

Tecnología, prisiones y toma de decisión. Posibilidades y riesgos.

Technology, prisons and decision-making. Possibilities and risks.

Puerto Solar Calvo. Jurista de II.PP., Doctora en Derecho. Madrid.

Resumen: La pandemia por Covid-19 mostró dos aspectos penitenciarios fundamentales. El primero, que somos en exceso restrictivos. Ello en la medida en que la tecnología entró en las prisiones sin provocar las catástrofes que se anunciaban desde el punto de vista de la seguridad. El segundo, que somos en exceso punitivos. Esto es, que las personas privadas de libertad pueden cumplir condena en regímenes más flexibles. Para plasmar esta idea en un dato cuantitativo, basta decir que, sólo en abril de 2020, el número de internos cumpliendo en régimen telemático aumentó en 4.000. El presente trabajo se centra en el uso de las nuevas tecnologías en prisión. Las prácticas que se han puesto en marcha por diferentes administraciones penitenciarias durante la incidencia de la crisis sanitaria (2) demuestran que se puede llevar a cabo su uso controlado como medio importante para la integración social y reducción del desfase tecnológico que viven los internos cuando acceden a la libertad –la llamada brecha digital–; y más en general, como instrumento básico para el ejercicio de derechos a través de la tecnología como hace el resto de la sociedad. Sin embargo, siendo consciente de las posibilidades de este mundo que se abre en las prisiones, lo cierto es que también creemos necesario advertir de los riesgos del uso de las nuevas tecnologías en determinados ámbitos.

Palabras clave: tecnología, derechos, decisiones, riesgos.

Abstract: The Covid 19 pandemic showed two fundamental penitentiary aspects. The first, that we are excessively restrictive. This to the extent that technology entered the prisons without causing the catastrophes that were announced from the point of view of security. The second, that we are excessively punitive. That is, that persons deprived of liberty can serve a sentence in more flexible regimes. To translate this idea into quantitative data, it is enough to say that, only in April 2020, the number of inmates serving under telematic control increased by 4,000. This paper focuses on the use of new technologies in prison. The practices that have been implemented by different prison administrations during the incidence of the health crisis (2) show that its controlled use can be carried out as an important means for social integration and reduction of the technological gap that inmates experience when they access to freedom –the so-called digital gap–; and more generally, as a basic instrument for the exercise of rights through technology as the rest of society does. However, being aware of the possibilities of this world that opens up in prisons, the truth is that we also believe it is necessary to warn of the risks of using new technologies in certain areas.

Key words: technology, rights, decisions, risks.

Tecnología para el ejercicio de derechos. Las posibilidades

Consecuencia de las experiencias puestas en marcha durante la pandemia, la reforma del Reglamento Penitenciario vía RD 268/2022, de 12 de abril, introduce el uso de la tecnología en los centros penitenciarios. La reforma modifica los arts. 4, 7, 41, 47, 127 y 129 del RP (3) y conlleva un importante revulsivo en el ámbito de las prisiones, tradicionalmente cerrado a la evolución digital. En concreto, nos centramos en el artículo segundo del RD que es el que verdaderamente introduce la tecnología en prisión.

En primer lugar, en el apartado uno del artículo segundo del RD que comentamos, se añade un apartado 3 al art. 4 del RP que queda redactado del siguiente modo: “3. Estos derechos y otros que puedan derivarse de la normativa penitenciaria, se podrán ejercer a través de las tecnologías de la información y comunicación, en función de las posibilidades materiales y técnicas de cada centro penitenciario. En el ejercicio de dichos derechos mediante el uso de las tecnologías de la información y comunicación, se deberán respetar en todo caso los principios vigentes en cada momento en materia de seguridad digital y protección de datos, así como las normas de régimen interior del centro penitenciario”. Para ser conscientes del cambio que este apartado conlleva, conviene recordar que el art. 4 RP es de los más comprensivos en materia de reconocimiento de derechos a los internos, incluyendo desde el derecho a la vida y la dignidad, hasta el derecho al tratamiento y el trabajo como parte del mismo. Por tanto, cabe pensar que en el futuro podamos ver a personas privadas de libertad teletrabajando en prisión, con la importancia que tal hecho podría tener desde el punto de vista de su no desocialización (4). Igualmente, por qué no, se incluye la posibilidad de realizar intervenciones treatmentales más específicas con la ayuda de las nuevas tecnologías (5). Sin duda, un campo abonado de nuevas perspectivas que habrán de ser exploradas. No obstante, el relevante cambio que supone, esta manera generalizada de introducir la tecnología en prisión no está exenta de crítica. Determina-

dos autores han señalado si no “hubiera sido oportuno introducir un verdadero derecho del uso de internet en prisión” (6). Ello considerando que el uso de las nuevas tecnologías no puede ser un mero instrumento de ejercicio de derechos, sino un derecho en sí mismo, ligado al novedoso concepto de dignidad digital. Si bien ello es más acorde con la regulación de lo tecnológico en la normativa específica (7), lo cierto es que creemos que la aproximación de la reforma no es del todo desacertada. Primero, porque dada la situación en materia de desarrollo tecnológico de los centros penitenciarios, sería osado introducir el uso de la tecnología como derecho específico. Segundo y más relevante, porque entendemos adecuado que haya una diferenciación en estatus jurídico del derecho a la dignidad humana y la llamada dignidad digital. La segunda nunca podrá equipararse a la primera y necesariamente habrá de ser instrumento de la misma. Volveremos sobre ello al final del trabajo.

Nos saltamos el segundo apartado del art. 2 sobre el que regresaremos, para pasar directamente al punto tres del mismo artículo segundo que añade un apartado 8 al art. 41. En concreto: “8. Las comunicaciones reguladas en esta sección podrán llevarse a cabo mediante el uso de tecnologías de la información y comunicación y sistemas de videoconferencia, en función de las posibilidades materiales y técnicas de cada centro penitenciario. Estas comunicaciones se llevarán a cabo conforme a los principios vigentes en cada momento en materia de seguridad digital y protección de datos”. De nuevo, se trata de una introducción generalizada de las nuevas tecnologías y su posible uso en todas las comunicaciones que el art. 41 LOGP regula. Lo anterior a pesar de que este aspecto podría verse ya incluido en la modificación antes comentada. Ello en la medida en que la letra e) del art. 4.2 RP contempla el derecho a las relaciones con el exterior. No obstante, por su importancia, se entiende necesario realizar la especificación y el recordatorio de lo que las nuevas tecnologías permiten en materia de comunicaciones. En esta línea, la reforma refiere entre sus motivos que “la transformación social impulsada

por las tecnologías de la información y comunicación ha significado que la regulación reglamentaria dedicada a las relaciones con el exterior, comunicaciones y visitas, haya quedado superada. Así, el uso habitual de las videoconferencias como forma de comunicación social, asumida y de utilización absolutamente generalizada en la actualidad, debe tener también su reflejo en el ámbito penitenciario. Suponen un bajo impacto estructural, económico y de regulación, en cuanto a su uso en prisión y, sin embargo, las ventajas que pueden suponer van más allá de una simple y mera modernización: acercan a la población reclusa a sus familiares y amigos sin necesidad de una limitación en cuanto al número de comunicantes; facilitan los encuentros sin la obligatoriedad de desplazamientos al centro penitenciario, aspecto muy relevante en determinados contextos; y se llevan a cabo con un carácter de inmediatez que supera a las tradicionales comunicaciones orales". Igualmente, y a pesar de que no se especifica en la modificación reglamentaria del art. 41.4 RP, entre los motivos de la reforma sí se destaca que "más allá de las posibilidades que se abren en las relaciones con familiares y amigos, las propias comunicaciones con abogados y procuradores o con profesionales como las autoridades judiciales o los miembros del Ministerio Fiscal o el Defensor del Pueblo, entre otros, también pueden verse mejoradas mediante la utilización de este tipo de canales de comunicación" (8).

A su vez, el apartado cuatro del artículo segundo aprovecha para cambiar el régimen de las comunicaciones telefónicas, modificando el apartado 4 del art. 47 que queda redactado del siguiente modo: "4. Las comunicaciones telefónicas se efectuarán, en función de las circunstancias de cada establecimiento, garantizando una frecuencia mínima de cinco llamadas por semana; su duración vendrá determinada en las normas de régimen interior del centro penitenciario, no siendo inferior a cinco minutos. El importe de la llamada será satisfecho por el interno, salvo cuando se trate de la comunicación prevista en el artículo 41.3 de este reglamento". Si comparamos el nuevo contenido con el antiguo, se observa que la

regulación de las nuevas tecnologías aumenta el número de las comunicaciones telefónicas. De manera que lo que antes era un máximo tanto en número como en duración, es ahora el mínimo imprescindible que ha de ser garantizado a toda persona privada de libertad.

Como adelantábamos, retrocedemos en el orden de los apartados para regresar al número dos del artículo segundo del RD 268/2022, que modifica el art. 7 del RP. En concreto, queda redactado como sigue: "1. Cuando los datos de carácter personal de los reclusos se recojan para el ejercicio de las funciones propias de la Administración penitenciaria no será preciso el consentimiento del interno afectado, salvo en los supuestos recogidos en el artículo 15 bis de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre. 2. Tampoco será preciso el consentimiento del recluso afectado para ceder a otras Administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, los datos de carácter personal contenidos en los ficheros informáticos penitenciarios que resulten necesarios para que éstas puedan ejercer sus funciones respecto de los internos en materia de servicios sociales, Seguridad Social, custodia de menores u otras análogas. 3. También se podrán ceder datos de carácter personal contenidos en los ficheros informáticos penitenciarios sin previo consentimiento del afectado cuando la cesión tenga por destinatarios al Defensor del Pueblo o institución análoga de las Comunidades Autónomas que ejerzan competencias ejecutivas en materia penitenciaria, al Ministerio Fiscal o a los Jueces o Tribunales, en el ejercicio de las funciones que tienen atribuidas, así como cuando se trate de cesión de datos de carácter personal relativos a la salud de los reclusos por motivos de urgencia o para realizar estudios epidemiológicos. 4. La cesión de datos a los que se refieren los apartados 2 y 3 de este artículo se hará siempre de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales. 5. Las transferencias internacionales de datos de carácter personal contenidos en los ficheros in-

formáticos penitenciarios se efectuarán en los supuestos de prestación de auxilio judicial, de acuerdo con lo establecido en los tratados o convenios en los que sea parte España o en la normativa de la Unión Europea que sea de aplicación”.

Como se observa, además de las referencias a la seguridad digital y la normativa en protección de datos en los diferentes apartados de la reforma, se modifica el art. 7 RP para adaptarlo a la nueva normativa en protección de datos. De un lado, el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) y que ha dado lugar a la vigente LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. De otro lado, la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, e implementada en nuestro ordenamiento a través de la LO 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales. Felicitándonos de la actualización que ello supone, lo cierto es que también debieran haberse modificado y actualizado los arts. 8 y 9 RP. En ellos se continúa utilizando terminología ya superada y en todo caso, habrán de interpretarse de modo concordante con las normas legales que los han superado.

Por su parte, el apartado cinco del artículo segundo añade un apartado 4 al art. 127 que resulta así redactado: “4. En función de las posibilidades materiales y técnicas de cada

centro penitenciario, las bibliotecas contarán con puntos de acceso a redes de información, conforme a los principios vigentes en cada momento en materia de seguridad digital y protección de datos. El uso de estos medios, tanto a los efectos prevenidos en el artículo 128 de este reglamento como con carácter general en el ámbito formativo o cultural, se regulará por las normas de régimen interior de cada centro penitenciario, pudiendo establecerse individualmente limitaciones en los términos del artículo 128”. Finalmente, el punto seis del artículo redacta el apartado 2 del art. 129 que queda redactado como sigue: “2. El uso del ordenador y del material informático se regulará en las correspondientes normas de régimen interior, incluyendo el uso de dispositivos externos de almacenamiento de información y la conexión a redes de comunicación”. Como no podía ser de otro modo, el establecimiento de puntos de red y el uso de ordenadores personales por parte de las personas privadas de libertad tendrá un impacto relevante en el mayor acceso a materiales formativos y oportunidad de cursar estudios, en igualdad de condiciones con las personas no privadas de libertad. Lo anterior no sólo en relación a la plena inmersión educativa en los estudios que ahora se implementan y respecto de los que las limitaciones técnicas habrán de ser mínimas –principalmente, la formación preuniversitaria que se imparte por las Consejerías de Educación y la universitaria a través de la UNED–, sino también en cuanto al acceso a otros estudios online en idénticas condiciones que el común de los ciudadanos. En este sentido, entendemos que las posibilidades que prevé el art. 56 RP se desarrollarán con carácter exponencial.

En este contexto normativo, a pesar del desarrollo práctico que requiere y la inversión económica que necesita, se vislumbran cambios producto de nuevas posibilidades de actuación. De hecho, como ejemplo de esas posibilidades, se han desarrollado proyectos de interés en otras jurisdicciones. Así, destaca el Smart Prison Project en Finlandia, donde se ha llegado a un concepto de Prison digitalizada (9). En el ámbito nacional, pensamos en las posibilidades que la reforma ofrece para una

digitalización completa de las tareas administrativas, donde el papel dejase de ser la vía de comunicación fundamental entre la organización y los ciudadanos. Ello tanto con carácter interno, como externo. Esto es, la reforma y la implantación de las nuevas tecnologías servirían para una sustitución progresiva del papel en el interior de los establecimientos y en las comunicaciones de estos y los internos con el exterior (familias, autoridades judiciales y de control, etc.). Lo anterior, en la línea establecida por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, sobre uso de medio electrónicos en el procedimiento administrativo (art. 14). En otro orden, también con importancia, planteamos la cuestión del teletrabajo de los funcionarios en centros penitenciarios. Si la reforma puede permitir este impacto para las personas privadas de libertad, poco sentido tiene no avanzar y plantear esta posibilidad para los profesionales del medio. Obvia decir que esta evolución, para ser posible, habrá de tener en cuenta las diferentes funciones que se realizan y la necesidad de que el contacto con los internos e internas en prisión siga siendo el *leit motiv* principal que caracterice nuestra actuación.

Tecnología y toma de decisiones. Los riesgos

No obstante, el avance que supone la normativa descrita, lo ya logrado y lo que está por venir, el uso de la tecnología también presenta sus aristas. El desarrollo exponencial que está alcanzando la inteligencia artificial y su aplicación a los sistemas jurídicos son ejemplo de ello (10). En nuestro ámbito, existen algunas técnicas actuariales que nos dan idea del impacto que esta tendencia puede tener. Veamos algunos ejemplos del uso del algoritmo en prisión.

La tabla de variables de Riesgo

Nos centramos en primer lugar en la Tabla de Variables de Riesgo (TVR) y la Concurrencia de Circunstancias Peculiares (CCP), que fueron introducidas en la Instrucción 22/96 después de la realización de diversos estudios

estadísticos que establecían los factores con más peso en el éxito o fracaso de las salidas de permiso (11). Diversas instrucciones y órdenes de servicio posteriores han tratado su corrección y actualización, siendo las Instrucciones 3/2008 y 1/2012 las que abordan de manera más intensa dicha tarea (12). En lo que nos interesa, mantienen la TVR en la extensión aplicativa que le daba la norma original. Es decir, para el estudio por parte de los Equipos Técnicos de las primeras salidas de permiso. En la valoración de las siguientes, y a pesar de la adaptación que pueda realizarse de la TVR a la situación del interno que ya ha salido de permiso, lo normal será la pérdida de peso de este instrumento, pues se dispone de un dato adicional que pesará mucho más en la concesión de cada nueva salida. Esto es, el uso concreto y comprobado que se haya hecho de la salida inmediatamente anterior.

Comenzando por la TVR, en ella se contempla un listado de variables consideradas estadísticamente influyentes en el éxito de los permisos. Con su empleo se analiza la concurrencia o no de los factores siguientes: extranjería, drogodependencia, profesionalidad, reincidencia, quebrantamiento, aplicación de art. 10 LOGP, ausencia de permisos, deficiencia convivencial, lejanía en las fechas de cumplimiento, concurrencia o no de presiones internas. Como vemos, todos ellos guardan relación con alguno de los factores subjetivos que fundamentan la concesión o denegación de la salida de permiso y que se recogen en el art. 156.1 RP (13). Esto es, de alguna manera, ayudan a concretar el mayor o menor riesgo de quebrantamiento –como ejemplo, la lejanía del lugar de disfrute del permiso, la existencia de quebrantamientos previos, la apreciación de presiones internas–; el buen uso que se pueda hacer de la salida –la presencia de drogodependencia y/o presiones internas–; y el que la misma favorezca el tratamiento del interno como, por ejemplo, a través del fortalecimiento de los lazos familiares y sociales en caso de no existir déficit convivencial o ser éste reparable. Sin embargo, no todas las variables de la TVR tienen el mismo peso relativo en el resultado global de riesgo. Su diferente relevancia

no sólo se establece de manera externa entre todos los conceptos señalados, sino que internamente, según la realidad concreta en que cada variable se manifiesta, el peso específico de la misma es mayor o menor.

En segundo lugar, en cuanto al informe CCP, trata de objetivar las variables que el propio art. 156 RP destaca como especialmente determinantes en la valoración sobre la oportunidad o no de proponer una salida de permiso –peculiar trayectoria delictiva, personalidad anómala o, en general, existencia de variables cualitativas desfavorables– (14). En concreto, se consideran circunstancias peculiares que el tipo delictivo cometido lo sea contra las personas, de violencia de género o contra la libertad sexual; que el interno pertenezca a organización delictiva, banda armada u organización de carácter internacional; que el delito tenga trascendencia social por apreciarse especial ensañamiento, pluralidad de víctimas o que éstas sean menores de edad o personas desamparadas; que resten más de cinco años para las tres cuartas partes de condena; que el interno sufra algún trastorno psicopatológico con mal pronóstico de reinserción social o ausencia de apoyo exterior; y, especialmente relevante en el análisis que realizamos, que exista expediente administrativo de expulsión en caso de que el interno sea extranjero –circunstancia añadida por la Instrucción 1/2012–. De este modo, la valoración conjunta de los resultados ponderados de la TVR y la presencia o no de alguna de las circunstancias descritas es la que finalmente sirve de fundamento para motivar o denegar la salida de permiso.

El mecanismo actuarial descrito tiene de positivo que permite objetivar el proceso de decisión que se sigue para la concesión o denegación a un interno de una salida de permiso. Las técnicas actuariales ayudan a restringir la amplitud de la norma penitenciaria y aportan parámetros conforme a los que aplicar los criterios tan ampliamente subjetivos que contempla (15). Sin embargo, se trata de un mecanismo que impone cierto automatismo valorativo, que encaja mal con la filosofía de fondo que inspira nuestro sistema penitenciario y que no es otra que el análisis individuali-

zado de la situación de cada condenado (16). En el fondo, se trata de una aplicación técnica que contradice las bases fundamentales del sistema de ejecución al que viene a complementar (17). El máximo exponente de este automatismo valorativo que la técnica actuarial penitenciaria impone, lo constituye el caso del empleo de la variable de extranjería en la TVR. Su concurrencia, en cualquiera de sus variables, aumenta considerablemente el riesgo de quebrantamiento o mal uso del permiso, con un peso relativo muy superior al del resto de los factores. De manera que, irremediablemente, de tenerse en cuenta esta variable, el resultado total de la tabla se moverá entre el 85 y el 100% de riesgo de quebrantamiento. Lo anterior con independencia de la concreta situación de arraigo del interno extranjero en nuestro país pueda no sólo minimizar, sino incluso anular cualquier intento de fuga. Imaginemos el caso de un interno al que la TVR le asigna un 2 por ser no nacional que durante el permiso presenta una vinculación acreditada y solvente de personas o asociaciones que le tutelan durante el mismo, y que no cuenta con arraigo en su país. Al introducir el número 2 en la variable de extranjería, el resultado de la TVR será de 95% de riesgo de quebrantamiento. Sin embargo, analizada la realidad del caso, el riesgo de que el interno huya durante el permiso a su país de origen es mínimo. Es decir, la TVR y el informe CCP se construyen en torno a una parte de los datos que definen la situación del interno y les adjudican un riesgo de manera automática, sin permitir matizaciones capaces de plasmar la verdadera situación en la que dichos internos se encuentran.

El análisis crítico expuesto adquiere mayor relevancia si tenemos en cuenta la falta de fiabilidad predictiva de estas técnicas actuariales (18). A pesar de que se destaca la mayor precisión alcanzada por las mismas en los últimos años en la detección y prevención de la peligrosidad o el riesgo de comisión de delitos violentos (19), el estudio realizado por Martínez Garay alerta sobre la altísima tasa de falsos positivos que implican. Así, “lo que se observa en esta tabla es que los pronósticos de peligrosidad tienen un grado elevado de

acuerdo cuando concluyen que el sujeto es poco peligroso, mientras que yerran mucho más cuando afirman la elevada peligrosidad del sujeto” (20). Esto es, sobre la base de su condición de extranjeros, se limita enormemente que estos participen de los instrumentos de reinserción que la normativa penitenciaria contempla, cuando, sin embargo, el verdadero riesgo que ello supone para la seguridad, es también muy limitado. Por todo ello, cada vez son más los JJVP que valoran esta variable de extranjería considerando el verdadero arraigo del interno. Así, el AAP de Córdoba de 13.10.15, que concede un permiso a un interno extranjero en situación irregular y con expulsión decretada, teniendo en cuenta su arraigo familiar en España (21); y el AJCVP de 14.4.16 (Recurso de Apelación n. 223/2016, Expediente n. 543/ 11-1), que autoriza la salida de permiso a un interno que cuenta con el apoyo social de Pastoral Penitenciaria, a pesar de concurrir el 100% de riesgo de quebrantamiento en la TVR. Igualmente, y en relación con los resultados de la TVR, destacan resoluciones judiciales como el AAP Santander Secc. 1ª de 22.09.17 (Expediente n. 454/17), que, en la línea doctrinal que exponemos al profundizar su estudio, avisan de los falsos positivos que estas tablas estadísticas conllevan. Sin embargo, lo anterior no obsta para la necesaria modificación de las técnicas actuariales descritas y la prevención ante el uso de técnicas más refinadas de inteligencia artificial. Ello considerando los fallos que por su excesivo automatismo se le achacan, pero también por su enorme impacto en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Y es que defenderse de una denegación de permiso en base a un tanto por ciento de riesgo de quebrantamiento que se obtiene de una máquina, resulta enormemente complicado para una persona privada de libertad que no conoce el funcionamiento de la técnica de cálculo empleada. Al automatismo, se suma la opacidad.

La cesión inconsciente de datos personales para la valoración del riesgo

La opacidad a la que hacemos referencia y que creemos caracteriza el uso de la TVR, se

acrecienta si pensamos en las posibilidades de elementos de valoración del riesgo más sofisticados que interconectan finalidades administrativas distintas. Sirva como ejemplo el acceso al programa Viogen (22), fichero con fines policiales. En él se recogen todas aquellas denuncias contra un individuo concreto en el ámbito de la violencia de género. A pesar de que no todas estas denuncias y los hechos denunciados en ellas han dado lugar a sanción penal, su sola lectura mediatiza la visión global que del individuo se obtiene y puede afectar las decisiones que sobre ellos se adoptan en el ámbito penitenciario. Lo anterior a pesar de que la finalidad penitenciaria es atender a la ejecución de lo que efectivamente ha sido penado y los hechos que se han declarado probados. Estos matices, estas diferencias, son importantes de preservar en las valoraciones que realicemos. Y lo anterior también en sentido contrario. Esto es, considerando las cesiones de datos que desde el medio penitenciario pueden volcarse en el medio policial. En este punto, es fundamental considerar el impacto que tiene en el medio penitenciario la nueva normativa en materia de protección de datos. Y es que la LO 7/21 antes referida equipara el régimen jurídico de los datos relativos a la ejecución de la condena y los tratados con fines policiales. Sin embargo, es importante destacar que ello no supone la equiparación de sus finalidades. Nada tienen que ver la una con la otra. Sin embargo, ese régimen común y una normativa en protección de datos valorativa y cada vez más líquida, provoca que la separación entre uno y otro ámbito sea cada vez más imprecisa.

Tratando de establecer un criterio, si atendemos a los datos eminentemente penitenciarios, los que se tienen con motivo de la ejecución de la condena creemos relevante preguntarnos por el régimen de las cesiones de datos que puedan tener lugar desde la Administración Penitenciaria hacia el exterior de los centros penitenciarios, dado el enorme impacto que pueden tener en la esfera jurídica del interesado. Al respecto, se distinguen tres supuestos. En primer lugar, de acuerdo con el artículo 6.2 LO 7/21, que establece que “los

datos personales recogidos por las autoridades competentes no serán tratados para otros fines distintos de los establecidos en el artículo 1, salvo que dicho tratamiento esté autorizado por el Derecho de la Unión Europea o por la legislación española. Cuando los datos personales sean tratados para otros fines, se aplicará el Reglamento General de Protección de Datos y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, a menos que el tratamiento se efectúe como parte de una actividad que quede fuera del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea". Como vemos, se trata de casos en que se piden datos de personas privadas de libertad por entidades diferentes a las autoridades a las que hace referencia el art. 1 LO 7/21 y que sólo se pueden ceder si concurren los requisitos de los arts. 6 y 8 LO 3/2018 –consentimiento expreso o norma legal que prevea la cesión–. Esto es, el régimen de la LO 7/2021 nos lleva al más estricto y garantista de la LO 3/2018. En segundo lugar, conforme al artículo 6.3 LO 7/2021, "los datos personales podrán ser tratados por el mismo responsable o por otro, para fines establecidos en el artículo 1 distintos de aquel para el que hayan sido recogidos, en la medida en que concurran cumulativamente las dos circunstancias siguientes: a) Que el responsable del tratamiento sea competente para tratar los datos para ese otro fin, de acuerdo con el Derecho de la Unión Europea o la legislación española. b) Que el tratamiento sea necesario y proporcionado para la consecución de ese otro fin, de acuerdo con el Derecho de la Unión Europea o la legislación española". En este caso, la norma se refiere a supuestos en que una autoridad de las del art. 1 LO 7/2021 cede datos a otra autoridad de las incluidas en el mismo precepto, para fines que no son los habitualmente propios. Como se deriva del precepto, los requisitos para proceder a la cesión son menos rigurosos. A estos supuestos no se aplica el régimen de la LO 3/2018, sino que basta con que se den las condiciones previstas en la propia LO 7/2021, aunque con carácter acumulativo. Por último, de acuerdo con el artículo 7 LO 7/21, sobre el deber de colaboración en el siguiente sentido: "1. Las Administraciones públicas, así como cualquier persona física o jurídica, proporcionarán a las

autoridades judiciales, al Ministerio Fiscal o a la Policía Judicial los datos, informes, antecedentes y justificantes que les soliciten y que sean necesarios para la investigación y enjuiciamiento de infracciones penales o para la ejecución de las penas. La petición de la Policía Judicial se deberá ajustar exclusivamente al ejercicio de las funciones que le encomienda el artículo 549.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio y deberá efectuarse siempre de forma motivada, concreta y específica, dando cuenta en todo caso a la autoridad judicial y fiscal. La comunicación de datos, informes, antecedentes y justificantes por la Administración Tributaria, la Administración de la Seguridad Social y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, se efectuará de acuerdo con su legislación respectiva. 2. En los restantes casos, las Administraciones públicas, así como cualquier persona física o jurídica, proporcionarán los datos, informes, antecedentes y justificantes a las autoridades competentes que los soliciten, siempre que estos sean necesarios para el desarrollo específico de sus misiones para la prevención, detección e investigación de infracciones penales y para la prevención y protección frente a un peligro real y grave para la seguridad pública. La petición de la autoridad competente deberá ser concreta y específica y contener la motivación que acredite su relación con los indicados supuestos. 3. No será de aplicación lo dispuesto en los apartados anteriores cuando legalmente sea exigible la autorización judicial para recabar los datos necesarios para el cumplimiento de los fines del artículo 1. 4. En los supuestos contemplados en los apartados anteriores, el interesado no será informado de la transmisión de sus datos a las autoridades competentes, ni de haber facilitado el acceso a los mismos por dichas autoridades de cualquier otra forma, a fin de garantizar la actividad investigadora. Con el mismo propósito, los sujetos a los que el ordenamiento jurídico imponga un deber específico de colaboración con las autoridades competentes para el cumplimiento de los fines establecidos en el artículo 1, no informarán al interesado de la transmisión de sus datos a dichas autoridades, ni de haber facilitado el acceso a los mismos por dichas autoridades de cualquier

otra forma, en cumplimiento de sus obligaciones específicas". Como vemos, se trata de un supuesto de petición cualificada, en que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad ejercen funciones de policía judicial.

A modo de resumen, podemos decir que las cesiones de datos de personas privadas de libertad habrán de analizarse siempre de manera individualizada, caso por caso, con dos fines concretos. El primero, determinar en cuál de los supuestos nos encontramos. El segundo, valorar con ese carácter individualizado, si la cesión que nos solicitan se encuentra justificada en alguno de los preceptos expuestos (23). Y por supuesto, limitando las cesiones a lo mínimo necesario, con la comprensión de que los tratamientos de datos de carácter especial –entre los que se incluyen los informes psicológicos– habrán de ser específicamente valorados conforme a criterios más estrictos y determinados. Todo ello nos devuelve a la necesaria individualización penitenciaria, también en el tratamiento de datos. En un medio como el nuestro, donde la atención al ser humano es tan relevante, corremos el serio riesgo de prestar más atención a lo que nos dicen los datos sobre las personas, que a lo que nos dicen esas personas de sí mismas. Si esto último no ha de tomarse como auto de fe, lo primero tampoco. Sin embargo, la importancia de las nuevas tecnologías nos hace caer en una especie de dictadura virtual donde los datos fluyen con menos límite del que a veces quisiéramos y con un importante impacto valorativo (24). Es fundamental partir de las diferentes finalidades de cada tratamiento, del por qué y para qué se tiene cada dato. Como apuntábamos anteriormente, no es lo mismo pertenecer a Viogen que a un tratamiento de datos penitenciario. Las finalidades de estos tratamientos nada tienen que ver. Los requisitos para estar en uno u otro, tampoco. En función de ello, debemos valorar individualmente cada caso. Sólo así seremos capaces de conjugar norma y sentido práctico de un modo adecuado. A su vez, este abordaje individualizado del tratamiento de datos, también importa en lo concreto, en las cesiones que se hacen de dichos datos hacia fuera de la administración. Como *leit motiv* de lo que

referimos, no es posible trasladar listados de personas condenadas con la finalidad que sea, aunque esta cesión pueda estar legalmente justificada (25). Igualmente, tampoco parece adecuado establecer una comunicación periódica o constante y estandarizada de determinados parámetros de valoración de riesgo para determinado tipo de delitos. La justificación de cada cesión habrá de valorarse con carácter individual. Como hemos visto, la norma apoya este criterio, pongamos en práctica su contenido (26).

Calculadora 988 y acumulaciones jurídicas

Un último ejemplo de uso del algoritmo en el medio penal y penitenciario, lo supone la herramienta puesta en práctica para el cálculo de las comúnmente conocida como triple de la mayor del art. 76 CP. Explicamos en primer lugar el contexto normativo. El art. 73 CP establece que "al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas". Para los casos en que, por la idéntica naturaleza de dichas penas, ello no es posible, el art. 75 CP trata de ordenar temporalmente su cumplimiento en el sentido de que "cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en cuanto sea posible". Es en este contexto en el que aparece el art. 76 CP para limitar ese cumplimiento sucesivo y evitar condenas excesivamente largas e inmanejables a efectos de la reinserción de los condenados. En concreto, su párrafo primero determina que "no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años". La interpretación de este precepto por el TS y los criterios que el mismo ha impuesto para la aplicación de una

posible acumulación jurídica de las condenas impuestas ha sido en general favorable al reo. De modo que se prescinde de la *rationae materia* y toma como referencia única y exclusivamente la *rationae temporis*. Esto es, con independencia de su naturaleza, se tiene en cuenta la fecha de hechos probados de los delitos cometidos y la fecha en que hubieran sido respectivamente sentenciados. El motivo para esta interpretación tan flexible no es otro que cumplir con el mandato del art. 25.2 CE. Es decir, evitar que la excesiva duración de la condena, aunque ésta sea el resultado de múltiples condenas impuestas en procedimientos distintos, impida la consecución de la reinserción social dentro de márgenes temporales proporcionados a la duración de la vida humana. A la vez, concurre el argumento de considerar que, en muchos casos, y de haber sido más rápida la aplicación de la Justicia, las consecuencias penales pudieran haber sido menores –apreciación de delito continuado–, o, por el simple reproche penal, se hubiera minimizado una escalada delictiva posterior. Sin embargo, a la par, y con la finalidad de evitar acumulaciones jurídicas materialmente injustas, el TS ha consolidado dos parámetros predominantes para excluir condenas de un posible bloque de acumulación. A saber, que los hechos que dan lugar a dicha condena estuviesen: bien sentenciados cuando se inicia el periodo de acumulación contemplado, es decir cuando se comete el delito enjuiciado en la sentencia que determina la acumulación; bien sean posteriores a la sentencia que determina la acumulación, cuando ésta no sea la última. De modo que sólo son acumulables las condenas referidas a aquellos hechos, próximos o lejanos en el tiempo, que no se encuentren separados por una sentencia firme. Es así como se evita acumular condenas por hechos que no podrían haberse enjuiciado en un solo proceso y, más importante, impedir que los ya condenados cuenten con un crédito delictivo o patrimonio punitivo al que computar nuevos posibles delitos que, en la práctica, no serían castigados.

La complejidad que supone el cálculo de la acumulación jurídica o el triple de la mayor –especialmente, si concurren múltiples eje-

cutorias–, impulsó al Ministerio de Justicia a poner en marcha un algoritmo que lo facilitase (27). Aplaudiendo el impulso que ello ha supuesto para la apertura de expedientes de reducción de condena, no podemos dejar de advertir sobre los riesgos que también implica. Primero, el algoritmo que da forma a la calculadora asume la doctrina en materia de acumulación consolidada por el TS hasta el momento y, de forma indirecta, hace más difícil su innovación. Si repasamos la evolución de esta doctrina a lo largo de los últimos años, se observa una capacidad de cambio interpretativo del art. 76 CP casi siempre a favor de la reducción de las *condenas eternas* (28) y el principio de resocialización. Sin embargo, si los operadores jurídicos que proponen los cálculos para las acumulaciones se ven cómodamente ayudados por un mecanismo que consolida la interpretación ahora existente, es obvio que ésta difícilmente mejorará. Esto es, la propuesta y defensa de combinaciones de acumulación de condena ajenas a la doctrina no ya del TS, sino del algoritmo, se torna cada vez más compleja (29). A su vez, la opacidad de la calculadora, o la mayor dificultad de entender “sus tripas”, dificulta que nos hagamos conscientes de esas posibles mejoras interpretativas que restan por abordar, o de los errores que el cálculo del algoritmo pueda ocasionar. Y es que, el cálculo manual, aunque pueda ser más tedioso, ayuda a entender el porqué de la acumulación jurídica y sus criterios básicos –principalmente, evitar la creación de un patrimonio punitivo–. Detectar y proponer acumulaciones jurídicas lo más favorables posibles, se torna más intuitivo y sencillo si se realiza manualmente.

A modo de conclusión. Mirando al futuro

Creemos en el acierto del uso de las nuevas tecnologías como instrumento de ejercicio de derechos dentro de las prisiones. Una sociedad como la actual, altamente tecnificada, requiere de ciudadanos con conocimientos que les permitan operar en cualquiera de los ámbitos en los que se relacionan. Además de la ruptura de la brecha digital, creemos también que las nuevas tecnologías pueden traer escenarios novedosos a las prisiones –como mero ejemplo, a

través del teletrabajo de las personas privadas de libertad y la mayor facilidad para sentir cierta pertenencia al mundo exterior, mediante el desarrollo de trámites y procedimientos que ahora se paralizan con la entrada en prisión—. Ahora bien, como sucede en la sociedad en general, los riesgos del imperio de lo tecnológico no deben soslayarse. A modo de enumeración meramente penitenciaria:

- 1) Hay un claro riesgo de que el modelo *Smart Prison* disminuya el necesario acompañamiento y la observación directa del comportamiento de las personas privadas de libertad.
- 2) Hay una clara relación entre el auge de la tecnología y el uso de la inteligencia artificial en la toma de decisiones mediante instrumentos de valoración del riesgo u otros. Ello con importantes consecuencias jurídicas:
 - a. Se disminuye la capacidad de individualizar lo que se decide (TVR) y lo que como operador jurídico se propone (Calculadora 988).

- b. Se automatizan las decisiones en base a criterios que partiendo del individuo se imponen al mismo (TVR).
- c. La opacidad del algoritmo dificulta que el ciudadano pueda contradecir las decisiones que se han adoptado mediante su uso, con lo que ello implica para el derecho a la tutela judicial efectiva.
- d. La normativa en protección de datos, líquida y valorativa, provoca que las cesiones de información que alimentan el algoritmo sean también opacas o no siempre conscientes y controladas.

Muchas de las actividades que llevamos a cabo serían imposibles sin la comodidad que los medios técnicos aportan a nuestro día a día. Pero una aceptación de lo técnico y de cualquiera de sus desarrollos por encima de todas las posibilidades no sólo no tiene sentido, sino que nos avoca a un mundo complejo que quizá ni nosotros mismos entendamos.

Contacto

Puerto Solar Calvo ✉ mp2solar@dgip.mir.es ☎ 691 755 746

Referencias bibliográficas principales

1. Artículo realizado en el marco del proyecto TED2021-129356B-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y la Unión Europea "NextGenerationEU"/PRTR.
2. Disponible: <https://www.europris.org/covid-19-prevention-measures-in-european-prisons/>
3. Comentan la reforma, MAPELLI CAFFARENA, B., BARAS GONZÁLEZ, M., "El uso de las nuevas tecnologías en la prisión: comentarios a la reforma del reglamento penitenciario", en LEÓN ALAPONT, J. (Dir.), *Guía práctica de Derecho penitenciario*, La Ley, 2022. Igualmente, *Diario la Ley*, n. 10050, Sección Actualidad Legislativa Comentada, 18.04.22.
4. BARAS GONZÁLEZ, M., "Internet en prisión. Los derechos digitales de las personas privadas de libertad", *Sepin*, julio 2021, p. 6.
5. Así se extrae de la redacción de los motivos del RD 268/2012, cuando recoge que: "A su vez, desde el punto de vista del tratamiento, la progresiva implementación de las tecnologías de la información y comunicación en la dinámica del régimen de los centros penitenciarios ayuda a reducir la brecha tecnológica que sufren los internos una vez acceden al medio social normalizado. Igualmente, recurrir a la tecnología para desarrollar procesos formativos o terapéuticos se convierte en una forma eficaz, alternativa o complementaria, a las actuaciones que presencialmente se vienen llevando a cabo".

6. MAPELLI CAFFARENA, B., BARAS GONZÁLEZ, M., "El uso de las nuevas tecnologías en la prisión: comentarios a la reforma del reglamento penitenciario", en LEÓN ALAPONT, J. 2022, p. 529.
7. Derivada sobre todo de los arts. 79 a 97 de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.
8. MAPELLI CAFFARENA, B., BARAS GONZÁLEZ, M., "El uso de las nuevas tecnologías en la prisión: comentarios a la reforma del reglamento penitenciario", en LEÓN ALAPONT, J. 2022, p. 531, refieren que hubiera sido oportuno especificar la importancia de llevar a cabo estas comunicaciones por medio de las nuevas tecnologías en la propia reforma del art. 4 RP, en relación a la letra j) del apartado 2 del precepto.
9. Más información en: <https://www.penalreform.org/blog/towards-digitalisation-of-prisons-finlands-smart-prison-project/>
10. Sobre la situación normativa de la inteligencia artificial en el ámbito de la UE, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policies/european-approach-artificial-intelligence>
11. El estudio de validación y depuración de la Tabla de Variables de Riesgo en el disfrute de Permisos Penitenciarios de Salida fue dirigido en 1993 por Manuel CLEMENTE DÍAZ, y se resume en CLEMENTE DÍAZ, M., *Validación y depuración de una tabla de variables de riesgo en el disfrute de permisos penitenciarios de salida*, Madrid: Facultad de Psicología, Dep. de Psicología Social en colaboración con la Subdirección General de Gestión Penitenciaria de la Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios, 1993. En el estudio de validación se utilizó una muestra de 912 casos distribuidos en dos grupos –sujetos que no regresaron tras el permiso y sujetos que sí regresaron–. La predicción media fue de 69,52%. Así mismo, el modelo clasificó correctamente un 64,52% de los sujetos que no regresaron tras el permiso y un 74,40% de los que sí regresaron. Analiza su contenido y concreta aplicación, DAUNIS RODRÍGUEZ, A., "Criterios para la valoración de la peligrosidad y el riesgo en el ámbito penitenciario", *CPC*, n. 120, 2016, pp. 248-271.
12. Vigente la Instrucción 1/2012, SG.II.PP., sobre salidas de permiso y salidas programadas.
13. En concreto: "El informe preceptivo del Equipo Técnico será desfavorable cuando, por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o por la existencia de variables cualitativas desfavorables, resulte probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o una repercusión negativa de la salida sobre el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento".
14. LARRAURI, E., ROVIRA, M., ALARCÓN, P., "La concesión de permisos penitenciarios", *RECPC*, n. 20-02, 2018, p. 4.
15. DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *CPC*, 2016, p. 245. Según la definición de MARTÍNEZ GARAY, L., "La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad", *InDret*, n. 2, 2014, p. 7, "El enfoque centrado en la valoración del riesgo, que es el propio de los procedimientos de predicción estructurados (ya sean actuariales o de juicio clínico estructurado), se basa en las correlaciones existentes entre factores de riesgo claramente establecidos, y el criterio a predecir, también definido con precisión: determinado tipo de comportamiento, violento y/o delictivo, relaciones que estarían demostradas empíricamente o, al menos, serían estadísticamente significativas. Como cada tipo de conducta tiene sus propios predictores específicos, se afirma que la capacidad predictiva cuando se procede de esta manera aumenta considerablemente".
16. RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *La ejecución de las penas de prisión permanente revisable y de larga duración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 131 y ss., sobre la aplicación de esta técnica actuarial a las penas de larga duración.
17. De acuerdo con la denominación que el art. 72 LOGP otorga a nuestro sistema de ejecución –sistema de individualización científica–, los arts. 62 y 63 del mismo texto normativo desarrollan el concepto de individualización dentro del tratamiento penitenciario.
18. DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *CPC*, 2016, p. 256.
19. ANDRÉS-PUEYO, A., ILLESCAS REDONDO, S., "Predicción de la Violencia: Entre la Peligrosidad y la valoración del riesgo de violencia", *Papeles del Psicólogo*, 28 (3), 2007, pp.157-173.
20. MARTÍNEZ GARAY, L., *InDret*, 2014, p. 24.
21. *Jurisprudencia Penitenciaria 2015*, SG.II.PP., Madrid, 2016, pp. 319-321. En términos similares el AAP Madrid, Secc. 5ª de 20.01.11; AJVP de Ciudad Real de 30.10.14 y el AJVP de Ceuta de 15.12.06, disponibles en *Jurisprudencia Penitenciaria 2000-2015. Volumen dedicado a los*

- permisos penitenciarios*, SG.II.PP., Madrid, 2016, pp. 261-262, 314 y 320-321, respectivamente.
22. Tratamiento del Registro de Actividades de Tratamiento del Ministerio del Interior: https://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/PublicidadActiva/OrganizacionYEmpleo/Registro-Tratamiento/RAT-MINT.html
23. Reconducir el análisis de las cesiones de datos a los supuestos descritos y de manera individualizada, puede ser la vía para corregir los excesos derivados de la difícil ubicación de los centros penitenciarios como lugares propios no sólo para la observación, sino para la investigación policial. Sobre las tensiones que al respecto acaecen, destaca, RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *Las prisiones como estrategia frente al desafío del terrorismo, la radicalización y el extremismo violento*, lustel, 2022.
24. Se actualiza y profundiza lo expuesto en SOLAR CALVO, P., "Datos y medio penitenciario, qué importa más la información o el individuo", *Legal Today*, 18.11.21.
25. Recomendación realizada por el Mecanismo Nacional contra la Prevención de la Tortura realizadas en el 2021 a fin de que cesen estas prácticas. Disponible en:
<https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2022/03/D.1-Recomendaciones.pdf>
26. Sobre el impacto de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos y garantía de derechos digitales en SOLAR CALVO, P., "**Últimas reformas normativas en materia de protección de datos penitenciaria**", *Diario La Ley*, n. 10241, Sección Tribuna, 6 de Marzo de 2023.
27. Disponible con credenciales en: <https://www.administraciondejusticia.gob.es/-/soluciones-calculadora-988>
28. Término acuñado por RÍOS MARTÍN, J. C. Entre otros trabajos, "La cadena perpetua y la custodia de seguridad en la reforma penal de 2013", *RDPC*, n. extraordinario, 2013.
29. Sobre dichas mejoras, SOLAR CALVO, P., *Triple de la mayor y condenas eternas. A propósito del Acuerdo del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2018*, Ed. Reus, 2019.
- Recibido: 11/06/2023.
 - Aceptado: 26/06/2023.