ordenamiento, al no existir un derecho a que se dispense un trato igualitario en la ilegalidad, sería indiferente que a los internos ordinarios no se les sancionara si su conducta ha consistido en desobedecer una orden de limpiar su celda y los elementos comunes. Se trata asimismo de un preso perteneciente a ETA, y, como en el caso anterior, el Tribunal vuelve a recurrir a enmarcar la posición del preso y la Administración como una RSE utilizando las fórmulas de estilo ya habituales.

En definitiva, se observa en las últimas sentencias una especie de abandono de la figura que cuando reaparece lo hace dentro de fórmulas rituales reiteradas y singularmente en el caso de internos pertenecientes a banda armada y recluidos preferentemente en módulos especiales. El Tribunal no sigue desarrollando la figura pero tampoco la abandona definitivamente. Además, no sigue ningún criterio lógico a la hora de su aplicación. En las dos últimas sentencias sobre procedimiento sancionador otorga el amparo concedido y en una de ellas vuelve a aludir a la figura aunque sin extraer conclusiones relevantes para el fallo.

Con todo, la configuración de la relación penitenciaria dentro de estos contornos tan imprecisos ha tenido y sigue teniendo consecuencias importantes en

el ejercicio de los derechos fundamentales y en las garantías jurídicas recogidas en el procedimiento administrativo sancionador, configurando un diseño específico diferente a otros sectores de la administración.

Esta situación ha sido criticada ampliamente por la doctrina²⁵. Incluso aquellos que como NIETO admiten la posible utilidad de la figura con carácter general coinciden en que el problema es encontrar límites claros de actuación administrativa compatibles con los derechos fundamentales del administrado.²⁶

Así, para GARCÍA ALBERO²⁷, tradicionalmente, la apelación a la relación de sujeción especial ha servido de coartada para proceder a un importante recorte en la aplicación de principios limitativos a la potestad sancionadora e incluso puede suponer una gravosa modificación del status libertatis ya limitado por el propio cumplimiento de la pena.

En realidad yo no entiendo muy bien por qué se sigue recurriendo a las relaciones de sujeción especial para definir la relación penitenciaria. Si, tal como hemos defendido anteriormente, la diferencia entre derecho penal y derecho sancionador es puramente formal y únicamente afecta al órgano encargado de la imposición de la corrección, no se entiende la relajación de los principios sancionadores según qué órgano esté ejerciendo el ius puniendi del Estado.

En definitiva el fin de ambos órdenes, penal y administrativo, fuera de las especialidades que puedan hacerse por razón de la materia es idéntico: hacer cumplir la legalidad vigente.²⁸ Y el administrado-persona es sujeto de derechos, lo que determina que los principios penales sean aplicables sin más al derecho administrativo sancionador con las modulaciones necesarias.

En consecuencia abogo desde aquí por la plena vigencia del principio de legalidad en materia penitenciaria sancionadora. Aquellos que defienden que su relajación dota de mayor flexibilidad a la Administración Penitenciaria a la hora de

²⁵ Por todos RÍOS MARTÍN. MANUAL ...2001. Pag. 187.

²⁶ NIETO. DERECHO ADMINISTRATIVO...1993. Pag. 223 y ss.

²⁷ GARCÍA ALBERO. CURSO...2001. Pag.214 y ss.

²⁸ SORIA . DERECHO... 1987. Pag. 1986.

adaptarse a los nuevos comportamientos infractores en prisión deben ir a la realidad para comprobar que los tipos, cuyo análisis realizaremos, llevan sin modificarse más de veinte años. Es posible que la cárcel no haya cambiado en esos veinte años? La respuesta es otra. Si la sanción penitenciaria se ha adaptado a los tiempos sin que haya habido ninguna modificación legal es porque la sanción penitenciaria se impone al margen de la legalidad o forzándola de tal manera que ésta opere sobre el castigo de un modo puramente legitimador.

Existe otra posibilidad de aplicación de la categoría que atiende más a los deberes de la Administración frente a la parte más débil dentro de ese entramado recíproco de derechos y deberes, acorde con el deber de la Administración de procurar los fines de la pena privativa de libertad establecidos en el art. 25 CE.

Sin embargo, si lo que se quiere con la RSE es poner el acento en la protección que la Administración penitenciaria debe dar a las personas presas, cabe acudir a figuras ya desarrolladas en el ámbito del derecho penal como la posición de garante. No es descabellado decir que dentro de una institución total como la cárcel la Administración ocupa una posición de garante sobre las personas presas. Personas que en razón de su internamiento son vulnerables. De ahí derivan sus responsabilidades, y no de una inexistente relación de especial sujeción.

En general, como ha hecho notar RÍOS MARTÍN²⁹, las consecuencias del establecimiento de la relación de sujeción especial se han hecho recaer con carácter general sobre la persona privada de libertad dado que la realidad sociológica de la cárcel deja al preso en una situación de absoluta vulnerabilidad en materia tan sensible como procurarse un abogado, para lo que no tiene libertad de movimientos y también para la búsqueda y práctica de pruebas. Esto origina normalmente la dependencia y sumisión al régimen y a la persona funcionaria reforzando la asimetría de posiciones y facilitando la arbitrariedad.

²⁹ RÍOS MARTÍN. MANUAL... 2001. Pag. 103

Creo que es necesario por ello atender a las consecuencias que las grandes construcciones doctrinales tienen en la práctica diaria del procedimiento disciplinario a las personas implicadas en el mismo, en especial presos y funcionarios.³⁰

Entiendo que la plena aplicación de las garantías jurídicas y el funcionamiento correcto del Estado de Derecho son factores reinsertadores de primer orden, dado que si a la persona presa, que lo está en principio por haber infringido la ley, se le aplica esta con el máximo rigor también en la tutela de sus derechos fundamentales es posible que avancemos algo en el objetivo resocializador.³¹

Nada puede generar mayor sentimiento de injusticia que la infracción de la ley por quien está llamado a enseñar a cumplirla a otros.

En conclusión podemos decir que el TC ha aplicado la doctrina de las RSE al ámbito de la sanción penitenciaria lo que ha tenido como efecto principalmente la relajación en la aplicación de los principios del derecho administrativo sancionador, en especial el principio de legalidad. En sus últimas sentencias el TC realiza una invocación ritual de la figura, pero sin extraer nuevas consecuencias. Esta es una situación que crea inseguridad jurídica y minora injustificadamente los derechos fundamentales de las personas presas sin que por otra parte haya una contrapartida en la práctica en la tutela que la Administración ejerce sobre ellas. Abogo por la aplicación con todas las garantías del principio de legalidad y sus corolarios en materia penitenciaria sancionadora ocupando la Administración Penitenciaria una posición de garante en el respeto de los derechos fundamentales de las personas presas. Se convierte así el respeto a la Ley en un factor de reinserción dentro de prisión, y en la mejor forma de proteger los derechos de las personas presas.

³⁰ Para una visión autorizada del funcionamiento cfr. BOYE TUSET. EL PROCEDIMIENTO...1999. Pag. 30.

³¹ La idea me fue formulada en términos muy parecidos por D. JOSE ANTONIO RODRÍGUEZ SÁEZ a quien se la debo.

CAPÍTULO III: LOS PRINCIPIOS APLICABLES Y LA FINALIDAD DE LA SANCIÓN PENITENCIARIA

3.1.- LOS FINES DE LA SANCIÓN PENITENCIARIA

3.1.1.- La regulación positiva

La finalidad legal del régimen penitenciario sancionador se encuentra recogida en el art. 41.1 de la LOGP que establece en su sentido literal que *“el régimen disciplinario de los establecimientos se dirigirá a garantizar la seguridad y conseguir una convivencia ordenada”*.

Por su parte, el apartado segundo de dicho artículo establece que *“Ningún interno desempeñará servicio alguno que implique el ejercicio de facultades disciplinarias”*.

La previsión del art. 41.1 de la LOGP debe completarse sin duda con lo establecido en el art. 71.1 de la misma norma para la que *“el fin primordial del régimen de los establecimientos de cumplimiento es lograr en los mismos el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento; en consecuencia, las funciones regiminales deben ser consideradas como medios y no como finalidades en sí mismas.”*

En definitiva, la ideología que subyace en el articulado de la LOGP se basa en una noción instrumental de disciplina: el régimen sancionador es necesario únicamente en tanto en cuanto posibilita el resto de finalidades asignadas legalmente a la institución penitenciaria, constituidos entre el binomio reeducación y reinserción y el binomio retención y custodia (art. 1 de la LOGP) correspondiéndose asimismo con una idea de subordinación al tratamiento penitenciario.

Y en consecuencia el art. 73 del R.P. establece

“1.- Por régimen penitenciario se entiende el conjunto de normas o medidas que persiguen la consecución de una convivencia ordenada y pacífica que permita

alcanzar el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento y la retención y custodia de los reclusos.

2.- Las funciones regimentales de seguridad, orden y disciplina son medios para alcanzar los fines indicados, debiendo ser siempre proporcionadas al fin que persiguen, y no podrán significar un obstáculo para la ejecución de los programas de tratamiento e intervención de los reclusos.”

Sin embargo, a un observador atento no se le escapa el cambio de discurso producido en el Reglamento de manera sutil.

Mientras la LOGP incide en el régimen como medio para el éxito del tratamiento, el RP, quizá más apegado a la realidad penitenciaria ya especifica que “no podrá ser un obstáculo”. El matiz es importante. Es esta quizá una visión más realista o más cansada? O sugiere tal vez una decepción en los planteamientos del tratamiento que se encamina hacia la reducción del daño inevitable que la cárcel produce, superadas ya todas las ilusiones depositadas en ese tratamiento que no negamos pero en el que tampoco creemos?

El art. 231 del RP. bajo el epígrafe de “*fundamento y ámbito de aplicación*” añade por su parte, profundizando en la diferencia que

“El régimen disciplinario de los reclusos estará dirigido a garantizar la seguridad y buen orden regimental y a conseguir una convivencia ordenada, de manera que se estimule el sentido de responsabilidad y la capacidad de autocontrol, como presupuestos necesarios para la realización de los fines de la actividad penitenciaria.

El régimen disciplinario se aplicará a todos los internos con la excepción establecida en el art. 188.4 de este Reglamento, con independencia de su situación procesal y penitenciaria, tanto dentro de los Centros Penitenciarios como durante los traslados, conducciones o salidas autorizadas que se realicen.”

Es significativa la introducción por parte del R.P. de la expresión “buen orden regimental”, que no tiene ninguna cobertura legal. Indagaremos más adelante sobre su posible significado.

En cuanto a la legislación militar, el art. 348 de la L.O. 2/1989 de 13 de abril se remite a los principios establecidos en la legislación penitenciaria común. Hay que tener en cuenta sin embargo que el art. 1 del Reglamento Penitenciario Militar, que no tiene cobertura legal alguna establece que *“Las Instituciones Penitenciarias Militares reguladas en el presente Reglamento tienen como finalidad primordial la reeducación de los internos en orden a su reincorporación a las Fuerzas Armadas o, en su caso, a su reinserción social, así como la retención y custodia de los detenidos, presos y penados. Igualmente tienen a su cargo una labor asistencial y de ayuda para internos”*.

En consecuencia, la finalidad en el ámbito militar es diferente porque el tratamiento está dirigido a la “reeducación de los internos en orden a su reincorporación a las Fuerzas Armadas, o en su caso reinserción social”. Qué papel jugará por tanto la sanción penitenciaria en la consecución de estos objetivos?

3.1.2.- La posición doctrinal

La mayoría de la doctrina admite la existencia de un régimen sancionador especial en el ámbito penitenciario en razón de su ser o finalidad y entendido como la potestad de la Administración Penitenciaria para corregir comportamientos de internos que pongan en peligro el orden, la seguridad y la convivencia en los establecimientos³². La existencia de esta autotutela se fundamenta también desde el punto de vista práctico en la necesidad de lograr un procedimiento ágil y rápido con el fin de conseguir la inmediatez de la respuesta administrativa.³³

Estas posturas derivan en su mayor parte de la doctrina recogida en la archiconocida Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de junio

³² Por todos GONZÁLEZ CANO. LA EJECUCIÓN... 1994. Pag. 278

³³ Por todos SORIA, DERECHO... 1987. Pag. 1986, aunque este mismo autor reconoce el inconveniente de que la Administración sea juez y parte.

de 1984 en el caso Campbell y Fell, en la que se daban tres justificaciones fundamentales válidas para la existencia del régimen sancionador penitenciario:

- El mantenimiento de la seguridad y el orden dentro de los establecimientos penitenciarios.
- La necesidad de pronta represión de los hechos que atenten contra esa seguridad y orden.
- La existencia de responsabilidad de la Administración a la que, entre sus funciones se le exige el mantenimiento del orden, lo que de paso justifica la composición netamente administrativa de los órganos que intervienen en la imposición de la sanción. Por su parte, recogiendo y complementando esta doctrina, la STC 74/1985 de 18 de junio establece que la potestad sancionadora disciplinaria deriva de una relación de sujeción especial y que la constitución de un órgano sancionador administrativo no vulnera la imparcialidad ni los derechos recogidos en el art. 24.1. de la CE.

Es lugar común asimismo que los fines admitidos del derecho sancionador penitenciario constituyen un instrumento para posibilitar los fines más amplios que el art. 1 de la LOGP encomienda a la Institución Penitenciaria, esto es, la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados. En consecuencia, el fin medial de la sanción sería conservar el ambiente adecuado dentro de los establecimientos penitenciarios con el fin de posibilitar la resocialización.

Para MAPELLI se trata de asegurar un conjunto de garantías mínimas para cumplir la pena de prisión, donde se dan las aspiraciones resocializadoras³⁴.

Cualquier actuación sancionadora debe en consecuencia estar conectada con este fin último, al que debe su existencia. Hay que tener en cuenta que la sanción penitenciaria supone una gravosa modificación del *status libertatis* ya

³⁴ MAPELLI. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES...1983. Pag. 275

limitado por el propio cumplimiento de la pena.³⁵ Por lo tanto, sus consecuencias son muy aflictivas para la persona privada de libertad.

Tal como señala RODRÍGUEZ ALONSO la importancia del régimen penitenciario es máxima en la organización y funcionamiento de los establecimientos.³⁶

Es claro que la propia institución penitenciaria ha ido evolucionando en sus fines desde un objetivo meramente custodial, basado en la pura y simple detención del penado en prisión, hasta los fines constitucionalmente plasmados en el art. 25 CE. Ello ha determinado no sólo el abandono de viejas prácticas inhumanas y vejatorias correspondientes a un castigo que tenía como fin principal la no evasión sino la necesidad de adaptar el fundamento sancionatorio a esos fines. Así, solo si cumple los objetivos establecidos en la Ley y el Reglamento podrá ser impuesta la sanción y nunca si la conducta del infractor no pone en peligro el bien jurídico protegido.³⁷ Habrá que partir en consecuencia de los límites del art. 25 de la CE.

Sin embargo, conviniendo con este autor en la importancia del régimen sancionador, discrepo profundamente con la posición que se le quiere otorgar dentro de la relación penitenciaria. El procedimiento sancionador no es más que una de las formas de que dispone el ordenamiento jurídico general para salvaguardar un orden correcto, pero sí que se trata del último recurso y el que además comporta mayores perjuicios a la persona presa.

Como ha señalado MAPELLI, las medidas de seguridad, dentro de las que, en mi opinión, podemos incluir las sanciones penitenciarias, incrementan el ambiente de violencia dentro de una institución total donde la convivencia es cerrada y en consecuencia deben aplicarse siempre como última ratio y de manera excepcional,

³⁵ GARCÍA ALBERO. CURSO... 2001. Pag.217

³⁶ RODRÍGUEZ ALONSO, LECCIONES...1997. Pag. 229.

³⁷ RACIONERO CARMONA. DERECHO PENITENCIARIO...1999. Pag. 220

Por otro lado resulta sumamente criticable que a pesar del énfasis puesto en el art. 231 del R.P. el art. 110 b) del R.D. 1201/1981 establezca como falta leve la “desobediencia de las órdenes recibidas de los funcionarios de instituciones penitenciarias en ejercicio legítimo de sus atribuciones que no causen alteración de la vida regimental y de la ordenada convivencia.” Este último inciso supone negar el fundamento mismo de la sanción que se impone y lleva a pensar que a pesar de las

haciendo hincapié más en las medidas coercitivas preventivas que en las represivas, por el mayor riesgo de violencia arbitraria que estas últimas comportan.³⁸ En este sentido, ni siquiera en los centros cerrados o regímenes especiales pueden ser prevalentes los principios de seguridad y orden frente a los principios generales recogidos en la normativa.

En definitiva, la seguridad y el orden actualmente no son sino medios para estimular la participación de los reclusos en las actividades de tratamiento que debe protegerse en primer lugar estimulando la responsabilidad social de los actores del drama, presos y funcionarios y sólo después por medidas disciplinarias.³⁹

A este planteamiento responde el art. 71.1 de la LOGP que plasma la evolución histórica antes comentada sobre lo que debe entenderse por disciplina.

El concepto de convivencia ordenada constituye en consecuencia un entramado recíproco de derechos y deberes (utilizando terminología constitucional) tanto del recluso hacia el funcionario como del funcionario hacia el recluso, tal como establece el art. 6 de la LOGP. En relación a la actividad del funcionario, esta debe ser especialmente escrupulosa con el fin de cuidar todo lo posible esa frágil cohabitación, siéndole especialmente exigible el deber de acatar las normas (art. 4.1. b) con imparcialidad política (art. 80.2), para lo cual se le forma especialmente (art. 80.4).

construcciones doctrinales del derecho penitenciario la praxis lleva a salvaguardar el principio de autoridad por encima de cualquier otra consideración.

³⁸ MAPELLI. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES.... 1983. Pag. 279

³⁹ Acerca del término disciplina en la legislación, MAPELLI (PRINCIPIOS FUNDAMENTALES... 1983. Pag. 294) manifiesta su abierta disconformidad, dado que para este autor ni la seguridad ni la convivencia ordenada se pueden traducir por disciplina, cuestión en la que estoy de acuerdo dados los términos del Diccionario de la Real Academia de la Lengua que la definen como "*doctrina, instrucción de una persona, especialmente en lo moral*" y en otra acepción "*Especialmente en la milicia y en los estados eclesiásticos secular y regular, observancia de las leyes de la profesión e instituto*". Este término es usado con práctica exclusividad por el Reglamento Penitenciario Militar, cuyo fin primordial, no lo olvidemos, es la reeducación de los internos en orden a su reincorporación a las Fuerzas Armadas o, "en su caso", su reinserción social. En cualquier caso, no alcanzamos a comprender este fin exclusivo y primordial de la Administración Penitenciaria Militar con prevalencia a los fines recogidos en el art. 25 de la CE y en consecuencia mantenemos la opinión de que las penas impuestas por el Código Penal Militar no pueden tener fines distintos a los establecidos para cualquier persona privada de libertad. Entre otras razones porque la jerarquía normativa impide colocar un Reglamento sobre la CE. Por otro lado, soy consciente de que esta postura ataca al fundamento

Por consiguiente entiendo que la aplicación de la sanción penitenciaria debe supeditarse al supuesto de que la quiebra de la convivencia sea exclusivamente responsabilidad de la persona presa, lo cual incluye consagrar de una vez por todas el principio de culpabilidad y además introduciendo en la legislación las correspondientes causas de justificación que excluyen la ilegitimidad de la conducta⁴⁰.

3.1.3.- Los problemas que se plantean

A) Los presos preventivos

La convivencia tiene importancia en orden a posibilitar el tratamiento, tratamiento que a su vez es aplicable a las personas penadas, y no a las preventivas a las que protege la presunción de inocencia y por lo tanto no alcanzan las exigencias de resocialización de la misma manera que alcanzan a los penados.

En consecuencia a los presos preventivos les afectan mucho más las obligaciones derivadas del principio de retención y custodia que las de la convivencia entendida como obligación de respetar el derecho de los demás internos a las actividades del tratamiento penitenciario. Esta diferencia fundamental es reconocida por la propia LOGP cuando en su art. 7 a) establece la división de establecimientos separando los preventivos, definiéndolos en el art. 8.1. como centros destinados a la retención y custodia de detenidos y presos, si bien con la excepción de que puedan cumplirse penas y medidas penales privativas de libertad cuando el internamiento efectivo pendiente no exceda de seis meses, y en las que el tiempo de cumplimiento disminuye las exigencias de resocialización.

Sin embargo, la situación de los Centros Penitenciarios españoles, donde normalmente coexisten personas presas preventivas y penadas en un mismo establecimiento hace que a las primeras se les exija el mismo comportamiento activo que al resto de personas penadas bajo apercibimiento de sanción pero sin ninguna

mismo de la existencia de un ámbito penitenciario militar diferenciado cuya justificación y existencia considero una inercia histórica.

de las prestaciones que la Administración Penitenciaria debe dar a los penados, lo que rompe la supuesta equivalencia de prestaciones en la que la jurisprudencia basa la relación de sujeción especial penitenciaria. En ese sentido puede acudir a lo expuesto en el art. 525 de la LECr. que limita las posibilidades de actuación sobre los presos preventivos.

Volviendo al concepto de seguridad, MAPELLI distingue entre seguridad preventiva, que es aquella que tiene como fin evitar nuevos delitos y defender la comunidad y cuya vocación es exterior y seguridad interior, que impide el “sueño dorado”⁴¹ de la evasión y por tanto que la pena deje de cumplirse.

En el fondo, según este autor, las normas de seguridad siempre son conflictivas porque generalmente ponen obstáculos a las actividades resocializadoras cuya prioridad está establecida por el art. 71 de la LOGP y en consecuencia debe estar sometida a los principios de autorresponsabilidad, prohibición de excesos y subsidiariedad: sólo podrán ser impuesta cargas y limitaciones regimentales cuando los fines de seguridad no puedan ser alcanzados por otros métodos.⁴²

B.- El concepto de “buen orden regimental” del reglamento penitenciario

Y sin embargo, años después de que MAPELLI escribiese lo referido ¿es este el concepto de disciplina que actualmente está vigente? En este sentido, el art. 41 de la LOGP únicamente utiliza el concepto de seguridad, mientras que el art. 231 del Reglamento Penitenciario introduce el concepto de “buen orden regimental”, concepto jurídico indeterminado cuyas relaciones con la seguridad y la convivencia no acaban de verse pero que van apuntando que la realidad de la sanción penitenciaria es otra que la que venimos comentando y que responde a un cambio sustancial con respecto a lo previsto en su día en la LOGP.

⁴⁰ Existe una referencia a la imputabilidad en el art. 188.4 R.P. al apartar de la sanción a pacientes internos en psiquiátricos penitenciarios, aunque es rechazable que esto se haga en razón de su destino y no de sus circunstancias personales.

⁴¹ MAPELLI. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES...1983. Pag. 307

En efecto, entiendo que con la introducción de la expresión “buen orden regimental”, incluida en una norma de jerarquía inferior sin ningún tipo de cobertura legal, se intenta ampliar y justificar el ámbito sancionador a aquellas conductas de los presos que, sin afectar a la convivencia o a la seguridad del centro, atenten contra las normas de régimen interno puramente circunstanciales. Por ejemplo llegar tarde a la celda o al comedor, lo cual, dada la amplitud e indefinición de las infracciones es posible, e incluso se encuentra amparado por la cláusula de cierre del art. 110 b) del R.D. 1201/1981. Recordemos que este artículo sanciona *“cualquier otra acción u omisión que implique incumplimiento de los deberes y obligaciones del interno, produzca alteración en la vida regimental y en la ordenada convivencia...”*

Y, por encima de cualquier otra consideración, esta es la situación que creo se está dando hoy en día en las cárceles: la utilización indiscriminada del régimen sancionador con el fin de mantener un buen orden regimental de carácter formal y alejado de toda idea de tratamiento.⁴³

Frente a este estado de las cosas, en mi opinión, debe defenderse que no toda alteración del orden regimental es un atentado a la convivencia o a la seguridad. La aplicación extensiva que ampara el Reglamento Penitenciario y ratifica todos los días la tozuda realidad se compadece mal con el carácter de última ratio de la sanción penitenciaria. En el mismo sentido aproximadamente se ha pronunciado PIÑOL⁴⁴ cuestión que trataremos más detenidamente al examinar la aplicación del principio *ne bis in idem* al ámbito penitenciario.

Me parece oportuno traer a colación de manera analógica la doctrina del Tribunal Constitucional que al hilo del derecho de reunión y manifestación ha determinado la diferencia entre los conceptos de orden público y de paz pública, ya

⁴² MAPELLI. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES... 1983. Pag. 276

⁴³ Según ARMENTA y RODRÍGUEZ *“No entendemos el miedo a llamar a las cosas por su nombre, y a eclipsar con adornos artificiales la auténtica y legítima realidad penitenciaria. Que nadie explique a un interno que la sanción aplicada pretende su reeducación porque se enfadará y habrá que iniciar un nuevo expediente disciplinario.”* ARMENTA / RODRÍGUEZ. REGLAMENTO PENITENCIARIO... 2002. Pag. 361.

⁴⁴ PIÑOL. EL REGIMEN...1998.

que considero que se pueden extraer conclusiones interesante aplicables al ámbito sancionador.

Así, la STC 59/1990 establece la primera distinción entre los conceptos de orden público y paz pública. En sus propias palabras

“los conceptos de "paz pública" y de "orden público" no son los mismos en un sistema político autocrático que en un Estado social y democrático de Derecho”.

A partir de esta afirmación, el Tribunal mantiene que

“En este sentido, hemos tenido ocasión de declarar que dicho concepto de orden público ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978 (STC 43/1986) y que "el ejercicio del derecho de reunión y de manifestación forma parte de aquellos derechos que, según el art. 10 CE, son el fundamento del orden político y de la paz social", por lo que "el principio de libertad del que es una manifestación exige que las limitaciones que a él se establezcan respondan a supuestos derivados de la Constitución y que en cada caso resulte indubitadamente probado que se ha traspasado efectivamente el ámbito de libertad constitucional fijado" (STC 101/1985).”

Interesante es también la lectura de la Sentencia 66/1995 que dice que

“Desde esta perspectiva, para resolver la cuestión así acotada basta con señalar lo siguiente: primero, que, interpretado ese concepto de orden público con peligro para personas y bienes a la luz de los principios del Estado social y democrático de Derecho consagrado por la Constitución, debe entenderse que esa noción de orden se refiere a una situación de hecho, el mantenimiento del orden en sentido material en lugares de tránsito público, no al orden como sinónimo de respeto a los principios y valores jurídicos y metajurídicos que están en la base de la convivencia social y son fundamento del orden social, económico y político. El contenido de las ideas o las reivindicaciones que pretenden expresarse y defenderse mediante el ejercicio del derecho de manifestación y concentración pública no puede

ser sometido a controles de oportunidad política ni a juicios en los que se emplee como canon el sistema de valores que cimientan y dan cohesión al orden social en un momento histórico determinado. Al ponderar la aplicación el límite del art. 21,2, los poderes públicos deben garantizar el ejercicio del derecho de reunión por parte de todos en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna en razón del contenido de los mensajes que los promotores de las concentraciones pretenden transmitir (salvo, claro es, que ese contenido infrinja la legalidad).

Ciertamente, el normal funcionamiento de la vida colectiva, las pautas que ordenan el habitual discurrir de la convivencia social, puede verse alterado por múltiples factores, que a su vez pueden afectar a cuestiones o bienes tan diversos como la tranquilidad, la paz, la seguridad de los ciudadanos, el ejercicio de sus derechos o el normal funcionamiento de los servicios esenciales para el desarrollo de la vida ciudadana; sin embargo, sólo podrá entenderse afectado el orden público al que se refiere el mentado precepto constitucional cuando el desorden externo en la calle ponga en peligro la integridad de personas o de bienes.”

Aplicando la doctrina transcrita al ámbito penitenciario, el concepto de orden público penitenciario no puede consistir en la aplicación de un concepto de “paz pública” que priorice el castigo de cualquier alteración de la tranquilidad como consecuencia de manifestaciones de la vida en prisión. Si lo entendiésemos así, tendremos que asumir en adelante que la sanción penitenciaria es un recurso habitual, no una última ratio, privándole a corto plazo de efectividad. Y la pregunta evidente consiste en saber si es esta la ideología que subyace tras el concepto de “buen orden regimental”.

No se puede en mi opinión sacralizar la “buena conducta” como adhesión incondicional al “buen orden regimental” por encima incluso de lo que sería exigible a un ciudadano corriente de la calle que en un momento dado comete por ejemplo una infracción de tráfico o tira un papel al suelo y no por ello se le castiga a quedarse en casa todo el fin de semana.⁴⁵ Y menos cuando la Administración tiene

⁴⁵ La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid ha profundizado en esta línea en diversas resoluciones sobre el concepto de buena conducta relacionado con la existencia de expedientes sancionadores en la concesión de permisos, adecuando el requisito legal del art.154.1 del R.P. a la existencia de “no mala conducta”. Cabe extrapolar sus conclusiones a la existencia de conducta

responsabilidad para que el preso no infrinja la norma y para crear alternativas a la sanción pura y dura.

El carácter de último recurso de la sanción es puesto de relieve por MAPELLI⁴⁶ cuando señala, a mi juicio acertadamente, que puede haber aspectos que potencien el orden que se deben tener en cuenta con anterioridad a iniciar un procedimiento sancionador, tales como el cumplimiento de medidas de seguridad preventivas o medidas coercitivas excepcionales que resuelven situaciones graves de conflicto y cesan cuando éste ya no existe, lo que determina la improcedencia de iniciar después un proceso sancionador cuando el orden ya ha sido restaurado.

En esta línea, una vez se haya restaurado la convivencia debe hacerse aplicación extensiva del principio de necesidad, sin desdeñar la aplicación del principio de proporcionalidad en su caso.

Lo que está claro es que dentro de una institución total como es la prisión, que abarca y domina todos los aspectos de la vida de una persona presa, la imposición de una sanción implica un retroceso y un fracaso del tratamiento que no es únicamente imputable al recluso.

Alguna crítica también debo realizar al hecho de que siendo la convivencia y la seguridad de los establecimientos el fundamento de la sanción se castiguen conductas cometidas fuera de los mismos (art. 108 b) del R.D. 1201/1981, durante traslados, salidas autorizadas...Únicamente en la medida que afecten a la

merecedora de sanción. En este sentido, el Auto 1523/2000 (JVP N° 1 EXP. 910/97) establece que “si identificamos la mala conducta con el color negro y la buena con el color blanco, la “no mala conducta” a que se refiere la ley penitenciaria comprendería a esa casi generalidad de personas que se mueve (nos movemos, sería más justo decir) en los tonos grises, combinando actuaciones positivas con negativas, aciertos con errores.” Más significativo aún es el Auto 109/2000 (JVP 2, EXP. 1407/98) cuando dice que “el concepto de “no mala conducta” es distinto y de menor exigencia que el de “buena conducta” en tanto en cuanto en aquélla tienen cabida comportamientos que sin ser ejemplares resultan aceptables, regulares y hasta mediocres, debiendo tenerse en cuenta que el juicio sobre la conducta ha de ser global o de conjunto de suerte que ni una nota meritoria es sinónimo de conducta ejemplar ni una sanción es de por sí, indicadora de mala conducta pues la conducta equivale aquí a la forma de conducirse o comportarse en prisión, que valora los episodios o actitudes concretas positivas o negativas pero que las sitúa en un contexto tan amplio como sea posible del que es fácil deducir la línea de actuación predominante.” En definitiva, añadido, toda actuación que altere el orden no es susceptible de convertirse automáticamente en infracción.

⁴⁶ MAPELLI. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES... 1983. Pag 300.

convivencia dentro de la prisión deberían poder ser objeto de intervención sancionadora, sin que quepa aplicar el automatismo de que lo son siempre.⁴⁷

Entiendo que la legalidad vigente otorga suficientes potestades a la Administración para prevenir y solucionar situaciones de conflicto sin necesidad de acudir a una sanción que tendría así su sentido en la no ruptura de la “conciencia colectiva de orden”, en palabras de MAPELLI⁴⁸. Cabe citar entre esas potestades los medios coercitivos regulados en el art. 45 de la LOGP o las limitaciones regimentales y medidas de protección personal desarrolladas en el art. 75 del R.P.

Pero todo, incluso las cosas más pequeñas, pueden ayudar a crear un ambiente de convivencia ordenada. Los medios materiales, la organización de los horarios, las actividades, la política coherente de concesión de beneficios penitenciarios, son ejemplos de cómo la Administración, a quien corresponde esta tarea, puede incidir decisivamente en este ámbito disminuyendo la conflictividad sin necesidad de expedientes sancionadores. Cabe añadir que existe todo un campo por explorar relativo a la mediación como solución de conflictos dentro del marco penitenciario.

C.- El argumento de la celeridad y eficacia

Uno de los argumentos más comunes que se ha esgrimido como justificación del actual *statu quo* gira en torno a la necesidad de la potestad sancionadora para asegurar la celeridad y eficacia de la respuesta del Estado. Se sostiene en consecuencia que la Administración es la única que se adapta a la cambiante realidad con la rapidez que las circunstancias requieren.

Esta aseveración supone en mi opinión desconocer la realidad del procedimiento sancionador en nuestras cárceles. El hecho es que la tramitación de

⁴⁷ En opinión de ARMENTA Y RODRÍGUEZ “la norma reglamentaria que extiende la aplicación del régimen disciplinario al ámbito exterior de los Establecimientos puede vulnerar el principio de jerarquía normativa (arts. 9.3 CE) y, consecuentemente, podríamos abogar por su inaplicabilidad (arts. 1.1 CC y 6 LOPJ).” Estos autores comprueban que sólo los supuestos b) del art. 108, a) del art. 109 y a) del art. 110 pueden castigar conductas fuera de los establecimientos. ARMENTA /RODRÍGUEZ. REGLAMENTO PENITENCIARIO... 2002.PAG. 361.

un procedimiento sancionador se suele alargar bastante de manera que muchas veces surge en la propia persona presa la inquietud de “pagar cuanto antes”, para no perjudicar la posible concesión de beneficios penitenciarios.

Además este argumento es innecesario para justificar la existencia de la potestad porque la diferencia con el ius puniendi del Estado es puramente formal sin perjuicio de la exigencia de revisión por un órgano judicial, en este caso el Juez de Vigilancia Penitenciaria.

D.- La participación de las personas presas

El art. 41.2 de la LOGP establece que “ningún interno desempeñará servicio alguno que implique el ejercicio de facultades disciplinarias”.

MAPELLI, cree que es discutible la prohibición establecida en este artículo considerándolo una prueba inadmisibles de falta de confianza en los mismos que imposibilita corresponsabilizar al interno en la marcha del centro.⁴⁹

La prohibición, según explicación de GARCÍA VALDÉS se adoptó para impedir la perpetuación en las cárceles españolas de los denominados “cabos de vara”, o presos que ejecutaban los castigos carcelarios a otras personas presas.⁵⁰

Me parece que la cuestión necesita un enfoque diferente. Una cosa es que las personas presas no ejecuten sanciones disciplinarias, modelo en mi opinión anacrónico y que además no aportaría nada positivo a la convivencia en las prisiones, y otra totalmente diferente es que se excluya a los presos de toda participación en el procedimiento penitenciario.

Al margen de lo que deba entenderse por “facultades disciplinarias”, entiendo que hubiera sido una posibilidad interesante, debidamente articulada, introducir un elemento valorativo por parte de las propias personas presas acerca de

⁴⁸ MAPELLI. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES ...1983. Pag. 301

⁴⁹ MAPELLI. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES...1983. Pag. 295

⁵⁰ GARCÍA VALDÉS. COMENTARIOS...1982. Pag.121

los aspectos de la conducta del infractor que les afectan directamente en su convivencia diaria, a través de su participación.

En este sentido, el art. 24 de la LOGP establece que “se establecerán y estimularán en la forma que se señale reglamentariamente, sistemas de participación de los internos en actividades o responsabilidades de orden educativo, recreativo, religioso, laboral, cultural o deportivo. En el desenvolvimiento de los servicios alimenticios y confección de racionados se procurará igualmente la participación de los internos”.

Por consiguiente este precepto determina de manera muy amplia la participación de las personas presas en la regulación de todos los aspectos atinentes a su convivencia excepto la valoración de las conductas que atenten contra la misma. Y esto es, en mi opinión, lo realmente criticable porque excluye de raíz cualquier opinión de las personas presas en uno de los ámbitos que más relevancia real tiene en su vida diaria, que es la sanción penitenciaria.

Tenemos que tener en cuenta que el mundo carcelario es un “sistema social alternativo”, en palabras de VALVERDE MOLINA⁵¹. Hay que evitar sin embargo que se imponga la valoración de grupos dominantes de presos, constituyendo así auténticos “grupos normativos” que dicten normas de convivencia en prisión.⁵²

Sin embargo existe una posibilidad abierta por el art. 55.3 del R.P. que establece que “El Consejo de Dirección, mediante resolución motivada, podrá ampliar la participación de los internos en otras áreas regimentales diferentes de las mencionadas en el apartado 1 de este artículo”.

El problema es apasionante y no hay ningún autor que lo haya abordado de frente.

Por una parte, creo que es necesario introducir algún tipo de participación de los internos y por otro es necesario evitar que esa participación se convierta en un

⁵¹ VALVERDE. LA CÁRCEL...1997. Pag. 77 y ss.

⁵² VALVERDE. LA CÁRCEL...1997. Pag. 79.

factor de desestabilización de la propia convivencia penitenciaria. Esta última consideración excluye el enjuiciamiento por parte de algunos presos de conductas concretas cometidas por otras personas presas.

Sin embargo, entiendo que la valoración grave o leve en abstracto de determinadas conductas no supone en modo alguno el ejercicio de “facultades disciplinarias” de unos internos frente a otros y si una participación en la concreción de la intensidad de los ataques a la convivencia. Hay que tener en cuenta como dice VALVERDE MOLINA que *“toda conducta se produce en un contexto, y ha de responder a las características de ese contexto. En consecuencia, una conducta adaptativa en un determinado ambiente no tiene por qué ser adaptativa en otro.”*⁵³. Es decir, resulta complicado valorar una conducta cometida en prisión desde criterios de comportamiento fuera de la misma, como se hace en muchas ocasiones.

E.- Conclusiones

Por todo lo que se ha expuesto, considero que es necesario un cambio profundo en la fundamentación y en la práctica del derecho sancionador penitenciario.

Así, según señalan RÍOS y CABRERA⁵⁴ el 70% de las personas encuestadas sobre una población de más de mil personas presas declaran que han sido sancionados alguna vez, lo que da idea del alto grado de conflictividad y violencia provocada por el carácter de institución total de la cárcel, tanto por ciento que se incrementa hasta el 95 en los supuestos de personas en primer grado, lo cual da la idea de que cuanto más restringido es el espacio de convivencia, más violencia existe y más sanciones se imponen.

⁵³ VALVERDE. LA CÁRCEL...1997. Pag. 105.

⁵⁴RÍOS/CABRERA. MIL VOCES...1998. Los mismos autores señalan también las graves consecuencia que la aplicación de la sanción tiene para las personas presas, en especial debido al aislamiento: deterioro físico y mental e imposibilidad de beneficios penitenciarios, lo que convierte al sistema sancionador en un elemento fundamental y clave en la ejecución de la pena privativa de libertad. Así, el 84% de los que han tenido sanciones no tiene ningún destino, el 80% de los toxicómanos ha sido sancionado, frente al 56% de personas no toxicómanas, lo que dice poco a favor de la aplicación de los principios penales relativos a la imputabilidad. Pag. 113 y pag. 88 y ss.

La propia Asociación Profesional de la Magistratura, en su informe de 1993, reiterado en 1995 ⁵⁵ establecía literalmente que *“el régimen se encuentra contrastadamente en uno de los peores momentos de la historia penitenciaria moderna”. “La creación del FIES es un reflejo de la insuficiencia del mismo para los delincuentes de mayor peligro”. “al juez de vigilancia penitenciaria llegan recursos contra sanciones impuestas de forma genérica a ráfagas y sin observancia del principio de proporcionalidad, mientras nadie se atreve a imponer una verdadera disciplina fundada en la regular y permanente aplicación de las normas reglamentarias”. “al régimen le ataca en segundo lugar muy gravemente el consumo desmedido e incontrolado de drogas, sustancias tóxicas y estupefacientes.”*

Hago mías las palabras del profesor GONZÁLEZ NAVARRO cuando asevera que *“los hombres de nuestra cultura parece como si lleváramos arraigado todavía en nuestra alma la creencia en la eficacia del castigo físico. Y por eso resulta tan difícil acabar con ese fondo “supliciente” de la cárcel que se manifiesta en esos suplementos punitivos del racionamiento alimenticio, la privación sexual, los golpes, el encierro en esa “cárcel dentro de la cárcel” que es la celda de castigo.”*⁵⁶

De la misma manera en que los dogmáticos de la teoría de la pena se esfuerzan en hallar alternativas a la pena privativa de libertad, es preciso insistir en la búsqueda de alternativas a la sanción penitenciaria, sobre todo en lo relativo al aislamiento, aunque sólo sea desde una perspectiva humanista, tratando de reducir los daños físicos y psíquicos que esta sanción conlleva.

Si cerramos los ojos a la actual situación estaremos en realidad consintiendo otro tipo de comportamientos en la subcultura carcelaria que ha descrito CARMEN RUIDÍAZ⁵⁷.

⁵⁵ ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA. INFORME...1993. Pag. 322. También en ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA. INFORME...1995. Pag. 380.

⁵⁶ GONZÁLEZ NAVARRO. UNA MATRIZ. ...1990. Pag. 524.

⁵⁷ RUIDÍAZ . UNA MIRADA. 1995. Pag.1454

La profesora RUIDÍAZ ha establecido con carácter general la observancia dentro de las prisiones de una serie de normas no escritas que desde mi punto de vista son también consecuencia de la actual aplicación del derecho sancionador penitenciario:

- Normas que imponen cautela: cada interno debe ir a lo suyo, sin hacer preguntas inoportunas ni hablar demasiado de los propios problemas (individualismo)

Posiblemente, desde el ámbito del derecho sea completamente necesario empezar a abrirse a otras ciencias que pueden darnos pautas para la elaboración de un régimen sancionador adaptado a las exigencias de la resocialización. Así, es muy interesante la reproducción de estas palabras de ORIA MUNDÍN⁵⁸:

“En psicología, el castigo es una técnica operante que consigue la reducción y el debilitamiento de una conducta excesiva o inadecuada, es decir, el castigo nunca enseña un comportamiento alternativo a la conducta que se desea eliminar. No es una técnica muy utilizada en procesos de aprendizaje y desde luego nunca debe ser utilizada sola, sin el acompañamiento de otras técnicas alternativas.

Su utilización exige unas condiciones muy estrictas:

- 1. El castigo impuesto debe ser menor al riesgo o daño potencial de la consecuencia de la conducta que deseamos evitar.*
- 2. Debe ser introducido lo más rápido posible a la conducta inadecuada. Si se dilata en el tiempo, es poco probable que se modifique dicho comportamiento.*
- 3. El castigo debe ir acompañado siempre del reforzamiento de otra conducta adaptada. Debemos intentar que la conducta reforzada sea incompatible con la conducta castigada y en todo caso es necesario explicitar las contingencias del castigo: qué conductas van a ser castigadas y cuáles son las alternativas.*
- 4. Si la duración es muy larga el castigo pierde capacidad aversiva. El incremento de la intensidad del castigo puede empeorar la situación si dichos aumentos no son aceptados como justos y apropiados. No podemos olvidar que el ingreso en prisión, conlleva en muchos casos, el "etiquetado" sobre la persona que dificultará su*

- Normas que imponen no ser conflictivo por encima de las inevitables irritaciones que el contacto diario produce

- Normas que prescriben desconfianza y hostilidad hacia los funcionarios y en general hacia el mundo convencional condenador: los funcionarios son despreciables carceleros y mercenarios y deben ser siempre tratados con recelo e incluso con hostilidad.

⁵⁸ ORIA MUNDÍN, JUAN CARLOS. Artículo “APUNTES PSICOLÓGICOS A LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL” en DIARIO DE NOTICIAS. Publicado el 21 de ENERO 2003.

reinserción, o la vivencia de experiencias que marcarán el resto de su vida.

5. Conforme se vayan adquiriendo comportamientos más aceptables, debe ir reduciéndose la intensidad del castigo, sólo así pueden ir adquiriéndose conductas que se mantengan en ámbitos sociales normalizados.”

Para finalizar este apartado y como resumen de toda la exposición podemos concluir que actualmente existen dos interpretaciones sobre la finalidad de la sanción.

Actualmente se ha impuesto la interpretación reglamentaria de que debe castigarse cualquier conducta que altere el orden entendido en un sentido amplio. Frente a esto entiendo que la finalidad de la sanción es proteger las conductas más graves que afecten a la convivencia penitenciaria, entendiendo el concepto de buen orden regimental en un sentido estricto relacionado con el concepto de convivencia, sirviendo la sanción de última ratio de todas las medidas destinadas a garantizar esta última y fomentando la participación de los internos en la valoración de esas conductas.

Considero por su parte, injustificada la diferenciación que establece la legislación militar e inadmisibles que a través de la sanción penitenciaria se tutele un proceso de reincorporación a las Fuerzas Armadas de la persona presa como objetivo diferenciado de la reinserción ex art. 25 C.E.

3.2.- LOS PRINCIPIOS APLICABLES AL DERECHO PENITENCIARIO SANCIONADOR.

Haré en este epígrafe un análisis somero de los principios aplicables a la sanción penitenciaria a través de la trasposición de los principios comúnmente admitidos con carácter general para el procedimiento administrativo sancionador con la configuración legal y jurisprudencial aplicable a este campo del derecho.

En primer lugar el R.P. 190/1996, a diferencia de lo que hacía la anterior regulación, se remite específicamente en su art. 232.1 a la Ley 30/1992 de 26 de

noviembre que recoge los principios de derecho penal aplicables al Derecho Administrativo Sancionador en torno fundamentalmente al principio de legalidad.

Mi punto de partida es, en consecuencia, la aplicación de los principios del derecho penal al derecho administrativo sancionador, y dentro de este último, a su variante penitenciaria. Lo que trataré de hacer es delimitar en qué medida esta posición se recoge en el derecho positivo y con qué matices se aplica para tratar de confrontarlo con la realidad y sacar las conclusiones que procedan.

3.2.1.- El principio *ne bis in idem*

A.- Concepto y alcance

El principio *ne bis in idem* consiste básicamente en su formulación clásica en que nadie puede ser sancionado dos veces por los mismos hechos y se encuentra recogido expresamente en el art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Dentro de la CE encuentra formulación en el art. 25.1 en lo relativo a su aspecto material (nadie debe ser castigado dos veces por la misma infracción) y 24 en su vertiente procesal (nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos).

Por su parte, en la legislación ordinaria este principio encuentra su formulación en el art. 415.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el art. 133 de la Ley 30/1992 que establecen la prohibición de la doble sanción material en caso de identidad de sujeto, hecho y fundamento.

Más específicamente en el ámbito penitenciario el art. 232.4 del RP regula la cuestión estableciendo que

“aquellos hechos que pudiesen ser constitutivos de delito podrán ser también sancionados disciplinariamente cuando el fundamento de la sanción sea la

*seguridad y el buen orden regimental*⁵⁹. En estos casos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 284 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los hechos serán puestos en conocimiento del Ministerio Fiscal y de la Autoridad Judicial competente, previa realización, en su caso, de las diligencias de prevención que se consideren necesarias.”

En principio de la lectura de este artículo se deduce claramente que la identidad de sujeto hecho y fundamento prohíbe de todas las maneras la imposición de una doble sanción penitenciaria por unos mismos hechos. Esta afirmación queda fuera de cualquier discusión y en consecuencia la imposición de dos sanciones penitenciarias diferentes por una misma infracción no es posible.

La cuestión principal sobre la que la doctrina ha fijado su atención se suscita en consecuencia en la procedencia o no de la doble imposición de sanción penal y penitenciaria por unos mismos hechos.

Para tratar de responder a esta cuestión debo entrar en el examen de los pronunciamientos de la jurisprudencia sobre la materia.

La postura del Tribunal Constitucional fue fijada con carácter general en el fundamento jurídico 4º de la STC 77/1983 estableciendo la independencia de la potestad sancionadora de la administración con dos límites claros: la imposibilidad de la administración de sancionar hechos declarados inexistentes por sentencia penal y la subordinación de la actuación administrativa a los Tribunales de Justicia.

En materia penitenciaria, mediante STC 2/87 y siguientes se estableció la compatibilidad dentro de una relación de sujeción especial de la doble punibilidad en los órdenes penal y administrativo, aunque posteriormente esta postura fue matizada por la STC 234/91 de 10 de diciembre que estableció que la existencia de una RSE no basta por sí misma para justificar la dualidad de sanciones excepto que el interés jurídico protegido sea distinto y la sanción sea proporcionada.

⁵⁹ Es preciso insistir en que el concepto de “buen orden regimental” es introducido por el Reglamento Penitenciario introduciendo matices no contenidos en la LOGP.

La admisión de la doble punibilidad con carácter general en materia penitenciaria ha sido criticada por gran parte de la doctrina que ha dado su opinión sobre esta cuestión⁶⁰. El debate se centra, más que en la identidad del sujeto o del hecho, en el fundamento o bien jurídico protegido por cada uno de los órdenes, penal o penitenciario, única posibilidad en la que la regulación reglamentaria posibilita la doble imposición⁶¹.

Así, GARCÍA ALBERO, examinando las infracciones contenidas en el art. 108 y 109 del R.D. llega a decir que la mayor parte son constitutivas de delito, siendo dudoso que tengan un fundamento específico diverso del bien jurídico protegido penalmente.⁶²

Para MAPELLI el ilícito penal y el administrativo no se diferencian ontológicamente por su contenido sino que la diferencia es sustancialmente formal, lo que determina que en realidad haya una duplicidad de castigo, y tampoco se puede fundamentar en la duplicidad de bienes jurídicos correspondiendo al orden penal el valor justicia y al administrativo el bienestar público porque esta diferencia en realidad es artificiosa.⁶³

Creo que para abordar esta cuestión deben distinguirse una vez más los conceptos de “convivencia”, “seguridad” y “orden regimental” que son los fundamentos de la sanción penitenciaria. A mi entender, dentro del concepto convivencia estaría incluida la protección de los bienes jurídicos personales de los reclusos que cohabitan dentro de un Centro Penitenciario. Es decir, proteger la convivencia en prisión no tiene ninguna diferencia fundamental con la protección que merece la convivencia en la comunidad en general. Por lo tanto, no se podrá castigar doblemente ningún ataque a bienes personales que a su vez constituya delito.

⁶⁰ Se encuentran de acuerdo sin embargo GARRIDO GUZMÁN (MANUAL...1983. Pag. 382) y RACIONERO CARMONA (DERECHO PENITENCIARIO...1999. Pag. 220) que precisan en el primer caso que se trata de infracciones de ordenamientos jurídicos diversos y en el segundo que el fundamento del castigo es en todo caso distinto.

⁶¹ Para PIÑOL las razones de la existencia del art. 232.4 del R.P. tiene su origen precisamente en la intención de limitar los casos en que es compatible la sanción penal y la penitenciaria, cuestión que con la doctrina constitucional existente podía alcanzar mucha mayor amplitud. PIÑOL. I JORNADAS...

⁶² GARCÍA ALBERO. CURSO...2001. Pag. 222

⁶³ MAPELLI. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES...1983. Pag. 297

En lo relativo al concepto de seguridad, entiendo que no se podrá castigar doblemente una conducta que atente al mismo bien jurídico ya protegido por una norma sancionadora penal.

Por ejemplo estimo incompatible sancionar doblemente por un delito del art. 468 del C.P. cuyo bien jurídico protegido es la efectividad de los pronunciamientos de la Autoridad Judicial en orden a la ejecución y cumplimiento de determinadas penas cuya custodia se encomienda a la Administración Penitenciaria⁶⁴ y una falta del 108 e)⁶⁵ que atenta también contra ese principio de custodia en que se basa la seguridad del establecimiento.

Por lo que respecta al “buen orden regimental”, entiendo que es una figura no entendible. Si la conducta no afecta a la seguridad o a la convivencia ni siquiera cabe la sanción. De alguna manera, como ha argumentado RÍOS MARTÍN toda comisión de falta vulnera por sí misma el buen orden, por lo tanto es necesario discriminar en qué medida esa vulneración es o no relevante.⁶⁶

Y en consecuencia, añadido, si es relevante afectará a la seguridad y a la convivencia con lo que habrá identidad entre el bien jurídico protegido por el derecho penal y el fundamento de la sanción y por tanto el doble castigo será imposible sin vulnerar el principio. Si no es relevante, no se podrá sancionar, aunque haya resultado afectado el “buen orden regimental”.

⁶⁴ El art. 468 del C.P. castiga a “los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia” dentro del CAPÍTULO VIII bajo el título “Del quebrantamiento de condena”.

⁶⁵ El art. 108 e) castiga como falta muy grave “Intentar, facilitar o consumir la evasión”. No entro en este momento en cuestiones derivadas de la autoría que se verán en el análisis de los tipos que realizo en los siguientes epígrafes.

⁶⁶ RÍOS. MANUAL...2001. Pag. 194. PIÑOL distingue entre buen orden regimental que afecte a los derechos de los presos y buen orden regimental entendido como orden público y concluyendo que no puede apreciarse diferente fundamento en el bis in idem a conductas que alteren el primero porque ese bien jurídico protegido ya lo está por el ordenamiento penal.(PIÑOL. EL PROCEDIMIENTO...1998). La diferencia con el planteamiento que expongo es que en el anterior epígrafe yo he diferenciado la convivencia, ya protegida en las ocasiones en que la conducta del preso sea constitutiva de delito por el ordenamiento penal, y orden regimental, cuya legitimidad no está amparada por la ley y que se refiere únicamente a conductas frente a las normas de régimen interior que no alteran la convivencia ni la seguridad del centro. El buen orden regimental correspondería a la facultad de autotutela de la administración mientras que la convivencia ordenada reconocería la tutela de los derechos de los internos.

Sin embargo, no es esta la conclusión a que han llegado en general los operadores jurídicos en materia penitenciaria, por lo que habrá que seguir planteándose el resto de cuestiones que lleva aparejada la doble imposición.

El Reglamento Penitenciario no aclara si la tramitación del expediente sancionador debe paralizarse mientras se tramita el procedimiento penal; se limita únicamente a prescribir que los hechos se pondrán en conocimiento de la autoridad competente.

Señalo en primer lugar que la decisión de incoar un procedimiento penal, uno penitenciario o ambos por los mismos hechos va a corresponder al Director (art. 241 del R.P.), lo cual le da un considerable margen de decisión a la hora de gestionar la “notitia criminis” y supone un poder en si mismo dado el indudable encaje de muchas de las conductas en el orden penal. Queda a su absoluta disposición que una persona presa con la misma infracción tenga una consecuencia únicamente sancionadora o una sancionadora y una penal, si el Director decide poner el hecho en conocimiento de los Tribunales. Y no hay ningún criterio jurídico seguro al que nos podamos acoger.

Sin embargo, la experiencia demuestra que en muchas ocasiones estos “delitos” o “faltas” se tramitan por la vía administrativa y no llegan a los Juzgados. Me atrevo a señalar que la razón puede ser la diferente valoración de conductas que dentro de las prisiones son habituales y en consecuencia merecen un juicio que no es percibido como delictivo, en tanto que en el exterior merecerían sin duda un reproche penal.

La previsión establecida en el art. 232.4 in fine⁶⁷ motivó una consulta a la Fiscalía General del Estado sobre la diferenciación entre delito y falta y la actuación de los funcionarios de prisiones estableciéndose las siguientes conclusiones:

⁶⁷ El artículo dice así “los hechos serán puestos en conocimiento del Ministerio Fiscal y de la Autoridad Judicial competente, previa realización, en su caso, de las diligencias de prevención que se consideren necesarias.”

- Los funcionarios de prisiones que realizan “diligencias de prevención” tienen el carácter de Policía Judicial, según lo dispuesto en el art. 283.7 de la LECr.
- En consecuencia, sus actuaciones tienen el carácter de atestado.
- El interno presunto responsable debe ser equiparado al detenido, a efectos de lo dispuesto en el art. 520 de la LECr.
- Los funcionarios no pueden utilizar en el curso de las averiguaciones medio no autorizados por la ley (art. 297 último inciso LECr.)

Para GONZÁLEZ CANO no es acertado postular la suspensión del procedimiento disciplinario o la ejecución de la sanción, que puede ser previa a la jurisdicción penal, ya que es fundamental la rapidez de la respuesta.⁶⁸

Yo creo que no cabe fundamentar la necesidad de la existencia de imposición sancionadora en dar una respuesta rápida a la infracción.

Si se hace primar la celeridad se priva de contenido garantista el procedimiento sancionador, lo cual puede acarrear a medio plazo consecuencias más graves que las que se tratan de evitar. Para dar una respuesta rápida y restaurar el orden jurídico ya existen los medios coercitivos y las medidas de seguridad, cuya duración es proporcionada al conflicto. La efectividad de la sanción no se basa tanto en su rapidez sino en que el infractor sepa con certeza que será sancionado.

Además, parece bastante incoherente que una vez ejecutada la sanción penitenciaria se declarase la inexistencia de la infracción en vía penal. Si esto ocurriese, entiendo que deberían anularse al menos las consecuencias accesorias de la sanción, sin perjuicio de la posibilidad de computar el tiempo cumplido para el cumplimiento de otra sanción.

En apoyo de esta tesis, la STC 77/83 establece por su parte la subordinación de la Administración a la Jurisdicción lo cual a mi entender no permite un pronunciamiento administrativo desconectado de los hechos probados en vía penal.

B.- La situación de las personas presas con condición militar

El art. 20 del Reglamento Penitenciario Militar establece que *“las sanciones impuestas en vía disciplinaria penitenciaria lo serán sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que, en su caso, pudiera corresponder, y de la responsabilidad disciplinaria militar, siempre que esta última sea compatible.”*

Asimismo, el art. 5, del mismo texto legal dice que

“El régimen de los establecimientos penitenciarios militares tendrá como finalidad conseguir una convivencia ordenada que permita el cumplimiento de los fines previstos por la legislación procesal penal para los detenidos y presos y llevar a cabo el tratamiento respecto a los penados.”

Opino que es plenamente aplicable a estos casos lo establecido en la legislación común a pesar de que su regulación es aún más parca en lo relativo a la suspensión de la actividad sancionada hasta que exista un pronunciamiento judicial o la incidencia de la absolución penal en la sanción penitenciaria.

Sin embargo a todo lo ya dicho hay que añadir que lo que resulta más complicado es la posibilidad que el citado artículo abre de que se le puedan imponer a la persona presa teóricamente dos sanciones administrativas, penitenciaria y militar e incluso dos sanciones administrativas y una penal, común o militar. Las combinaciones son múltiples y no faltará quien defienda que el fundamento de todas ellas es diferente, concluyendo su constitucionalidad.

Esta postura resulta para mí sencillamente inadmisiblesalvo que se determine que debido a la condición de militar de la persona privada de libertad y la configuración de la institución penitenciaria militar como Unidad Militar (art. 4 del Reglamento) se configure como una relación de “doble sujeción especial” al ejército y a la Administración Penitenciaria Militar, además de su sujeción general como ciudadano, lo que hace su situación absolutamente excepcional.

⁶⁸ GONZÁLEZ CANO. LA EJECUCIÓN...1994. Pag. 286

Entiendo que la situación de persona privada de libertad debe absorber la anterior sujeción como militar en libertad, disfrutando de todos los derechos correspondientes a la relación penitenciaria común, sin perjuicio de considerar poco justificado la existencia de un establecimiento de cumplimiento militar específico.

En realidad la cuestión es mucho más profunda y nos lleva a la compatibilidad entre el fin de la pena establecido en el art. 25.2 de la C.E. y el art. 1 del Reglamento Penitenciario Militar que establece como fundamento de las Instituciones Penitenciarias Militares “*la reeducación de los internos en orden a su reincorporación a las Fuerzas Armadas o, en su caso, a su reinserción social, así como la retención y custodia de los detenidos, presos y penados.*”, sin que haya ninguna referencia en la exposición de motivos de esta norma a la necesidad de esta diferencia, haciendo únicamente una mención a las “singularidades propias de la organización militar”.

Si bien es cierto que la finalidad de los establecimientos penitenciarios militares no excluye la reinserción social, este no se configura como prioritaria sino como secundaria al fin primordial de reeducación para la reincorporación a las Fuerzas Armadas.

Pero es que además, a tenor del art. 42 de la L.O. 13/1985 de 9 de diciembre del Código Penal Militar en los establecimientos penitenciarios militares no se encuentran únicamente militares que hayan cometido delitos militares sino también militares que hayan cometido delitos comunes que no lleven aparejada la baja en las Fuerzas Armadas⁶⁹. Y si no llevan aparejada esa baja, por qué razón hay que reincorporarlos como fin primordial? Se nos está transmitiendo el mensaje de que cualquier militar que delinque se configura de ipso fuera del ámbito de las

⁶⁹ El art. 42 del Código Penal Militar establece que “*Las penas de privación de libertad impuestas a militares por delitos comprendidos en este Código se cumplirán en el establecimiento penitenciario militar que se determine por el Ministerio de Defensa. En caso de que las penas impuestas a militares por la comisión de delitos comunes lleven consigo la baja en las Fuerzas Armadas, se extinguirán en establecimientos penitenciarios ordinarios, con separación del resto de los penados. Si no llevaran aparejadas la baja en las Fuerzas Armadas, se cumplirán en el establecimiento penitenciario militar que se disponga por el Ministerio de Defensa.*”

Fuerzas Armadas, en consecuencia la finalidad de la sanción penal no es recuperarlo como ciudadano sino como militar.

Frente a esta concepción no cabe, en mi opinión introducir en una norma con rango de reglamento un fin de la pena sustancialmente diferente al establecido en el art. 25.2 de la C.E. No cabe, en consecuencia, basar en esta norma reglamentaria un concepto de disciplina absolutamente diferente para las personas presas en establecimientos penitenciarios militares, basada en principios morales que se me antojan un tanto anacrónicos⁷⁰ y por último no cabe a su vez basar en este concepto un fundamento de la pena diferente que permita castigar dos o más veces en diferentes ámbitos un mismo hecho cometido por una persona presa en un establecimiento penitenciario militar.⁷¹

En mi opinión las RSE no pueden acumularse entre sí, se excluyen. A la persona presa debe aplicársele prevalentemente el título jurídico penitenciario común porque es la ley especial que regula su situación de persona privada de libertad por encima de cualquier otra consideración y sin que quepan distinciones de otro tipo. De lo contrario sólo le queda matricularse en una Universidad (los estudiantes son otra de las categorías tradicionalmente incluidas) para que la maldición de las RSE descargue sobre él todas las justificaciones del mundo para sancionarle por un mismo hecho.

⁷⁰ La Ley 85/1978 de 28 de diciembre de Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas establece en su artículo 1 que *“estas Reales Ordenanzas constituyen la regla moral de la Institución Militar y el marco que define las obligaciones y derechos de sus miembros. Tienen por objeto preferente exigir y fomentar el exacto cumplimiento del deber inspirado en el amor a la Patria y en el honor, disciplina y valor.* Por su parte, siguen diciendo en su art. 10 que *“Las Fuerzas Armadas forman una institución disciplinada, jerarquizada y unida, características indispensables para conseguir la máxima eficacia en su acción.”* En su art. 11 que *“La disciplina, factor de cohesión que obliga a todos por igual, será practicada y exigida como norma de actuación. Tiene su expresión colectiva en el acatamiento a la Constitución, al que la Institución Militar está subordinada.”* Y en su art. 12 que *“El orden jerárquico castrense define en todo momento la situación relativa entre militares, en cuanto concierne a mando, obediencia y responsabilidad.”* Por último, el art. 15 establece que *“Las Fuerzas Armadas darán primacía a los valores morales que, enraizados en nuestra secular tradición, responden a una profunda exigencia de la que sus miembros harán norma de vida.”*

⁷¹ El catálogo de las sanciones disciplinarias militares se encuentra en la L.O. 8/1998 de 2 de diciembre de 1998 de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas en los arts. 7 y siguientes. Baste a los efectos de este trabajo resaltar que muchos de los tipos pueden encajar con conductas también sancionables con arreglo al R.P. común.

C.- Conclusiones.

Como conclusión de este epígrafe creo que no cabe sancionar doblemente conductas cometidas dentro de prisión que atenten a la convivencia y la seguridad de los centros penitenciarios siempre que estos bienes se tutelen en los tipos penales en que sea subsumible la conducta de los sujetos, lo cual sucede en la generalidad de los casos ya que si es relevante afectará a la seguridad y a la convivencia con lo que habrá identidad entre el bien jurídico protegido por el derecho penal y el fundamento de la sanción y por tanto el doble castigo será imposible sin vulnerar el principio *ne bis in idem*. Además, la incoación de un procedimiento penal debiera paralizar el procedimiento administrativo sancionador. Por otra parte, los internos de los establecimientos penitenciarios militares no deben ser sancionados doblemente en virtud de su condición de militares. Dado que su situación es la propia de cualquier persona privada de libertad, debe excluirse la aplicación simultánea de dos RSE.

3.2.2.- El principio de legalidad

El principio de legalidad está reconocido en el art. 25 de la CE estableciendo específicamente que nadie puede ser sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan infracción administrativa.

La doctrina constitucional ha establecido con carácter general que el principio de legalidad comporta la existencia de una norma habilitante con rango de ley si bien para el caso de la norma sancionadora penitenciaria la STC de 24 de julio de 1984 ha establecido que la reserva de ley no excluye la remisión a normas reglamentarias de desarrollo, sin afectar tampoco a disposiciones nacidas antes de la entrada en vigor de la CE.

La LOGP establece específicamente en su art. 2 que *“la actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Ley, los reglamentos y las sentencias judiciales”*.

Por su parte, el art. 129.1 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre recoge la exigencia de reserva de ley sin que Administración Penitenciaria se encuentre entre las disposiciones excluidas en el art. 127.3.⁷² Lo mismo cabe deducir de lo establecido en la Disposición Adicional Octava y Derogatoria Tercera de la misma Ley 30/92, que salvan determinadas leyes especiales respecto al personal al servicio de las Administraciones Públicas y declaran expresamente en vigor las normas que no se opongan a esta Ley.

El art. 42.1 de la LOGP sin embargo establece un tipo de remisión normativa consistente en reservar la tipificación de las infracciones al Reglamento mientras que detalla las sanciones imponibles sin establecer tampoco cuál es la correlación entre infracciones y sanciones. Esta situación ha creado un debate en torno a la adecuación o no de este artículo al principio de legalidad.

La técnica fue objeto de examen en la tantas veces mencionada a lo largo de este trabajo STC 2/1987 que en su fundamento jurídico segundo analizó el término “legislación vigente” a los efectos de determinar la exigencia de reserva de ley en el ámbito penitenciario sancionador.

Según el Tribunal, se establecen tres niveles de exigencia diferentes según el supuesto: Un primer nivel estará constituido por las normas de carácter penal cuya exigencia es de Ley Orgánica. Un segundo nivel abarcaría el ámbito administrativo general y determinaría la exigencia de tipificación por Ley Ordinaria sin perjuicio de la posibilidad de regulación reglamentaria en virtud de remisión de la Ley con determinación suficiente que prefigure el desarrollo posterior gubernativo. Por último, el tercer nivel se situaría en las relaciones de sujeción especial en el que sería suficiente una cobertura legal genérica y una tipificación reglamentaria.

En la práctica esta situación deja fuera al ámbito penitenciario de la exigencia del principio de legalidad, sin que tampoco se entienda bien por qué se produce esta disminución de las garantías para las personas privadas de libertad, siendo en mi opinión exigible al menos que la tipificación de infracciones cuyas

⁷² Establece el art. 127.3 que “las disposiciones de este Título no son de aplicación al ejercicio por las Administraciones Públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio y de

consecuencias supongan afectación de derechos fundamentales sea realizada por ley formal.⁷³

En ocasiones se ha tratado de justificar la tipificación por medio de reglamento para conseguir una mejor y más rápida adaptación a la casuística existente en materia de infracciones.

Sin embargo creo que la opción de tipificar infracciones en el Reglamento no necesariamente ofrece mayores garantías de adecuación porque la realidad siempre supera las previsiones y hace necesaria de todos modos interpretaciones analógicas de la norma que pueden ser variables según la casuística. No podemos excluir la realización de un desarrollo reglamentario como complemento indispensable, pero es precisa de todos modos esa regulación legal.

De otra parte el mero transcurso del tiempo ha deslegitimado este argumento dado que desde el año 1984 no se produce ninguna modificación en el catálogo de infracciones reglamentarias que se encuentran bastante desfasadas y en cuya aplicación se acude frecuentemente a la interpretación, a pesar de la prohibición de la analogía establecida en el art. 232.3 del R.P.

Es más, el propio R.P. de 1996 que realizó una reforma amplia en materia penitenciaria una de las cosas que no modifica es el catálogo de infracciones de la regulación anterior, que no se molesta ni en copiar y al que hace una remisión expresa. Ni siquiera el propio legislador reglamentario tiene interés en actualizar unas infracciones cuya tipificación en ese marco reglamentario se justifica precisamente por la rapidez en su reforma. La razón está clara. Los tipos no importan. Lo que importa es la utilización que se pueda hacer de ellos en cada momento. Y lo bueno de la regulación que se mantiene es que resulta tan indeterminada que cualquier tipo de aplicación es posible aún a costa de sacrificar el principio de legalidad.

quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual."

⁷³ En el mismo sentido ver por todos PIÑOL, EL PROCEDIMIENTO...1998. GONZÁLEZ CANO, LA EJECUCIÓN... 1996. Pag. 280.

Por otro lado, los preceptos del art. 108 y 109 no se adaptan a todas las tipologías de centros penitenciarios y qué decir de su aplicación a los centros penitenciarios militares.

En cuanto al mandato de tipificación un mero examen de los tipos los revela plagados de conceptos jurídicos indeterminados además de una técnica discutible que por ejemplo en el art. 110 f) se revela tan amplio que puede permitir la sanción de cualquier conducta al sancionar *“cualquier otra acción u omisión que implique incumplimiento de los deberes y obligaciones del interno, produzca alteración en la vida regimental y en la ordenada convivencia y no esté comprendida en los supuestos de los arts. 108 y 109, ni en los apartados anteriores de este artículo”*.

De la misma manera, la remisión a las normas de régimen interno a las que se refiere el 109 f) constituyen una nueva delegación que debe calificarse de grave, al permitir en la práctica que sean diferentes en cada uno de los Centros Penitenciarios, lo que puede originar una auténtica indefensión en supuestos, por otro lado frecuentes, de traslado.

En consecuencia, abogo por una urgente reforma de la LOGP con el fin de incluir un catálogo de infracciones y su correspondiente correlación con las sanciones a fin de que los elementos del tipo sean descritos de manera clara e inequívoca vinculando a la Administración en su aplicación, ya que considero que la actual situación vulnera claramente el principio de legalidad al no existir suficiente cobertura legal para los tipos ni cumplir estos con el mandato de certeza y determinación.

3.2.3.- El principio de culpabilidad

En el ámbito de la teoría del delito tanto el concepto como el fundamento y el contenido que se asigna a la categoría de “culpabilidad” se encuentra plagado de discrepancias.

En la evolución dogmática se pueden distinguir diversos periodos.

En un primer momento se da una concepción psicológica de la culpabilidad. La culpabilidad es algo subjetivo que explica el resultado como producto de la mente del sujeto. El delito aparece como resultado de una doble vinculación causal: la relación de causalidad material, que da lugar a la antijuridicidad, y el nexo de causalidad psíquica que da lugar a la culpabilidad. Como presupuesto de la culpabilidad se exige la imputabilidad, es decir, la capacidad individual por condiciones de madurez y normalidad psíquica.

Las diferentes críticas realizadas dieron lugar a la denominada concepción normativa, hoy dominante con sus diferentes variantes, que entiende básicamente la culpabilidad como las condiciones que permiten formular un juicio de reproche al sujeto por su hecho, sin tener en cuenta únicamente la parte subjetiva.

Para los que mantienen una concepción puramente normativista el fundamento material de esta teoría consiste en la libertad que tiene el individuo de actuar en un sentido o en otro, según la cual procederá la imposición o no de pena.

Esto es rechazado desde la perspectiva de quienes niegan el libre albedrío o de quienes rechazan que éste sea comprobable en el caso concreto. Por ello, han surgido otras teorías que han generado concepciones alternativas de la culpabilidad.

Entre estas, se sostiene la ilegitimidad de cambiar la noción de culpabilidad basada en el libre albedrío por la de necesidad de pena. En consecuencia no es posible afirmar la culpabilidad de un sujeto si por motivos de prevención general o especial no es necesaria la aplicación de una pena.

Por otra parte, debe enjuiciarse la capacidad del sujeto para cumplir el mandato normativo en comparación con las posibilidades de que dispone el hombre que actúa normalmente. La medida de la pena es la que intenta responder a las expectativas del hombre normal para no romper el principio de igualdad imprescindible en un Estado democrático.

En definitiva son elementos de la culpabilidad la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido y la exigibilidad de un comportamiento distinto.

Según CONDE-PUMPIDO FERREIRO *“se manifiesta normalmente en dos expresiones: sólo es responsable el que sea hallado culpable del hecho y la culpabilidad debe ser la medida de la pena... La doctrina lo ha configurado como un corolario del principio de legalidad del art. 25.1 en relación con el derecho a la libertad del art. 17 y el principio de igualdad consagrado en el art. 14 en su vertiente negativa: la igualdad se cumple también tratando desigualmente lo que es desigual, lo que conduce a que la sanción penal se lleve a cabo en relación con la culpabilidad personal de cada sujeto, valorando la desigual génesis individual y social de su conducta. Por su parte, la proporcionalidad de la pena con la culpabilidad de su autor encuentra su tutela en el art. 15 de la Constitución y en la prohibición de las penas inhumanas o degradantes, ya que sólo una pena proporcional a la gravedad del hecho puede considerarse respetuosa con la dignidad de la persona”*.⁷⁴

Por su parte, en el ámbito administrativo sancionador la STC 76/1990 en su fundamento jurídico 4º y a propósito de infracciones tributarias declaró que *“sigue rigiendo el principio de culpabilidad (por dolo, culpa o negligencia grave y culpa o negligencia leve o simple negligencia), principio que excluye la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente del contribuyente.”*⁷⁵

El art. 130 de la Ley 30/1992 establece que *“sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aún a título de simple inobservancia.”*

El RP hace una referencia a la culpabilidad en el art. 234 en sede de graduación de las sanciones cuando determina que *“En cada caso concreto, la determinación de la sanción y de su duración se llevará a efecto atendiendo a la naturaleza de la infracción, a la gravedad de los daños y perjuicios ocasionados, al*

⁷⁴ CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO en CÓDIGO PENAL, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA TOMO I Pag. 353 y ss.

grado de ejecución de los hechos, a la culpabilidad de los responsables y al grado de su participación en aquellos, así como a las demás circunstancias concurrentes.”

En consecuencia, el reglamento penitenciario únicamente contempla el principio de culpabilidad como medida de la pena, pero en ningún caso como fundamento de su imposición.

Parece rechazable que no se haga en la Ley o el reglamento ninguna referencia a la exigencia de culpabilidad de las personas presas para imponer la sanción correspondiente y si únicamente para su graduación.⁷⁶

Por otro lado, tampoco existen reguladas las causas de exclusión de la culpabilidad ni hay referencia alguna a las circunstancias modificativas de la misma, que en todo caso entiendo que deberían valorarse para imponer tanto la infracción como para graduar la sanción.⁷⁷

Desde este punto de vista resulta censurable la regulación existente en estos momentos, especialmente tras el examen del art. 109 g) del R.D. 1201/1981 que por ejemplo castiga *“la embriaguez producida por el abuso de bebidas alcohólicas autorizadas que cause grave perturbación en el establecimiento o por aquéllas que se hayan conseguido o elaborado de forma clandestina, así como el uso de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas o estupefacientes, salvo prescripción facultativa.”* o el art. 110 f) que castiga *“cualquier otra acción u omisión que implique incumplimiento de los deberes y obligaciones del interno”*, sin tener en cuenta ninguna circunstancia concurrente.

⁷⁵ NIETO. DERECHO ADMINISTRATIVO...1993. Pag. 344 y siguientes.

⁷⁶ Para MAPELLI deberá tenerse en cuenta si el interno conocía la conducta infringida y valorarse si acaba de ingresar en prisión. MAPELLI. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES...1982. Pag. 302.

⁷⁷ RODRÍGUEZ ALONSO manifiesta su escepticismo sobre la práctica penitenciaria en este sentido al exponer que *“con alguna frecuencia se observa, y sin que esta afirmación se pueda interpretar con carácter generalizado ni de crítica personal que, ante unos mismos hechos donde aparecen inculpados varios internos, y sin que conste de forma individualiza el grado de participación de cada uno de ellos, por vicios o defectos en la fase de averiguación o en la práctica de la prueba, se generaliza la sanción por igual a todos los participantes”*. RODRÍGUEZ ALONSO. LECCIONES...1997. Pag. 234.

En todo caso, coincidimos con MAPELLI en que en caso de comisión por imprudencia, la sanción que se pueda imponer no puede exceder de la amonestación.⁷⁸

Destacable es, por último, la falta de toda referencia legal al ámbito de la imputabilidad, que opera como presupuesto de la culpabilidad. En ninguna parte de la Ley ni el Reglamento se hace referencia alguna a la existencia de eximentes ni tampoco a la imposición como consecuencia de las mismas de “medidas de seguridad” no sancionatorias.

En resumen, no existe una consagración del principio de culpabilidad en la legislación penitenciaria positiva como exigencia de individualización de la conducta del sujeto para imponer una sanción y si únicamente como criterio para graduar la intensidad de la misma.

Ante esta situación la reflexión que se me ocurre es que la prisión es el reino de la anormalidad, donde no se aplica el *standard* del hombre de la calle sino otro muy diferente.

El legislador tiene en cuenta de partida que la cárcel no es un lugar donde ocurren cosas “normales” y por tanto no puede introducir, sino todo lo contrario, circunstancias que atenúen la posibilidad de imponer el castigo a la luz del principio de culpabilidad porque tiene miedo de que su aplicación práctica acabe con la sanción penitenciaria y en consecuencia se desgobiernen los centros penitenciarios. Se puede decir que es la necesidad de pena del legislador la que impide el pleno desenvolvimiento del principio de culpabilidad

Únicamente se permite la posibilidad en relación a las personas ingresadas en establecimientos psiquiátricos penitenciarios (art. 188.4 del R.P.), sin hacer mención alguna a sus circunstancias personales, asumiendo que su estancia allí los hace automáticamente inimputables. El resto de circunstancias se canalizan a través del principio de oportunidad en la posibilidad de reducción o suspensión de la sanción.

⁷⁸ MAPELLI. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES...1982. Pag 302.

No es esta una situación que asegure la igualdad de las personas presas ante la imposición de la sanción con respecto a cualquier otro ciudadano sujeto a una potestad administrativa.

Ante este vacío normativo creo que lo más sensato es traspasar en bloque toda la doctrina y jurisprudencia penales en materia de culpabilidad al ámbito de la sanción penitenciaria, salvo que alguien justifique las razones por las que una persona presa debe ser excluida de la aplicación de este principio.

Abogo en consecuencia por crear en la ley un catálogo de eximentes cuya aplicación excluya la sanción en los supuestos ya definidos en el art. 20 del Código Penal.

3.2.4.- El principio de presunción de inocencia

Se configura como un derecho fundamental recogido en el art. 24.2 de la carta magna. La presunción de inocencia según su construcción constitucional implica como consecuencias las siguientes:⁷⁹

- a) Es un auténtico derecho, no un mero principio inspirador.
- b) Implica que debe existir una mínima actividad probatoria de cargo para que exista una sanción.
- c) Debe existir una prueba legítimamente obtenida.
- d) La carga de la prueba corresponde a la parte acusadora.

Este principio se recoge básicamente en vía administrativa en el art. 137 de la Ley 30/1992 que establece que *“Los procedimientos sancionadores respetarán la no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario.”*

En ese mismo sentido, la STC 83/1987 establece que las garantías del art. 24.2 de la CE son aplicables al procedimiento sancionador administrativo.

Ni la LOGP ni el R.P. contienen ninguna formulación concreta del derecho de presunción de inocencia que no obstante resulta plenamente aplicable en este ámbito tanto por la remisión que a la Ley 30/1992 se realiza en el art. 232.1 del Reglamento Penitenciario como por la jurisprudencia constitucional de referencia.

Tal como señala RÍOS⁸⁰ es muy frecuente en el procedimiento sancionador penitenciario que la única prueba de cargo consista en el parte de funcionario elevado al Jefe de Servicios, parte que ni siquiera se ratifica en el curso de la fase instructora a pesar de la obligación de averiguación de oficio expresamente contenida en el art. 244.1 del R.P.

Esta situación deriva en la práctica en que si la persona presa no presenta prueba de descargo, la sanción es prácticamente segura, lo que en la práctica significa una devaluación inadmisibles del principio de presunción de inocencia.

Entiendo que estas actuaciones no son suficientes para cumplir la exigencia de que se realice una mínima actividad probatoria de cargo. Es necesario que los instructores de los expedientes realicen una efectiva actividad destinada no sólo a averiguar la realidad de los hechos, sino también las circunstancias concurrentes en los mismos que pueden determinar, entre otros aspectos, el grado mínimo de participación del sujeto, y también la gravedad de la infracción, al menos para poder proceder a una correcta graduación de la sanción según lo ya visto en el art. 234 del R.P. a la luz del principio de culpabilidad.

En consecuencia como prueba debe incorporarse al expediente toda la que sea admisible en derecho con la única limitación de que sea legítimamente obtenida. Por legítimamente obtenida creo, con CEZÓN, que debe entenderse también aquella prueba obtenida por el interno con infracción de las normas de régimen, por ejemplo utilizando un magnetófono, elemento prohibido por las normas de régimen interior.⁸¹

⁷⁹ PIÑOL RODRÍGUEZ. EL PROCEDIMIENTO...

⁸⁰ RÍOS. MANUAL PRÁCTICO...2001 Pag. 208.

En el mismo sentido PIÑOL. EL PROCEDIMIENTO...

⁸¹ CEZÓN. VIII JORNADAS...1997. Pag. 85.

Sin embargo soy un poco escéptico la aplicación práctica de esa posibilidad, que este autor contempla principalmente en sede judicial, y que seguramente daría lugar a la incoación por parte de la administración de un nuevo procedimiento sancionador por posesión de objetos prohibidos del art. 109 f), lo que va a impedir que el preso, que sabe que habrá represalias, haga uso de esa prueba.

Otra de las cuestiones que en la realidad tienen mucha importancia son las valoraciones que se hacen sobre elementos que no han sido examinados con el mínimo rigor exigible. Es habitual por ejemplo que se imponga a un interno una sanción por posesión de sustancias estupefacientes basada en la única apreciación del funcionario de que esa sustancia es hachís, sin que se haga un análisis de la misma. En consecuencia se desplaza la práctica de la prueba al interno y además se le sanciona en base a presunciones con vulneración absoluta del derecho de presunción de inocencia.

No alcanzo a ver la justificación de esta postura si no es desde una inercia administrativa que prima la comodidad frente a la estricta aplicación del derecho, porque existe la posibilidad mediante análisis de tener la certeza de la naturaleza de la sustancia con medios que la administración tiene y en cambio la persona presa no.

El art. 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que *“las presunciones que la ley establece dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca. Tales presunciones sólo serán admisibles cuando la certeza del hecho indicio del que parte la presunción haya quedado establecida mediante admisión o prueba.”* No parece que sea correcto establecer una presunción en materia sancionadora a favor de la administración teniendo en cuenta además que el hecho indicio (el hallazgo de la sustancia) no ha sido admitido ni se puede inferir con certeza que es prohibido.

Por otra parte, creo que la facultad de proponer prueba que la persona presa tiene implica su participación en la práctica de la misma siempre que sea admitida⁸². Esto supondría garantizar el principio de contradicción, sobre todo en la realización

de las testificales, en las que el recluso debería poder hacer las correspondientes preguntas y observaciones para que consten en acta. En caso de traslado como mínimo debería posibilitarse la participación de la persona presa siquiera mediante la realización de un cuestionario de preguntas por escrito.⁸³

La Circular 21/96 de IIPP establece bajo el epígrafe de “puesta de manifiesto” que *“la puesta de manifiesto contemplada en el art. 244.4 consistirá en la notificación al interno de un documento en el que se haga constar las actuaciones practicadas en el expediente: orden de iniciación y nombramiento del instructor, pliego de cargos, pliego de descargo, alegaciones, prueba practicada y valoración de la misma o desestimación de pruebas, indicando la posibilidad de realizar alegaciones en el plazo de diez días. Este trámite solamente tendrá lugar cuando no se prescinda de la audiencia.”*⁸⁴

Entendemos, con PIÑOL y RÍOS que no es suficiente la presentación de un documento que contenga el “índice” de los documentos contenidos en el expediente sino que es necesario para que no se produzca indefensión el examen de los documentos del expediente por parte del interno a fin de poder realizar alegaciones. RÍOS añade además la conveniencia de que se informe al interno en ese documento sobre la posibilidad de asesorarse convenientemente por Letrado⁸⁵.

La denegación de prueba hecha por el instructor no basta con que contenga los términos de “improcedente” o “innecesaria” sino que debe ser motivada,

⁸² Sobre la posibilidad de desplegar prueba del acusado siempre que sea pertinente cfr. STC 22/90

⁸³ En sede judicial, CEZÓN (VIII REUNIÓN...1997. Pag. 87 y 88) admite que el interno tiene derecho a intervenir en la prueba con la lógica limitación de evitar las dilaciones indebidas. Para este autor los criterios sería acordar la intervención del interno en la prueba cuando su ausencia pueda causarle indefensión, además de permitir prueba en el recurso de reforma con el fin de asegurar el derecho de defensa y darle mayor amplitud. Sin embargo, para GONZÁLEZ CANO (LA EJECUCIÓN...1996. Pag. 306) esta petición de prueba en sede judicial es válida con las limitaciones del ATC 954/88 que restringe esta posibilidad al Juez *“en tanto no se ofrezcan razones suficientes para desvirtuar la decisión administrativa de no concesión de la prueba.”* La solución que se da a este supuesto en la esperada Ley Orgánica de Procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria en consecuencia adquiere gran trascendencia práctica en la configuración de la potestad del instructor del expediente de admitir o denegar prueba por considerarla improcedente o innecesaria.

⁸⁴ La misma Instrucción permite prescindir de la audiencia *“cuando la resolución sólo vaya a tener en cuenta hechos y alegaciones y pruebas aportadas por el interno”* basándose en el art. 84.4 de la Ley 30/1992 que no se encuentra recogida en el 244 del R.P. que únicamente posibilita prescindir de la audiencia cuando antes del vencimiento del plazo el interno manifieste su voluntad de no efectuar nuevas alegaciones ni aportar nuevos documentos o justificaciones.

⁸⁵ RÍOS. MANUAL...2001. Pag.209.

existiendo incongruencia si no se formula razón alguna. (En el mismo sentido STC 195/95), existiendo la posibilidad de reproducirla en instancia judicial.

En resumen, el principio de presunción de inocencia en materia penitenciaria exige la realización por parte de la Administración Penitenciaria de una mínima actividad probatoria de cargo con el fin de aportar al expediente sancionador la prueba legítimamente obtenida y garantizando la participación de la persona presa en la proposición y práctica de la prueba de descargo pertinente contando con asesoramiento de Letrado y pudiendo acceder en todo caso a la totalidad de la prueba practicada a fin de presentar las alegaciones que considere oportunas en el trámite de audiencia.

3.2.5.- El principio de la irretroactividad de la ley penal más desfavorable

Se recoge en el art. 9.3 de la CE y se refrenda en el art. 25.1 cuando establece que nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que no constituyan delito, falta o infracción administrativa según la “legislación vigente en aquél momento” (el de producción de los hechos).

Esta irretroactividad puede afectar tanto a la calificación de un hecho como infracción administrativa como a la tipificación y graduación de las infracciones y sanciones y a la aplicación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad.⁸⁶

La retroactividad de las normas favorables, consecuencia de la anterior disposición y que según NIETO tiene rango legal y no constitucional⁸⁷, ha sido consagrada en el art. 128.2 de la Ley 30/1992 que establece que “*las disposiciones sancionadoras tendrán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor*”.

En consecuencia creo, según la actual regulación, que el límite temporal aplicable a la norma más favorable en derecho penitenciario será, dada la utilización

⁸⁶ NIETO. DERECHO ADMINISTRATIVO...1993. Pag. 235

⁸⁷ NIETO. DERECHO ADMINISTRATIVO...1993. Pag. 239

del término “presunto” por la norma, el de la firmeza de la sanción penitenciaria impuesta a la persona privada de libertad, sin perjuicio de que se puedan utilizar por analogía las facultades de reducción establecidas en el art. 256.2 y sin perjuicio también de la correspondiente autorización del Juez de Vigilancia si hubiese intervenido en la imposición de la sanción.

Esta regulación es de suyo más restrictiva que la contenida en el actual art. 2 del Código Penal que establece que *“no obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una ley temporal serán juzgados sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario.”*

Entiendo que no existe razón alguna para que no exista una retroactividad plena en materia sancionadora penitenciaria que abarque los supuestos en que la persona presa haya sido sancionada por una conducta que se destipifica en un momento determinado. Hay que recordar que las consecuencias prácticas de una sanción penitenciaria, y más dados los actuales plazos de cancelación, abarcan mucho más allá del estricto cumplimiento de la sanción. Por tanto, vincular la retroactividad al hecho de la firmeza de esta última, supone de hecho en esta materia privarle de gran parte de su consecuencia práctica favorable. Es posible por ejemplo que una persona presa sancionada por la posesión de un objeto (jeringuilla) que posteriormente haya dejado de considerarse como peligroso, siga arrastrando las consecuencias de esa sanción (privación de permisos) durante meses.

3.2.6.- El principio de proporcionalidad

A.- Concepto y regulación

Las notas esenciales del principio de proporcionalidad son la imprescindibilidad, la adecuación de la medida, la necesidad de conocer el grado de

perjudicialidad y dañosidad de la medida y la concordancia de la entidad de la medida y la importancia del objetivo que la justifica⁸⁸.

La jurisprudencia ha reconocido su aplicación práctica y la jerarquía constitucional del principio⁸⁹, y se ha consagrado legalmente en materia penitenciaria en el art. 131.3 del Reglamento, que establece que

“En la determinación normativa del régimen sancionador así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre a gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:

- a) La existencia de intencionalidad o reiteración.*
- b) La naturaleza de los perjuicios causados.*
- c) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme.*

Coincido con PIÑOL en que el reconocimiento legal tiene suma importancia. Tal como dice este autor *“en un contexto de control prácticamente absoluto sobre un sujeto y en donde la capacidad de inmisión de la Administración aparece casi ilimitada, el que las formas en que es posible limitar los derechos de un interno por razón de comisión de faltas a la normativa disciplinaria aparezca perfectamente definido es un requisito de la seguridad jurídica”*.⁹⁰

En realidad la aplicación concreta del principio de proporcionalidad supone la realización de un juicio de ponderación entre el fundamento y fines de la sanción que protegen la convivencia y la seguridad de los centros y la gravedad del ataque realizado por el infractor a esos bienes.

⁸⁸ GARBERÍ LLOBREGAT, J. Citado por PIÑOL RODRÍGUEZ. EL RÉGIMEN...1998.

⁸⁹ Cfr. por todas la STC 62/82 de 15 de octubre.

⁹⁰ PIÑOL RODRÍGUEZ. EL RÉGIMEN....1998.

Para ello se exige necesariamente valorar la imprescindibilidad de la medida sancionadora, la necesidad de conocer el perjuicio y daño que ésta inflige a la persona presa, cuestión especialmente importante en el supuesto de imposición de sanción de aislamiento, y la concordancia entre la entidad real de la sanción y la importancia del objetivo que la justifica de tal manera que si no existe una adecuada correspondencia entre el daño causado y la entidad del bien jurídico protegido, el principio se lesiona.⁹¹

En este sentido, la totalidad de la doctrina establece que la sanción penitenciaria no puede tener un carácter meramente retributivo, sino que debe inspirarse en los principios de resocialización que rigen la ejecución de la pena privativa de libertad.⁹²

Es muy importante por tanto tener bien presentes las conclusiones elaboradas al comentar el fundamento de la sanción penitenciaria. El mantenimiento de orden y seguridad en los Centros Penitenciarios es únicamente un medio para asegurar los fines de la Administración Penitenciaria. Por lo tanto, cualquier actuación que no ponga en peligro esta finalidad debe quedar excluida del régimen sancionador por no pasar el test de imprescindibilidad y dañosidad. Tenemos que agotar la búsqueda de todos los medios alternativos para corregir los actos contrarios al régimen. Sólo cuando se hayan descartado nos será posible iniciar un procedimiento sancionador.

Como señala RODRÍGUEZ ALONSO existe la posibilidad de que los internos lleven a cabo conductas que no afecten al orden regimental y que únicamente deben desembocar en correctivos disciplinarios por razones de trascendencia y gravedad del ataque. En consecuencia, por razones de oportunidad tratamental y cuando estas conductas no afectan al buen orden y seguridad del Establecimiento, no deberán ser corregidas disciplinariamente, sin perjuicio de la correspondiente advertencia a sus responsables.⁹³

⁹¹ Por todos RÍOS, MANUAL...2001. Pag.189

⁹² Así, para MAPELLI la sanción debe estimular el sentido de corresponsabilidad de la persona presa, para lo cual la mayoría de las veces el castigo es lo menos indicado. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES...1982. Pag. 301.

Siguiendo el esquema determinado por PIÑOL, el examen de proporcionalidad de la materia penitenciaria sancionadora debe hacerse en dos planos; uno primero examinando la legislación aplicable, la proporcionalidad en la ley, y otro examinando la realidad y práctica penitenciaria de la sanción.

En primer lugar, del examen de la legislación aplicable, a la luz del principio de proporcionalidad, hemos de destacar que atendido el fin que persigue el régimen sancionador penitenciario, la regulación específica debe ser criticada por no cumplir los requisitos de imprescindibilidad y dañosidad.

Aunque más adelante volveremos sobre el tema, el catálogo de sanciones establecido en el art. 42.2 de la LOGP se basa de manera casi exclusiva en el aislamiento del interno infractor. Podríamos decir que en este punto se encuentra la máxima expresión de la paradoja de un sistema corrector que pretende socializar aislando. En todo caso, parece que este desequilibrio pudiera haberse corregido *ex lege* mediante la utilización de un catálogo de sanciones basado en privaciones menos gravosas para el ya reducido *status libertatis* de una persona recluida en un Centro Penitenciario⁹⁴.

Pero donde en realidad se torna dramático ese desequilibrio es en las sanciones aplicables a los internos clasificados en primer grado y recluidos en los departamentos especiales permitidos por el art. 10.1 de la LOGP y el art. 89 y ss. del R.P.

En una modalidad de vida en la que, de un total de 24 horas, la vida en común se reduce a una previsión reglamentaria de seis en los departamentos especiales (otra cosa es la realidad) ex art.93.1 o siete en régimen cerrado ex art. 94.1, el hecho de añadir aislamiento sobre aislamiento nos lleva muy cerca de la total inefectividad sancionadora por saturación. Como la persona presa no tiene

⁹³ RODRÍGUEZ ALONSO. LECCIONES...1997. Pag.236.

⁹⁴ Ejemplos no faltan en el ámbito comparado de otro tipo de sanciones que respetan aquellos beneficios penitenciarios que, como los permisos, tienen una función fundamental en el tratamiento. Podrían ser la limitación de productos de economato o de disponer de objetos en el tiempo libre (televisores, radios...) o la limitación de lecturas. O bien sanciones económicas: multa, limitación de dinero disponible, privación del dinero del exterior... Cfr. GARCÍA ARÁN M. Y DE SOLA DUEÑAS, A. citadas por PIÑOL en EL RÉGIMEN...

nada que perder, no existe ninguna función de prevención general que la norma cumpla. Desde el punto de vista de los fines al no existir prácticamente convivencia alguna el régimen sancionador pierde su misma razón de ser.

Los profesores RÍOS y CABRERA han puesto de manifiesto el perverso círculo vicioso que se produce entre el régimen cerrado y la sanción penitenciaria, en una espiral de violencia que conlleva cada vez más aislamiento y que a mi entender, vulnera el art. 15 de la C.E. al constituir en sí misma una pena inhumana y degradante.⁹⁵

Casi lo mismo se puede decir de la pena de arresto de fin de semana, sobre la que se proyectan sombras de extinción, a la que su especial régimen de cumplimiento, ya en aislamiento de por sí, impide la aplicación práctica de la mayoría del catálogo de sanciones, situación que produce paradójicamente la falta de recursos para la sanción de faltas muy graves.

En determinadas situaciones reales de régimen cerrado el hecho de que se califique una falta como muy grave, que poco más aislamiento puede añadir a la situación real que vive la persona presa, va a tener mucho menor impacto para ella que una calificación de la falta como grave, con privación de comunicaciones orales.

Realmente esta situación nos lleva a tocar fondo. Cuando hemos recluido a una persona en un régimen de cumplimiento penitenciario basado en el propio aislamiento, cuando le hemos privado de la convivencia, que es el fundamento de la sanción, qué más castigo podemos añadir al castigo ya de por sí permanente que supone su mantenimiento en esta situación? El castigo deja de tener sentido precisamente por su nivel de exasperación. La indefensión es tan absoluta, es tan poco lo que una persona presa puede hacer en esa situación y tan fuertes los

⁹⁵ RÍOS / CABRERA. MIRANDO AL ABISMO...2002. Pag. 58. *“Sin tenemos en cuenta que las condiciones de vida en régimen de aislamiento son extraordinariamente duras y estresantes, entenderemos que la por esta vía sea muy fácil que se prodiguen no sólo los episodios de violencia grave, sino también los pequeños incidentes que dan lugar a un rosario interminable de partes y sanciones que, acumuladas, acaban por perpetuar la situación de aislamiento que las ha provocado y como consecuencia, terminan por reproducir lo que en muchos casos es, sin duda, la causa principal de dichos partes. Naturalmente, aquellos que mantienen una conducta menos sumisa y obediente, tienen muchas más probabilidades de ver cómo el régimen de aislamiento se prolonga indefinidamente...”*

mecanismos de control y seguridad en torno a él, que nada de lo que haga va a tener relevancia sancionadora. Es una paradoja. Cuanta más seguridad rodea a la persona presa, más fácil es atentar contra ella y eso lleva a su vez a más mecanismos de seguridad. El papel de la sanción es irrelevante en estos supuestos, ya que no tiene otra finalidad que la de justificar el mantenimiento de la persona en esa situación.

De la dificultad de aplicación de las sanciones en este tipo de casos da una idea el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Valladolid de 2 de febrero de 1999 que estableció que *“el cumplimiento de la sanción de privación de paseos y actos recreativos comunes en este régimen de vida solamente podrá ejecutarse con la eliminación de actos recreativos en común que el interno tenga, ya que la eliminación de horas de paseo supondría la aplicación de una sanción de aislamiento en celda, mucho más grave que la anterior. Por consiguiente, la única forma de aplicar esta sanción en este tipo de régimen de vida es la supresión de los actos en común con otros internos, es decir, de la hora del taller ocupacional o gimnasio.”*

El análisis del art. 233 del R.P. que establece la correlación de infracciones o sanciones permite una duración del aislamiento en celda por una infracción de hasta 14 días. Como han hecho notar diversos autores este *quantum* es notablemente mayor que el que el propio Código Penal establece para las faltas.⁹⁶

Así, por poner un ejemplo, en el capítulo de faltas contra el patrimonio el art. 623 establecía antes de la última reforma penal que ha suprimido la pena de arresto de fin de semana un arresto de dos a seis fines de semana al hablar del hurto, cuatro días en el mejor y doce días en el peor de los casos. Su correlación penitenciaria sería el art. 108 g, calificada como falta muy grave, y su consecuencia el aislamiento en celda de seis a catorce días.

El art. 625 que se refiere a daños intencionados castigaba con arresto de 1 a 6 fines de semana mientras que su correlación penitenciaria el 109 f es falta grave y en consecuencia le puede corresponder una sanción de aislamiento de 5 días o dos

meses de privación de permisos de salida o un mes de privación de paseos y actos recreativos comunes.

En definitiva, en ningún caso el Código Penal preveía para una falta más de 6 fines de semana de arresto (un total de doce días), mientras que las sanciones penitenciarias muy graves tienen un límite superior de catorce. Esta situación inferior de la persona presa se agrava, por supuesto, si se admite la posibilidad de *bis in idem*.

Actualmente la diferencia es incluso mayor porque el art. 623 del Código Penal ha sustituido el arresto de fin de semana por la pena de cuatro a doce días de localización permanente y el art. 625 prevé la sanción de dos a doce días de localización permanente. En ambos casos además existe la alternativa de la multa. En cuanto a la localización permanente se configura como pena leve a tenor del art. 33.4 g) del Código Penal, y, aun siendo pena privativa de libertad, su contenido es sensiblemente más suave que el aislamiento, a tenor de la definición dada en el art. 37 del mismo texto legal.

El art. 234 del R.P. permite individualizar la sanción con unos criterios de graduación armonizados con el Código Penal, teniendo en cuenta la naturaleza de la infracción, gravedad de los hechos, grado de ejecución, culpabilidad y grado de participación. Este último criterio incluso permitiría superar las deficiencias de tipicidad en lo relativo a la autoría mediante una aplicación práctica ajustada a la proporcionalidad.

Sin embargo, esta armonía vuelve a quebrarse cuando en el art. 235 del R.P., en correspondencia al art. 42.3 de la LOGP prevé para el caso de repetición de la infracción que la sanción pueda incrementarse en la mitad de su máximo, estableciendo además un concepto extensivo de repetición más allá de lo establecido en el Derecho penal.⁹⁷

⁹⁶ Por todos PIÑOL. EL RÉGIMEN...

⁹⁷ La simple coincidencia de sanciones, sin tener en cuenta su naturaleza grave o leve o su significación puede hacer operar este precepto, cosa que no ocurre en derecho penal, donde la similitud de la infracción es importante como criterio agravatorio.

En efecto el art. 66.3 del C.P., aplicable a la agravante de reincidencia, únicamente prevé para este supuesto la aplicación de la pena en la mitad superior.

¿Cómo interpretar entonces esta situación? Para RODRÍGUEZ ALONSO la solución de la reincidencia establecida en el art. 42.3 no es sino un ataque al principio *ne bis in idem* porque al dar la posibilidad a la administración de aumentar la cuantía de la sanción por encima del límite máximo, en la práctica lo que se está imponiendo son dos sanciones.⁹⁸

Añado que la misma desproporción cabe deducir de la contundencia con la que el art. 237.2 R.P. prevé el tratamiento de la infracción continuada, cuestión no regulada en la LOGP, y que alcanza hasta la imposición de la sanción más grave y en su grado máximo.

Un elemento interesante para adecuar la sanción a las exigencias de proporcionalidad puede ser la facultad de suspensión o reducción prevista en los arts. 255 y 256 del R.P. Sin embargo, los criterios legales consignados para aplicar la suspensión *“siempre que las circunstancias lo aconsejen”* o la reducción *“atendiendo a los fines de reeducación y de reinserción social”*, revelan una falta de concreción que los hace difícilmente controlables y reducibles a criterios objetivos que respeten el principio de igualdad en la aplicación.

B.- El ámbito penitenciario militar.

En el mismo sentido, el art. 20 del Reglamento Penitenciario Militar establece que *“las sanciones no recurridas ante el Juez de Vigilancia, independientemente de que se hayan cumplido, podrán ser anuladas o disminuidas por el Secretario de Estado de Administración Militar cuando se aprecie que la sanción impuesta no se ajusta a derecho”*.

Este precepto realmente no tiene desperdicio.

⁹⁸ RODRÍGUEZ ALONSO. LECCIONES...1997. Pag.235.

En primer lugar, parece que excluye por principio de la posibilidad de anulación o disminución las sanciones recurridas ante el Juez de Vigilancia, cosa que no hace el art. 256.3 del R.P. común que prevé, eso si, su autorización cuando las sanciones hayan sido impuestas en vía de recurso. Esta previsión hace evidentemente de peor condición al preso que recurre a la jurisdicción que al que no lo hace, lo que puede atentar contra el derecho a la tutela judicial efectiva al suponer una coacción inadmisibles del derecho de la persona presa a recurrir.

En principio la posibilidad de que la medida sea realizada por un órgano administrativo, el Secretario de Estado de Administración Militar, que no ha intervenido en el procedimiento suscita dudas sobre su aplicación práctica al no incluir procedimiento alguno obligatorio para que la Administración Penitenciaria ponga en conocimiento de tan alto cargo las sanciones impuestas en los Centros Penitenciarios Militares. En todo caso, es posible que se haya hecho mediante instrucción, cuya existencia desconozco. Entiendo en todo caso que sería posible una solicitud en tal sentido por parte de la persona privada de libertad.

En realidad se trata de un supuesto de revisión de oficio ya previsto con carácter general en el art. 102 de la LPA pero sin concretar las causas, ya que mientras esta Ley se remite a los supuestos de nulidad o anulabilidad, el precepto transcrito habla únicamente de *“no ajustarse a derecho”*, lo cual induce a una indeterminación importante sobre los supuestos de aplicación. En todo caso hay que hacer notar que si la sanción *“no se ajusta a derecho”* no es que deba disminuirse sino que nunca se debió haber impuesto y por lo tanto siempre se deberá anular. Tampoco aclara el precepto qué criterios se seguirán para elegir entre disminuir o anular la sanción

Técnicamente también suscita problemas el supuesto que parece plantear de que se aplicará la *“anulación”* *“independientemente de que se hayan cumplido”*, situación que parece alcanzará a los efectos accesorios de la sanción tales como anotación en el expediente, reiteración, pérdida de beneficios penitenciarios...

En consecuencia, resulta un precepto oscuro que no sirve prácticamente para nada en relación con la proporcionalidad y que además en virtud del principio

de especialidad puede llegar a interpretarse que impide la aplicación de los supuestos de reducción y revocación del art. 256 del Reglamento Penitenciario colocando una vez más al preso en un establecimiento militar en peor situación que la persona privada de libertad en un Centro Penitenciario común.

C.- Conclusiones

Para resumir, y volviendo al segundo de los ámbitos donde debe manifestarse el principio de proporcionalidad, la vida en las prisiones, bastará con reproducir las palabras de PIÑOL, Fiscal de Vigilancia Penitenciaria, cuando dice que *“La proporcionalidad, sin embargo, donde plantea mayores problemas es en la práctica penitenciaria, donde el recurso a las sanciones más elevadas, ya a los grados máximos de cada una hace difícil una ponderación en casos de error, responsabilidad atenuada, imperfección ejecutiva o tratamiento de los concursos. En mi experiencia cotidiana se observa que el uso de la sanción de aislamiento es generalizado, y que las Comisiones Disciplinarias acuden con rapidez a esa sanción para castigar las infracciones graves y muy graves, resultando incumplido el mandato del art. 42.4 de la LOGP...”*⁹⁹

Poco queda añadir a tan autorizada voz.

De todo lo expuesto estoy en condiciones de afirmar que la legislación positiva actual no se ajusta a las exigencias del principio de proporcionalidad en la redacción de los tipos ni en el catálogo de sanciones aplicables, contemplando la aplicación de este principio únicamente en los supuestos de reducción y revocación de sanciones y aún así de manera poco sistemática y con criterios poco claros para su aplicación. En la práctica existe también una quiebra del principio debido al uso generalizado de la sanción de aislamiento dado y a que no se tiene en cuenta la individualización de la sanción correspondiente en atención a las circunstancias del hecho y del autor.

⁹⁹ Esto a pesar de las palabras de García Valdés que ya decía que *“se ha de procurar no sancionar automáticamente con este correctivo”*. GARCÍA VALDÉS. COMENTARIOS...1982. Pag. 129

CAPÍTULO IV. LAS INFRACCIONES PENITENCIARIAS. EL ANÁLISIS DE LAS DESCRIPCIONES TÍPICAS

4.1.- INTRODUCCIÓN

El catálogo de infracciones se contiene en los arts. 108 a 110 del Real Decreto 1201/1981 en virtud de lo establecido en la disposición derogatoria única apartado tercero del R.P. vigente.

No se entiende sino por desidia la pérdida de oportunidad de adecuar los tipos a un catálogo racional, siendo así que la doctrina había establecido críticas en multitud de ocasiones sobre la situación existente. Según RODRÍGUEZ ALONSO esta situación se originó por la precipitación que acompañó a toda la reforma penal penitenciaria de 1995 y a la cual no fue ajena la articulación del Reglamento Penitenciario acompañada de una falta de previsión de una revisión a fondo de la LOGP.¹⁰⁰

Así, se ha puesto de manifiesto la injustificada equiparación sancionadora de conductas de desigual gravedad expresadas en un mismo apartado, mezclando participación y autoría, formas perfectas e imperfectas¹⁰¹ o protección de bienes jurídicos diversos. La falta de adecuación al fin protegido, convivencia y seguridad, también ha sido puesta en entredicho por la posibilidad de comisión fuera de los Centros Penitenciarios y asimismo se han denunciado los conceptos jurídicos indeterminados incluidos en los tipos.¹⁰²

Coincido en todo caso con MAPELLI¹⁰³ en que el elemento común de todos los tipos es su reunión en torno a la idea de orden, seguridad y disciplina jerárquica, entendidas de una manera literal que no se adecua a los fines de la sanción que hemos postulado en anteriores apartados. Como observa este autor, el concepto de disciplina es muchas veces contraproducente a la hora de proteger la seguridad y la convivencia. Se observa en multitud de ocasiones que el mayor porcentaje de

¹⁰⁰ RODRÍGUEZ ALONSO. LECCIONES...1997. Pag.241

¹⁰¹ Hay que señalar que el Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora establece en su art. 4 que "sólo se podrán sancionar infracciones consumadas..."

¹⁰² GARCÍA ALBERO. CURSO... 2001. Pag. 229

sanciones penitenciarias tiene su origen en faltas de respeto y obediencia estricta a los funcionarios, a lo cual no es ajeno el medio en que se desarrolla la convivencia carcelaria, la propia falta de medios materiales o el comportamiento de los propios funcionarios.¹⁰⁴

Ya se ha señalado asimismo la práctica identidad de infracciones penitenciarias con tipos recogidos en el Código Penal lo cual crea confusión e incertidumbre.

Sin embargo, es preciso señalar que en ninguna de las obras que he podido consultar para la elaboración de este trabajo se realiza un estudio de las descripciones típicas según los criterios usualmente utilizados por la dogmática penal para el análisis de los delitos.

No me es posible establecer una única conclusión de este hecho que sirva con carácter general. Es posible que se deba a la falta de interés o bien simplemente a la convicción de que no vale la pena emplear criterios jurídicos para analizar algo que a simple vista se aprecia redactado con tanta falta de rigor. En ese sentido comparto el desaliento por la falta de utilidad del empleo de criterios penales para explicar los actuales tipos, porque estoy convencido de que su redacción actual lo hace imposible. Porque estoy convencido también de que su actual mantenimiento no trata de facilitar la aplicación del Derecho sino a posibilitar la salvaguarda del concepto de “buen orden regimental” introducido por el art. 231 del R.P..

Y sin embargo todo cambio en la práctica penitenciaria sancionadora pasa ineludiblemente por la redacción de unos tipos adaptados a los principios que hemos ido desgranando en los apartados anteriores.

¹⁰³ MAPELLI. PRINCIPIOS...1983. Pag. 306

¹⁰⁴ MAPELLI. PRINCIPIOS...1983. Pag. 310

4.2.- LAS INFRACCIONES PENITENCIARIAS

Seguidamente procederé a un breve análisis de los tipos, desde los más graves a los menos graves, tratando de destacar lo que me parezca más relevante de su formulación actual.

Artículo 108

“Son faltas muy graves

a) Participar en motines, plantos o desórdenes colectivos, o instigar a los mismos si estos se hubieran producido.”

Entiendo que con el uso de la palabra “participación”, en realidad el legislador se está refiriendo tanto a la autoría propiamente como a las demás formas de participación, ya sea como cooperador necesario o como cómplice. Este precepto comprende incluso formas de participación por inducción, introducidos por la palabra “instigar” y que habría que deslindar de formas preparatorias no punibles. En todo caso, hay que tener en cuenta que sólo se puede castigar la instigación si el resultado se produce, es decir, si el motín realmente tiene lugar. Este precepto considera únicamente la infracción consumada, dado que la tentativa se castiga como falta grave en el art. 109 c, aunque solamente para los inductores.

Lo realmente criticable es que no se establece una graduación de la pena en función del grado de participación, tal como en materia penal se hace en el art. 63 del C.P.

En principio, la sanción por motín afecta de la misma manera a presos preventivos como penados. Por otro lado, el tipo no establece ningún criterio para diferenciar la posible participación de un interno en hechos que usualmente suelen tener formulaciones complejas como un motín, cuya definición según el diccionario de la academia es el movimiento desordenado de una muchedumbre por lo común frente a la autoridad constituida, y que sugieren complicaciones

derivadas de la aplicación del principio de culpabilidad¹⁰⁵. El motín no excluye la sanción de otras conductas que se pudieran cometer con ocasión del mismo y que darán lugar a un concurso real de infracciones.

Dentro de un motín, que es de por sí una situación extrema, se dan muchas conductas diferentes que, aunque pueden llevar al resultado dañoso no tienen por qué ser castigadas. La misma coacción que unos presos pueden ejercer contra los funcionarios, es posible ejercerla contra otros presos.

En consecuencia, para que exista sanción a una persona presa considero indispensable:

- Que exista realmente una situación de motín, entendida como movimiento de personas presas frente a la autoridad constituida en prisión que le haga perder el control sobre la totalidad o parte de un Centro Penitenciario. Creo que según la actual redacción del tipo, no se pueden castigar las formas imperfectas, con la única salvedad de la instigación, que puede entenderse como tentativa, que está recogida como falta grave. De haber querido introducir la tentativa como tal, el legislador lo hubiera hecho. Pensemos en el caso, real como la vida misma, de que a un preso se le sorprenda mientras va a un centro de control con una pistola de jabón convenientemente pintada de betún con la que pretende hacerse con él¹⁰⁶. Desde mi punto de vista, el acto quedaría impune, al consistir en una tentativa. Por otro lado, si en lugar de una pistola de jabón utilizase un “pincho”, podría ser sancionado con arreglo a otros tipos administrativos o penales, pero no por tentativa de motín, cuya

¹⁰⁵ En opinión de Beneytez Merino “el término motín constituye la denominación vulgar de un delito contra el orden público que en el Código Penal se conoce como sedición. Se trata de un elemento normativo. Su definición se encuentra en el artículo 544 del Código. La sedición es un alzamiento público y tumultuario para impedir por la fuerza o fuera de las vías legales la aplicación de las leyes o el ejercicio legítimo de las funciones de la Autoridad o de los funcionarios públicos.” (En CONDE PUMPIDO. CÓDIGO PENAL...1997. Pag 4388) Sin embargo, creo que la característica del motín es precisamente el hecho de estar dirigido, al menos en un primer momento, a un quebrantamiento de condena.

¹⁰⁶ Esto no sólo ocurre en la conocida película de Woody Allen “toma el dinero y corre”... En el supuesto que yo conozco, también el jabón iba perdiendo sus contornos por el sudor y el betún lo manchaba todo. Sólo el transcurso del tiempo permite reírnos de situaciones que en ese momento

prueba además supone un juicio de intenciones bastante aventurado.

- Que para ello, los reclusos utilicen medios o instrumentos que sean idóneos para su causación.
- Que se puedan clarificar e individualizar las situaciones de cada persona presa dentro del tumulto, precisando el grado de participación en la causación del motín y excluyendo otro tipo de causas de justificación, como la autodefensa, el estado de necesidad, el miedo insuperable...
- Que la persona presa tenga un dolo directo consistente en el conocimiento y la voluntad de hacerse con el control de todo o parte del Centro Penitenciario quebrando la seguridad del mismo, con el fin de quebrantar su condena.

Entiendo que si los reclusos cumplen el objetivo de fugarse, entonces entrará en juego el artículo 469 del Código Penal, sin que sea posible el doble castigo, al darse, en mi opinión, identidad de sujeto, hecho y fundamento. Por lo tanto, tenemos una protección administrativa para el supuesto en que se produzca motín pero no quebrantamiento y penal, más grave, para el caso de que ese quebrantamiento de condena efectivamente tenga lugar.

Por su parte un plante es una protesta colectiva, con abandono de su cometido habitual, de personas que viven agrupadas bajo una misma autoridad o trabajan en común, para exigir o rechazar enérgicamente algo.¹⁰⁷

son de un dramatismo impresionante para los actores implicados en ellas, personas presas y personas funcionarios.

¹⁰⁷ El plante siempre plantea el problema de que las personas presas reclamen pacíficamente algo que es legalmente procedente, en cuyo caso, procedería aplicar la causa de justificación de ejercicio de un derecho, aunque este se ejerza “fuera de los cauces legalmente establecidos”. En opinión de una persona ex presa ya fallecida, JOAQUÍN ÁNGEL ZAMORO DURÁN, en multitud de ocasiones la Administración Penitenciaria convierte derechos y beneficios penitenciarios de la persona presa en concesiones graciosas, obligando al interno a reclamarlos cuando esta situación se generaliza. (JOAQUÍN ÁNGEL ZAMORO DURÁN. A AMBOS LADOS DEL MURO. Actualmente manuscrito en preparación para su publicación en la Editorial Txalaparta. Navarra. Introducción.)

Entiendo que una protesta, por muy colectiva que sea, no es susceptible por sí misma de alterar la seguridad del establecimiento, a diferencia de un motín, y que puede y debe ser solucionada por medios no sancionadores. La diferencia fundamental entre el motín y el plante es la utilización en este último caso de medios pacíficos, dado que el motín se caracteriza por una potencialidad lesiva mucho mayor, que en el Código Penal tiene su expresión en la diferencia que existe entre la pena establecida para el art. 468 (quebrantamiento de condena) y la establecida en el art. 469 (violencia, intimidación o motín).

El plante debería en mi opinión extraerse del catálogo de conductas sancionadas, dado que una protesta pacífica no es susceptible de alterar el orden, aunque sí quizá el “buen orden regimental”.

Lo que, desde luego plantea problemas de definición es el concepto de “desórdenes colectivos”, concepto jurídico indeterminado cuya interpretación va a depender de lo que se entienda por desorden y en definitiva de la finalidad que se quiera atribuir a la sanción.

Está claro que el motín y el plante pueden calificarse, con los matices expresados en este último supuesto, como desórdenes colectivos, pero no se me ocurren otros desórdenes colectivos que no sean un motín o un plante. En todo caso, entiendo que el legislador ha querido incluir una cláusula de cierre para no dejar lagunas sobre ninguna conducta, aún a costa de la certeza.

“b) Agredir, amenazar o coaccionar a cualesquiera personas dentro del establecimiento o a las autoridades o funcionarios judiciales o de instituciones penitenciarias, tanto dentro como fuera del establecimiento si el interno hubiera salido con causa justificada durante su internamiento y aquéllos se hallaren en el ejercicio de sus cargos o con ocasión de ellos.”

Este apartado incluye conductas recogidas en diversos tipos penales, atentado, desacatos, amenazas, coacciones...sin ningún rigor sistemático. En todo caso, alguna jurisprudencia ha exigido que el pliego de cargos detalle las

frases amenazantes (Auto JVP Castilla León nº 3 de 18 de febrero de 2000). En lo referente a todos estos tipos, estimamos que es de aplicación la doctrina depurada para cada uno de ellos en el campo penal. En todo caso, la realización de las conductas típicas va a ser siempre constitutiva de alguno de los delitos o faltas del 617 y siguientes del Código Penal, con lo que su existencia depende de la postura que se adopte con respecto a la posible aplicación o no del principio *non bis in idem*”.

Por lo tanto, la única conclusión que se me ocurre hacer es que si se han recogido expresamente es porque el legislador tiene toda la intención de que haya siempre doble punición cuando estamos hablando de estas conductas. Se impone una vez más la exasperación punitiva que denota siempre un miedo a que el castigo no sea suficiente.

Ya se ha hecho referencia por otra parte a la inconveniencia de sancionar conductas extrapenitenciarias en atención a la falta de afectación a la seguridad y la convivencia de los Centros.

c) *“Agredir o hacer objeto de coacción grave a otros internos.”*

No se alcanza a comprender la diferencia con el artículo anterior, que utiliza la locución *“cualesquiera personas”* con lo cual entendemos que el resto de internos está incluido a no ser que lo que se defiende es que el precepto anterior excluya a las personas presas.

Sin embargo, la conclusión a la que nos llevaría esta interpretación es inadmisibles a la luz de la finalidad de la sanción porque entonces lo que se quiere da a entender es que no altera la convivencia más que la coacción grave a los compañeros, mientras que la leve a los funcionarios es ya suficiente para sancionar, lo que significa que el fin *“buen orden regimental”* se sitúa claramente por encima del fin convivencia. Una vez más sería una manifestación del principio de jerarquía como elemento diferenciador.

Siguiendo con la coherencia interna de los preceptos comentados, si se sancionan las coacciones fuera del Centro a funcionarios o autoridades, independientemente de su justificación teórica, ¿cuál es la razón para que no se haga con las coacciones sufridas por otros internos fuera del establecimiento? Esta es además, una situación perfectamente imaginable en el caso, no infrecuente, de deudas entre reclusos por ejemplo por suministro de drogas en prisión. Parece ser que aquí se desconfía también de la palabra de la persona presa que denuncie coacciones de este tipo hasta el punto de no contemplarlo ni siquiera como acción típica.

Cabe sostener para este precepto todo lo dicho sobre el problema de la aplicación del principio *ne bis in idem* en el apartado anterior.

d) *“La resistencia activa y grave al cumplimiento de las órdenes recibidas de autoridad o funcionario en ejercicio legítimo de sus atribuciones.”*

Como presupuesto de la aplicación de este tipo, resulta evidente que debe existir una orden legítima. Por otro lado, no existe resistencia si la desobediencia tiene una causa de justificación. En este sentido el Auto de Castilla León nº 3 de 11 de febrero de 2000 estableció la improcedencia de una sanción a presos que se limitaron a reclamar lo procedente. En el mismo sentido, el Auto del Juzgado de Vigilancia de Granada de 23 de marzo de 2000 , si bien examinando otra cuestión en sede del art. 108 a) establece que *“no puede afirmarse que desobedece una orden cuando ésta nunca debió impartirse por el funcionario”*.

e) *“Intentar, facilitar o consumir la evasión.”*

El tipo incluye formas perfectas e imperfectas de ejecución, sin que exista ninguna diferencia en cuanto a su punibilidad.

En ocasiones se ha aplicado este precepto a personas que no han regresado de un permiso penitenciario. En este sentido, como señala RÍOS MARTÍN no puede existir evasión si no se está dentro del Centro Penitenciario. La evasión es una quiebra de la seguridad del Centro Penitenciario, bien jurídico que protege el régimen sancionador, mientras que no volver de un permiso no quiebra para nada esta seguridad.

Otra cosa es que pueda incidir en el bien jurídico administración de justicia, entendido como el interés en que las resoluciones judiciales se cumplan en sus términos estrictos, y en el que se fundamenta hoy por hoy el delito de quebrantamiento de condena, a pesar de la polémica doctrinal que lo acompaña.

En este mismo sentido el Auto del JVP de Castilla León nº 3 de 26 de octubre de 1999 hace derivar la sanción del incumplimiento por parte del preso del deber de permanencia establecido en el art. 4 de la LOGP. Entendemos con RÍOS MARTÍN que cuando la evasión es pacífica, no se altera la seguridad del Centro, ya que la conciencia colectiva de seguridad no se ve atacada. En este sentido el Auto del JVP de Murcia de 7 de junio de 1991 establece que la evasión requiere superación de barreras. Entendemos que en este sentido puede ser válida la jurisprudencia penal establecida para el delito de allanamiento de nave o establecimiento militar del art. 61 del Código Penal Militar.¹⁰⁸

En consecuencia, entiendo que cuando la evasión se produce fuera del Centro Penitenciario se producirá un delito de quebrantamiento de condena, mientras que si se produce desde dentro de la prisión, volvemos a tener un problema de doble punición.

f) *“Inutilizar deliberadamente las dependencias, materiales o efectos del establecimiento o las pertenencias de otras personas causando daños de elevada cuantía.”*

¹⁰⁸ RÍOS. MANUAL...2001. Pag. 190

Creo que la utilización del término “deliberadamente” incluye un elemento subjetivo del tipo que exige un dolo directo que impide sancionar tanto la comisión por imprudencia, como la comisión por dolo eventual.

En consecuencia, las conductas imprudentes no serán sancionables por este precepto y si por el art. 109 e) que utiliza el término “negligencia temeraria”, que debe ser traducido por imprudencia grave en los términos establecidos por la jurisprudencia y doctrina penales.

Respecto a qué sean daños de “elevada cuantía” es un concepto jurídico indeterminado a cuya resolución puede ayudar la aplicación de criterios penales¹⁰⁹, en concreto la cuantía establecida para la distinción entre delito y falta del art. 263 del Código Penal al no establecerse ninguna otra distinción en la regulación sobre el delito de daños.

Sin embargo, yo no estoy en absoluto de acuerdo en que el único criterio para que los daños se puedan considerar de “elevada cuantía” sea su valoración objetiva en cuantía superior únicamente a 300 euros.

En los delitos de hurto y estafa se establece una agravación parecida atendida la “especial gravedad, atendiendo al valor de los efectos sustraídos” (art. 235.3 del C.P.) o bien “si reviste especial gravedad atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio...” (art. 249.6 del C.P.). Ambas determinaciones no se encuentran del todo acordes a las exigencias derivadas del principio de legalidad, dado que es muy complicado para el infractor saber de antemano si cumple o no los requisitos de estos subtipos agravados, cuya aplicación va a depender de la valoración posterior del hecho que haga el juzgador.

Esto va a exigir de la Comisión Disciplinaria un especial esfuerzo en cuanto a la motivación de la gravedad de los daños atendido el desvalor del resultado. Creo que en ningún caso se podrán considerar de elevada cuantía daños inferiores a trescientos euros, pero en daños superiores habrá que tener en cuenta las circunstancias del hecho y el resultado dañoso producido.

¹⁰⁹ RÍOS. MANUAL...2001. Pag. 191

Cabe preguntarse si es posible inutilizar (al menos temporalmente) una dependencia o un material o efecto sin causar daños, por ejemplo tirando deliberadamente la llave de un local que ha sido entregada a un interno que desempeña la función de ordenanza de cancelas para buscar algo. En este supuesto entendemos que no cabría sanción dada la redacción del tipo. Tampoco se establece si la inutilización debe ser perpetua o puede ser temporal, cuestión que puede ser tenida en cuenta para aplicar la sanción proporcionalmente.

g) *“La sustracción de materiales o efectos del establecimiento o de las pertenencias de otras personas.”*

El término sustracción nos remite directamente al hurto. En caso de fuerza en las cosas o violencia o intimidación en las personas nos encontraremos necesariamente con un concurso de infracciones, ya sea con el art. 108 apartado b) o con el apartado f), al no existir una figura que comprenda el concepto penal de robo. Se debe tener en cuenta que va a existir en todo caso un concurso con la infracción que se va a castigar en vía penal, ya sea como delito o como falta, con lo que cabe cuestionarse la oportunidad de la existencia de este tipo, que sólo es aplicable si admitimos la posibilidad de doble sanción aplicando la doctrina de las RSE y que, en consecuencia supone un plus de castigo al ciudadano por el hecho de estar simplemente interno en un Centro Penitenciario.

h) *“La divulgación de noticias o datos falsos, con la intención de menoscabar la seguridad del establecimiento.”*

Este tipo es muy criticado por el profesor RÍOS MARTÍN¹¹⁰, que tal vez con conocimiento de su aplicación práctica, ve en él una posible colisión con el

¹¹⁰ RÍOS. MANUAL...2001. Pag. 191

derecho a la libertad de expresión y el derecho a transmitir una información veraz. Vaya por delante en consecuencia mi convicción de que la aplicación de este tipo resulta abiertamente contraria al texto constitucional.

Sin embargo, entrando en el análisis concreto del tipo, entiendo que la Administración debe motivar y detallar exhaustivamente la puesta en peligro de la seguridad del centro, además de probar la falsedad de las noticias y el conocimiento que la persona presa tenía de esa falsedad a la hora de difundirlas, siendo perfectamente aplicable la doctrina constitucional destilada al hilo de la libertad de información sobre la verosimilitud en la transmisión. No basta por tanto el dato objetivo de que las noticias sean falsas sino que se exige el dolo directo que consiste en que el recluso conozca esa falsedad y a pesar de ello las difunda creando un riesgo real para la seguridad del Centro.

Este artículo puede contribuir a aumentar el oscurantismo del medio carcelario, sancionando la denuncia de situaciones concretas ante medios de comunicación o asociaciones que en modo alguno constituyen un ataque a la seguridad del Centro Penitenciario.

i) *“Atentar contra la decencia pública con actos de grave escándalo y trascendencia.”*

Creo que se trata de un artículo trasnochado, absolutamente desvinculado de los fines que deben inspirar el régimen sancionador penitenciario y también de la realidad social. Introduce asimismo un elemento de valoración subjetiva que puede resultar de peligrosa aplicación porque, ¿qué es la decencia pública?.

Resulta cuando menos curioso que una persona que está apartada del medio público mediante su ingreso en un Centro Penitenciario pueda atentar contra la decencia pública. En todo caso, cabe insistir en la idea de que la sociedad carcelaria con sus propios ritmos y características tiene su propio

código de valoración de determinadas conductas y esa es una cuestión que debe tenerse muy en cuenta a la hora de sancionar. De ahí lo que proponía anteriormente sobre la importancia de la participación de las personas presas en la valoración de la conducta.

Artículo 109

“Son faltas graves:

a) *“Calumniar, injuriar, insultar y faltar gravemente al respeto y consideración debidos a las autoridades, funcionarios y personas del apartado b) del artículo anterior, en las circunstancias y lugares que en el mismo se expresan.”*

Con respecto la aplicación práctica de este tipo creo que no es posible incluir expresiones aparecidas en recursos ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria, ya que deben quedar amparadas por el derecho de defensa y en ningún caso el ejercicio de un derecho puede atentar contra la seguridad y la convivencia ordenada de la prisión.

Hay que tener en cuenta la doctrina constitucional desgranada al hilo del derecho de la libertad de expresión de los abogados en el ejercicio del derecho de defensa ante los jueces y tribunales, que sólo excluye las manifestaciones deliberadamente injuriosas o que constituyan delito. En el presente caso debe ser de aplicación tal doctrina ya que no es preceptiva la actuación de abogado en primera instancia y la persona presa puede actuar directamente.

Lo mismo cabe decir de la correspondencia personal, incluso en el caso de que esté intervenida porque no van dirigidos a las personas que conocen de ellos por obligación¹¹¹.

Por lo demás, en lo relativo a la redacción del tipo, el insulto es una injuria y por tal ha de tomarse, siendo innecesaria la reiteración que se hace. Entiendo que la libertad de expresión ampara a la persona privada de libertad siempre que no ponga en peligro concreto la convivencia faltando al respeto a la labor y la identidad de otras personas funcionarios o presos.

En el caso de la calumnia cabrá la exceptio veritatis, lo cual conecta directamente con la necesidad de que el instructor del procedimiento practique la prueba conducente a demostrar los hechos que se aleguen por la persona presa.

b) *“Desobedecer las órdenes recibidas de autoridades o funcionarios en el ejercicio legítimo de sus atribuciones o resistirse pasivamente a cumplirlas.”*

Como hemos señalado anteriormente, debe existir un cierto control de la legitimidad de la orden, sin la cual no habrá en ningún supuesto desobediencia.

c) *“Instigar a otros reclusos a motines, plantes o desórdenes colectivos, sin conseguir ser secundados por éstos.”*

Es una infracción de peligro ya que se consuma desde el mismo instante en que se instiga, lo cual constituye la principal diferencia con el art. 108 a), que presupone la realización del motín, plante o desorden. El desorden colectivo debe poner en peligro la seguridad o la convivencia. No toda incitación al desorden regimental debe ser sancionable, como por ejemplo la propuesta de acciones pacíficas que tengan como objetivo la justa reclamación de derechos o

¹¹¹ RÍOS. MANUAL...2001. Pag. 192

beneficios penitenciarios de las personas presas. En todo caso, me remito al comentario anteriormente realizado.

d) *“Insultar a otros reclusos o maltratarles de obra.”*

En lo relativo a la aplicación práctica de este tipo penal creo que deben excluirse aquellas expresiones comunes en el léxico carcelario. Entiendo que el standard de actuación debe adecuarse a la realidad de la violencia carcelaria, por mucho que a los que estemos fuera nos resulten increíbles determinados comportamientos, con el fin de excluir conductas irrelevantes para la convivencia. No podemos pretender que el patio de una prisión sea otra cosa que el patio de una prisión, como a nadie se le ocurre pretender que una fábrica sea otra cosa que una fábrica.

e) *“Inutilizar deliberadamente las dependencias, materiales o efectos del establecimiento o las pertenencias de otras personas causando daños de escasa cuantía, así como causar en los mismos bienes daños graves por negligencia temeraria.”*

Cabe el mismo comentario realizado al hilo del art. 108 f), si bien en este caso, la sanción penitenciaria concurrirá con la consiguiente falta penal, en lugar de delito.

f) *“Introducir, hacer salir o poseer en el establecimiento objetos que se hallaren prohibidos por las normas de régimen interior.”*

Como vimos al hablar del principio de legalidad, en este caso el escalón normativo de tipificación desciende hasta una mera orden de Dirección. Esta

situación justifica en mi opinión la inversión de las reglas de prueba del error de prohibición. En consecuencia, no cabe imponer sanción alguna si la Administración no prueba fehacientemente el conocimiento del interno de la ilicitud del objeto mediante un acuse de recibo de las normas de régimen interior.

No cabrá tampoco acudir a la analogía para introducir objetos que no estén en el catálogo previamente notificado a la persona presa.

La posesión de drogas suele ser castigada por este artículo, con independencia de que, en su caso, pueda existir un delito del art. 368 del Código Penal con la agravante además de introducción en el Centro Penitenciario. Lo que no he podido comprobar es la aplicación concurrente de la Ley de Seguridad Ciudadana 1/1992, que castiga la posesión de drogas en su artículo 25.1.¹¹²

En todo caso, la posesión de los objetos de aseo personal que se utilizan habitualmente con tal fin nunca pueden afectar al orden público, dada la obligación de la Administración de facilitarlos establecida en el art. 19.3 de la LOGP¹¹³.

Siempre se ha planteado un fuerte debate entre la seguridad y la higiene y salud de las personas presas, debate que ha tenido una de sus máximas expresiones en la posesión de jeringuillas, objeto peligroso y sin embargo de uso necesario dada la situación de toxicomanía de muchos internos en las prisiones españolas y la epidemia producida por la transmisión de VIH.

Desde la experiencia personal cabe relatar lo sucedido en la prisión de Pamplona, donde existe un programa de intercambio de jeringuillas para las personas presas cuya implantación exigió la correspondiente formación de los funcionarios en lo relativo a la seguridad y a la confidencialidad de los usuarios del plan y que no ha generado ningún conflicto, dándose la paradoja de que las

¹¹² Dice así: *Constituyen infracciones graves a la seguridad ciudadana el consumo en lugares, vías, establecimientos o transportes públicos, así como la tenencia ilícita, aunque no estuviera destinada al tráfico, de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancia psicotrópicas, siempre que no constituya infracción penal, así como el abandono en los sitios mencionados de útiles o instrumentos utilizados para su consumo.*

Las sanciones impuestas por estas infracciones podrán suspenderse si el infractor se somete a un tratamiento de deshabitación en un centro o servicio debidamente acreditado, en la forma y por el tiempo que reglamentariamente se determine.

¹¹³ *“Por razones de higiene se exigirá un cuidadoso aseo personal. A tal fin, la Administración facilitará gratuitamente a los internos los servicios y artículos de aseo necesarios.”*

jeringuillas siguen estando dentro del catálogo de objetos peligrosos, aunque en la práctica no se aplican sanciones por su posesión.

Por último también deberá probarse la pertenencia del objeto en caso de celda compartida. Es necesario individualizar las conductas infractoras para poder sancionar a un persona concreta.

g) *“Organizar o participar en juegos de suerte, envite o azar, que no se hallaren permitidos en el establecimiento.”*

Una primera reflexión me lleva a considerar que cualquier juego permitido puede convertirse en prohibido en determinadas condiciones por lo que en todo caso habrá que tener en cuenta los usos sociales. Entiendo que en todo caso lo que no está expresamente prohibido se debe permitir.

Si el fundamento de esta prohibición es que no se generen deudas entre internos que desemboquen posteriormente en alteraciones de la convivencia, entiendo que nos encontramos con un artículo que adelanta mucho la barrera de la seguridad ya que no se vulnera ésta si el juego no incluye apuestas (caso recogido únicamente en los juegos de envite), que dicho sea de paso también pueden hacerse en un juego permitido.

h) *“La divulgación de noticias o datos falsos, con la intención de menoscabar la buena marcha regimental del establecimiento.”*

Se diferencia del tipo del art. 108 h en que aquél utiliza el término seguridad mientras que este utiliza el término “buena marcha regimental”, concepto jurídico indeterminado que estimamos debe hacer inaplicable el tipo ya que la buena marcha regimental no puede ser un concepto desvinculado de la seguridad ni de la convivencia. Creo que la prueba de la veracidad de los datos

por parte del interno excluirá la aplicación de la sanción penitenciaria. Por lo demás es aplicable lo ya dicho sobre el art. 108 h) a cuyo comentario me remito.

i) *“ La embriaguez producida por el abuso de bebidas alcohólicas autorizadas que cause grave perturbación en el establecimiento o por aquéllas que se hayan conseguido o elaborado de forma clandestina, así como el uso de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas o estupefacientes, salvo prescripción facultativa.”*

No alcanzo a distinguir por qué el mero uso de drogas cumple el tipo y sin embargo para la embriaguez alcohólica se exige además que cause grave perturbación en el establecimiento.

Esto indica que el mero consumo dentro de la cárcel está sancionado, conclusión a la que la misma Ley de Seguridad Ciudadana no llega salvo que entendamos que toda la prisión es un espacio público, lo cual resta todo espacio de intimidad protegible a los reclusos.

El concepto de “grave perturbación” es un concepto jurídico indeterminado y en todo caso deberá interpretarse en función de la alteración que se produzca de la convivencia en el Centro Penitenciario.

Artículo 110

“Son faltas leves:

a) *Faltar levemente a la consideración debida a las autoridades, funcionarios y personas del apartado b) del art. 108 en las circunstancias y lugares que en el mismo se expresan.”*

Entiendo que este tipo debe conectarse con el contenido en el art. 109 a) del cual constituye el escalón sancionador inferior excluyendo naturalmente la calumnia, cuya valoración debe hacerse con reglas penales y siempre es considerada falta grave. La diferencia entre la levedad de la falta de consideración y su gravedad entiendo que debe ser la misma establecida entre el delito y la falta de injurias.

b) *“ La desobediencia de las órdenes recibidas de los funcionarios de instituciones penitenciarias en ejercicio legítimo de sus atribuciones que no causen alteración de la vida regimetal y de la ordenada convivencia.”*

Como ya dije en su momento, este artículo excluye expresamente la protección de bien jurídico alguno y por tanto debe ser inaplicado. Si no hay alteración de la seguridad ni de la convivencia, no hay justificación alguna que permita imponer una sanción. El principio de autoridad en la relación jurídica penitenciaria no es un bien protegible con instrumentos sancionadores.

c) *“Formular reclamaciones sin hacer uso de los cauces establecidos reglamentariamente.”*

No entiendo la procedencia de este tipo sancionador. Independientemente de qué puede considerarse o no como “cauce reglamentario”, considero, siguiendo al profesor RÍOS MARTÍN que su aplicación puede coaccionar la denuncia no oficial de violaciones de derechos y en todo caso restringe la información que se puede enviar al exterior, lo cual es una actuación contraria al principio de transparencia.¹¹⁴ Surgen además dudas sobre su compatibilidad con el art. 29 de la CE que reconoce el derecho de petición

¹¹⁴ RÍOS. MANUAL...2001. Pag. 193

individual y colectiva, por escrito, excluyendo de la colectividad únicamente a las Fuerzas o Institutos armados.

d) *“Hacer uso abusivo y perjudicial de objetos no prohibidos por las normas de régimen interior.”*

Es este un precepto que sanciona incluso lo permitido y en consecuencia propugna su desaparición por lo peligroso de su aplicación además de la indeterminación de qué se entienda por uso abusivo o perjudicial. En la mayoría de las ocasiones la sanción por este artículo va a dar lugar a un juicio de intenciones sobre lo que se va a hacer con un objeto permitido, adelantando la barrera de protección al castigo de la mera posibilidad de hacer mal uso o uso no permitido de un objeto, lo que puede dar lugar a interpretaciones totalmente absurdas. Subyace la creencia de que la persona presa puede hacer el mal en cualquier momento y con cualquier cosa, con lo que hay que adelantar la represión a la mera posibilidad, subjetivamente apreciada por el funcionario, de que se pueda dar ese mal uso. Esto deja al recluso en indefensión porque haga lo que haga, puede ser sancionado.

e) *“Causar daños graves en las dependencias, materiales o efectos del establecimiento o en las pertenencias de otras personas por falta de diligencia o cuidado.”*

Es un precepto que establece una solución muy cercana a la responsabilidad objetiva al hablar de *“falta de cuidado”*. La interpretación de esta locución no puede ser otra que la consideración de que es infracción la mera inobservancia de la diligencia o cuidado que constituye la culpa civil de la Ley 488 del Fuero Nuevo de Navarra¹¹⁵. Es una responsabilidad cuasi objetiva. Sin

¹¹⁵ La Ley 488 dice: *“quien por su negligencia cause daño en patrimonio ajeno deberá indemnizarlo según las circunstancias de cada caso.”* En el mismo sentido, el art. 1902 del Código Civil establece

embargo, entiendo que para imponer una sanción es necesario algo más que la mera culpa civil.

Desde mi punto de vista, de lege ferenda, sólo cabría la sanción si el interno ocupase una posición de garante con respecto a lo dañado, lo que supone en todo caso la exigencia de imprudencia grave.

En definitiva, creo que al criminalizar la culpa civil, este tipo está ampliando excesivamente el ámbito de las conductas sancionables. En el ámbito de las faltas, el art. 621 del Código Penal únicamente permite el castigo por imprudencia leve para el caso de que exista homicidio o lesiones constitutivas de delito, es decir infracciones contra las personas, pero no contra el patrimonio. En este supuesto el patrimonio de Instituciones Penitenciarias se encuentra con un nivel de protección mayor que en el ámbito penal.

f) *“Cualquier otra acción u omisión que implique incumplimiento de los deberes y obligaciones del interno, produzca alteración en la vida regimental y en la ordenada convivencia y no esté comprendida en los supuestos de los arts. 108 y 109, ni en los apartados anteriores de este artículo.”*

Es un tipo residual excesivamente amplio e indefinido y por tanto contrario al principio de legalidad que exige determinación y certeza. Por lo tanto, debe desaparecer. En todo caso, tal como argumenté en su momento, la alteración debe ser relevante y afectar a la seguridad y convivencia de las prisiones, no siendo suficiente para que opere una sanción cualquier alteración de la vida regimental.

que “el que por acción u omisión cause daño a otro interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

CAPÍTULO V: LAS CONSECUENCIAS DEL ATAQUE A LA SEGURIDAD Y LA CONVIVENCIA

5.1 EL CATÁLOGO DE SANCIONES

El catálogo de sanciones se recoge en el art. 42.2 de la LOGP, mientras que la correlación entre infracciones y sanciones se realiza por el R.P. en el art. 233.

Son sanciones contempladas en el citado art. 42.2 las siguientes:

- a) Aislamiento en celda, que no podrá exceder de catorce días.
- b) Aislamiento de hasta siete fines de semana.
- c) Privación de permisos de salida por un tiempo que no podrá ser superior a dos meses.
- d) Limitación de las comunicaciones orales al mínimo de tiempo previsto reglamentariamente, durante un mes como máximo.
- e) Privación de pasos y actos recreativos comunes, en cuanto sea compatible con la salud física y mental, hasta un mes como máximo.
- f) Amonestación

De la lectura del catálogo el aislamiento, en cualquiera de sus formas, surge constantemente y nos obliga a prestarle toda la atención.

Por su parte, es destacable dentro de la regulación contenida en el art. 233 del R.P. el hecho de que la correlación se establece rígidamente en compartimentos totalmente estancos, lo que impide por ejemplo imponer otra sanción que no sea aislamiento para penas muy graves, aspecto que ha sido

criticado por la doctrina entendiendo que contradice el carácter de *ultima ratio* de la sanción de aislamiento.¹¹⁶

Pero tiene en realidad carácter de *última ratio* la sanción de aislamiento?
A esta pregunta trataré de responder en las páginas siguientes.

5.1.1.- La sanción de aislamiento en celda

A.- Imposición de la sanción

Para GARCÍA VALDÉS¹¹⁷ el aislamiento tiene carácter de “relativa excepción” aplicable sólo en supuestos graves de agresividad o violencia

Sin embargo, según ha observado MAPELLI¹¹⁸, contrariamente a lo que se regula en derecho comparado el sistema sancionatorio impuesto por la LOGP gira alrededor del aislamiento en sus diferentes variantes, siendo la sanción de aislamiento la primera en la lista.

De este hecho desprende el citado autor el escaso compromiso real que el legislador penitenciario ha asumido en la práctica con el ideal resocializador. Añado que no parece mala paradoja el hecho de que se proteja la convivencia dentro de los Centros Penitenciarios mediante un régimen que tiende a destruirla.¹¹⁹

La sanción de aislamiento, a tenor de lo establecido en el art. 42 y 43 de la LOGP es una sanción cualificada. El detalle en su regulación da una idea de

¹¹⁶ GARCÍA ALBERO.CURSO...2001. Pag. 235. Y eso que como explica este mismo autor la evolución legislativa ha sido positiva, ya que el antiguo R.P. de 1981 lo establecía indistintamente para faltas graves y muy graves mientras que el vigente R.P. ha limitado el aislamiento para faltas graves de lunes viernes y por tiempo igual o inferior a 5 días. (233.2 del R.P.).

¹¹⁷ GARCÍA VALDÉS. COMENTARIOS...1982. Pag. 128

¹¹⁸ MAPELLI. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES...1983. Pag. 302 y ss.

¹¹⁹ Un autor que proviene del medio penitenciario como RODRÍGUEZ ALONSO ha llegado a escribir que “no resulta difícil llegar a otra conclusión, y después de lo que se deja dicho, que no sea para afirmar, y afirmar rotundamente, que los establecimientos cerrados, conceptualmente entendidos como aquéllos de régimen intramuros con sus estructuras actuales, no constituyen ni marco adecuado para el tratamiento ni tan siquiera para intentar el mismo...(RODRÍGUEZ ALONSO. REFLEXIONES CRÍTICAS...1995. Pag. 191) Qué decir del aislamiento como sanción...

que el legislador fue en su momento consciente de la trascendencia que para la persona presa tiene el cumplimiento de una sanción de este tipo.

Reciente la aprobación de la LOGP la doctrina ya se cuestionaba sobre la licitud de imponer una sanción de aislamiento, proporcionalmente más grave que muchas faltas penales y aplicable por un órgano no judicial, como consecuencia de lo dispuesto en el art. 25.3 de la CE que proscribía a la Administración imponer sanciones que directa o indirectamente lleven aparejada privación de libertad.¹²⁰

La cuestión fue resuelta en la tantas veces citada STC 2/87 en cuyo fundamento tercero se resumió la doctrina constitucional mantenida hasta el momento estableciendo que la imposición de una sanción disciplinaria de aislamiento no es una privación de libertad añadida sino una restricción a la ya de por sí limitada libertad de movimientos dentro del Centro Penitenciario sumada a una privación de libertad impuesta por sentencia judicial.

En consecuencia, para el Tribunal Constitucional el aislamiento no constituye trato inhumano ni degradante salvo que el cumplimiento se haga en condiciones de severidad inaceptable o dure más de los 42 días previstos en la legislación.

Una vez más entiendo que el Tribunal Constitucional ha creado una ficción jurídica alejada de la realidad penitenciaria. Por muchas construcciones que queramos hacer el hecho puro y simple de encerrar a una persona en una celda supone una privación de libertad física con respecto a una situación anterior de mayor posibilidad de movimientos. Por tanto no creo que la nueva restricción pueda quedar amparada por el fallo condenatorio o el sentido de la pena.

La sentencia de privación de libertad no es un cheque en blanco a la Administración para su ejecución, de forma y manera que esta pueda privar de la libertad normal de movimientos dentro del Centro Penitenciario, que constituye una nueva base sobre la que operar.¹²¹

¹²⁰ Así MAPELLI en PRINCIPIOS FUNDAMENTALES...1983. Pag. 304.

¹²¹ RÍOS MARTÍN recoge el voto particular de los magistrados Carlos Pi Sunyer y Tomás Vives Antón en Sentencia 119/1996 en el que *“se establece que si bien es cierto que el interno en un*

Para la profesora MARTÍNEZ DE ESCAMILLA *“no es la sentencia condenatoria la que define el contenido y límites de la pena privativa de libertad, sino la legislación penitenciaria, que al consagrar figuras como los distintos regímenes penitenciarios, la libertad condicional, los permisos de salida, etc., dibuja los contornos del status libertatis del que, si bien sustancialmente reducido, sigue siendo titular el preso.”*¹²²

Lo mismo puede decirse de otras situaciones no sancionadoras que implican pérdida de libertad dentro de prisión, como la aplicación de limitaciones regimentales del art. 75 del R.P., y en consecuencia abogo por una imposición judicial de las sanciones de aislamiento, aún a sabiendas de las repercusiones prácticas que ello tendría en la actuación de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria que se verían obligados a adecuar su funcionamiento a una dinámica mucho más cercana a las prisiones.

Por otro lado, el art. 42.4 de la LOGP establece restricciones para la aplicación de la sanción de aislamiento en celda a aquellos casos en que se manifieste una evidente agresividad o violencia por parte del interno o cuando éste reiterada y gravemente altere la normal convivencia del centro. A mi entender, debe motivarse la concurrencia de estas circunstancias en el acuerdo sancionador a la hora de imponer una sanción de aislamiento en celda. Además, la concurrencia de agresividad, violencia o reiteración deberá ser objeto de prueba en el expediente disciplinario. En consecuencia, no basta la simple comisión de una falta grave o muy grave para que quepa el aislamiento sino que debe ser cualificada por la existencia de agresividad o violencia.

Por lo tanto, me muestro de acuerdo con PIÑOL en que la agresividad o violencia empleadas deben ser desmedidas, sin aparente justificación y peligrosas para que pueda operar el aislamiento.

establecimiento penitenciario se ve privado en lo primordial de su derecho a la libertad (porque lo ha sido por sentencia penal) y por ello el aislamiento no puede denominarse una nueva privación de libertad, ello no comporta que su nueva situación de libertad en prisión (al que se otorga otro status libertatis modificado distinto del ciudadano que está fuera de prisión no se integre dentro del ámbito del art. 17 CE, y en consecuencia las restricciones relevantes del mismo deben tener la adecuada cobertura legal para poder limitar los derechos fundamentales del Capítulo Segundo del Título Primero de la Constitución.” MANUAL...2001. Pag. 198.

¹²² MARTÍNEZ ESCAMILLA. LOS PERMISOS ...2002. Pag 139.

En la realidad, el R.P. ha obviado este mandato de la LOGP porque al no ofrecer otra posibilidad que la sanción de aislamiento para la comisión de faltas muy graves, está entendiendo implícitamente que siempre va a concurrir agresividad o violencia en su comisión. Sin embargo, esto no siempre es así. Piénsese en la divulgación de noticias o datos falsos castigada en el art. 108 h). La única posibilidad de no aplicación de aislamiento en estos casos en que no hay agresividad o violencia, para los supuestos en que quepa, es la subsunción de los hechos en un tipo de falta grave.

B.- Requisitos para la ejecución de la sanción de aislamiento

El desarrollo de la ejecución de las sanciones de aislamiento, cuya cobertura legal se encuentra en los arts. 42 y 43 de la LOGP, se realiza en el art. 254 del R.P.

En primer lugar, cabe destacar la necesidad de informe previo y reconocimiento médico y la obligación de vigilancia diaria por el facultativo de la prisión, quien debe informar al Director de cualquier circunstancia que haga aconsejable la suspensión o modificación de la sanción.

Entendemos que en virtud de este precepto dicho profesional ocupa una posición de garante frente a la persona aislada, cuyas circunstancias lo hacen especialmente vulnerable, y en consecuencia tiene una responsabilidad directa sobre la vida y la salud de la misma. Asimismo se establece que en los casos de enfermedad del sancionado se aplazará la efectividad de la sanción hasta que el interno sea dado de alta, aunque cabe preguntarse qué fundamento tiene el cumplimiento del resto de la sanción de aislamiento tras el reestablecimiento, sobre todo si ha pasado determinado tiempo, desde el punto de vista de la eficacia y rapidez en la respuesta sancionadora.

El 254.3 proscribire la aplicación de la sanción a las mujeres gestantes, y hasta seis meses después del embarazo, a las mujeres lactantes y a las que tuvieran hijos consigo. Creo que esto no es más que la aplicación del principio de superior protección a la familia del art. 39 de la CE.

El cumplimiento de la sanción deberá hacerse en la misma celda que el interno ocupe excepto en los supuestos en que lo comparta con otros o en casos de seguridad y buen orden del establecimiento. El motivo de este precepto 254.4 del R.P. es la proscripción de las celdas de castigo o celdas excepcionales de cumplimiento. Sin embargo, la experiencia penitenciaria en este sentido nos muestra que en la inmensa mayoría de las ocasiones se realiza el traslado del recluso a otras celdas de cumplimiento, con características incluso diferentes a las celdas habituales, y cualquiera que sean las circunstancias en las que se encuentre, incluso en regímenes cerrados y departamentos especiales.

Esta situación determina automáticamente un cambio de habitat necesariamente peor para la persona aislada, ya que se suele prescindir de las “comodidades” que habitualmente tiene en su celda, lo que acarrea consecuencias sancionadoras no previstas reglamentariamente como la supresión de televisión o radio o en ocasiones la existencia de chapas metálicas en las ventanas que no dejan pasar la luz, incumpliendo la “ semejanza de condiciones” que prevé el articulado. En todo caso, entiendo que como mínimo debe garantizarse la higiene personal de la persona presa en las mismas condiciones en que la venía realizando antes de comenzar a cumplir la sanción.

Por último, el art. 254.5 establece la garantía de disfrute de dos horas diarias de paseo en solitario y las sanciones accesorias de no poder recibir paquetes del exterior ni adquirir productos del economato salvo los autorizados expresamente por el Director.

Independientemente de la, en mi opinión, difícil justificación de esta prohibición accesoria, se debe tener en cuenta que la STC de 21 de enero de 1987 permite expresamente el uso de los productos de economato y exterior que la persona presa ya tuviera en su poder.

Se ha planteado el problema de la posibilidad de tener comunicaciones, tanto de familiares o allegados como especiales durante el cumplimiento de la sanción de aislamiento. Ante el silencio en este punto tanto del R.P. como de la LOGP la mayoría de la doctrina resuelve el asunto positivamente basándose en

que restringirlas supondría una proscrita interpretación analógica *contra legem*.¹²³

El aislamiento no podrá exceder en principio de 14 días salvo los supuestos establecidos en el art. 42.5 de la LOGP (repetición de la infracción, cumplimiento sucesivo...) en cuyo caso deberán ser aprobadas por la autoridad judicial ex art. 76.2 d)¹²⁴. En todo caso, nunca pueden exceder de 42 días consecutivos como límite máximo (art. 236.2 R.P.).

Cabe preguntarse si tras 42 días el interno puede ser reintegrado a su celda durante un día para volver a cumplir otros 42, supuesto que se compatibilizará seguramente con otras consecuencias porque una persona presa que haya cometido infracciones por ese *quantum* sancionador posiblemente será considerada inadaptada para vivir en colectividad y consecuentemente aislada por aplicación del art. 10 de la LOGP¹²⁵. En este caso entiendo que debe acordarse o bien una suspensión o bien la revocación o reducción de la sanción permitidas en atención a las circunstancias personales del infractor y la concurrencia de los fines de reeducación y reinserción social que se contienen en los arts. 255 o 256 del R.P., so pena de convertir el cumplimiento de la condena en una pena inhumana y degradante.¹²⁶

¹²³ En este sentido, por todos RÍOS. MANUAL...2001. Pag.197.

¹²⁴ Existió en su día una polémica, hoy ya superada por la dicción literal de art. 236.3 del R.P. sobre si el Juez de Vigilancia debía aprobar todas las sanciones para su cumplimiento o sólo el exceso de 14 días. Este último criterio fue mantenido por la Orden Circular de 17 de noviembre de 1981 y fue objeto de pronunciamientos en contra en sucesivas reuniones de Jueces de Vigilancia Penitenciaria. En concreto el criterio 4 de la Reunión de Madrid en Enero de 2003 establece que *“la aprobación de la sanción o sanciones de aislamiento en celda cuya duración acumulada exceda de 14 días sin rebasar los 42, compete al Juez de Vigilancia Penitenciaria correspondiente al Centro Penitenciario en que vaya a cumplirse la sanción, con independencia de cuál sea el Establecimiento que hubiera dictado el acuerdo sancionador”*.

¹²⁵ Dice así: *“No obstante lo dispuesto en el número 1 del artículo anterior, existirán establecimientos de cumplimiento de régimen cerrado o departamentos especiales para los penados calificados de peligrosidad extrema o para casos de inadaptación a los regímenes ordinario y abierto, apreciados por causas objetivas en resolución motivada, a no ser que el estudio de la personalidad del sujeto denote la presencia de anomalías o deficiencias que deban determinar su destino al centro especial correspondiente.”*

¹²⁶ Debo precisar que me manifiesto en contra asimismo de legitimar el aislamiento continuado legal de los departamentos especiales. Hago más las palabras de CABRERA y RÍOS cuando afirman que *“la dignidad de la persona se despliega en la sociabilidad, incompatible con un régimen legal que*

5.1.2.- Otras sanciones que conllevan aislamiento.

Una última referencia ha de hacerse a la sanción de privación de paseos y actos recreativos comunes, sanción que en su primera concepción no conecta en principio con un aislamiento puro y duro sino con un aislamiento devaluado o atenuado.¹²⁷

No existe ninguna definición legal ni reglamentaria de qué sea un paseo o acto recreativo, siendo que además sus horarios, disponibilidad y modo de disfrute varían en cada Centro Penitenciario. En determinadas ocasiones se ha asimilado a la sanción de aislamiento, impidiendo a la persona presa salir de su celda.

Para RÍOS esta sanción en la práctica supone aislamiento porque se aplica al tiempo que el preso no está ocupado con actividades laborales cuyo suministro corresponde a la Administración que tiene así la potestad de variar el contenido efectivo de la sanción caso por caso.

La observación tiene una trascendencia práctica evidente porque se puede imponer a una persona presa un mes de privación por una falta grave, con un contenido aflictivo de más del doble de lo que le correspondería en aislamiento por una falta muy grave dependiendo únicamente de la forma en que la Administración decida que la sanción se va a cumplir

En este sentido, siguiendo los criterios establecidos por los Jueces de Vigilancia en sus reuniones cabe mantener lo siguiente con respecto a la privación de paseos y actos recreativos comunes:

- No pueden en ningún caso equivaler a una sanción de aislamiento.
- En cualquier caso, le corresponderían al recluso las dos horas de patio del art. 254.5 del R.P. pero sin la restricción de que sea en solitario.

permite un aislamiento indefinido". Para una terrible radiografía de las consecuencias del aislamiento en el medio penitenciario cfr. RÍOS/CABRERA. MIL VOCES...1998 Pag. 220 y ss.

¹²⁷ Para RACIONERO CARMONA la sanción "reina", por la variedad de casos en la que se puede imponer. DERECHO PENITENCIARIO...1999. Pag. 224

- La sanción afecta sólo a actividades recreativas pero no a otras (ocupacionales, destinos...)
- Debe limitarse a medio día la restricción para aquellas personas que no tengan actividad laboral o destinos con el fin de evitar la discriminación.
- No puede impedir el acceso a servicios básicos como el economato o la biblioteca.

5.2.- OTRAS CONSECUENCIAS DE LAS INFRACCIONES

5.2.1.- El depósito de objetos

El R.P. establece una serie de consecuencias adicionales presentes en el art. 238 que regula el depósito de objetos y sustancias prohibidas de manera similar al tratamiento del decomiso penal y remitiéndose en cuanto a la forma de ejecución al art. 51 que establece una serie de procedimientos para el tratamiento de artículos y objetos no autorizados y al art. 70 en sede de intervención a fin de salvaguardar la seguridad interior.

5.2.2.- La responsabilidad civil

El art. 239 del R.P. regula la reparación de los daños materiales remitiéndose al procedimiento legal correspondiente, que no puede ser otro que el regulado en los arts. 130 y 139 de la LPA . En el ámbito militar también se recoge una referencia a la responsabilidad civil.

En buena lógica, esta responsabilidad civil, derivada de los hechos, y no únicamente de la sanción, podría ser exigible a la persona presa aun en el supuesto de que los mismos no dieran lugar a responsabilidad sancionadora.

Entiendo que la cuestiones que tengan que ver con la responsabilidad civil deberán ser objeto de prueba y discusión en el mismo expediente sancionador y respondidas motivadamente en el acuerdo sancionador que corresponda. En ningún caso se podrá condenar dos veces en vía civil a la persona presa por unos mismos hechos. Si se ejercita la vía civil junto con la acción penal concurrente, sus efectos deberán extenderse a la vía administrativa.

Ninguna regulación se hace del supuesto de intervención del perjudicado en el procedimiento con el fin de reclamar lo que corresponda, pero entiendo que se le debería dar audiencia por parte del instructor del expediente con el fin de que manifestase lo que a su derecho convenga, dándole el tratamiento de interesado con todas las consecuencias legales correspondientes.

Cabría adoptar como medida cautelar el embargo de la cuenta del peculio que tuviese el preso infractor, si bien sólo en los casos en que conforme a la legislación civil exista riesgo fundado de insolvencia.

5.3.- OTRAS CONSECUENCIAS DE LAS SANCIONES PENITENCIARIAS

Creo que, siquiera de manera sucinta, no se deben perder de vista otras consecuencias secundarias de la imposición de la sanción que me corresponde al menos enumerar.

En primer lugar hay que señalar que la sanción de aislamiento continuada supone la agudización de los deterioros físicos y psíquicos apreciables que son inherentes a la estancia en un Centro Penitenciario.¹²⁸

En segundo lugar, la existencia de sanciones ya sean pendientes o anotaciones sin cancelar en el expediente del recluso tienen un peso decisivo en lo que se denomina “buena conducta”, concepto cuya concurrencia la Administración requiere para conceder permisos de salida, progresiones de

¹²⁸ Cfr. VALVERDE. LA CÁRCEL...1997. Pag. 100 y ss.

grado o libertades condicionales, interpretando en tal sentido los arts. 154, 102, y 192 del R.P.

Así, la propia Instrucción 19/96 de 16 de diciembre que regula la aplicación práctica por parte de la Administración Penitenciaria de algunos aspectos del régimen disciplinario al hablar de la suspensión de la efectividad de las sanciones de aislamiento la aconseja para aquellos casos *“cuya imposición le acarrea perjuicios muy superiores a los de la propia sanción (interrupción en el disfrute de permisos, no propuesta de tercer grado...)”* En estos casos, la suspensión hace que la sanción *“no desplegará su eficacia, y por tanto no vetará la posibilidad de salidas de permiso, propuestas de progresión...”*. En consecuencia es la propia Administración la que está anudando unas consecuencias que van más allá del castigo previsto por la infracción del tipo.¹²⁹

El pronóstico de la conducta de una persona fuera del medio penitenciario tomando como criterio las sanciones impuestas dentro es lo que parte de la doctrina ha dado en llamar *“falacia penitenciaria”* y hace de la absoluta sumisión al régimen un elemento capital dentro de la ejecución de la condena. En consecuencia, creo que debería desconectarse este pronóstico de la concurrencia o no de sanciones, sin más explicación, en el expediente personal de la persona presa.

Para MARTÍNEZ DE ESCAMILLA la equiparación de la buena conducta al hecho de no tener sanciones sin cancelar *“resulta cuestionable, entre otras cosas porque existen faltas disciplinarias cuya comisión no demuestra que el recluso no pueda hacer un buen uso del permiso. También se trata de una equiparación peligrosa que permite la utilización en la práctica de los permisos como premio a la buena conducta disciplinaria o, lo que es lo mismo, su denegación como un castigo añadido a la infracción regimental, convirtiéndolos*

¹²⁹ Para MARTÍNEZ DE ESCAMILLA, la interpretación que supone privar de permisos durante el tiempo de cancelación de las sanciones, seis meses para las faltas muy graves, tres para las graves y un mes para las leves del art. 260.1 a) del R.P. supone privar absolutamente de sentido la previsión establecida en el art. 233.2 b) del Reglamento Penitenciario que castiga las infracciones graves con privación de permisos de salida por tiempo igual o inferior a dos meses. MARTÍNEZ ESCAMILLA. LOS PERMISOS...2002 Pag 38.

*en un eficaz instrumento no tanto al servicio de la resocialización y del tratamiento como del orden interno de los centros”.*¹³⁰

El asunto tiene su trascendencia dado el largo periodo de tiempo que el R.P. prevé para la cancelación de las anotaciones en el expediente.

Creo que no se debe exigir al interno una actitud superior a la que se exigiría al ciudadano medio que comete infracciones administrativas todos los días y no por ello soporta consecuencias tan graves. La valoración de la conducta no puede hacerse depender únicamente de la existencia de una sanción en la medida en que pueda perjudicar la obtención de dichos beneficios si del examen conjunto de la trayectoria del interno pueden desprenderse datos que contrarreste este elemento.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 2/87) ha establecido que las consecuencias secundarias de pérdidas de beneficios no pueden ser consideradas como circunstancias modificativas de la pena hasta justificar la exclusión de la potestad sancionadora de la Administración, ya que tales consecuencias indirectas no tienen el carácter de penas.

Con todo, la persona presa sabe que del resultado de un expediente sancionador se juega mucho más que la imposición de una sanción, se juega el disfrute de beneficios penitenciarios, las comunicaciones, la progresión de grado y hasta la obtención de un empleo remunerado en prisión.

Como dice la profesora MARTÍNEZ DE ESCAMILLA *“es un hecho cierto que los reclusos temen la imposición de una sanción no ya por su propio contenido aflictivo, sino también, y sobre todo, por los efectos indirectos que conllevan, lo que resulta perfectamente comprensible no sólo por la importancia de los permisos en sí mismos, sino además, porque de hecho, con sanciones no hay permisos, y sin permisos anteriores difícilmente se consigue el tercer grado, y sin tercer grado no hay libertad condicional; figuras estas que no suponen sino el sucesivo incremento de los márgenes de libertad del condenado. De la importancia para el recluso de los permisos de salida son conscientes los*

¹³⁰ MARTÍNEZ ESCAMILLA, MARGARITA. LOS PERMISOS ORDINARIOS ... Pag 134.

gestores penitenciarios con la consiguiente tentación de utilizarlos como un instrumento de control sobre el preso.”¹³¹

5.4.- OTRAS REACCIONES ADMINISTRATIVAS: LOS MEDIOS COERCITIVOS.

La Administración tiene una amplia gama de instrumentos reactivos dentro de lo que es una institución total para reaccionar frente a los ataques a la seguridad y la convivencia que no tienen por qué conllevar un procedimiento sancionador en sentido estricto.

Estos instrumentos son los medios coercitivos establecidos en el art. 45 de la LOGP y la intervención prevista en la disposición final primera del mismo texto legal.

Con respecto a los medios coercitivos su naturaleza, para BUENO ARUS es la de supuestos excepcionales que justifican la eximente de ejercicio legítimo de oficio o cumplimiento de un deber, pudiendo llegar, según los supuestos a convertirse en legítima defensa o estado de necesidad.

El art. 45 de la LOGP los recoge para su uso con autorización del Director en tres supuestos, impedir actos de evasión o violencia de los internos, evitar daños de éstos a sí mismos o a otras personas o cosas y vencer la resistencia activa o pasiva a órdenes del personal del Centro, con obligación de poner en conocimiento del Juez de Vigilancia su aplicación, quien podrá recabar informes y dejarla sin efecto.

El art. 45.3 establece además que su uso está dirigido exclusivamente al restablecimiento de la normalidad, subsistiendo el tiempo estrictamente necesario. Por su parte, el art. 72.1 del R.P. desarrolla su contenido enumerándolos: aislamiento provisional, fuerza física personal, defensas de

¹³¹ MARTÍNEZ ESCAMILLA. LOS PERMISOS ... 2002. Pag 39.

goma, aerosoles de acción adecuada y esposas siendo su uso proporcional y no pudiendo constituir una sanción encubierta.

En cualquier caso entiendo que cuando se aplique el aislamiento provisional a una persona presa a la que después se imponga una sanción de aislamiento por esos hechos le será de abono en todo caso para el cumplimiento de la misma, para evitar que se diferencie el tratamiento de medio coercitivo y medida cautelar permitiendo así a la Administración imponer más sanción por unos mismos hechos en función de la calificación en una u otra categoría de ese aislamiento provisional.

Creo, por último, que debe aplicarse el principio de oportunidad en su imposición y que son válidas todas las garantías que he detallado anteriormente al hablar de la forma de ejecución de la sanción de aislamiento. La aplicación ilegal de estos medios constituye mal trato proscrito por el art. 6 de la LOGP e incluso puede llegar a ser constitutivo de un delito de tortura o rigor innecesario.¹³²

Por su parte, la Disposición Final 1ª de la LOGP establece un procedimiento específico de intervención de las Fuerzas de Seguridad del Estado en los establecimientos penitenciarios debido a alteraciones del orden graves y generalizadas. Se corresponde con la prohibición de llevar armas de los funcionarios de prisiones (art. 45.4 de la LOGP) debido a su no configuración como un cuerpo militarizado para poder cumplir mejor sus funciones de apoyo a la reinserción y resocialización de los penados.

Como establece GONZÁLEZ CANO¹³³ no se trata en principio de actuaciones con trascendencia disciplinaria o sancionadora, sino sólo de la asunción por parte de las Fuerzas de Seguridad del Estado en la custodia y vigilancia interior del establecimiento.

¹³² GARRIDO GUZMÁN, quien a su vez cita a BUENO ARÚS, afirma que la utilización adecuada de medios coercitivos constituyen supuestos excepcionales que se configuran como eximente de ejercicio legítimo de un oficio o cargo o bien cumplimiento de un deber. MANUAL...1983. Pag. 392 Sin embargo, por hacer un análisis al hilo de los principios proporcionalidad y necesidad, la estadística señala que el 78% de los presos clasificados en primer grado denuncia que ha sufrido malos tratos, dado que la espiral de violencia que potencia el aislamiento genera agresividad y reacciones desproporcionadas por ambas partes. RÍOS/CABRERA. MIRANDO AL ABISMO... 2002. Pag. 140.

¹³³ GONZÁLEZ CANO. LA EJECUCIÓN...1996. Pag. 319.

Estoy de acuerdo con esta autora en que al contemplar el supuesto de grandes alteraciones de la seguridad hubiese sido oportuno incluir la intervención del juez de Vigilancia Penitenciaria con el fin de introducir un control judicial ante la ausencia de especificación sobre el contenido y alcance de la suspensión de derechos, mediante un juicio de razonabilidad y proporcionalidad. En todo caso, el hecho de que no se haya incluido no quiere decir que toda intervención no deba ser exquisita con el respeto a los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad.

CAPÍTULO VI. LA REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

6.1. CONSIDERACIONES PREVIAS

La LOGP dedica únicamente el art. 44 a establecer una serie de garantías generales sobre el procedimiento, sin desarrollarlo. Por su parte, el vigente Reglamento Penitenciario contempla dos tipos de procedimientos, uno ordinario correspondiente a faltas muy graves y graves y otro abreviado para faltas leves.

La regulación establecida en el Reglamento vigente ha supuesto una evolución positiva en el ordenamiento penitenciario sancionador. El anterior R.P., incluso tras la reforma de 1984, no establecía procedimiento alguno para la imposición de faltas leves, siendo suficiente su mera notificación al interno. Esta situación generó abundantes críticas doctrinales ya que esta situación no era comprensible ni justificable dada la evidente la gravedad de las sanciones que se imponían y la indefensión causada al interno, lo que debía determinar necesariamente la nulidad de las sanciones impuestas por este método.¹³⁴

La regulación actual sigue la estela garantista de lo dispuesto en la LPA, aunque debe decirse que también ha suscitado críticas doctrinales. Así, para

¹³⁴ GARCÍA ALBERO. CURSO... 2001. Pag. 239 y ss.

RODRÍGUEZ ALONSO¹³⁵ el procedimiento ordinario “*es excesivamente formalista, complejo para la capacidad de entender de nuestros internos y poco operativo en las Instituciones Penitenciarias*”. Para este autor hubiera sido más apropiado mejorar el anterior procedimiento respetando los principios de escritura, acusación, defensa, prueba, intermediación e impugnación.

Prescindiendo de las valoraciones relativas a la capacidad de entender de “nuestros internos” estoy de acuerdo en que, en determinadas ocasiones la excesiva duración del procedimiento puede acarrear consecuencias negativas tanto para la persona presa como para la convivencia, lo que en ocasiones empuja a la Administración a buscar soluciones *de facto* menos garantistas a través de medios coercitivos, medidas cautelares, ejecución inmediata e incluso como habitualmente sucede, con la utilización como sanción encubierta de las limitaciones regimentales del art. 75 del Reglamento Penitenciario.¹³⁶

En consecuencia, en mi opinión, la falta de adecuación del procedimiento a la realidad, a pesar de las buenas intenciones del legislador, acarrea con frecuencia la consecuencia de una pérdida aún mayor de garantías.

6.2.- EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Es el procedimiento más habitual para la imposición de sanciones, dado el peso cuantitativo que las sanciones graves y muy graves tienen en la realidad sancionadora penitenciaria. Su regulación se encuentra en los arts. 241 y siguientes del Reglamento Penitenciario, que examinaremos a continuación.

¹³⁵ RODRÍGUEZ ALONSO. LECCIONES...1997. Pag.250

¹³⁶ El art. 75.1 del R.P. establece que “*los detenidos presos y penados no tendrán otras limitaciones regimentales que las exigidas por el aseguramiento de su persona y por la seguridad y buen orden de los Establecimientos, así como las que aconseje su tratamiento o las que provengan de su grado de clasificación. 2.- En su caso, a solicitud del interno o por propia iniciativa el Director podrá acordar, mediante resolución motivada, cuando fuere preciso para salvaguardar la vida o integridad física del recluso, la adopción de medidas que impliquen limitaciones regimentales, dando cuenta al Juez de Vigilancia.*”

6.2.1. La iniciación del procedimiento:

Se encuentra recogida en el art. 241 del RP. En principio la potestad para iniciar el camino sancionador corresponde al Director del Establecimiento en el momento que aprecie indicios de conductas que puedan dar lugar a responsabilidad disciplinaria.

Difícil parece que se dé el supuesto de que el Director inicie el procedimiento como consecuencia de orden emitida por un órgano administrativo superior jerárquico. Para valorar la posibilidad de iniciar o no el procedimiento puede elaborar una información previa a través de la designación de un funcionario del establecimiento.

En todo caso se establece la obligación de esa información previa en el supuesto de que la denuncia proceda de un interno y siempre que no carezca manifiestamente de fundamento, en cuyo caso creo que deberá archivarse. Este precepto constituye otra prueba de la falta de confianza en los reclusos que habrá de manejarse con criterios de oportunidad y teniendo en cuenta los derechos de las víctimas reclusos por acciones cometidas por otros reclusos contra ellos.

La iniciación determina el procedimiento que se va a seguir en adelante y por lo tanto, el Director del Establecimiento condiciona desde el principio el tipo de sanción que se va a imponer, lo cual en opinión de PIÑOL RODRÍGUEZ¹³⁷ que comparto, quiebra el principio de imparcialidad.

6.2.2. Instrucción

Su función es absolutamente necesaria para la destrucción de la presunción de inocencia mediante una mínima actividad probatoria.

En principio el Director nombra instructor al funcionario que estime conveniente excluyendo al que haya practicado la información o esté implicado en los hechos. En este sentido la Circular 19/96 completa esta previsión al establecer el nombramiento preferente de funcionarios que ocupen el puesto de coordinadores de servicios o funcionarios de área mixta y oficinas.

Este funcionario va a elaborar un pliego de cargos a la vista de los indicios que se desprendan de los escritos. No es habitual que junto con el pliego de cargos se de vista al recluso de esos escritos.

La STC 2/87 estableció que la no comunicación de la denuncia formulada junto al pliego de cargos no atenta en sí misma contra el derecho de defensa. Otra cosa será, como arguye GONZÁLEZ CANO¹³⁸, que se ligue esa falta de traslado con la imposibilidad de acceder a los medios de prueba pertinentes o se produzca efectiva indefensión material al no ser informado de la acusación formulada.¹³⁹

En todo caso, el derecho a ser informado de la acusación debe incluir una descripción exhaustiva del hecho constitutivo de infracción y un avance de su posible calificación jurídica. En el supuesto de calificación errónea recogido en el art. 247 d) se recoge un supuesto de retroacción del procedimiento hasta la formulación de nuevo pliego de cargos con el fin de asegurar el derecho de defensa.

A partir de aquí, según lo establecido en al art. 242.2 h) el interno dispone de tres días hábiles para presentar pliego de descargos o efectuar las correspondientes alegaciones por escrito. El plazo es en mi opinión excesivamente corto para asegurar el asesoramiento letrado a la persona presa, según la experiencia de los Servicios de Asistencia Jurídica Penitenciaria de los Colegios de Abogados, allí donde existen. De todos modos, este traslado supone que en ningún caso se podrá hacer efectiva la sanción con anterioridad a que ese plazo se cumpla.

¹³⁷ PIÑOL RODRÍGUEZ. EL PROCEDIMIENTO...1998.

¹³⁸ GONZÁLEZ CANO. LA EJECUCIÓN...1996. Pag. 301

¹³⁹ En este sentido STC 297/1993

Importantes son las referencias hechas en este mismo artículo, apartado i) a la posibilidad de asesoramiento por letrado, funcionario o “cualquier persona que designe”.

La posibilidad de asesoramiento letrado en expedientes sancionadores es una posibilidad expresamente admitida por la jurisprudencia de plena aplicación a procedimientos administrativos (STC 18/1981). Sin embargo, la doctrina constitucional para este supuesto que se deriva de la STC 2/87 vuelve a ser restrictiva, ya que únicamente admite la posibilidad de que el interno se asesore por Letrado pero no permite la asistencia de éste ante la Comisión Disciplinaria ni tampoco prescribe en interés de la justicia la asistencia jurídica gratuita, regulada en el art. 6 de la Ley 1/1996 que contempla cicateramente el asesoramiento previo.

Esta situación es criticada unánimemente por la doctrina.¹⁴⁰ Para PIÑOL las posibilidades de defensa en esta situación son mínimas y acaban siendo formales, lo que acarrea consecuencias graves por la trascendencia del régimen sancionador. En ese sentido, este autor es partidario de acudir al mecanismo de representación del art. 32 de la LPA, aunque tiene la limitación de que sólo permite sustituir al representado en los actos que no sean personales¹⁴¹.

No parece operativa la solución dada por el Tribunal Constitucional de que el interno sea asesorado por el Jurista Criminólogo del Centro. Correspondiéndose con esa doctrina, las STC 180/90 y 143/95 otorgaron el amparo solicitado al no haberse producido el asesoramiento de este profesional penitenciario solicitado por el recluso en tiempo y forma.

En mi opinión el Tribunal Constitucional ha colocado al preso en una posición totalmente irreal e irrazonable en cuanto a las posibilidades de asesoramiento, máxime cuando las funciones del Criminólogo que se establecen en el art. 281.5 no se pueden llevar a cabo porque forma parte de la Administración Penitenciaria.

¹⁴⁰ La excepción es GONZÁLEZ CANO (LA EJECUCIÓN...1996. Pag. 303) para quien el sistema se ajusta a las exigencias del art. 6.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que establece la posibilidad de justicia gratuita únicamente en procedimientos penales y cuando lo requieran los intereses de justicia, para esta autora la limitación de la posibilidad de asesoramiento al pliego de cargos tampoco restringe los derechos contenidos en el art. 24.2 de la C.E.

¹⁴¹ PIÑOL RODRÍGUEZ. EL PROCEDIMIENTO...1998.

En definitiva, entendemos con RÍOS MARTÍN¹⁴² que la situación actual es discriminatoria porque permite la defensa sólo con Letrado de libre elección, lo que implica la reducción de este asesoramiento para quien tenga medios económicos, que dicho sea de paso es la inmensa minoría de las personas presas, y además porque genera una desigualdad injustificada con el resto de ciudadanos.

Por último, puede plantear problemas la previsión legal de la posibilidad de asesoramiento "por cualquier persona que designe", que es un derecho incondicionado de la persona presa.

Según RACIONERO CARMONA¹⁴³ esta designación puede suponer incluso la obligatoriedad del traslado o la entrevista con otro interno en un departamento especial. Se suscitan las correspondientes dudas garantistas en caso de asesoramiento por otro interno si uno de ellos o ambos tienen las comunicaciones intervenidas. La verdad es que el derecho no puede ser eliminado y cualquier solución es mala porque entra en colisión con el escaso plazo otorgado para redactar el pliego de descargos o alegar verbalmente ante el instructor, pudiendo producirse por otro lado dilaciones indebidas en el caso de que se suspenda dicho plazo hasta que se produzca efectivo asesoramiento.

Para este autor una posible solución, que reconoce como imperfecta, pasaría por permitir en estos casos el asesoramiento escrito dentro de los plazos reglamentarios, debiendo exigirse a la Administración Penitenciaria como contrapartida la máxima diligencia en las notificaciones.

Otra es sin embargo la respuesta dada por el TC en la STC27/2001 que respecto al asesoramiento por otro interno, mantiene que, además de no estar previsto como tal "trámite" ni en la Ley Orgánica General Penitenciaria, ni en el Reglamento Penitenciario, dicho asesoramiento se pudo recibir, de reputarse necesario, a través de carta intermodular.

En el caso enjuiciado, el demandante de amparo, en tiempo y forma, es decir, en el pliego de descargos, solicitó ser asesorado por otra persona, en este

¹⁴² RÍOS MARTÍN. MANUAL PRÁCTICO...2001. Pag. 206

caso por una interna destinada en el módulo especial de mujeres del mismo Centro Penitenciario. A esta petición de asesoramiento el Centro Penitenciario respondió autorizando el asesoramiento, si bien a través de comunicación escrita y en castellano.

Reconoce el interno en su escrito de iniciación de la vía de amparo que la carta fue remitida, pero fue leída por los funcionarios del Centro Penitenciario al habersele obligado a que la remitiera en sobre abierto, además de en lengua castellana. Mantenía el recurrente que su derecho de defensa impone al Centro Penitenciario la obligación de dejarle comunicar con la interna designada como asesora de modo personal y, en todo caso, de no serle permitido, se le debió autorizar la comunicación escrita, no intervenida y en lengua vasca.

Por lo que respecta a la vulneración del derecho a ser asesorado en el expediente penitenciario, el Ministerio Fiscal consideró que tal pretensión no se acomodaba al derecho de defensa contemplado en el procedimiento penitenciario y, además, está condicionado por el régimen de comunicaciones que le corresponda, por lo que en todo caso se trataría de una vulneración de un derecho fundamental no alegado y por ello concurre la falta de agotamiento de la vía judicial previa. Finalmente, respecto de su derecho a comunicarse en lengua vasca, insiste el Ministerio Fiscal que el derecho a ser asesorado en el expediente penitenciario no le otorga una facultad omnímoda para ordenar su defensa y, como el recurrente solicitó una asistencia y un modo de asistencia no previsto legalmente, carece de contenido constitucional su alegación.

El Tribunal reitera su doctrina ya consolidada de que *“el asesoramiento para la defensa del incurso en el expediente puede ser realizada no solamente a través de Abogado (aunque su intervención no sea preceptiva), sino también valiéndose del consejo de un funcionario, normalmente el jurista criminólogo”*, Además, reconoce que el propio Reglamento permite que el asesoramiento para la defensa en un expediente disciplinario se lleve a cabo "por cualquier persona que designe".

¹⁴³ RACIONERO CARMONA. DERECHO PENITENCIARIO...1999. Pag.230.

Planteada ya la cuestión en estos términos, establece el Tribunal que *“ha sido el propio demandante quien ha decidido el modo de asesoramiento y, en definitiva, la forma en que quería desarrollar su derecho a la defensa. En efecto, la LOGP y el RP diseñan un determinado sistema de defensa en los expedientes disciplinarios penitenciarios, pero también establecen las medidas de seguridad que pueden ser adoptadas por la autoridad administrativa y su control judicial. En suma, dada la relación de sujeción especial a que antes nos referimos, el ejercicio del derecho a la defensa está inevitablemente condicionado por las posibles medidas de seguridad, tratamiento y buen orden legítimamente adoptables por el Centro Penitenciario por lo que, salvo que las decisiones de la Administración impliquen una privación real al interno de la posibilidad de articular su defensa -que no es el caso-, dichos condicionamientos no pueden causar la vulneración del art. 24.1 CE; menos aún si de las opciones que el ordenamiento ofrece al interno para recibir asesoramiento, el recurrente ha optado por aquélla que impide cumplir el principio de separación entre internos -de distintos sexos y destinados en distintos módulos- y las normas de seguridad del centro, por lo que la decisión del Centro Penitenciario de permitirle el asesoramiento por escrito, sin impedirle ser asesorado por la persona designada, no ha podido afectar a la posibilidad de articular debidamente su defensa.”*

Por lo tanto, en opinión del Tribunal Constitucional, la posibilidad de asesorarse por otra persona va a depender, dada la relación de sujeción especial en que se encuentra el interno, de que no afecte a la “seguridad, tratamiento y buen orden”. Ante la negativa de la Administración, se tomará en cuenta además la situación de indefensión material en que ha colocado al interno.

Una vez más, el Tribunal emplea un criterio restrictivo para el derecho de defensa, con base en una RSE, dejando en manos de la Administración el posibilitar o no el asesoramiento, lo que puede denegar acudiendo a conceptos jurídicos tan indeterminados como genéricos.

En todo caso, entiendo que la Administración Penitenciaria tendrá que individualizar en cada caso los motivos concretos por los que deniega el

asesoramiento, no bastando la simple referencia a seguridad, tratamiento o buen orden. Con esta resolución además lo que ha hecho el Tribunal es desplazar el recluso la carga de la prueba de que la falta de asesoramiento le ha producido indefensión, lo que no parece la opción más garantista para el efectivo derecho de defensa.

6.2.3. Medidas Cautelares

Se regulan en el art. 243.1 del R.P. que establece que pueden ser adoptadas en cualquier momento del procedimiento por el Director mediante acuerdo motivado que debe ser notificado al preso y al Juez de Vigilancia.¹⁴⁴ Lo primero que llama la atención de este precepto es que no establece cuáles son las medidas cautelares que se puedan acordar para “asegurar la eficacia de la resolución” o “evitar la persistencia de los efectos de la infracción”.

Estos fines, en opinión de RÍOS MARTÍN¹⁴⁵ no son racionales porque dentro de una institución total el preso ya está en todo momento controlado y es muy difícil que pueda evitar la eficacia o el buen fin de la resolución. En todo caso infringen garantías y libertades al constituir una medida de seguridad predelictual.

El hecho de que las medidas no estén determinadas ha sido calificado por RODRÍGUEZ ALONSO¹⁴⁶ de “oscurantismo peligroso”. Este autor cree que deben identificarse, en aras del principio de legalidad, con los medios coercitivos, ampliándose a las medidas que busquen asegurar la responsabilidad civil.¹⁴⁷

En todo caso, las medidas que se adopten deben quedar reflejadas en el expediente del interno y deben ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los objetivos que se pretenden garantizar.

¹⁴⁴ Para RÍOS MARTÍN no es suficiente la comunicación al JVP sino que la medida cautelar debería ser objeto de aprobación judicial sobre todo en caso de aislamiento. MANUAL...2001. Pag. 207.

¹⁴⁵ RÍOS MARTÍN. MANUAL...2001. Pag. 207.

¹⁴⁶ RODRÍGUEZ ALONSO.LECCIONES...1997. Pag.239

¹⁴⁷ RODRÍGUEZ ALONSO.LECCIONES...1997. Pag.239. En el mismo sentido, GONZÁLEZ CANO (LA EJECUCIÓN...1996. Pag. 300) para quien la finalidad de estas medidas en realidad es reprimir rápidamente, no asegurar la eficacia de la resolución.

La única posibilidad de que se abone la medida cautelar a la sanción, dada la exigencia que establece el art. 243.4 del R.P. de que medida cautelar y sanción “*coincidan en naturaleza*”, es que se imponga cautelarmente al interno una medida de aislamiento provisional para sancionarlo después con aislamiento.

Sin embargo, con base en la adopción de medidas de protección previstas en el art. 243.3 también se puede aislar al infractor.

Entiendo que la referencia hecha en este artículo a la posibilidad de adopción de “*las medidas de protección exigidas por el aseguramiento de la persona del imputado o de los otros internos*” debe hacerse hecha a lo previsto en el art. 75 del R.P. que regula las limitaciones regimentales a personas presas.

Hay que evitar el uso abusivo que actualmente se hace de esta posibilidad que se concreta en que el preso está aislado durante toda la tramitación del expediente y como, se arguye, su aislamiento no deriva de una medida cautelar en sentido estricto ni de un medio coercitivo (supuesto que entiendo igualmente abonable), no se computa para el cumplimiento de la sanción. En este sentido RÍOS MARTÍN¹⁴⁸ entiende que toda medida es una restricción de derechos. En consecuencia, tanto si coincide como si no debería abonarse para el cumplimiento en la parte que se estime compensada.

PIÑOL ha señalado que el uso en la práctica de estas medidas es abiertamente ilegal ya que se califican como medidas cautelares lo que en realidad son medios coercitivos, adoptados generalmente por el Jefe de Servicios con anterioridad al inicio del procedimiento y sin una mínima motivación.

En resumen, para este autor sería deseable que se consignara reglamentariamente una regulación de las medidas cautelares con base a los siguientes principios:¹⁴⁹

a) excepcionalidad: para los hechos especialmente graves y en los que concurra violencia o agresividad injustificadas.

¹⁴⁸ RÍOS MARTÍN. MANUAL PRÁCTICO...2001. Pag. 207

¹⁴⁹ PIÑOL RODRÍGUEZ. I JORNADAS...1998.

- b) Tipificación: medidas tasadas y aplicables con criterios de proporcionalidad.
- c) Temporalidad limitada en su aplicación.

Me sumo a ese deseo.

6.2.4. Tramitación

El art. 244 del R.P. establece la obligación de instructor de realizar de oficio las actuaciones que considere necesarias. Entre ellas, deberá recabar necesariamente la certificación de los antecedentes disciplinarios para su unión a las actuaciones. Si no lo hace, entiendo que no se podrá apreciar la reiteración ni aplicar la reincidencia, por exigencias del principio de defensa.

La instrucción debe desplegar una actividad que determine los hechos, circunstancias concurrentes, personas implicadas, particularidades y todo aquello que condicione una adecuada valoración de las conductas.¹⁵⁰

Queda claro que la no admisión de una prueba solicitada por el interno deberá ser motivada específicamente, no bastando la fórmula de improcedente o innecesaria por no alterar la resolución final del procedimiento.

La puesta de manifiesto deberá contener todos los documentos obrantes en el expediente. Según la Instrucción 19/96 en caso de no existir alegaciones ni prueba alguna, se realizará directamente propuesta de resolución. Entiendo en buena lógica que ese caso debe ser difícil dada la exigencia de una mínima actividad probatoria, siquiera de oficio, necesaria para romper la presunción de inocencia. En todo caso debe quedar claro que únicamente se puede prescindir de la audiencia en los supuestos previstos en el art. 84.4 de la LPA 30/1992, es decir, *“cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la*

¹⁵⁰ PIÑOL RODRÍGUEZ. I JORNADAS...1998.

resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado”.

Creo correcta sin embargo la apreciación que hace la Instrucción referida en el sentido de que la propuesta de resolución sólo tiene efecto vinculante para la comisión respecto a los hechos probados y no para la calificación y sanción.

En todo caso, habrá que tener en cuenta lo dispuesto en el art. 247 d) del Reglamento Penitenciario que exige que el acuerdo sancionador tenga una relación circunstanciada de los hechos imputados al interno, que no podrán ser distintos de los consignados en el pliego de cargos formulado por el Instructor, con independencia de que pueda variar su calificación jurídica, pero que también prevé que en caso de calificación errónea que pueda suponer mayores responsabilidades para el interno se devuelva el expediente al instructor para la formulación de un nuevo pliego de cargos.

Resulta criticable sin embargo de este precepto que sólo se permita nueva prueba propuesta por el interno si resultase *“imprescindible para la defensa”*, restricción que me parece injustificada dado que siempre cabrá la posibilidad de un control por el Instructor en base a la pertinencia y necesidad de la prueba propuesta por el preso.

6.3. EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

La primera consideración que se plantea es la necesidad de que exista este procedimiento. Sería posible defender la innecesariedad de la existencia de un procedimiento específico para la instrucción de infracciones calificadas como leves. Así se desprende del art. 44 de la LOGP que no incluye ninguna previsión de procedimientos diferenciados o de órganos sancionadores diversos.

Sin embargo, la realidad es que el art. 251.1 del R.P. establece un procedimiento abreviado para la imposición de sanciones por comisión de faltas leves notablemente más simplificado que el ordinario que acabamos de ver. La celeridad en la respuesta se erige así como justificación básica de su existencia

asumiéndose asimismo que es posible una disminución de garantías debido a la escasa gravedad de los correctivos previstos.

Esta posición es criticable a mi modo de ver con base en dos argumentos: en primer lugar no es cierto que la trascendencia de la sanción sea nimia, tanto en relación al máximo de tres días de Privación de paseos y actos recreativos que se pueden imponer (y que la realidad suele reconvertir en aislamiento), como en cuanto a las consecuencias de orden secundario que puede acarrear el tener una sanción anotada en el expediente. En segundo lugar creo que la celeridad en la respuesta es más necesaria cuanto más grave sea la infracción y su importancia disminuye proporcionalmente a la levedad del ataque.¹⁵¹

El parte del funcionario opera en este caso como pliego de cargos, se comunica al Jefe de servicios y simultáneamente, se notifica al presunto infractor. Hay que entender que a pesar de la locución “simultáneamente”, el parte se comunica primero al Jefe de Servicios que será el que decide si lo eleva al Director o inicia este procedimiento. Entiendo que el propio Director puede en un momento determinado devolver el parte al Jefe de Servicios para seguir el procedimiento por faltas leves o iniciar el procedimiento ordinario.

La instrucción deberá ser realizada por un Jefe de Servicios que no haya tenido parte en los hechos. Me remito aquí a todo lo dicho sobre las garantías y la necesaria actividad en la instrucción en el procedimiento ordinario. Existe un plazo común para hacer alegaciones y proponer y practicar prueba de diez días.

La resolución será dictada por el Director del establecimiento. Esta previsión vulnera absolutamente el contenido recogido en el art. 44.1 de la LOGP que establece que *“las sanciones disciplinarias serán impuestas por el correspondiente órgano colegiado, cuya organización y composición serán determinadas en el Reglamento”*.

En mi opinión esta vulneración determina la nulidad del precepto y, en consecuencia hace absolutamente inaplicable todo el procedimiento abreviado.

¹⁵¹ Para GONZÁLEZ CANO debería aplicarse el procedimiento sancionador ordinario ya que de lo contrario se vulneraría el principio de legalidad consagrado en el art. 44.2 de la LOGP además de los arts. 134 y ss. de la Ley 30/1992. GONZÁLEZ CANO. LA EJECUCIÓN...1996. Pag. 308

En este sentido se ha pronunciado el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Sevilla de 20 de marzo de 2000.¹⁵²

El art. 251.2 contiene la previsión de que el Jefe de Servicios pueda apreciar que los hechos sean constitutivos de infracción grave o muy grave acordando que el procedimiento cambie su trámite a ordinario. Siguiendo a RACIONERO CARMONA¹⁵³ creo que sólo el Director debería poder modificar el trámite y la calificación sin que pueda prevalecer el criterio del Jefe de Servicios sobre el de éste, que como vimos, debió hacer una calificación previa. En todo caso mi opinión es que se deberá dar traslado al recluso con el fin de que impugne ese acuerdo si lo estima conveniente.

6.4. LA RESOLUCIÓN SANCIONADORA

Su contenido se regula en el art. 246 del R.P. al que es preciso sin embargo realizar algunas consideraciones.

Se establece la existencia de un plazo máximo de caducidad de tres meses desde la iniciación del procedimiento o un mes si se trata de procedimiento abreviado. En estos supuestos, si no se dicta resolución transcurridos treinta días desde la conclusión de ese plazo el procedimiento se entenderá caducado.

Acaba también este artículo con la discusión sobre si es aplicable una sanción a un interno excarcelado y vuelto a ingresar antes de la caducidad del

¹⁵² Aún es más grave la previsión hecha en el reglamento de establecimientos penitenciarios militares que establece que *“las competencias que en dicho Reglamento (común) se atribuyen a la Junta de Régimen y Administración (hoy Comisión Disciplinaria) y a la Dirección corresponderán al Director del Centro.”* Esto significa que para las personas presas en un establecimiento penitenciario militar no se sigue la regla de imposición de sanciones por órgano colegiado en ningún procedimiento. La previsión del art. 348 de la LO 2/1989 Procesal Militar establece que *“las penas que deban cumplirse en establecimientos penitenciarios militares de acuerdo con el citado art. 42. se cumplirán conforme a lo dispuesto en esta Ley y en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares, que se inspirará en los principios de la Ley Orgánica General Penitenciaria acomodados a la especial estructura de las Fuerzas Armadas”*. No alcanzamos a comprender por qué la especial estructura de las Fuerzas Armadas exige privar a la persona presa de una garantía que sí se encuentra en el art. 44.1 de la LOGP salvo por una promoción exagerada del concepto de disciplina militar que va más allá de la seguridad y convivencia estrictamente penitenciarias.

¹⁵³ RACIONERO CARMONA. DERECHO PENITENCIARIO...1999. Pag.228-229.

procedimiento declarando expresamente la caducidad en el supuesto de excarcelación. En todo caso, cabe añadir que en el supuesto de concesión de la libertad condicional el cumplimiento de las sanciones se hace asimismo muy complicado, con lo que entendemos que debería producirse la extensión de la caducidad automática a este supuesto.

El art. 246.3 establece las causas de incompatibilidad para participar en la Comisión Disciplinaria sobre el principio de división entre órganos instructores y sancionadores. Entendemos que en una interpretación literal, el Director siempre debería quedar excluido porque sus actuaciones siempre son determinantes para la iniciación del expediente disciplinario, aunque quizá razones de gobierno del Centro penitenciario no lo hagan aconsejable. En general opino que este apartado únicamente trata de ofrecer una visión de imparcialidad que no puede ocultar el intenso corporativismo que la propia dinámica de la prisión impulsa.

En el acuerdo sancionador debería recogerse un resumen de los hechos, que no pueden ser diferentes a los establecidos en la propuesta de resolución, y además una transcripción de lo manifestado por el interno, con vistas al posible recurso judicial posterior si se hace mediante simple indicación de la voluntad de recurrir.

Las pruebas complementarias que determinen un cambio en la calificación deberán ser puestas en conocimiento del interno según lo establecido en el art. 246.4. Entendemos que no se puede excluir la nueva petición de prueba del interno frente a los nuevos cargos que se le imputan ya que corre el riesgo de quedarse en indefensión. El tratamiento de este supuesto debería ser similar al establecido en el art. 247 d) para el caso de que la Comisión Disciplinaria estimase que se han calificado erróneamente los hechos.

El acuerdo firme deberá ser notificado al recluso de acuerdo con lo que se establece en el art. 248 del R.P, con su texto íntegro y la posibilidad de recurrir, y anotado en su expediente personal de acuerdo con la previsión del art. 250 del R.P.

Las sanciones firmes producirán el efecto de cosa juzgada con excepción de lo previsto en el art. 42.6 de la LOGP sobre el levantamiento

inmediato del castigo en caso de error, que necesitará la autorización del Juez de Vigilancia cuando este órgano haya intervenido en su imposición, sea o no por vía de recurso.

6.4.1. Repetición de la infracción

El supuesto de la reincidencia se regula en el art. 42.3 de la LOGP y 235 del R.P. permitiendo incrementar la sanción en la mitad de su máximo, previsión más grave que la establecida en el art. 66.3 Código Penal.

Por su parte, el concepto de repetición se precisa en el apartado segundo concurriendo *“cuando al interno responsable de la falta disciplinaria se le hubiese impuesto con anterioridad otra u otras sanciones firmes por infracciones graves o muy graves y las correspondientes anotaciones en su expediente no hubiesen sido canceladas”*.

Entiendo que esta regulación es excesiva a la luz del principio de proporcionalidad.

En primer lugar porque vista la ampliación que el R. P. vigente hizo de los plazos de prescripción, la posibilidad de reincidencia está excesivamente dilatada en el tiempo.

En segundo lugar porque el reglamento permite la reincidencia sobre cualquier infracción grave o muy grave (no hay reincidencia en sanciones leves). Esta última previsión viola el contenido del art. 42.3 de la LOGP que utiliza el término “repetición de la infracción” en singular, dando a entender clarísimamente que lo que debe repetirse a efectos de reincidencia es la misma infracción.¹⁵⁴ Como término de comparación, se puede decir que el art. 22.8 del Código Penal establece que hay reincidencia *“cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo*

¹⁵⁴ Por todos GARCÍA VALDÉS. COMENTARIOS...Pag. 128.

título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza.” En consecuencia, la interpretación reglamentaria resulta incluso más dura que la establecida en materia penal, exasperando el efecto intimidatorio de la sanción penitenciaria. Creo que cabe hacer una interpretación jerárquica a la luz de lo que establece el art. 42.3 de la LOGP y entender que debe exigirse la repetición de la misma infracción a efectos de aplicación de la agravación de la sanción.

Resulta obvio por último que las infracciones resueltas en el mismo expediente no pueden servir unas como antecedentes de las otras a efectos de reincidencia.

Tampoco podrán tomarse en consideración para este supuesto las sanciones impuestas por hechos anteriores a la imposición de otra sanción, es decir, la comisión de la infracción deberá haberse realizado después de la imposición de una sanción firme

6.4.2 Concurso de infracciones

El concurso real de infracciones se recoge en el art. 42.5 de la LOGP y en el 236.1 del R.P. mientras que el concurso real y el concurso medial se recogen en el art. 236.4 del R.P. y la infracción continuada en el 237 del mismo texto legal con criterios similares a los contenidos en el Código Penal, dando satisfacción a una antigua aspiración doctrinal.¹⁵⁵

A) Concurso real

El art. 236 establece que *“al culpable de dos o más faltas enjuiciadas en el mismo expediente, se le impondrán las sanciones correspondientes a todas ellas para su cumplimiento simultáneo si fuera posible y, no siéndolo, se cumplirán por el orden de su respectiva gravedad o duración.”* *“En este último supuesto, el máximo de cumplimiento no podrá exceder nunca del triplo del tiempo correspondiente a la sanción más grave, ni de cuarenta y dos días consecutivos en caso de aislamiento en celda.”*

¹⁵⁵ Cfr. GARRIDO GUZMÁN. MANUAL...Pag. 388-389.

En primer lugar, resulta criticable que el reglamento haya precisado que las infracciones deban ser enjuiciadas en el mismo expediente, precisión que no se encuentra en el art. 42.5 de la LOGP y que restringe el ámbito de aplicación de la acumulación jurídica. En este sentido, la regulación resulta más restrictiva que la actual aplicación jurisprudencial del art. 76 del Código Penal que ha establecido que son acumulables todas las penas por hechos cometidos con anterioridad a la imposición de la primera sentencia firme, permitiendo incluso la acumulación por periodos o bloques.

En consecuencia entendemos que debe inaplicarse la exigencia reglamentaria referida en base al principio de legalidad porque donde la Ley no distingue el Reglamento no debe hacerlo.¹⁵⁶

En el caso concreto de motines e intentos de evasión, siguiendo a GARCÍA VALDÉS¹⁵⁷, hasta que no quede roto el nexo causal todas las infracciones cometidas resultan subsumibles en un único hecho. De la misma manera, no cabe sancionar separadamente un intento de evasión y los daños causados para ello.

Por otro lado, la ausencia de un límite máximo absoluto de cumplimiento posibilita teóricamente el cumplimiento sucesivo de sanciones máximas de hasta el triplo del tiempo correspondiente a la sanción más grave o 42 días de aislamiento. Entendemos que esta situación no puede darse en ningún caso porque supondría el régimen de cumplimiento de una pena inhumana y degradante, al margen de excluir los fines de resocialización.

La solución pasaría a mi juicio por entender que el límite establecido es un límite absoluto durante el plazo de cancelación de las faltas, de manera que en un plazo máximo de seis meses si hablamos de faltas muy graves el máximo de días de aislamiento o de otra sanción que se pueden cumplir será de 42.

Otra solución consiste en la aplicación para este supuesto de la posibilidad de suspensión de la efectividad de las sanciones de aislamiento o de

¹⁵⁶ Para RACIONERO CARMONA (DERECHO PENITENCIARIO...1999. Pag. 225.)la reiteración de sanciones en expedientes separados por infracciones muy próximas en el tiempo no puede desembocar en un número infinito de días de sanción y en consecuencia hay que entender que analógicamente por "mismo expediente" se puede entender "misma sesión de la comisión disciplinaria" a los efectos de aplicación del límite de cumplimiento.

las de reducción y revocación de sanciones previstas en los arts. 255 y 256 del R.P, aunque tienen la desventaja de no contar con criterios objetivos.

Entiendo que esa apreciación deberá necesariamente hacerse por el juez de Vigilancia en los supuestos de aprobación de sanciones de más de 14 días de aislamiento establecidos en el art. 236.3 del Reglamento Penitenciario, que se remite a su vez al 76.2 d) de la LOGP.

Piénsese que para aquellos reclusos manifiestamente inadaptados la Administración puede operar con otros instrumentos que no tienen por qué tener carácter sancionador con el fin de proteger la seguridad y la convivencia.¹⁵⁸ Un ejemplo concreto es la posibilidad establecida en el art. 10 de la LOGP de cumplimiento en establecimientos de régimen cerrado o departamentos especiales, donde en todo caso deberán respetarse las normas establecidas en el art. 93 del Reglamento Penitenciario.

Por último, cuando el R.P. habla de cumplimiento sucesivo por el orden de su respectiva gravedad o duración se viene entendiendo que este orden es de más grave a menos grave y de más duración a menos. El orden en la gravedad entiendo que deberá determinarse con arreglo al listado de sanciones contenido en el art. 42.2 de la LOGP.

B) Concurso ideal o medial e infracción continuada

La solución dada en este aspecto por el Reglamento es similar a la regulación establecida en el Código Penal, si bien se exagera la sanción aplicable al permitirse su imposición en el límite máximo de la falta más grave y no la más grave en la mitad superior como permite el art. 74 del Código Penal. No entendemos sin embargo aplicable la jurisprudencia penal que impide apreciar la infracción continuada cuando los delitos cometidos constituyen ataques a bienes personales porque en el ámbito sancionador penitenciario lo protegido es la seguridad y la convivencia, independientemente del objeto del ataque, instalaciones o compañeros.

¹⁵⁷ GARCÍA VALDÉS. COMENTARIOS...1982. Pag.131.

¹⁵⁸ En opinión de RACIONERO CARMONA (DERECHO PENITENCIARIO...1999. Pag. 225-226) no es razonable un cumplimiento consecutivo. En consecuencia, por analogía con la aplicación de los beneficios penitenciarios, que suponen un respiro en la ejecución de la condena, deberían permitirse

6.4.3. El abono del tiempo de sanciones cumplidas indebidamente

Esta posibilidad se regula en el art. 257 del R.P. que establece que en caso de reducción o revocación de sanciones o bien como consecuencia de la estimación total o parcial de un recurso podrá tenerse en cuenta el tiempo para su abono en otra sanción posterior.

Debe aplicarse a hechos anteriores a la notificación de la reducción o revocación o a la notificación de la resolución favorable al recurso para evitar que se conviertan en un “cheque en blanco” para la comisión posterior de infracciones.

Es criticable el uso de la expresión “podrá”. Siguiendo a RACIONERO CARMONA¹⁵⁹ entendemos que el abono debe aplicarse en todo caso, no siendo una decisión discrecional de la Comisión Disciplinaria o del Juez de Vigilancia en su caso por analogía con el régimen penal de abono de prisión preventiva, que tampoco lo es.

6.5. LA REGULACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN Y LA CANCELACIÓN. LA EXTINCIÓN AUTOMÁTICA.

El art. 259 del R.P. prevé la extinción automática de sanciones cuando se de el supuesto de reingreso de una persona en un Centro Penitenciario aunque no hayan transcurrido los periodos correspondientes de prescripción, lo que parece lógico dado que, como dice RÍOS MARTÍN¹⁶⁰ el reingreso supone la creación de una nueva relación jurídica.

descansos si el interno así lo solicita y en todo caso siempre a los 42 días por analogía con lo dispuesto para el aislamiento.

¹⁵⁹ RACIONERO CARMONA. DERECHO PENITENCIARIO...1999. Pag.231

¹⁶⁰ RÍOS MARTÍN. MANUAL...2001. Pag.202.

La extinción ha de conllevar la cancelación de todas las anotaciones del expediente personal del interno.

Entiendo que la misma solución ha de ofrecerse en el caso de que se revoque la libertad condicional, no ya porque exista una nueva relación sino porque no tiene sentido aplicar la sanción con posterioridad al ingreso en razón de la finalidad del régimen sancionador penitenciario. Según RODRÍGUEZ ALONSO¹⁶¹ debe extenderse también la aplicación de la extinción por analogía *“in bonam partem”* a los supuestos de faltas disciplinarias que no hayan adquirido firmeza o a los expedientes que se encuentren en tramitación.

En lo tocante a la prescripción, su aplicación al Derecho sancionador se realizó en fecha temprana, estableciendo al STS de 14 de febrero de 1979 que la prescripción existe *“lo establezca así o no la disposición administrativa que los tipifique, ya que no sería justo que aquéllas (las infracciones administrativas) sean de peor condición que las tipificadas en el Código Penal ordinario o leyes penales especiales.”*

Los plazos de prescripción de infracciones y sanciones se recogen en el art. 258 del R.P. correspondiendo a tres años para infracciones muy graves, dos años para las graves y un año para las leves. Hay que decir que estos plazos me parecen absolutamente desproporcionados y que elevan por la vía de hecho el umbral del castigo al determinar en la realidad la aplicación general y automática del concepto de repetición de la sanción.

El cómputo del plazo de prescripción de las infracciones comenzará desde el día en que se cometieron los hechos y su interrupción se realizará cuando se inicie el procedimiento sancionador y sea fehacientemente notificado a la persona presa.

En el caso de las sanciones el cómputo del plazo comenzará al día siguiente de que la resolución sea firme o ejecutable.

Por su parte, la cancelación se diferencia de la invalidación en que en el primer supuesto no se tendrán en cuenta los antecedentes disciplinarios del sujeto a efectos de considerarlo reincidente (art. 262 del R.P.)

¹⁶¹ RODRÍGUEZ ALONSO. LECCIONES...1997. Pag.263

Los plazos de cancelación para faltas muy graves son de 6 meses, para faltas graves de 3 meses y para faltas leves de un mes. El plazo comenzará a contarse desde el cumplimiento de la sanción, siempre que la persona presa no incurra en una nueva responsabilidad, en cuyo caso vuelve a comenzar el cómputo desde el cumplimiento de las sucesivas sanciones

En caso de concurrencia de sanciones el cómputo para su cancelación deberá ser simultáneo, estableciéndose como límite máximo el de la sanción más grave.

Si la sanción no se cumplió por alguna razón como por ejemplo suspensión por razones médicas o de otro tipo, el plazo debería computarse desde que fue posible el cumplimiento de la sanción.

En este sentido el Auto 852/1996 de 26 de noviembre de la Audiencia Provincial de Madrid Sección 5ª establece que *“en el caso de que la sanción hubiese prescrito, la cancelación de la anotación en el expediente procederá para el cómputo de sus plazos a tomar como día inicial el momento que la sanción pudo haber empezado a cumplirse y no cuando se alcanzó la prescripción.”*

Es interesante contemplar el caso de la suspensión, cuya regulación es bastante indefinida. Pongamos el supuesto de una persona presa condenada a 14 días de aislamiento en celda por la comisión de una infracción muy grave que por razones médicas no puede cumplir esa sanción de aislamiento. En ese supuesto hay que acudir a lo dispuesto en el art. 256.2 del R.P. que establece que *“si la Comisión Disciplinaria, en atención a los fines de reeducación y reinserción social o a las circunstancias personales del interno, no hubiese estimado oportuno levantar la suspensión de la efectividad durante el plazo de tres meses, de oficio o a solicitud del interno aplicará la reducción de la sanción prevista en el apartado 1 del artículo siguiente.”*

Qué ocurre si en el plazo de tres meses el recluso sigue teniendo la misma situación médica?

6.6 LAS RECOMPENSAS

Constituyen un acto administrativo discrecional y en consecuencia pueden ser controladas judicialmente respecto a sus elementos reglados a través de la figura administrativa de la “desviación de poder”.

Constituyen de alguna manera el reverso del régimen disciplinario, al premiar la *“buena conducta, el espíritu de trabajo y el sentido de la responsabilidad en el comportamiento de los internos, así como la participación positiva en las actividades asociativas reglamentarias o de otro tipo que se organicen en el Establecimiento.”*

En el régimen sancionador el art. 261 permite la reducción de los plazos de cancelación hasta la mitad de su duración si con posterioridad a la sanción se obtuviese alguna recompensa de las previstas en el art. 263.

En principio, atendiendo a la literalidad de la redacción, la concesión de cualquier recompensa permitiría que la Comisión Disciplinaria procediese a esa reducción y no únicamente la concesión del beneficio establecido en el art. 263 f) o “notas meritorias”.

Por su parte el art. 263 d) prevé expresamente como recompensa la posibilidad de reducción de la sanción impuesta.

6.7.- LA EJECUTIVIDAD. EL RÉGIMEN DE RECURSOS

6.7.1.- La ejecutividad de la sanción penitenciaria

La normativa en materia administrativa general establece con carácter ordinario, como es conocido, el régimen de inmediata ejecutividad de las resoluciones dictadas por la Administración (art. 111 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre).

La suspensión es un instituto que se admite por imperativos del derecho a la tutela judicial efectiva en los casos en que la dilación puede hacer ineficaz el derecho o se produzcan daños de imposible reparación a pretensiones con apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*) o bien si la impugnación se fundamenta en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el art. 62.1 de la Ley 30/1992..

El art. 44.3 de la LOGP invierte esta regla general al establecer que la interposición de recurso contra resoluciones sancionadoras suspenderá la efectividad de la sanción, salvo cuando por tratarse de un acto de indisciplina grave la corrección no pueda demorarse. En consonancia con esta apreciación, la Ley establece que los recursos contra resoluciones que impongan la sanción de aislamiento en celda serán de tramitación urgente y preferente.

En el mismo sentido, el art. 252 del R.P. establece que los acuerdos sancionadores no serán ejecutivos en tanto no haya sido resuelto el recurso interpuesto por el interno ante el Juez de Vigilancia o no haya transcurrido el plazo para su impugnación.

No obstante lo anterior el mismo artículo en su párrafo segundo establece que *“las sanciones impuestas serán inmediatamente ejecutadas siempre que correspondan a los actos de indisciplina grave tipificados en las letras a), b), c), d) e) y f) del art. 108”* y el art. 124 párrafo 1º del R.D. 1201/81 subsistente en virtud de la Disposición Derogatoria única punto tercero del actual R.P. establece que *“a los efectos establecidos en el art. 44.3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria se considerarán actos de indisciplina grave los comprendidos en cualquiera de los seis primeros supuestos del art. 108 de este Reglamento”*.

Mi opinión es que no es preciso establecer un régimen de ejecutividad inmediata, que vistos los plazos de resolución de los recursos se convierte en un cumplimiento preventivo de la pena que no será abonable posteriormente en la inmensa mayoría de los casos en otra sanción dada la exigencia reglamentaria de identidad en la naturaleza de la sanción para su abono.

Creo que las situaciones más graves pueden y deben solucionarse de manera inmediata mediante otros mecanismos como la utilización proporcional

de medios coercitivos. Es suficiente con la conciencia colectiva de la certeza de la sanción, no con la celeridad de su aplicación, para que los fines de prevención general de la sanción se vean salvaguardados sin merma de las garantías. En su caso, bastará con la aplicación de medidas cautelares correctamente adoptadas abonables posteriormente para el cumplimiento de la sanción.

De cualquier manera, el acuerdo de ejecución inmediata deberá notificarse a la persona presa que puede acudir en queja ante el Juez de vigilancia Penitenciaria, queja que se tramitará de manera urgente y preferente (art. 252.3 del R.P.). Para CEZÓN el Juez deberá recabar informes urgentes de la Administración y verbalmente del Fiscal y resolver teniendo en cuenta la improcedencia de la espera, haciendo un juicio racional sobre las posibilidades del recurso.¹⁶²

El Juez de Vigilancia Penitenciaria deberá pronunciarse en su caso sobre la posibilidad de ejecución inmediata de las sanciones de aislamiento superiores a 14 días, bien porque exista una sanción incrementada por repetición o bien porque existan sanciones en procedimientos diferentes siempre que el cumplimiento sea sucesivo (STC 2/87).

En este sentido se han pronunciado también los Jueces de Vigilancia en sus criterios de actuación aunque ni el art. 76.2 de la LOGP ni la doctrina constitucional aclaran si la decisión judicial sobre la suspensión debe aplicarse a la totalidad de la sanción o al exceso de 14 días. Entiendo que por concordancia con su aprobación, la decisión debe referirse al conjunto de la sanción impuesta.¹⁶³

6.7.2. Los recursos frente a los acuerdos sancionadores y su tramitación

¹⁶² CEZÓN. VIII REUNIÓN...1996. Pag. 84. Sin embargo cabe que ese juicio racional no se produzca porque llegue antes la queja frente a la ejecución inmediata que el recurso de alzada frente al acuerdo sancionador propiamente dicho.

¹⁶³ En contra RODRÍGUEZ ALONSO. LECCIONES...1997. Pag. 260.

El art. 76 e) de la LOGP atribuye al Juez de Vigilancia la atribución de resolver los recursos interpuestos frente a las sanciones disciplinarias. Por su parte, el art 94.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial también atribuye al Juez de Vigilancia el *“control jurisdiccional de la potestad disciplinaria de las autoridades penitenciarias”*.

El art. 248 b) del R.P. incide en que en el momento de la notificación debe indicarse al interno la posibilidad de interponer recurso ante el Juez de Vigilancia, verbalmente en el mismo acto de la notificación o por escrito dentro de los cinco días hábiles siguientes a la misma, reproduciendo en su caso, el recurrente la proposición de aquellas pruebas cuya práctica le hubiese sido denegada.

No existe sin embargo ninguna regulación del proceso fuera de lo establecido genéricamente en las Prevenciones de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo dictadas en 1980, a la espera de una Ley Orgánica del Procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria que nunca llega, y cuyo anteproyecto se encuentra en este momento totalmente atascado.

En cuanto a la naturaleza del recurso, la Disposición Adicional quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece por un lado que *“El recurso de reforma podrá interponerse contra todos los autos del Juez de Vigilancia Penitenciaria”* y asimismo que *“las resoluciones del Juez de Vigilancia en lo referente al régimen penitenciario y demás materias no comprendidas en el número anterior serán recurribles en apelación o queja siempre que no se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa. Conocerá de la apelación o de la queja la Audiencia Provincial que corresponda, por estar situado dentro de su demarcación el establecimiento penitenciario.”*

En consecuencia, cabe recurso y reforma ante el Juzgado de Vigilancia pero no apelación ante la Audiencia Provincial. Sin embargo creo que el Auto dictado por el Juez de Vigilancia sobre la imposición de sanciones de aislamiento de más de catorce días y sobre la resolución de las quejas en lo relativo a la

decisión de suspender o no la ejecución de la sanción será recurrible en reforma y apelación frente a la Audiencia Provincial.¹⁶⁴

En opinión de GONZÁLEZ CANO¹⁶⁵ sería deseable que en materia sancionadora se articulase un auténtico recurso contencioso administrativo ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y no recursos innominados.

Existe una polémica sobre el carácter meramente revisor o jurisdiccional del recurso ante el Juzgado. Los propios Jueces se han postulado en varias ocasiones sobre el pleno desenvolvimiento de un proceso cognitivo.¹⁶⁶

Para CEZÓN¹⁶⁷, excluida la posibilidad de un procedimiento oral por imposibilidad material, las notas características deben ser las de un proceso escrito, breve, simple y flexible.

Asimismo creo que debe articularse la posibilidad de justicia gratuita para nombramiento de Letrado en el procedimiento jurisdiccional. Si su falta provocara indefensión material se vulneraría el art. 24 de la C.E.

Este mismo autor propugna la posibilidad de introducir un trámite de admisión o inadmisión *ad limine* por manifiesta falta de fundamento o existencia de antecedentes, decisión que se tomaría por auto motivado susceptible de recurso.

La legitimación activa corresponde a la persona presa sin que exista ningún requisito de postulación procesal. Entendemos que la manifestación verbal es suficiente para trasladar al Juez de Vigilancia Penitenciaria la

¹⁶⁴ GONZÁLEZ CANO. LA EJECUCIÓN...1997. Pag. 295.

¹⁶⁵ GONZÁLEZ CANO. LA EJECUCIÓN...1996. Pag. 310

¹⁶⁶ Así se establece en el art. 35 de los Criterios Refundidos de actuación. Por su parte, el informe de la Asociación Profesional de la Magistratura de 1993 (ACTUALIDAD PENAL 1993-1 Pag. 321) se pronuncia en los siguientes términos: *"argumentar que la tutela judicial en el ámbito de los derechos penitenciarios quedaría colmada con la existencia de un Juez de Vigilancia meramente revisor de la actuación administrativa...significa desconocer la realidad con la que se opera, ignorando las mínimas posibilidades que en lo sucesivo tendrían los internos para alzarse contra las decisiones abusivas o desviadas en el mundo carcelario, lo que vendría a suponer una desprotección en materia de Derechos Humanos"*. En contra MARIA DOLORES SÁNCHEZ GRACIA establece que el recurso tiene naturaleza revisora y su objeto será lo ya actuado, no pudiendo proponerse nuevas pruebas. El Juzgado no debe participar en la elaboración de la decisión y en consecuencia si los hechos no quedan suficientemente esclarecidos, se debe estimar sin más el recurso. SÁNCHEZ, VIII REUNIÓN...1996. Pag. 156 y 157)

¹⁶⁷ CEZÓN. VIII REUNIÓN...1996. Pag.75 y 76.

disconformidad para que resuelva.¹⁶⁸ En este caso no se harán alegaciones por lo que entiendo que debería extremarse la diligencia para que se le designe asistencia letrada a fin de que haya una correcta defensa técnica y no se produzca indefensión a la persona presa.

El Juzgado deberá reclamar el expediente original a la Administración que deberá remitirlo. Sería conveniente que la Administración facilitase asimismo al Letrado designado por el interno una copia a fin de poder formalizar el recurso frente al acuerdo sancionador porque de lo contrario interpondrá el escrito sin haberlo visto, ya que no existe un plazo específico para ello.

El contenido de la resolución del Juzgado de Vigilancia deberá estar fundamentado, sin que sea posible el uso de impresos estereotipados que hurten la motivación (STC 69/1998). Por otro lado, entendemos que debe extenderse a la resolución judicial la prohibición de *reformatio in peius*.

El contenido de la resolución del Juez de Vigilancia Penitenciaria se ajustará a uno de los siguientes supuestos:¹⁶⁹

- a) declaración de nulidad del acuerdo sancionador por omisión de las formalidades esenciales del procedimiento, en cuyo caso se volverá a remitir al Centro para la reanudación en forma del expediente siempre que sea posible.
- b) Estimación total o parcial del recurso, dejando sin efecto, rebajando, aminorando o sustituyendo la sanción.
- c) Desestimando el recurso y confirmando el acuerdo sancionador en todos sus términos.

La resolución se notificará a la persona presa y al Centro Penitenciario para su cumplimiento, dejándose a salvo la posibilidad de queja del interno por el eventual no cumplimiento o el incorrecto cumplimiento de la misma por parte de la Administración Penitenciaria.

¹⁶⁸ Para RACIONERO si se recurre verbalmente el precepto no requiere que el Juez de Vigilancia deba ir a escuchar personalmente las alegaciones del interno, conclusión que este autor extrae de doctrina expuesta en la STC de 19 de noviembre de 1992 "*bastando con que al funcionario notificante le haga saber su deseo de recurrir*". DERECHO PENITENCIARIO...1999. Pag.229.

¹⁶⁹ GONZÁLEZ CANO. LA EJECUCIÓN...1996. Pag 313

En el ámbito militar, el art. 357.5 de la Ley Orgánica 2/1989 establece la competencia del Juez de Vigilancia para resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias.

Por su parte, el art. 358 del mismo texto legal establece que *“las resoluciones que dicten los jueces de Vigilancia en materia de su competencia, como tales, serán notificadas a los reclusos interesados y al Fiscal Jurídico-Militar del Tribunal sentenciador.*

Contra dichas resoluciones podrá interponerse por el Fiscal o los reclusos recurso de apelación, que se presentará ante el propio Juez de Vigilancia que lo declarará admisible o inadmisibile mediante auto. En el primer caso lo elevará al Tribunal Militar Territorial encargado del cumplimiento de la sentencia para su conocimiento y fallo. En el segundo caso lo notificará, y contra el auto que así lo declare se podrá acudir en queja ante el mismo Tribunal.”

BIBLIOGRAFÍA

- Armenta González-Palenzuela, Francisco Javier/Rodríguez Ramírez, Vicente

REGLAMENTO PENITENCIARIO COMENTADO: ANÁLISIS SISTEMÁTICO Y RECOPIACIÓN DE LEGISLACIÓN. ED. MAD S.L. TERCERA EDICIÓN. MAYO DE 2002. Citado en el texto como **ARMENTA / RODRÍGUEZ. REGLAMENTO PENITENCIARIO... 2002.**

- Asociación Profesional de la Magistratura

A) INFORME DE LA ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA SOBRE LA NORMATIVA PENITENCIARIA VIGENTE. ACTUALIDAD PENAL 1993-1. MARG. 317 XXIII. Citado en el texto como **ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA. INFORME...1993.**

B) INFORME DE LA ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA SOBRE LA NORMATIVA PENITENCIARIA VIGENTE. CUADERNOS DE POLÍTICA CRIMINAL Nº 52. 1995. Citado en el texto como **ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA. INFORME...1995.**

- Boye Tuset, Gonzalo

EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR Y SUS CONSECUENCIAS. UNA VISIÓN DESDE DENTRO. CUADERNOS DE DERECHO PENITENCIARIO Nº 5. ICAM 1999. Citado en el texto como **BOYE TUSET. EL PROCEDIMIENTO...1999.**

- Cabrera Cabrera, Pedro José / Ríos Martín, Julián Carlos

A) MIL VOCES PRESAS. UNIVERSIDAD PONTIFICIA DE COMILLAS. 1998. Citado en el texto como **RÍOS / CABRERA. MIL VOCES...1998.**

B) MIRANDO EL ABISMO. EL RÉGIMEN CERRADO. UNIVERSIDAD PONTIFICIA DE COMILLAS. 2002. Citado en el texto como **RÍOS / CABRERA. MIRANDO AL ABISMO...2002.**

- Cezón González, Carlos

NORMATIVA PROCESAL DE LOS JUZGADOS DE VIGILANCIA. RECURSOS CONTRA LAS RESOLUCIONES DE LOS JUECES DE VIGILANCIA PENITENCIARIA. VIII REUNIÓN DE JUECES DE VIGILANCIA PENITENCIARIA. 1996 CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Citado en el texto como **CEZÓN. VIII REUNIÓN...1996.**

- Conde Pumpido Ferreiro, Cándido (Director)

CÓDIGO PENAL. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA. 1ª ED. TRIVIUM. 1997. Citado en el texto como **CONDE PUMPIDO. CÓDIGO PENAL...1997.**

- García Albero, R.

CURSO DE DERECHO PENITENCIARIO (COORD. TAMARIT SUMALLA). TIRANT LO BLANCH. 1ª ED.VALENCIA 2001. Citado en el texto como **GARCÍA ALBERO. CURSO...2001.**

- García Valdés, Carlos

COMENTARIOS A LA LEGISLACIÓN PENITENCIARIA. CIVITAS 2ª ED. 1982. Citado en el texto como **GARCÍA VALDÉS. COMENTARIOS...1982**

- Garrido Guzmán, L.

MANUAL DE CIENCIA PENITENCIARIA. MADRID, EDERSA 1983. Citado en el texto como **GARRIDO. MANUAL...1983.**

- González Cano, Maria Isabel

LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD. VALENCIA. TIRANT LO BLANCH 1994. Citado en el texto como **GONZÁLEZ CANO. LA EJECUCIÓN...1994.**

- González Navarro, Francisco

UNA MATRIZ DISCIPLINAR EN CRISIS. LA CÁRCEL. ACTUALIDAD PENAL 1990-2 MARG. 505 XLIV. Citado en el texto como **GONZÁLEZ NAVARRO. UNA MATRIZ...1990.**

- Lasagabaster Herrarte, Iñaki.

LAS RELACIONES DE SUJECIÓN ESPECIAL. CIVITAS 1ª EDICIÓN. 1994. Citado en el texto como **LASAGABASTER HERRARTE. LAS RELACIONES... 1994**

- Madrid López, Juan José

DERECHO SANCIONADOR.EL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. VIII REUNIÓN DE JUECES DE VIGILANCIA PENITENCIARIA. 1996 CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Citado en el texto como **MADRID LÓPEZ. VIII REUNIÓN... 1996.**

- Mapelli Caffarena, Borja

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL SISTEMA PENITENCIARIO ESPAÑOL. BOSCH.BARCELONA 1983. Citado en el texto como **MAPELLI. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES...1983-**

- Martínez Escamilla, Margarita.

LOS PERMISOS ORDINARIOS DE SALIDA: RÉGIMEN JURÍDICO Y REALIDAD. EDISOFER s.l. 2002. Pag 134. Citado en el texto como **MARTÍNEZ ESCAMILLA. LOS PERMISOS...2002.**

- Nieto, Alfonso

DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. TECNOS 1993. Citado en el texto como **NIETO. DERECHO ADMINISTRATIVO...1993.**

- Piñol Rodríguez, José Ramón

EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO PENITENCIARIO. PRIMERAS JORNADAS DE DERECHO PENITENCIARIO DE CANARIAS. COLEGIO DE ABOGADOS DE TENERIFE. OCTUBRE DE 1998. (PONENCIA). Citado en el texto como **PIÑOL. EL PROCEDIMIENTO...1998.**

- Racionero Carmona, Francisco

DERECHO PENITENCIARIO Y PRIVACIÓN DE LIBERTAD. UNA PERSPECTIVA JUDICIAL. DYKINSON 1999. Citado en el texto como **RACIONERO CARMONA. DERECHO PENITENCIARIO...1999.**

- Ríos Martín, Julián Carlos

MANUAL DE EJECUCIÓN PENITENCIARIA. DEFENDERSE DE LA CÁRCEL. COLEX 2ª EDICIÓN 2001. Citado en el texto como **RÍOS MARTÍN. MANUAL...2001.**

- Rivera Beiras, Iñaki

LA CÁRCEL EN EL SISTEMA PENAL. UN ANÁLISIS ESTRUCTURAL. BOSCH 1996.Citado en el texto como **RIVERA BEIRAS. LA CÁRCEL...1996.**

- Rodríguez Alonso, Antonio

A) REFLEXIONES CRÍTICAS AL EJERCICIO DEL TRATAMIENTO PENITENCIARIO: REALIDAD O FICCIÓN. ACTUALIDAD PENAL Nº 14. Semana 3 a 9 de abril de 1995 Pag. 183 a 200. Citado en el texto como **RODRÍGUEZ ALONSO. REFLEXIONES CRÍTICAS...1995.**

B) LECCIONES DE DERECHO PENITENCIARIO. ADAPTADOS A LA NORMATIVA LEGAL VIGENTE. ED. COMARES. 1997. Citado en el texto como **RODRÍGUEZ ALONSO. LECCIONES...1997.**

- Ruidíaz García, Carmen

UNA MIRADA A LA VIDA EN LAS PRISIONES. LOS RECLUSOS Y SU MUNDO. CUADERNOS DE POSÍTICA CRIMINAL. Nº 54 1995. Citado en el texto como **RUIDÍAZ. UNA MIRADA...1995.**

- Sánchez, María Dolores.

Ponencia en VIII REUNIÓN DE JUECES DE VIGILANCIA PENITENCIARIA. 1996. Citada en el texto como **SÁNCHEZ. VIII REUNIÓN...1996.**

- Soria Fernández-Mayorales Pedro

DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y DERECHO PENAL: PRINCIPIOS COMUNES. ACTUALIDAD PENAL 87-2 MARG. 644 PAG. 1985 Y SS. Citado en el texto como **SORIA. DERECHO... 1987.**

- Valverde Molina, Jesús

LA CÁRCEL Y SUS CONSECUENCIAS. La intervención sobre la conducta desadaptada. Segunda edición. EDITORIAL POPULAR. 1997. Citado en el texto como **VALVERDE. LA CÁRCEL...1997.**

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

A	AUTO
AP	AUDIENCIA PROVINCIAL
CD	CENTRO DIRECTIVO
CE	CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA
CP	CENTRO PENITENCIARIO
DGIP	DIRECCIÓN GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS
FGE	FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO
FIES	FICHEROS DE INTERNOS DE ESPECIAL SEGUIMIENTO.
IIPP	INSTITUCIONES PENITENCIARIAS
JVP	JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA.
LECr.	LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.
LO	LEY ORGÁNICA.
LOGP	LEY ORGÁNICA GENERAL PENITENCIARIA.
LOPJ	LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL.
LPA	LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.
RD	REAL DECRETO
RSE	RELACIONES DE SUJECIÓN ESPECIAL
RP	REGLAMENTO PENITENCIARIO
S	SENTENCIA
STC	SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
STS	SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO
TC	TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
TEDH	TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS
TS	TRIBUNAL SUPREMO

ÍNDICE

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN.

1.1.- OBJETO, LÍMITES Y METODOLOGÍA DEL TRABAJO. Pag. 1.

1.2.- EL DERECHO POSITIVO. Pag. 6

CAPÍTULO II: EL MARCO PENITENCIARIO SANCIONADOR

2.1.- FUNDAMENTO Y NATURALEZA DE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN. Pag. 11

2.2.- LA FIGURA DE LAS RELACIONES DE SUJECCIÓN ESPECIAL. Pag. 14

2.3.- ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LAS RELACIONES DE SUJECCIÓN ESPECIAL EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO SANCIONADOR. Pag. 18

CAPÍTULO III: LOS PRINCIPIOS APLICABLES Y LA FINALIDAD DE LA SANCIÓN PENITENCIARIA.

3.1.- LOS FINES DE LA SANCIÓN PENITENCIARIA. Pag. 35

3.1.1.- La regulación positiva. Pag. 35

3.1.2.- La posición doctrinal. Pag. 37

3.1.3.- Los problemas que se plantean. Pag. 41

A.- Los presos preventivos. Pag. 41

B.- El concepto de “buen orden regimental” del R.P. Pag. 42

C.- El argumento de la celeridad y eficacia. Pag. 47

D.- La participación de las personas presas. Pag. 48

E.- Conclusiones. Pag. 50

3.2.- LOS PRINCIPIOS APLICABLES AL DERECHO PENITENCIARIO SANCIONADOR. Pag. 53

3.2.1.- El principio *ne bis in idem*. Pag. 54

A.- Concepto y alcance. Pag. 54

B.- La situación de las personas presas con condición militar. Pag. 59

C.- Conclusiones. Pag. 62

3.2.2.- El principio de legalidad. Pag. 63

3.2.3.- El principio de culpabilidad. Pag. 66

3.2.4.- El principio de presunción de inocencia. Pag. 71

3.2.5.- El principio de la irretroactividad de la ley penal más favorable. Pag. 75

3.2.6.- El principio de proporcionalidad. Pag. 76

A.- Concepto y regulación. Pag. 76

B.- El ámbito penitenciario militar. Pag. 83

C.- Conclusiones. Pag. 84

CAPÍTULO IV: LAS INFRACCIONES PENITENCIARIAS. EL ANÁLISIS DE LAS DESCRIPCIONES TÍPICAS

4.1.- INTRODUCCIÓN. Pag. 86.

4.2.- LAS INFRACCIONES PENITENCIARIAS. Pag. 88.

CAPÍTULO V: LAS CONSECUENCIAS DEL ATAQUE A LA SEGURIDAD Y A LA CONVIVENCIA.

5.1.- EL CATÁLOGO DE SANCIONES. Pag. 107

5.1.1.- La sanción de aislamiento en celda. Pag. 108

A.- Imposición de la sanción. Pag. 108

B.- Requisitos para la ejecución de la sanción de aislamiento. Pag. 111.

5.1.2.- Otras sanciones que conllevan aislamiento. Pag. 114

5.2.- OTRAS CONSECUENCIAS DE LAS INFRACCIONES. Pag. 115.

5.2.1.- El depósito de objetos. Pag. 115

5.2.2.- La responsabilidad civil. Pag. 115

5.3.- OTRAS CONSECUENCIAS DE LAS SANCIONES PENITENCIARIAS. Pag. 116.

5.4.- OTRAS REACCIONES ADMINISTRATIVAS: LOS MEDIOS COERCITIVOS. Pag. 119.

CAPÍTULO VI: LA REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR.

6.1.- CONSIDERACIONES PREVIAS. Pag. 122

6.2.- EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO. Pag. 123

6.2.1.- La iniciación del procedimiento. Pag. 123

6.2.2.- Instrucción. Pag. 124

6.2.3.- Medidas cautelares. Pag. 130

6.2.4.- Tramitación. Pag. 132

6.3.- EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO. Pag. 133

6.4.- LA RESOLUCIÓN SANCIONADORA. Pag. 135

6.4.1.- Repetición de la infracción. Pag. 137

6.4.2.- Concurso de infracciones. Pag. 138

A.- Concurso real. Pag. 138

B.- Concurso ideal o medial e infracción continuada. Pag. 140

6.4.3.- El abono del tiempo de sanciones cumplidas indebidamente. Pag. 141

6.5.- LA REGULACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN Y LA CANCELACIÓN. LA EXTINCIÓN AUTOMÁTICA. Pag. 141

6.6.- LAS RECOMPENSAS. Pag. 143

6.7.- LA EJECUTIVIDAD. EL RÉGIMEN DE RECURSOS. Pag. 144

6.7.1.- La ejecutividad de la sanción penitenciaria. Pag. 144.

6.7.2.- Los recursos frente a los acuerdos sancionadores y su tramitación. Pag.
146

BIBLIOGRAFÍA. Pag. 152

ÍNDICE DE ABREVIATURAS. Pag. 156