

La necesidad de que el Derecho Penal se (pre)ocupe de la ejecución de la pena de prisión

Lorena ALEMÁN ARÓSTEGUI

Investigadora predoctoral FPU

Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Pública de Navarra.

Resumen: La ejecución de la pena de prisión es un ámbito que se caracteriza porque deriva de una condena penal. En este ámbito confluyen normas diversas y diversamente localizadas, y se implican agentes como la Administración penitenciaria o los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, entre otros órganos judiciales. Esta especial configuración y motivos de otra índole han hecho que el Derecho penal no se haya *(pre)ocupado* de la ejecución de la pena de prisión tanto como de otras cuestiones, especialmente, en relación con la vigencia de los principios y garantías penales. En este artículo se pretende exponer los motivos por los que se puede afirmar que el Derecho penal debe *(pre)ocuparse* de la ejecución de la pena de prisión: la propuesta de una concepción integral de la pena en la que se incluye el momento de su ejecución; las consideraciones que, desde las teorías de la pena, se hacen de la fase de ejecución, a través de una aproximación crítica a estas teorías; la constatación de que las reformas penales operadas en las últimas décadas han modificado el modelo de ejecución de la pena de prisión; y la “relajación” del principio de legalidad y consecuente afectación de los derechos fundamentales durante la ejecución. Así, se apunta el sentido que debería tomar esa preocupación: la necesidad de salvaguardar la vigencia de las garantías penales durante la ejecución de la pena de prisión.

Palabras clave: Derecho penal, pena de prisión, ejecución, garantías penales, derechos fundamentales.

Abstract: Execution of imprisonment is a field that is characterized by deriving from criminal conviction. In this field, different rules, which are laid down in diverse legal texts, come together, and different agents from judicial bodies such as prison administration or prison supervision courts are involved, among others. This special configuration along with other reasons have made Criminal Law not to be as *(pre)occupied* with the execution of imprisonment as with other issues, especially, in relation to the enforcement of criminal principles and guarantees. This paper aims at presenting the reasons why it is possible to claim that Criminal Law should and must be *(pre)occupied* with the execution of imprisonment: the proposal of a comprehensive conception of the punishment that includes the moment of its execution; the considerations which, departing from punishment theories, are made of the execution phase through critical approaching of these theories; the confirmation that penal reforms implemented in recent decades have modified the execution

of imprisonment model; and how fundamental rights can be affected during imprisonment as a consequence of the “relaxation” of the principle of legality. The way that this preoccupation should follow is also addressed: the necessity to safeguard the validity of criminal guarantees during the execution of imprisonment.

Key words: Criminal Law, imprisonment, execution, criminal guarantees, fundamental rights.

Sumario: 1. Introducción. 2. *¿El Derecho penal atiende a la ejecución de la pena de prisión?* 3. *Concepción de la ejecución de la pena de prisión desde el Derecho penal.* 3.1. *De la relación entre el Derecho penitenciario y el Derecho penal.* 3.2. *Del problema de una concepción de la ejecución regida por la doctrina de las relaciones de sujeción especial.* 4. *Motivos por los que la ejecución de la pena de prisión debe ser relevante para el Derecho penal.* 4.1. *Por una concepción integral de la pena: la ejecución es parte de la pena.* 4.2. *Las teorías de la pena y sus consideraciones de la ejecución de la pena de prisión. Una aproximación complejizadora.* 4.2.1. *La consideración de la ejecución de la pena de prisión en las teorías de la pena.* 4.2.2. *Teorías de la pena como teorías político-criminales. Distinción finalística de la ejecución y consecuencias.* 4.2.3. *Necesaria complejización y aproximación crítica a las teorías de la pena.* 4.3. *Las reformas penales modifican la ejecución de la pena de prisión.* 4.3.1. *Modelo de ejecución y CP 1995. De dónde partimos, qué elementos de la ejecución se configuran desde el CP.* 4.3.2. *LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.* 4.3.3. *LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP.* 4.3.4. *LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP.* 4.3.5. *LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP.* 4.4. *La importancia de la determinación del contenido de la ejecución de la pena de prisión: la “relajación” del principio de legalidad y su afectación a los derechos fundamentales.* 5. *El Derecho penal debe (pre)ocuparse de cómo se ejecuta la pena de prisión. ¿Cómo hacerlo?* 6. *Bibliografía.*

1. INTRODUCCIÓN

Este artículo es el resultado de una interrogación acerca de la ejecución de la pena de prisión desde la perspectiva del Derecho penal. Diversas circunstancias personales, políticas, académicas, laborales, entre otras, me han llevado a interesarme y aproximarme al ámbito

penitenciario. Como penalista, se ha hecho ineludible un abordaje también de esta cuestión. Sin embargo, colocándome en este concreto lugar –la disciplina penal–, al preguntarme por la ejecución de la pena de prisión, por la cárcel, he tenido la sensación de encontrarme, de pronto, mirando a un objeto de estudio ajeno a lo penal.

Es esta apreciación sobre la que pretendo indagar en este artículo. En este sentido, planteo inicialmente dos interrogantes. La primera es si el Derecho penal atiende (o no), y en qué sentido, a la ejecución de la pena de prisión. La segunda –muy relacionada con la anterior– es cómo concibe el Derecho penal la ejecución de la pena de prisión, y cuáles pueden ser las consecuencias de tal concepción.

La ejecución de la pena de prisión es un ámbito que se caracteriza porque deriva de una condena penal, en él confluyen normas diversas y diversamente localizadas, y se implican agentes como la Administración penitenciaria o los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, entre otros órganos judiciales.

Es posible que este carácter, podríamos decir, *sui generis*, de la configuración de la ejecución de la pena de prisión –y, tal vez, otros motivos– haya hecho que el Derecho penal no se haya *(pre)ocupado* de la ejecución de la pena de prisión tanto como de otras cuestiones, especialmente, en relación con la vigencia de los principios y garantías penales y constitucionales.

El planteamiento que propongo se dirige, entonces, a exponer y argumentar, desde un punto de vista jurídico-penal, la importancia y la centralidad de la ejecución de la pena de prisión: por qué el Derecho penal debe *(pre)ocuparse*¹ de la ejecución de la pena de prisión y, concretamente, de la vigencia de las garantías penales durante esta fase.

¹ Con la utilización del término “(pre)ocuparse”, quiero hacer referencia, tanto a la idea de “preocupación”, en un sentido más preventivo, de poner la atención en una cuestión que puede tener consecuencias que deben tenerse en cuenta, como a la idea de “ocuparse”, en un sentido más reactivo, señalando aquello a lo que hay que dedicarse actuando al respecto.

2. ¿EL DERECHO PENAL ATIENDE A LA EJECUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN?

Tradicionalmente, la doctrina penalista se ha centrado mayoritariamente en la teoría del delito, que ha ocupado una posición predominante en la dogmática jurídico-penal. Si dedicamos una rápida mirada a los principales manuales de Parte General del Derecho penal, podremos observar que, al menos en términos cuantitativos (en relación con el espacio dedicado), la teoría del delito obtiene una mayor atención y desarrollo que las teorías de la pena. Aunque las teorías de la pena han sido tratadas por la mayoría de la doctrina penalista, la pena no ha sido uno de los principales objetos de esa dogmática (CUTIÑO RAYA, 2017).

Siguiendo esta línea, si la pena, como consecuencia jurídica del delito, no ha ocupado un lugar central en el análisis penalista, menor aún ha sido la atención a la problemática en torno a la ejecución de la pena de prisión. Y me refiero, específicamente, a la pena de prisión por tres motivos: en primer lugar, porque la pena de prisión es la consecuencia jurídica más grave derivada del delito, en cuanto que supone una privación del derecho fundamental a la libertad ambulatoria (art. 17 CE) durante un cierto periodo de tiempo y, dado que esta privación tiene efectos que van más allá de ella, afectando, irremediablemente, al ejercicio de otros derechos fundamentales; en segundo lugar, porque en la configuración que hace el Código Penal (en adelante, CP) de nuestro sistema penológico, la privación de libertad tiene un abrumador dominio y, así, la mayoría de los delitos tienen como respuesta penal –única o acumulativa– la pena de prisión, y son escasas las previsiones de sanciones distintas como penas principales, siendo la pena de prisión “la reina y protagonista del sistema penal en los dos últimos siglos, la sanción penal por antonomasia” (BARQUÍN SANZ y LUNA DEL CASTILLO, 2012, p. 2); y, en tercer lugar, porque, de las características propias de una pena como la pena de prisión –su primera adjetivación se refiere su aspecto temporal, a su duración, y tiene lugar en un espacio muy concreto creado al efecto, la cárcel–, se deriva el especial interés en el contenido de su ejecución.

Planteo este acercamiento a la ejecución de la pena de prisión en un plano estrictamente *prescriptivo*. Si continuáramos avanzando, haciendo entonces referencia a las circunstancias de la ejecución de la pena de prisión en la realidad penitenciaria, desde una aproximación

empírica o *descriptiva* –propia de otras disciplinas como la sociología o la criminología–, sin duda, nos encontraríamos ya en un terreno casi inexplorado desde la doctrina penalista (CUTIÑO RAYA, 2017). No obstante, en este pequeño texto no puedo ir tan lejos, y no voy a realizar este análisis que haría necesario, además, ir más allá del Derecho penal, implicando necesariamente el conocimiento que ofrecen otras disciplinas. Mi intención es señalar aquello a lo que el Derecho penal, desde una perspectiva estrictamente jurídica y, por tanto, *prescriptiva*, debe atender, sin confrontarlo –en este momento– con sus consecuencias en la realidad social –ejercicio, en cualquier caso, ineludible–.

En este sentido, no son pocas las voces que, desde el ámbito penal, han señalado esta particular desatención, en el análisis jurídico-penal, a la ejecución de la pena de prisión. Se considera un ámbito “preterido” (REVIQUIERO y BRAGE, 2009, p. 148), y se advierte una cierta “penumbra” (LANDA GOROSTIZA, 2012, p. 93) en la aproximación penalista a la ejecución de la pena de prisión. E, incluso, se llega a considerar que se ha “abandonado” la materia penitenciaria (CUTIÑO RAYA, 2017, p. 11), dejándola en el “olvido” (MATA Y MARTÍN, 2011, p. 150).

¿Cuál es la consideración que tiene la doctrina penalista de la ejecución de la pena de prisión?
¿Dónde se coloca este ámbito de intervención penal para explicar que el Derecho penal no se (*pre*)ocupe de ella?

3. CONCEPCIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN DESDE EL DERECHO PENAL

No resulta sencillo abordar cómo se concibe desde el Derecho penal la ejecución de la pena de prisión. Expreso esta dificultad porque, cuando se trata de encontrar en la doctrina qué se entiende por “ejecución de la pena de prisión”, el desarrollo teórico suele ser escaso, y aparecen mezcladas referencias a la ejecución penal –en general–, la ejecución de la pena de prisión –en particular–, la relación jurídica penitenciaria, el sistema penitenciario, o incluso, el Derecho penitenciario.

En este sentido, antes que nada, son importantes dos cuestiones. La primera: realizar una aclaración y delimitación de varios conceptos y figuras jurídicas, a los solos efectos de

exponer con mayor claridad las ideas de este artículo. Y, la segunda: apreciar los análisis y valoraciones que se han hecho de unos y otras para extraer cuáles pueden haber sido sus consecuencias en cómo se concibe la ejecución de la pena de prisión.

El concepto o institución en la que se centra el presente análisis es la «*ejecución de la pena de prisión*» o «*ejecución penitenciaria*», que se entiende como la última fase de la pena, el momento de realización y materialización de la respuesta penal, en la que interviene la Administración penitenciaria como agente fundamental, y que es dirigida y controlada por órganos judiciales. En ella se entiende incluida toda forma de ejecución, tanto las que tienen lugar dentro de las prisiones, como aquellas que consisten en regímenes de semilibertad². Los otros conceptos o instituciones relevantes que se encuentran próximos al anterior y de los que conviene diferenciarlo, son la relación jurídica penitenciaria y el Derecho penitenciario.

La «*relación jurídica penitenciaria*» se entiende como aquella relación jurídica, que nace en el seno de la ejecución de la pena de prisión, derivada de la interacción entre los distintos agentes que intervienen –entre ellos destaca la Administración penitenciaria– para que esa ejecución pueda realizarse, y entre los que surgirá una corriente de derechos y deberes que configuran esa relación. Esta distinción es importante porque esta relación jurídica sería una parte integrante de la ejecución de la pena de prisión y, como tal, tendría que caracterizarse en su contexto, y no de manera aislada o desconectada de la misma.

El «*Derecho penitenciario*» o la «*normativa penitenciaria*» se entiende como el conjunto de normas jurídicas que rigen durante la fase de ejecución de la pena de prisión. Se asume un concepto amplio, en el sentido de que se considerarán normas penitenciarias todas aquellas que rijan la ejecución penitenciaria, independientemente del instrumento normativo en el que estén previstas. Por tanto, se considerarán normas penitenciarias en tanto en cuanto rijan la ejecución y sin entrar en la discusión acerca de su naturaleza jurídica. No obstante, por eso no

² En la ejecución de la pena de prisión no se entiende incluida la libertad condicional debido a que, desde la reforma operada por la LO 1/2015, esta figura ha sido modificada considerablemente, pasando de constituir “la cuarta fase del cumplimiento de la pena de prisión” –y, por tanto, parte de la ejecución–, a configurarse como “la suspensión de la ejecución del resto de la pena”. No se abordará en este artículo la discusión acerca de lo acertado o no de esta modificación, pero simplemente se deja apuntado que, con la caracterización que existió hasta el año 2015, la libertad condicional constituía una fase fundamental en la ejecución de la pena de prisión.

dejará de advertirse el hecho de que la ejecución es un ámbito en el que rigen normas diversas y diversamente localizadas.

Las aclaraciones realizadas permiten una mayor precisión en el análisis de la «*ejecución de la pena de prisión*». Entendidos así los conceptos, establecida la centralidad de la ejecución de la pena de prisión, como la fase en la que se realiza y materializa el Derecho penal, y la vinculación de las características de la relación jurídica penitenciaria y del Derecho penitenciario con la caracterización de la primera, lo que interesa es determinar cuáles son estas características.

La premisa de partida es el entendimiento de la ejecución de la pena de prisión como el momento de realización del Derecho penal, es decir, como ejercicio del poder punitivo. Desde esta premisa, se puede iniciar el camino para reivindicar y exigir la necesidad de la vigencia de las garantías penales en la ejecución de la pena de prisión. GIBBERT explica con claridad esta idea, señalando que hay que partir de que “la ejecución es una fase del proceso penal y deducir de ahí que todos los principios, constitucionales o no que rigen en el proceso penal, serán de aplicación en la ejecución”, salvo la presunción de inocencia y el principio acusatorio que, por su naturaleza no pueden operar en la ejecución (1992, p. 177).

Se encuentran pocas aproximaciones que partan de esta premisa en la doctrina penalista. Pero es posible encontrar algunos abordajes interesantes en este sentido, como el que realiza – desde la doctrina procesalista, en este caso– NAVARRO VILLANUEVA. Esta autora entiende la ejecución como parte del proceso penal, que no finaliza hasta que no se extingue la pena. Así, une lo que denomina el *proceso de declaración* con el *proceso de ejecución*, y señala que este último será el que “hará realidad el juicio jurisdiccional” y, al finalizar la ejecución, se culminará “la realización del *ius puniendi* del Estado” (NAVARRO VILLANUEVA, 2002, p. 109). De esta unión deriva la aplicación de las garantías del proceso penal a la ejecución de la pena de prisión. En la misma línea, MATA Y MARTÍN se refiere a la ejecución de la pena de prisión como “el último peldaño de la escalera penal en el que se abre la puerta a la realización práctica de la pena impuesta por sentencia firme” (2019, p. 1).

Como decía, aunque existen algunas aproximaciones que entienden la ejecución de la pena de prisión como realización del Derecho penal y, por tanto, como una fase donde deben regir

iguales garantías penales, en general, se evidencia una escasez en el planteamiento y desarrollo de esta cuestión. La mayoría de la doctrina se limita a hacer referencia a la existencia de tres tesis sobre la ejecución: la *tesis administrativa*, que concibe la ejecución como una “actividad netamente administrativa”; la *tesis procesalista*, que entiende la ejecución como continuación del proceso penal; y la *tesis ecléctica* –que es la mayoritaria–, y que diferencia dos aspectos, la ejecución, de naturaleza jurisdiccional, y el cumplimiento, de naturaleza administrativa. A partir de esta clasificación, parte de la doctrina asume la tesis ecléctica, concibiendo la relación jurídica penitenciaria como una relación administrativa, y concretamente, como una *relación de sujeción especial* (FERNÁNDEZ ARÉVALO y NISTAL BURÓN, 2016, pp. 100 y 489).

Son pocas las autoras que hacen un análisis más en profundidad de la ejecución de la pena de prisión, y establecen una relación entre esta y el ámbito penal. Sin embargo, en relación con la relación jurídica penitenciaria o el Derecho penitenciario, sí es posible encontrar amplias y detalladas disquisiciones. Por eso, partiendo de las distinciones del inicio, considero interesante observar en qué términos se discuten las características de estos conceptos y cuáles son las posibles consecuencias.

3.1. De la relación entre el Derecho penitenciario y el Derecho penal

Las discusiones acerca de la naturaleza jurídica del Derecho penitenciario y su relación con el Derecho penal ofrecen ideas interesantes sobre el vínculo entre la ejecución de la pena de prisión y el Derecho penal.

Una primera definición de “Derecho penitenciario”, de la que parte el grueso de la doctrina, es la que elaboró GARCÍA VALDÉS, que lo definió como “*el conjunto de normas jurídicas reguladoras de la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad*” (1989, p. 9). Más tarde, se han ido conformando otras definiciones más completas que desarrollan más aspectos del Derecho penitenciario. Pero lo que aquí interesa es que son minoritarios los planteamientos que atribuyen al Derecho penitenciario una naturaleza administrativa, y que, generalmente, se admite una evidente relación con el Derecho penal, discutiéndose –como se verá a continuación– su mayor o menor autonomía respecto de este.

Algunos autores afirman la autonomía del Derecho penitenciario por tres elementos: sus fuentes, su objeto de conocimiento y su propia jurisdicción; y, aunque reconocen que lo penitenciario tiene como origen resoluciones penales, consideran que estas no son fuente del Derecho penitenciario, sino límites a la actividad penitenciaria (MIR PUIG, 2011). Otros señalan que el Derecho penitenciario ostenta una “autonomía integradora”, porque no se puede negar que tiene una sustantividad propia, pero, al mismo tiempo, se vincula con otras disciplinas jurídicas. Especialmente, en relación con el Derecho penal, se afirma que lo penitenciario se podría considerar parte de la determinación e individualización de la pena (TAMARIT SUMALLA *et al.*, 2005).

Otra parte de la doctrina manifiesta que no hay acuerdo acerca de la autonomía del Derecho penitenciario respecto del Derecho penal, porque el objeto del primero es la ejecución de penas, cuyas características están determinadas por el segundo, y porque incluso algunas de las normas de ejecución se encuentran contenidas en normas penales (FERNÁNDEZ ARÉVALO y NISTAL BURÓN, 2016).

Y, finalmente, también se encuentran otras posturas en la doctrina que establecen una relación de continuidad entre el Derecho penal y el Derecho penitenciario, considerando la materia penitenciaria como la última parte de la ciencia penal. Afirmándose, incluso, que, “por su propia esencia, el Derecho penitenciario es Derecho penal” (CANO MATA, 1975, pp. 34-35). Se considera, pues, que el Derecho penitenciario se encuentra incluido dentro del sistema del Derecho penal, entendiéndose que este cumple sus objetivos de protección con las penas y su ejecución. Así, el Derecho penitenciario constituiría “la lógica prolongación del Derecho penal material y del Derecho procesal penal en la realidad de las consecuencias jurídicas” (HASSEMER y MUÑOZ CONDE, 1989, p. 133).

Estas consideraciones acerca de las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho penitenciario permiten apreciar cómo la ejecución de la pena de prisión no resulta algo ajeno al Derecho penal. No obstante, aunque algunas de las posiciones que he destacado reconocen un fuerte vínculo entre la ejecución de la pena de prisión y el Derecho penal, o incluso, consideran a aquella parte de este, y son minoría quienes la colocan totalmente al margen; mayoritariamente, la doctrina se limita a señalar las peculiaridades del ámbito de la ejecución,

considerándola una cuestión *sui generis*, y no se desarrollan las posibles implicaciones de su imbricación penal.

Estas discusiones muestran aspectos interesantes, pero, en cualquier caso, reitero que debería abordarse la cuestión de la ejecución de la pena de prisión específicamente y con mayor precisión. En primer lugar, porque será la consideración que se haga de esta fase la que determine si en ella debe exigirse el cumplimiento de las garantías penales, y así, condicionará el contenido normativo aplicable. Y, en segundo lugar, porque los análisis aislados de los elementos de la ejecución, sin una aproximación previa a la ejecución de la pena de prisión, pueden llevar –como se verá en el siguiente apartado– a la aceptación de planteamientos que supongan rebajas de garantías intolerables.

3.2. Del problema de una concepción de la ejecución regida por la *doctrina de las relaciones de sujeción especial*

A pesar de que ni a la ejecución de la pena de prisión ni al Derecho penitenciario se les otorga un carácter puramente administrativo, al abordar la relación jurídica penitenciaria, se da entrada a concepciones de la ejecución considerablemente alejadas del Derecho penal.

Las características *espaciotemporales* de la pena de prisión, junto con la participación ineludible en la misma de la Administración penitenciaria, generan el nacimiento de una relación jurídica muy particular, que, a su vez, hace nacer una corriente de derechos y obligaciones entre las partes implicadas. Esta es la *relación jurídica penitenciaria*, que constituye el elemento central de la ejecución de la pena de prisión.

En la sociedad, existen diversas relaciones jurídicas que implican a la Administración, pero no puede dejarse de evidenciar el incomparable alcance de la relación jurídica penitenciaria, debido a que sirve para regular la actividad de una “institución total” (GOFFMAN, 2001, p. 13) como la cárcel. El reconocimiento de las particularidades de esta relación –entre ellas, fundamentalmente, la posición de dependencia de la persona privada de libertad respecto de la Administración penitenciaria– ha llevado a la consideración de esta relación como una *relación de sujeción especial*.

Las *relaciones de sujeción especial* constituyen “una construcción jurídica que fundamenta un debilitamiento o minoración de los derechos de los ciudadanos, o de los sistemas institucionalmente previstos para su garantía, como consecuencia de una relación cualificada con los poderes públicos” (LASAGABASTER, 1994, p. 25). De hecho, su origen se basa en la consideración de que existe un espacio de la actividad estatal donde el Estado es “libre” y no debe estar sometido a control jurídico (MAPELLI CAFFARENA, 1992). Aunque aquí me refiero exclusivamente a la aplicación de esta doctrina respecto de las personas presas, este no es el único colectivo que ha sido objeto de la misma, sino que también se han considerado *especialmente sujetos* los/as funcionarios/as, los/as militares y los/as estudiantes, por entender que su condición generaba una relación de *especial* dependencia con la Administración (PRIETO ÁLVAREZ, 2009).

En relación con las garantías jurídicas, la aplicación de esta doctrina afecta principalmente al principio de legalidad, a los derechos fundamentales y a la protección judicial, legitimando la excepción a su vigencia general, y generando dos estatus jurídicos: el general y el “disminuido” (LASAGABASTER, 1994, p. 419).

A pesar de que esta doctrina consiste precisamente en una reducción de garantías constitucionales a un determinado colectivo, el Tribunal Constitucional español ha venido consolidando constitucionalmente en sus resoluciones la consideración de la relación jurídica penitenciaria como una *relación de sujeción especial*³. Esto resulta particularmente grave porque implica la existencia de un mayoritario respaldo jurisprudencial –que comienza por el más alto tribunal, cuyo objetivo es velar por la protección de los derechos fundamentales– a esta reducción de garantías.

³ Las SSTC 2/1987, de 21 de enero y 120/1990, de 27 de junio, entre otras, avalan la doctrina de la relación de sujeción especial en el sistema penitenciario. En la STC 2/1987, se explica el fundamento de la sujeción especial: “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.” Asimismo, las SSTC 119/1996, 175/2000 y 140/2002 señalan que existe una sujeción especial porque la persona presa se integra en “una institución preexistente que proyecta su autoridad sobre quienes ingresan en ella”, y lo hace para salvaguardar la seguridad y el orden regimental, de manera que la persona debe acatar las normas de régimen interior que se consideren necesarias. Con ello, se admite la limitación de derechos fundamentales (SSTC 35/1996 y 207/1996), y se reconoce que el principio de legalidad “pierde parte de su fundamentación material” (STC 2/1987).

Asimismo, numerosos autores y autoras, que se han centrado en el estudio de la ejecución de la pena de prisión, asumen esta categorización sin ambages (MIR PUIG, 2011; RODRÍGUEZ ALONSO y RODRÍGUEZ AVILÉS, 2011; FERNÁNDEZ ARÉVALO y NISTAL BURÓN, 2016). Aunque estos mismos autores afirmen que, a pesar de esta consideración, “se debe reconocer plenamente la validez del principio de legalidad” y “garantizar el respeto a los derechos fundamentales” (FERNÁNDEZ ARÉVALO y NISTAL BURÓN, 2016, p. 490), de la misma, deriva –como consecuencia directa y reconocida por el propio Tribunal Constitucional– la rebaja en las garantías, y hace tender a la consideración de lo penitenciario como un ámbito administrativo y no penal, desde el punto de vista garantístico.

Como señala MARTÍNEZ ESCAMILLA, no se puede negar que las personas privadas de libertad “poseen un *status* jurídico sustancialmente más reducido que el de los ciudadanos libres” (1998, p. 253). Ese estatus jurídico “reducido” o “disminuido” no solo se refiere a la privación del derecho a la libertad ambulatoria al que se ha condenado al sujeto, sino a todo el resto de las privaciones y/o restricciones de derechos fundamentales que, aunque formalmente no se reconozcan, *de facto*, sí concurren en el seno de una institución total.

La Administración penitenciaria dispone todos los aspectos del día a día de las personas privadas de libertad. Su posición le permite interferir en el ejercicio de los derechos fundamentales, con el riesgo de incurrir, incluso, en su vulneración. Si bien es correcto reconocer esta problemática –seguramente inherente a la privación de libertad en sí misma–, lo que no es admisible es validarla jurídicamente dándole una denominación que facilita su legitimación, y llegando a convertirla en una doctrina constitucional. Es por eso por lo que la consideración de la relación jurídica penitenciaria como una *relación de sujeción especial* ha sido –pese a su extendida aceptación–, ampliamente criticada, tanto por la doctrina penalista como por la doctrina administrativa.

Desde la doctrina administrativa, LASAGABASTER afirma que las *relaciones de sujeción especial* se corresponden con “una concepción del Estado de Derecho incompatible con las concepciones jurídicas actuales” (1994, p. 137). Producen una disminución en las garantías jurídicas, de manera que quienes están sujetos a ellas ostentan “un estatus diferente, de menor alcance que el del resto de la ciudadanía” (1994, p. 419). Finalmente, concluye que esta

construcción teórica constituye “una solución fácil y muy poco rigurosa, además de dudosamente compatible con el texto constitucional”, y “una categoría jurídica justificable históricamente, asumida acríticamente y útil judicialmente”, cuya “reconsideración debería llevar a su definitivo abandono” (1994, p. 425).

Desde la doctrina penalista, también se advierte que esta teoría no encaja con el modelo constitucional de Estado de Derecho, sino que se corresponde con una “concepción absoluta del Estado” (MAPELLI CAFFARENA, 1992, p. 325), y que la misma tenía sentido en un momento en que existía “una concepción de la actividad administrativa al margen del sometimiento al Derecho” (TAMARIT SUMALLA *et al.*, 2005, p. 77). Asimismo, permite que, con la argumentación de “necesidades prácticas de la vida en prisión”, en el ámbito penitenciario se relaje la exigencia de reserva de ley orgánica derivada del principio de legalidad (MATA Y MARTÍN, 2011, p. 150). De esta forma, se avala que no haya un criterio que determine hasta dónde puede limitar los derechos fundamentales la Administración penitenciaria, lo que genera un marco de arbitrariedad aún mayor y coloca a las personas privadas de libertad en una posición de “absoluta indefensión” (MAPELLI CAFFARENA, 1992, p. 325).

Por tanto, se evidencia que las consecuencias de la asunción de la caracterización de la relación jurídica penitenciaria como una *relación de sujeción especial* son devastadoras en términos de garantías. Con ella, se legitima la “administrativización” de la ejecución de las penas de prisión, y lo que no se afirma abiertamente cuando se habla de ejecución de la pena de prisión o de Derecho penitenciario, se confirma por la aplicación de esta doctrina a la relación jurídica penitenciaria. Se podría decir que se produce la “desvalorización del estatus jurídico de “lo carcelario”” (HORVITZ, 2018, p. 929).

Este menor valor de lo relacionado con la ejecución de la pena de prisión, lo penitenciario o lo carcelario, viene intuyéndose desde el principio de este texto en el que señalaba la escasa atención que ha obtenido este ámbito desde la doctrina penalista. Lo que no se había advertido hasta ahora con tanta claridad son las consecuencias de esa *des(pre)ocupación*: la puesta en peligro de las garantías jurídicas para la protección de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad. Especialmente, del principio de legalidad, puesto que, con el

pretexto de la *relación de sujeción especial*, se avala una restricción de derechos más allá de la impuesta en la sentencia condenatoria, sin que esa afectación tenga amparo legal (CANO MATA, 1975). Y esto supone la vulneración de plano de las normas penales y constitucionales, e incluso, el respaldo de “la existencia de una categoría de ciudadano de segunda clase, conformada por los reclusos” (CAROU-GARCÍA, 2017, p. 10).

Por todos los motivos expresados en las líneas anteriores, considero que la *doctrina de las relaciones de sujeción especial* debería dejar de ser aplicable. Asimismo, debería primero analizarse la fase de ejecución de la pena de prisión, sus características e implicaciones, y la determinación de las garantías jurídicas que deben operar en ella, para, a partir de lo anterior, poder establecer cómo debe caracterizarse la relación jurídica penitenciaria, que constituirá el contenido de esa ejecución. Desde mi punto de vista, la aproximación y el análisis aislado de la relación jurídica penitenciaria, desconectada de la ejecución de la pena de prisión –entre otros motivos– ha llevado a la posibilidad de aceptar la *doctrina de las relaciones de sujeción especial*, y ello, a su vez, ha hecho posible que en la ejecución de la pena de prisión se haya asumido la devaluación de las garantías penales. En este sentido, la doctrina penalista debería atender a la ejecución de la pena de prisión afirmando la vigencia de las garantías penales, en tanto en cuanto, no puede obviarse su vinculación con el Derecho penal; y debería hacerlo directamente, determinando las condiciones que debe tener la ejecución para que operen plenamente las garantías penales, para así condicionar la caracterización de la relación jurídica penitenciaria, e incorporar al Derecho penitenciario las normas necesarias para regir este ámbito respetando los derechos fundamentales.

4. MOTIVOS POR LOS QUE LA EJECUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN DEBE SER RELEVANTE PARA EL DERECHO PENAL

Me gustaría reunir aquí una serie de argumentos o razones que apoyan la idea de que la ejecución de la pena de prisión *debe ser* una cuestión relevante para el Derecho penal, y, en consecuencia, debe *(pre)ocuparse* de ella, asegurando la aplicación de las garantías penales.

4.1. Por una concepción *integral* de la pena: la ejecución es parte de la pena

¿Qué es la pena de prisión? Podría ser una de las primeras preguntas que cabría hacerse para determinar en qué medida el Derecho penal –que, sin duda, se ocupa de las penas– debe atender a la ejecución de la pena de prisión. Quizás, una pregunta más precisa que hay que plantearse desde el ámbito jurídico-penal es: ¿Qué *debería ser* la pena de prisión? Esta pregunta encaja mejor con el plano *prescriptivo* de análisis estrictamente jurídico, desde el que no es posible realizar una aproximación descriptiva. No obstante esta precisión, la pregunta que voy a utilizar para abordar la concepción de la pena de prisión desde el Derecho penal es: ¿*Qué es la pena de prisión desde el punto de vista jurídico-penal*?

En primer lugar, la pena de prisión es un *mal* que consiste en la privación del derecho a la libertad. Esta sería una primera concepción estática y limitada de la pena. Con el objetivo de establecer una concepción amplia o, más bien, completa o *integral* de la pena de prisión, es necesario hacerlo desde una perspectiva dinámica, teniendo en cuenta el esquema *temporal* de la pena de prisión.

Incorporando esta dimensión *temporal*, se puede afirmar que el concepto de pena de prisión se integra de una previsión legal en abstracto (la amenaza penal), de una determinación judicial (la aplicación de la pena) y de una determinación e individualización penitenciaria (la ejecución de la pena) (LANDA GOROSTIZA, 2012). Desde esta *concepción integradora*, todas ellas son facetas propias de la pena de prisión. Y el concepto de pena no se agota ni se completa hasta que no se determinan las condiciones jurídicas de su ejecución. La ejecución contribuye *necesariamente* al concepto de pena.

Con el fin de ilustrar esta idea, me permito utilizar un recurso gráfico o visual, haciendo referencia a un objeto: la “matrioska”, también llamada “muñeca rusa”⁴. La pena podría ser una “matrioska”. La primera imagen de la pena, la que se ve a simple vista, la que es más grande y llamativa, está representada por la primera muñeca, que, en la pena, sería la previsión legal de la pena, la “amenaza de la pena” que abarca todo el margen disponible.

⁴ Una “matrioska” o “muñeca rusa” es un objeto inanimado que se integra de varias muñecas de madera con distintos detalles y de distintos tamaños, que permiten introducir unas dentro de otras, de manera que, dentro de la de mayor tamaño, puede introducirse la siguiente más grande, y así sucesivamente, hasta la última y más pequeña de las muñecas.

Después, la determinación judicial consiste en desalojar esa primera muñeca para descubrir la segunda, más pequeña, concreta y precisa, la que representaría la “condena a la pena”. Hasta aquí, las operaciones las ha realizado el poder legislativo, primero, y el poder judicial, después; y ambas consisten en *declaraciones de pena*. En el momento de la ejecución, la operación incluye más elementos, y convivirán una parte normativa o prescriptiva y otra parte material; la primera establecerá las condiciones de *deber ser* de la segunda. Aunque desde el Derecho penal no se pueda abordar la parte descriptiva de la ejecución, sí se deberá abordar la parte normativa, que deberá tener en cuenta las particularidades de esta actividad. El desalojo de esa segunda muñeca que dejará descubrir a la tercera y última, la más pequeña y concreta, la que será “la pena”, requerirá del tercer poder, ejecutivo, el que ejecuta materialmente: la Administración penitenciaria. Pero, esta última operación de “desmontaje”, la más fina de todas, la que más precisión requiere –porque es la que hace realidad las privaciones y/o restricciones de derechos-, no puede dejarse, únicamente, en manos de la Administración. Requiere de la ley y del órgano judicial; esta operación requiere, sobre todo, del Derecho penal y sus garantías. Así, finalmente, la última muñeca será la representación *prescriptiva* última de la pena con la integración de sus condiciones de ejecución. Después, la pena ejecutada materialmente, efectivamente, sobrepasará los límites de lo jurídico, y ni siquiera puede representarse con una muñeca, que es un objeto inanimado, pues será algo vivo, que requerirá de una aproximación desde otras disciplinas. No obstante, lo jurídico deberá acompañar todo ese proceso velando por ese *deber ser* que representa la última de las muñecas.

Esta concepción *integradora* es afirmada por parte de la doctrina. Algunos hacen referencia al concepto de pena en su última fase, la ejecutiva, considerando así la ejecución dentro del ámbito penal (CANO MATA, 1975); otros, aunque consideran que la pena “es, esencialmente, amenaza penal”, también afirman que sin su ejecución carecería de contenido, y que es necesaria una visión integradora que tenga en cuenta su duración y su intensidad (MAPELLI CAFFARENA, 2019, p. 51). En el mismo sentido, LANDA GOROSTIZA afirma que la ejecución no puede “escindirse de la definición sustantiva, nuclear, de la pena a los efectos de los estándares de garantía que a ésta se le debe aplicar” (2012, p. 7). Este autor no solo señala la necesidad de que la ejecución se incluya en el concepto de pena, sino que lo apunta

específicamente en relación con la aplicabilidad de garantías; sentido que comparten otras autoras que señalan que no es admisible que una diferenciación “puramente formal entre definición sustantiva de la pena y su mera ejecución dé lugar a un limbo jurídico” donde se soslayan las garantías constitucionales (CAROU-GARCÍA, 2017, pp. 11-12).

Otra línea de argumentación para un concepto *integral* de la pena de prisión tiene que ver con el elemento de la *gravedad de la pena*, no solo desde el punto de vista de su duración, sino en relación con la *carga aflictiva* de su contenido. Desde esta perspectiva, se afirma que las condiciones de ejecución de la pena de prisión determinan la gravedad de la pena (BARBER BURUSCO, 2014), de manera que constituyen una característica esencial para conformarla y, debe tenerse en cuenta que estas condiciones de ejecución son variables a lo largo de la ejecución. Esta idea se relaciona especialmente con las decisiones sobre clasificación, permisos, beneficios penitenciarios o libertad condicional, puesto que “todas ellas se conectan directamente con la pena (materia de Derecho penal sustantivo) y afectan a la gravedad de la misma en tanto implican un mayor o menor contenido aflictivo en su cumplimiento” (BARBER BURUSCO, 2014, p. 94). Es decir, se trata de pasar de una concepción meramente *temporal-formal* de la ejecución, a una concepción *temporal-sustantiva*, teniendo en cuenta cómo las condiciones de la ejecución alteran la definición sustantiva de la pena.

En relación con todo lo anterior, es interesante la distinción de SILVA SÁNCHEZ de dos planos de la pena: el “simbólico-comunicativo” y el “fáctico-aflictivo” (2018, p. 115). Así, reconoce que la pena se integra, no solo de la amenaza penal, sino que también forma parte de ella ese momento ejecutivo, al que él se refiere como “fáctico-aflictivo”. Sin embargo, al mismo tiempo, este autor reivindica la existencia de una sustantividad propia de la pena en su versión “simbólico-comunicativa”, y propone poner en valor este aspecto, priorizándolo, sosteniendo que tiene una entidad suficiente para constituir una respuesta penal necesaria y suficiente en determinados casos. Paralelamente, insiste en la idea de que, en el otro plano, en el fáctico, la pena es “inflicción de un daño” (2018, p. 234), o incluso, “dolor penal” (*Strafleid, hard treatment*) (2018, p. 261), de manera que considera que requiere de una mayor justificación. En este sentido, señala que, si el Estado no es capaz de garantizar una ejecución en condiciones de respeto de la dignidad de la persona, deberá condenar sin ejecutar la condena,

y con ello bastará como reproche penal (2018, p. 155). Desde mi punto de vista, a pesar de que esta argumentación pueda sustentar un menor recurso a la ejecución de la pena de prisión –coherente con una posición garantista–, el punto al que llega SILVA en esta distinción, hace reaparecer, en realidad, la idea de que la pena puede *ser* sin su ejecución, y este tipo de planteamientos pueden abrir la puerta a alejar la ejecución del Derecho penal, considerándola algo ajeno y, en el peor de los casos –como de hecho sucede–, quedando desvalorada, denostada y desatendida.

Por último, y aunque en esta idea voy más allá de los límites del Derecho penal, si nos preguntamos qué es la pena de prisión, aunque lo hagamos desde una perspectiva jurídico-penal, no puede obviarse lo que *es* la pena de prisión, o, mejor dicho, en plural, lo que *son* las penas de prisión, materialmente, en el plano descriptivo o del *ser*. No se trata de incorporar esta perspectiva al Derecho penal, puesto que es fundamental diferenciar los dos planos, el del *deber ser* y el del *ser*, para no incurrir en conclusiones falaces que establezcan que “lo que es debe ser” (*falacia naturalista*) o, por el contrario, que “lo que debe ser es” (*falacia normativista*) (ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, 2018, p. 57). Pero, en cualquier caso, es necesario escapar de una mirada excesivamente limitada e ideal, y, en este sentido, en relación con la pena de prisión, se debe tener presente que no podemos reducir su contenido a la idea abstracta y formal de “privación del derecho a la libertad ambulatoria”, sino que es necesario asumir los contenidos fácticos inherentes a esa expresión jurídica, que pueden implicar restricciones y/o vulneraciones de diversos derechos de las personas privadas de libertad.

En definitiva, sostengo que el concepto de pena de prisión que debería asumir el Derecho penal tendría que ser *integrador* de las condiciones jurídicas de la ejecución. La pena de prisión es todo *eso*: la amenaza de pena, la aplicación de pena y la ejecución de pena. Y, por tanto, la pena ejecutada *es* la pena.

4.2. Las teorías de la pena y sus consideraciones de la ejecución de la pena de prisión. Una aproximación *complejizadora*

El planteamiento de si el Derecho penal debe, o no, encargarse de atender a determinada cuestión, remite al amplio interrogante de cuál es el fin del Derecho penal. En la doctrina

penalista, esta amplia y compleja pregunta, remite, a su vez, a las denominadas *teorías de la pena*, que constituyen una construcción teórica extensa, diversa y permanentemente viva.

Aunque en las teorías de la pena es habitual encontrar atribuciones de fines que no discriminan entre la pena y el Derecho penal, considero muy necesaria esta distinción. Los fines de la pena y los fines del Derecho penal no son *necesariamente* los mismos. Por eso, trataré a las teorías de la pena como propuestas teóricas de atribución de fines a las penas, y no al Derecho penal. Y, aunque estas teorías no se refieren a “fines de la pena de prisión”, en concreto, sino a “fines de la pena”, en general, sin particularizar fines en función de qué pena se trate –si bien es cierto que, en ocasiones, se hacen afirmaciones que solo pueden ser atribuibles a la pena de prisión, y no a otras penas–, haré siempre referencia a la pena de prisión.

En cualquier caso, como decía, es en estas teorías donde se pueden encontrar intentos de dar respuesta a esa gran cuestión de cuál es el fin o los fines del sistema penal. Lo que interesa extraer de ellas es qué importancia se otorga a la ejecución de la pena de prisión para fundamentar sus propuestas finalistas, y cuáles son las consecuencias derivadas de estos planteamientos teóricos en la consideración de la ejecución de la pena de prisión.

¿Cuál es el fin de la pena de prisión? Cuando se trata de dar respuesta a esta pregunta, se dice mayoritariamente que el objetivo del sistema penal es la protección de los bienes jurídicos más importantes de determinados ataques, consiguiendo que las personas se abstengan de cometer delitos que constituyen graves daños a dichos bienes (HASSEMER y MUÑOZ CONDE, 1989). Partiendo de este fin general, se atribuye a la pena la capacidad de prevenir la comisión de delitos. Después, la forma en la que este objetivo preventivo es alcanzado varía mucho entre unas teorías y otras: porque el sistema penal intimida (FEUERBACH, 2007); porque la respuesta penal restablece el orden jurídico, y genera confianza y fidelidad al ordenamiento (JAKOBS, 2000); porque se aparta a la persona de la sociedad durante un tiempo y esto le impide cometer delitos (VON LISZT, 1994); porque el cumplimiento de la pena otorga a la persona un espacio para llevar a cabo un proceso que le lleve a actuar conforme a Derecho en el futuro, etc. Y muchas teorías no se limitan a contemplar la consecución de un solo fin, sino que plantean la posibilidad de que se alcancen varios fines, distinguiendo, a veces, distintos

momentos en los que unos predominan sobre otros (ROXIN, 1997). Esta diversidad y variabilidad deriva del hecho de que estas teorías se mueven en el terreno de la política criminal, constituyendo justificaciones teóricas para distintos modelos político-criminales, que utilizan argumentos tanto jurídicos como de otra naturaleza.

4.2.1. La consideración de la ejecución de la pena de prisión en las teorías de la pena

Uno de los momentos que se tienen en cuenta en las teorías de la pena es el de la ejecución de la pena de prisión, vinculándose de distintas formas con los fines de la pena. Se pueden realizar, al menos, dos afirmaciones generales. Primera: la mayoría de las teorías de la pena se refieren, en algún sentido, a la ejecución de la pena de prisión, estableciendo su mayor o menor importancia para la consecución de los objetivos político-criminales que proponen. Segunda: las teorías de la pena constituyen, como decía, construcciones teóricas que en ocasiones sirven para justificar modelos político-criminales que operan en el sistema penal, de manera que tienen una incidencia en la configuración del modelo penal, tanto en el ámbito de la conminación, como en el de la aplicación y ejecución de la pena de prisión.

Esta conexión de las condiciones de la ejecución de la pena de prisión con los fines de la pena la evidencian diversos autores, señalando que “las normas de ejecución integran el sistema global de consecuencias jurídico-penales y determinan de modo fundamental su significado político-criminal”, y advirtiendo la necesidad de una cuidada reflexión político-criminal respecto de la ejecución (SILVA SÁNCHEZ, 1998, p. 1452). También se advierte esta vinculación en relación con fines concretos como, por ejemplo, la prevención general, pues se considera un error “creer que son escindibles en el marco de la prevención general la tipificación de una conducta y la amenaza penal y su ejecución” (MAPELLI CAFFARENA, 2019, p. 48). Desde esta perspectiva, la forma en que se ejecutan las penas –o el hecho mismo de que se ejecuten o no (CARDENAL MONTRAVETA, 2015)– también será susceptible de generar los efectos que se dice que puede tener la pena respecto de la ciudadanía, sea como intimidación o como reafirmación del ordenamiento jurídico. No obstante, también hay autores y autoras que consideran que la ejecución no tiene estos efectos, o que no será determinable a partir de los fines (VAN ZYL SMIT y SNACKEN, 2013).

Desde la óptica de la prevención general positiva –que es la que en los últimos años está predominando–, cuya pretensión es que el sistema penal evidencie la vigencia de las normas, genere confianza y comportamiento conforme a Derecho, la forma en que se ejecuten las penas tendrá, sin duda, una relevancia fundamental. Si bien se suelen separar las formas de prevención positiva, general y especial, creo que es posible afirmar que esta diferenciación no es tan tajante. La persona penada es parte de esa población a la que se dirigen las prevenciones generales, puesto que, aun estando privada de libertad, sigue formando parte de nuestra sociedad y, pasado un tiempo, volverá a vivir en libertad, y se querrá también evitar que esa persona cometa otros delitos. Si bien se entiende que la prevención especial atiende a este fin preventivo específico, también deberá incluirse a las personas que han cometido delitos en el marco de la prevención general, sin excluirlas de esta visión, como si se tratara de “otro tipo de personas”. Siendo así, la persona privada de libertad también será destinataria en el objetivo del entendimiento de la vigencia del sistema, la confirmación de la norma, para generarle fidelidad al Derecho. En este sentido, será fundamental que la persona privada de libertad observe y experimente la vigencia del Derecho en la ejecución de *su* pena; lo que implica el respeto de *sus* derechos, y también la posibilidad de reivindicarlos y defenderlos.

Desde la mirada, ahora específicamente, de la prevención especial positiva, sin duda, también tiene sentido este mismo razonamiento. Es decir, si lo que se pretende es que la persona que ha cometido un delito no lo vuelva a hacer gracias a un efecto “positivo” de la intervención penal, será fundamental que su experiencia en el cumplimiento de la pena de prisión sea una confirmación de que las normas existen y se cumplen, y que son útiles para salvaguardar los derechos de todas las personas, también los de las personas privadas de libertad (VAN ZYL SMIT y SNACKEN, 2013). Es más, podría resultar “un tanto falaz, que el sistema penitenciario exija a los internos el respeto a sus normas, siendo ese mismo sistema el que no respeta sus derechos y garantías jurídicas fundamentales” (SOLAR CALVO, 2019, p. 800). Por tanto, se puede afirmar que las condiciones de ejecución de la pena de prisión serán relevantes para los objetivos político-criminales de prevención general y especial positiva.

Con respecto a los fines de prevención negativa, tanto general como especial, desde luego, si se trata de utilizar la pena para intimidar, el razonamiento primero que se hace es que, cuanto

más duras sean las condiciones de su ejecución, mayor será su capacidad intimidatoria. Pero este razonamiento puede llevar a un endurecimiento ilimitado de las condiciones, por lo que estos fines no ofrecen un criterio propio de contención de las formas de ejecución, y siempre deberá complementarse con la protección de los derechos fundamentales como límite. Y estos límites siempre serán necesarios porque, desde una perspectiva más amplia de atención a fines, teniendo en cuenta el objetivo general del sistema penal que está detrás de todas las formas de prevención, que es la protección de bienes jurídicos –y, por tanto, la protección de los derechos de todas las personas–, no es posible obviar lo ineludible de unas condiciones de ejecución de la pena de prisión con garantías. El Derecho penal siempre debe velar por prevenir todas las formas de afectación a bienes jurídicos –tanto las que son consecuencia de los delitos, como aquellas que son consecuencia de las penas–, independientemente de los fines que se pretendan alcanzar con las penas para prevenir los delitos, y aun mermando su eficacia.

4.2.2. Teorías de la pena como teorías político-criminales. Distinción finalística de la ejecución y consecuencias

Existiendo la posibilidad de conectar las condiciones de la ejecución de la pena de prisión con los fines de la pena, lo que no se puede dejar de advertir es que, como decía, las teorías de la pena constituyen *teorías político-criminales*. Es decir, permiten una pluralidad de posibilidades de intervención político-criminal. Son distintos planteamientos y caminos para que la pena lleve a cabo su cometido preventivo. Por eso, no debería aceptarse que sirvan para moldear la ejecución sin ningún límite *jurídico* –del Derecho–, sin ninguna consideración sobre qué es exigible siempre desde el respeto a los principios penales y constitucionales. Todas ellas deben atender al cumplimiento de los principios constitucionales como límite absoluto a sus propuestas.

Se reivindica lo anterior porque esta orientación a fines –predominantemente preventivos– que plantean las teorías de la pena implica dos riesgos. El primero, se podría denominar *riesgo de funcionalización general*, y se trata del riesgo de que rijan una orientación a fines sin límites jurídicos, que pueda generar la rebaja en las garantías y, con ella, la desprotección de los derechos.

En las últimas décadas, se ha podido apreciar una tendencia hacia una progresiva funcionalización del sistema penal al servicio de fines preventivos, dando centralidad a los conceptos de *seguridad, peligrosidad, predictibilidad y efectividad*. Pero la doctrina penalista se ha posicionado mayoritariamente en contra de esta deriva, que produce un incremento de las conductas criminalizadas, y difumina y amplía los límites de la conducta tipificada. En este sentido, ha reivindicado que el objetivo preventivo requiere de límites basados en los principios penales y constitucionales. Sin embargo, si bien esta crítica es contundente respecto del momento de la conminación penal, no suele extenderse hasta el momento ejecutivo. ¿Es que, en la fase de ejecución de la pena de prisión, la consecución de fines ya no tiene límites? ¿Podría advertirse una funcionalización específica en esta fase?

Partiendo de estas preguntas, puede identificarse un segundo riesgo que podría denominarse *riesgo de funcionalización específico*. Consiste en la posibilidad de que, de la atribución que hacen algunas teorías de la pena de distintos fines a las distintas fases, derive una separación total de esas fases, no solo en cuanto a fines, sino también en cuanto a garantías. El riesgo está, pues, en que esa diferenciación permita discriminar fases *específicas –específicamente*, la de ejecución– que puedan desvincularse del Derecho penal, de sus principios y garantías; y/o en las que, por el fin que se les atribuye, pueda sostenerse un nivel de funcionalización mayor que en otras. Por ejemplo, porque se aprecie ese fin como “positivo”, como puede suceder con la idea de reeducación y reinserción en la fase de ejecución. En consecuencia, la legitimación de una mayor funcionalización en esa fase, con el objetivo de que la consecución del fin se produzca con mayor facilidad, puede conllevar la aceptación de una rebaja en las garantías jurídicas.

Esta separación de los fines de la criminalización y los fines de la ejecución ya ha sido advertida, apreciándose un “divorcio evidente entre *lo que se pretende* criminalizando conductas o aumentando las penas y lo que, después, impuestas estas, *debe alcanzarse* con su ejecución” (ARRIBAS LÓPEZ, 2007, pp. 37-38). Es decir, si bien se aprecia una vinculación entre la ejecución y los fines de la pena, esta suele establecerse en torno a fines distintos de los declarados para la pena en su fase conminatoria. De hecho, el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia del 9 de julio de 2013 (*Caso Vinter y otros c. el Reino*

Unido), elabora la denominada *doctrina Vinter* que realiza esta separación de los fines en la imposición y en la ejecución.

Un sector considera que esta clara separación y distinción de los fines que operan en una y otra fase resulta, no solo necesaria, sino también favorable a las garantías de las personas privadas de libertad. En este sentido, se propone distinguir entre dos estatus, uno durante el proceso y otro durante la ejecución, considerando que esta diferenciación “es la única que posibilita elevar los estándares de respeto de los derechos fundamentales de los internos” (SOLAR CALVO, 2019, p. 803). Sin embargo, desde mi punto de vista, el problema aparece cuando distinciones como esta generan una separación tal que, en la consecución de fines diferenciados, se llega a plantear la ejecución de la pena de prisión como una fase completamente separada de lo penal –no integrante del concepto de pena–, o al menos, del Derecho penal y sus principios y garantías jurídicas. Con ello, se escinde la ejecución de la pena de prisión del concepto de pena al que atiende el Derecho penal, y esto tiene consecuencias en su desvaloración y, con ella, en el nivel de garantías que se hacen operativas. Además, esta diferenciación, unida a la pluralidad y variabilidad histórico-cultural de los fines predominantes, ha generado importantes incoherencias y/o desajustes entre la normativa penal y penitenciaria (BARBER BURUSCO, 2016). Así, de las antinomias que se advierten en relación con la compatibilidad de los distintos fines de la pena, se pasa a plantear la existencia de antinomias entre el Derecho penitenciario y el Derecho penal (HASSEMER y MUÑOZ CONDE, 1989).

Por eso, aunque resulte lógico establecer diferencias entre los distintos momentos que integran la pena de prisión, parte de la doctrina ha llamado la atención sobre la posibilidad de que esta atribución de fines distintos a las distintas fases de la pena haya podido contribuir a que la ejecución de la pena de prisión haya quedado separada y denostada, y así se haya consolidado y justificado la rebaja de garantías jurídico-penales. En este sentido, HORVITZ apunta que la justificación teórica de la separación de las distintas fases de la práctica punitiva estatal

cumple la función (ideológica) de consolidar a la primera [imposición de la pena] como aquella que representa genuinamente la manifestación del ejercicio de la

pretensión punitiva estatal, mientras la segunda [ejecución], que comienza al “darse cumplimiento” a la sentencia definitiva, activaría una etapa por completo independiente, regida por principios, reglas y objetivos desvinculados de aquellas que legitiman el *ius puniendi* estatal” (2018, p. 934)

Desde mi punto de vista, el planteamiento de HORVITZ resulta muy interesante para fundamentar y reivindicar que el Derecho penal no debe desentenderse de las condiciones en que se ejecuta la pena de prisión, y constituye una aproximación crítica a las teorías de la pena. En este sentido, es fundamental acudir a las teorías de la pena, pero es necesario hacerlo *complejizándolas*. Con este objetivo, apunto las siguientes cuestiones.

4.2.3. Necesaria complejización y aproximación crítica a las teorías de la pena

En primer lugar, las teorías de la pena constituyen doctrinas de justificación para distintos modelos político-criminales que utilizan argumentos de diversa naturaleza para racionalizar la capacidad del sistema penal de alcanzar determinados fines. Por tanto, no son Derecho positivo, pero pueden forzar la modificación del Derecho, y el Derecho debería establecer límites jurídicos a esa posibilidad –para evitar riesgos de funcionalización–. En este sentido, si bien se reconoce la pluralidad de fines, esta debe entenderse en el marco del modelo constitucional del Estado social y democrático de Derecho, del que derivarán límites a esas posibilidades finalísticas. Quizás, en épocas preconstitucionales, las teorías de fines no encontraban un límite claro a sus propuestas, pero, sin duda, en la actualidad, la positivización de los derechos fundamentales ofrece unos límites muy claros.

En segundo lugar, en relación con la pluralidad de fines y su aceptación limitada, partiendo del planteamiento de la problemática de las antinomias entre los distintos fines de la pena, algunos autores consideran incompatibles la prevención general y la prevención especial (HASSEMER y MUÑOZ CONDE, 1989). Resulta llamativo que esta incompatibilidad se entienda derivada de la consideración de la prevención general como aquella orientada a la defensa de los derechos de la sociedad (que tiene miedo al delito), y de la prevención especial como la que se orienta a la defensa de los derechos del sujeto que delinque. Como si de la constatación de esta antinomia deviniera irremediablemente necesario dejar de proteger unos u otros derechos, y además fueran equiparables en términos de posibilidad de renuncia. No puede

leerse el enfrentamiento entre fines, sus antinomias, en términos absolutos, sin tener en cuenta el respeto a las garantías penales y constitucionales. La propuesta de alcanzar fines sociales con instrumentos penales debe encontrar su límite siempre en el respeto de los derechos fundamentales.

En tercer lugar, una parte importante de las teorías de la pena atribuye la consecución de fines distintos en función de las diferentes fases o momentos de la pena. Desde mi punto de vista, esta distinción supone un reconocimiento de un concepto integral de la pena, en el que no queda escindida la ejecución. Sin embargo, también entraña el riesgo de la separación de la fase de ejecución del resto de fases penales, y esta tajante escisión, puede tener el efecto de considerar la ejecución al margen de lo penal, y con ello, justificar la rebaja de las garantías penales.

En cuarto lugar, las teorías de la pena son teorías de *deber ser*, son *prescriptivas*, no describen los efectos de la pena en la realidad social, sino aquellos que esta aspira a tener, *simplemente*. Es decir, sus afirmaciones constituirán declaraciones de intenciones, pero no abarcarán las consecuencias en la realidad social. El reconocimiento de esta naturaleza de las teorías de la pena es necesario para no incurrir en falacias normativistas.

Finalmente, en cualquier caso, no puede haber un desentendimiento de las consecuencias de la puesta en práctica de estas teorías en la realidad social. En este sentido, es necesario abordar cuáles son los fines declarados, sus consecuencias y también, en su caso, qué otras funciones –no declaradas– realiza el sistema penal (CUTIÑO RAYA, 2017).

Por tanto, desde esta aproximación a las teorías de la pena, se evidencia la necesidad de la presencia del Derecho penal, como disciplina jurídica que debe incorporar los principios constitucionales que rigen el ordenamiento jurídico, siendo su máxima el respeto de los derechos fundamentales, para poder limitar las propuestas político-criminales de estas teorías. No puede ser admisible que, en función del fin de la pena que se le atribuya a la ejecución, se afirme la posibilidad de una mayor o menor restricción de derechos fundamentales (CAROU-GARCÍA, 2017). Como decía antes, los fines de la pena y los del Derecho penal no coinciden *necesariamente*, sin embargo, comparten la finalidad última de protección de bienes jurídicos. A la pena de prisión, como mecanismo punitivo, se le pueden atribuir distintas finalidades

político-criminales para la prevención de los delitos. Por su parte, el Derecho penal, como instrumento jurídico formalizado, debe encargarse de limitar la pena de prisión, también y especialmente, en el momento de la ejecución, para proteger los derechos de las personas privadas de libertad. Un Derecho penal que no se haga cargo de las condiciones de la ejecución de la pena de prisión, tomándose *en serio* los derechos que se ponen en cuestión en ese momento, corre un alto riesgo de deslegitimación (DWORKIN, 2019).

4.3. Las reformas penales modifican la ejecución de la pena de prisión

Las normas que rigen la ejecución de la pena de prisión son diversas –penales, procesales y administrativas– y se encuentran en diversos cuerpos normativos, distintos de los que configuran el sistema penitenciario propiamente, que son la Ley Orgánica General Penitenciaria (en adelante, LOGP) y el Reglamento Penitenciario (en adelante, RP). En este sentido, un instrumento normativo en el que se encuentran normas que regulan numerosos e importantes aspectos de la ejecución de la pena de prisión es el CP, la norma penal fundamental.

Desde que se aprobó el CP de 1995 hasta la actualidad, el legislador penal ha realizado numerosas y profundas modificaciones, algunas de ellas con importantes implicaciones en la configuración del modelo de ejecución de la pena de prisión. Mientras, la LOGP –la norma configuradora del sistema penitenciario español– ha permanecido prácticamente inalterada desde su nacimiento, en 1979 (RODRÍGUEZ YAGÜE, 2013). Resulta curioso que, cuando se hace referencia a la conexión de lo penitenciario con el Derecho penal, en ocasiones, parece que se reduce al hecho de que la relación jurídica penitenciaria nace a partir de una condena penal. Sin embargo, el CP contiene normas penales que rigen *directamente* la ejecución de la pena de prisión, y que incluso contradicen de plano la configuración realizada por las normas contenidas en la LOGP y el RP. Numerosos autores y autoras han evidenciado este fenómeno señalando que las modificaciones penales han generado incongruencias en el sistema penitenciario (ARRIBAS LÓPEZ, 2007; MATA Y MARTÍN, 2019), y reivindicando que las modificaciones deberían producirse en la LOGP y no en el CP (RODRÍGUEZ YAGÜE, 2013).

En este ejercicio de motivación de por qué el Derecho penal debe *(pre)ocuparse* de la ejecución de la pena de prisión, no puede dejar de señalarse que las normas penales están

rigiendo importantes áreas de la ejecución penitenciaria, contradiciendo las previsiones de otras normas de igual rango normativo que rigen específicamente la ejecución penitenciaria, y no solo no están extendiendo las garantías jurídico-penales a la ejecución, sino que están socavando las que se prevén específicamente respecto de esta fase, desvirtuando el *sistema de individualización científica* y menoscabando el principio de reeducación y reinserción. Por eso, a continuación, expondré brevemente un resumen de las principales modificaciones del CP que, entre el año 1995 y la actualidad, han modificado importantes aspectos de la ejecución de la pena de prisión, afectando profundamente al modelo penitenciario configurado en la LOGP, y evidenciando que la política criminal y penitenciaria están conectadas. Y, a pesar de esto, durante la ejecución, no se reconocen las mismas garantías penales.

4.3.1. Modelo de ejecución y CP 1995. De dónde partimos, qué elementos de la ejecución se configuran desde el CP

Los rasgos característicos de la primera versión del CP de 1995 con respecto a la ejecución de la pena de prisión son, en primer lugar, la eliminación de las penas cortas de prisión estableciendo el límite mínimo de encierro en seis meses, puesto que se considera que la privación de libertad de una persona por tiempo inferior no posibilita una intervención resocializadora y, en cambio, tiene un profundo efecto desocializador (LÓPEZ PEREGRÍN, 2005).

En segundo lugar, el establecimiento del límite máximo de privación de libertad en 20 años, pudiendo llegar hasta los 30 años en supuestos excepcionales, considerándose que periodos superiores de encierro pueden constituir penas inhumanas.

En tercer lugar y cuarto lugar respectivamente, la potenciación de las penas alternativas a la prisión, y la configuración de las figuras de la suspensión y la sustitución como formas de evitar la entrada en prisión bajo determinados requisitos.

En quinto y último lugar, el respeto al *sistema de individualización científica* que desarrolla la LOGP y que tiene como objetivo la adaptación progresiva de la persona condenada a la vida en libertad, de acuerdo con el objetivo de reeducación y reinserción del art. 25.2 CE.

4.3.2. LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas

Unos años más tarde, en el año 2003, se produjeron reformas de gran calado en el CP español que afectaron tanto a los límites de la privación de libertad como a su ejecución. En la LO 7/2003, en primer lugar, se eleva el límite máximo de privación de libertad a 40 años (art. 76 CP). En segundo lugar, se limita el acceso al tercer grado. Por un lado, se introduce el «*periodo de seguridad*» para el acceso al tercer grado (art. 36.2 CP). Y, por otro lado, se introducen nuevos requisitos para el acceso (art. 72 LOGP): la satisfacción de la responsabilidad civil y, en el caso de delitos de terrorismo, la muestra de signos inequívocos de haber abandonado la actividad terrorista, colaborando activamente con las autoridades en la lucha contra el terrorismo.

En tercer lugar, se amplían los supuestos de aplicación del art. 78 CP, que es la regla de cómputo sobre la suma total de la condena para la concesión de beneficios penitenciarios y libertad condicional. Con esta reforma se amplía y se aplica también a la concesión de los permisos de salida y al acceso al tercer grado. Además, se introducen supuestos de aplicación preceptiva.

En cuanto y último lugar, se incorporan novedades en la configuración de la libertad condicional (art. 90 y ss. CP). Primera: al ser la clasificación en tercer grado uno de los requisitos para el acceso a la libertad condicional, las modificaciones en el acceso al tercer grado afectaron al acceso a aquella. Segunda: en supuestos terroristas, se establece que, en caso de revocación de la libertad condicional, el tiempo transcurrido en dicha situación no computará y se tendrá que cumplir lo que quedaba de condena en el momento en el que se accedió a la libertad condicional (art. 93.3 CP)⁵. Tercera: en el art. 91.2 CP, se introduce una nueva posibilidad de adelantamiento de la libertad condicional antes del cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena (90 días por año, una vez cumplida la mitad de la condena), siempre que no se trate de delitos de terrorismo.

⁵ La introducción de esta excepcionalidad terrorista es fundamental porque, más adelante, con la actual configuración de la libertad condicional tras la reforma del CP operada por la LO 1/2015, veremos cómo éste es un supuesto de conversión de un régimen excepcional en general.

4.3.3. LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP

También en el año 2003, se introdujeron modificaciones a través de la LO 15/2003. En primer lugar, se reduce el límite mínimo de prisión de seis a tres meses y, como resultado, se amplía el margen de penalidad que puede imponerse. Esta decisión legislativa llama la atención en relación con la argumentación que expuso el legislador de 1995 cuando estableció el límite mínimo de seis meses. En aquel momento, había afirmado que estas penas cortas producían un efecto desocializador en la persona condenada, no permitían el desarrollo de un tratamiento y tenían una influencia corruptora por la entrada en contacto con el medio carcelario (CEREZO MIR, 2005), por lo que debían evitarse. Sin embargo, en la Exposición de Motivos de la LO 15/2003, se justifica la necesidad de estas penas de duración inferior a seis meses por la exigencia de una “prevención general adecuada respecto de los delitos de escasa importancia”.

En segundo lugar, se modifican aspectos de las formas sustitutivas de la ejecución de la pena de prisión. Respecto de la suspensión, en primer lugar, se introduce el criterio de la existencia de otros procedimientos penales contra el sujeto, en la línea de la mayor severidad con que se trata la reiteración delictiva en esta reforma (BARBER BURUSCO, 2014). En segundo lugar, se excluye, a efectos suspensivos, la pena derivada del impago de la multa. Y, en tercer lugar, se amplía hasta 5 años (antes 3) la pena susceptible de ser suspendida en supuestos de drogodependencia. Por otro lado, respecto de la sustitución, se incorpora como pena sustitutiva los trabajos en beneficio de la comunidad (en adelante, TBC), y, mientras antes la sustitución solo era posible para penas de hasta un año, en este momento, se incluye un supuesto de sustitución excepcional de penas de hasta dos años de prisión, que el legislador anuncia con un fin resocializador.

Se ha valorado que las importantes modificaciones introducidas en el año 2003 con respecto al cumplimiento de la pena de prisión hicieron que aquel año constituyera un punto de inflexión en la política criminal española, en el que se inicia una tendencia a la erosión de la idea de resocialización (CORRAL MARAVER, 2015) –especialmente respecto a determinado tipo de delincuentes– y se revalorizan los fines retributivo e inculizador (LÓPEZ PEREGRÍN,

2005). Lo más destacable es que, con estas reformas –especialmente con la LO 7/2003–, se produce el endurecimiento del régimen de cumplimiento de la pena de prisión, rompiendo el modelo dibujado por la LOGP (RODRÍGUEZ YAGÜE, 2013): se restringe el acceso al tercer grado y a la libertad condicional, enviándose el mensaje de que estos dos regímenes son situaciones ajenas a la prisión, al cumplimiento de la pena y al control del Estado (CORCOY BIDASOLO, 2005). Además, se introduce la excepcionalidad terrorista, como vía para el endurecimiento del cumplimiento de las sanciones penales, justificada en la diferenciación de un tipo de delincuentes; lo que recuerda a la teoría del *Derecho penal del enemigo*.

4.3.4. LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP

En el año 2010, con la LO 5/2010, se continúa en el camino del endurecimiento de las condiciones de cumplimiento de la pena de prisión y se añaden dificultades para salir del aparato de control penal. En primer lugar, se flexibiliza la regulación del denominado «*periodo de seguridad*» (art. 36.2 CP). En el Preámbulo de esta ley, el legislador señala que “se elimina el automatismo hasta ahora vigente”, y la imposición del periodo de seguridad pasa a ser una *facultad* del tribunal sentenciador. Desde el punto de vista del sistema de ejecución de la pena de prisión, si bien esta flexibilización puede valorarse positivamente, el problema es que se mantiene esta figura. Pues la mera previsión de la misma choca frontalmente con el *principio de individualización científica* que proclama la LOGP.

En segundo lugar, se introduce la denominada «*libertad vigilada*» (art. 106 CP). La introducción de esta figura jurídica constituye un incremento punitivo en caso de comisión de determinados delitos. No solo supone un mayor castigo y una extensión del control penal, sino que implica una agravación del cumplimiento de la propia pena de prisión que, en muchos casos, se cumplirá íntegramente en régimen ordinario. Y, por último, el sistema de alternativas a la pena de prisión se reduce, debido a que no se apuesta por los TBC, y se pretende potenciar la pena de localización permanente que, como sustituta de la prisión, tiene un alcance limitado, pues solo se prevé para penas cortas.

4.3.5. LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP

La última gran reforma que se ha realizado sobre el CP tuvo lugar en el año 2015. Se señala que fue probablemente la reforma más importante del texto legal (CORRAL MARAVER, 2015), y se destaca de la misma la relevancia de sus consecuencias en el sistema penitenciario (MATA Y MARTÍN, 2016).

En primer lugar, se introduce la denominada «*prisión permanente revisable*» (art. 35 CP). En segundo lugar, se modifica profundamente la regulación de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (arts. 80 y ss. CP). En tercer lugar, se modifica el régimen del art. 78 CP, eliminándose los supuestos de aplicación prescriptiva, de manera que el tribunal sentenciador tiene la posibilidad de aplicarlo o no.

En cuarto y último lugar, se modifica radicalmente la regulación del régimen de libertad condicional (arts. 90 y ss. CP). Hasta el año 2015, la libertad condicional se consideraba el “cuarto grado” penitenciario. Es decir, se trataba de la última fase de cumplimiento de la pena de prisión (en libertad y con ciertas obligaciones) a la que se accedía para conseguir la progresión necesaria para la reincorporación a la vida en libertad, de acuerdo con el objetivo de reinserción social de la pena de prisión. Sin embargo, con esta reforma, la libertad condicional cambia radicalmente su naturaleza y pasa de ser una forma de *cumplimiento* de pena a considerarse una forma de *suspensión* de la ejecución del resto de la pena. En consecuencia, se difumina la determinación de la pena en cuanto a su extensión, generando incertidumbre e inseguridad jurídica, puesto que la fecha en la que finalice el control penitenciario por medio de la libertad condicional puede exceder de la fecha en la que finaliza la condena. Es decir, este cambio permite alargar el control penal más allá de lo establecido en la sentencia condenatoria.

Estos cambios implican un gran endurecimiento de la respuesta penal en su ejecución. La introducción de la prisión permanente revisable y la modificación de los delitos de terrorismo son las dos modificaciones más importantes a nivel cualitativo, y su impacto sobre el sistema es y será enorme. No obstante, lo cierto es que, cuantitativamente, su impacto no es tan importante, debido a lo poco frecuente del tipo de delincuencia para la que se han previsto.

Sin embargo, la profunda modificación del sistema de suspensión de la ejecución de la pena de prisión y el cambio de naturaleza de la libertad condicional –que entraña un alto e incierto riesgo de incremento de la duración de la sujeción al control penal–, junto con la continuidad en las restricciones a la progresión penitenciaria, son los cambios susceptibles de afectar al cumplimiento de la ejecución de la pena de prisión en prácticamente todos los casos. Todo ello evidencia que se incrementa la severidad de la pena de prisión a través de la modificación de las condiciones de su cumplimiento (BARBER BURUSCO, 2016).

La aprobación del “CP de la democracia” se anunció como la materialización de los nuevos principios constitucionales en la respuesta punitiva del Estado; entre ellos, el principio de reeducación y reinserción social de las personas presas del art. 25.2 CE como rector del cumplimiento de la pena de prisión, en un momento en el que el optimismo en torno a la idea de reinserción estaba ya en decadencia. Así, no solo se proclamaba el *principio de individualización científica* para el cumplimiento de la pena de prisión, sino que también se anunciaba una batería de alternativas a la prisión, menos lesivas de los derechos de las personas condenadas.

Pues bien, después del repaso de las reformas penales operadas en las últimas décadas y del análisis de las principales modificaciones y sus efectos en el cumplimiento de la pena de prisión, lo que se puede observar es que, a pesar de que la realidad delincencial española no es alarmante, pues la tasa de criminalidad sigue siendo de las más bajas de Europa, se ha aumentado la *aflictividad* de la pena de prisión (BARBER BURUSCO, 2014), en detrimento de los principios que se proclamaron en su momento. Desde la perspectiva de los fines de la pena, estas reformas dejan atrás la reeducación y reinserción social, e introducen cambios con una fuerte carga retributiva e inocuidadora (RODRÍGUEZ YAGÜE, 2013). Mientras tanto, la LOGP mantiene *declaradamente* –porque, *de facto*, se modifica– la configuración de un *sistema de individualización científica* con el objetivo prioritario de la reeducación y la reinserción.

Por tanto, se puede afirmar, en primer lugar, que las normas penales tienen una fuerte influencia en el sistema de ejecución de la pena de prisión, y uno de los ejemplos más significativos es el de la radical desnaturalización de la libertad condicional: con una

modificación en el CP, se cambia de un plumazo la naturaleza jurídica de una institución jurídica penitenciaria que era considerada una parte del cumplimiento de la pena de prisión, y ahora ha dejado de serlo.

En segundo lugar, los cambios introducidos por las reformas penales se han traducido en la devaluación y mayor dureza del sistema penitenciario (RODRÍGUEZ YAGÜE, 2013). A pesar de que considero que, independientemente del contenido y la orientación que se le dé a la ejecución, siempre deberían estar plenamente vigentes todas las garantías –puesto que en todo caso se trata de ejercicio del poder punitivo–, resulta todavía más flagrante que se legisle para el endurecimiento de la ejecución y no para el aseguramiento de las garantías. Es evidente que, con estas reformas penales, el *sistema de individualización científica* y el principio de reeducación y reinserción que se sostienen desde la perspectiva penitenciaria como fines específicos de la fase de ejecución se han visto profundamente mermados; y, mientras, la configuración de unas condiciones de ejecución en las que se trate de asegurar la mayor protección posible de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad no ha sido un objeto de regulación prioritario para el Derecho penal. Se introduce una orientación más punitiva de la ejecución de la pena de prisión, y esto no se acompaña con una extensión de las garantías penales a esta fase.

En tercer lugar, si bien se ha modificado la ejecución penitenciaria desde el CP, las principales normativas propiamente penitenciarias, prácticamente no han variado, y una lectura aislada de ellas puede hacer pensar que siguen vigentes principios que proclaman y que se han convertido en “papel mojado” con los cambios establecidos en el CP. Esta paradójica situación debería producir la rápida activación de dos alarmas. Por un lado, si el CP y la LOGP, en cuanto a la forma, son dos normas de igual rango, puesto que ambas son leyes orgánicas, y, en cuanto a su contenido, puede considerarse que la segunda tiene un grado mayor de especialización puesto que se ocupa específicamente de una parte del sistema penal: la configuración del sistema penitenciario, ¿cómo es posible que el CP esté modificando profundamente el sistema de ejecución de la pena de prisión diseñado en la LOGP, en clara contradicción con los principios básicos de este sistema?

A pesar de la equiparación de estas dos normativas en cuanto a su rango legal, se observa una clara priorización del CP sobre la LOGP. En este sentido, es posible inferir una especie de “debilidad” de la LOGP, que no solo se aprecia en términos relativos, sino también respecto de la fuerza vinculante de los preceptos que no han sido alterados por las reformas penales, y que resta credibilidad a la vigencia del sistema que se supone que configura. Un ejemplo paradigmático es su art. 78, que lleva en vigor más de 40 años y que todavía no ha pasado de ser una *virtualidad jurídica*. No obstante, cabe preguntarse si esta es una problemática relacionada con la fuerza vinculante de determinadas normas o si se trata de una cuestión de voluntad política. Porque lo cierto es que, mientras se han aprobado numerosas leyes de reforma del CP, la iniciativa legislativa en relación con la normativa penitenciaria ha sido más bien escasa, y en algunos extremos, absolutamente nula.

Por otro lado, si esta labor legislativa no se ha realizado para preservar la vigencia del modelo penitenciario que se diseñó, ¿cómo es posible que no se haya buscado, al menos, la congruencia del ordenamiento jurídico modificando también la LOGP en el mismo sentido que el CP? ¿Es que el sistema penitenciario sigue necesitando de la proclamación de tales principios –aunque no estén ya operativos– para legitimarse? En este sentido, RIVERA BEIRAS afirma que “la retórica rehabilitadora se ha mostrado más firme de lo que cabría haber supuesto por su innegable capacidad de producir una narrativa de utilidad para el sistema penal, atractiva para el público y para los gestores políticos” (2015, p. 107).

MATA Y MARTÍN llama la atención sobre la “necesaria integración que debe darse entre la legislación penal y su aplicación penitenciaria, siempre imprescindible y, en ocasiones, tan ausente” (2019, p. 7). Desde mi punto de vista, esta integración debe referirse, en primer lugar y de manera inaplazable, al aseguramiento de la aplicación de las garantías jurídico-penales y constitucionales en la ejecución de la pena de prisión, como ineludible tarea de un Derecho penal que atienda a la limitación del poder punitivo para la protección de los derechos fundamentales, produciendo una normativa efectiva en este sentido. La LOGP debería ocuparse, pues, de mantener la vigencia de un sistema penitenciario, no solo orientado a la reeducación y la reinserción social, sino en el que todas las garantías penales se mantengan activas.

4.4. La importancia de la determinación del contenido de la ejecución de la pena de prisión: la “relajación” del principio de legalidad y su afectación a los derechos fundamentales

Este último argumento o motivo por el que el Derecho penal debe (*pre*)ocuparse de la ejecución de la pena de prisión, tiene que ver con la importancia de la *determinación* del contenido de la ejecución de la pena de prisión. El principio de legalidad, estrechamente ligado con el principio de seguridad jurídica –previstos en el art. 9.3 CE y en el art. 25.1 CE– da lugar al *mandato de determinación* de las leyes penales, que consiste en su exacta aplicación, debiendo para ello ser formuladas de modo preciso, claro y unívoco. Esta obligación de determinación tiene una especial importancia durante la ejecución de la pena de prisión, y su incumplimiento supone una vulneración del principio de legalidad.

Hasta la ejecución, todo está sobre el papel. Es con la ejecución cuando se produce lo que se anuncia, cuando se materializa la privación de derechos. En el momento en que se ejecuta la pena de prisión, es cuando se priva materialmente del derecho fundamental a la libertad. Es decir, la ejecución de la pena de prisión consiste en la privación material del derecho a la libertad ambulatoria, y por ello debería ser considerado un momento central y extremadamente delicado, en términos de garantías jurídicas; especialmente, en relación con el mandato de determinación que emana del principio de legalidad.

¿Y qué significa la *materialización* de la privación del derecho a la libertad? Ya se ha hecho referencia a que su producto es *espaciotemporal*, en el sentido de que implica mantener a una persona encerrada en un determinado lugar (la cárcel) durante un determinado periodo de tiempo. Esto se traducirá en que la persona privada de libertad estará sujeta a un régimen interno dentro de una institución que limitará su autonomía muy profundamente en todos los aspectos de su vida, lo que le obligará a requerir autorizaciones para la práctica totalidad de las decisiones que quiera tomar. Además, partiendo de su condena penal, irá teniendo posibilidades de acceso al exterior o de ganancia de mayores cotas de libertad, en función de valoraciones que harán de ella distintos profesionales. Esta situación, generará muchos momentos en los que los derechos de las personas privadas de libertad estarán en tensión.

MARTÍNEZ ESCAMILLA reclama la atención de los y las penalistas para el estudio jurídico del contenido de la ejecución de la pena de prisión, haciendo referencia a lo descrito:

Cuando un Juez o Tribunal condena a una persona a una pena de prisión, no le está condenando sin más, por ejemplo, a doce años de prisión. Esa pena de prisión son doce años en los que su comportamiento estará sometido a una estricta regulación, son muchos años en los que esa persona deberá levantarse y acostarse a una determinada hora, en los que alguien le dirá con quien compartir su celda, los días en que podrá ver a sus hijos, durante los cuales su personalidad será objeto de observación y clasificación, etc. (1998, p. 246)

En la misma línea, TAMARIT SUMALLA *et al.* advierten que:

no debe olvidarse que, aun teniendo como destinatarios a sujetos ya privados de libertad –o precisamente por esta razón–, la aplicación de las normas penitenciarias tiene unos efectos sobre la libertad concreta de los sujetos mucho más intensos que los que puedan derivarse de otras normas de carácter administrativo (2005, p. 24)

Debe tenerse en cuenta todo lo señalado para abordar la cuestión de cómo tiene que atender el Derecho penal a la ejecución de la pena de prisión, dejando de considerar que *simplemente* se priva de libertad. Es de suma importancia recordar que las personas privadas de libertad ambulatoria han sido privadas de ese derecho, y no de todos los demás, los cuales pueden seguir ejerciendo, de manera que deben *determinarse* las condiciones garantísticas necesarias para que sea posible (RODRÍGUEZ ALONSO y RODRÍGUEZ AVILÉS, 2011). Sin embargo, el *mandato de determinación* se incumple sistemáticamente en la ejecución de la pena de prisión. Esto es posible gracias a que, tradicionalmente, se ha considerado la relación jurídica penitenciaria como una *relación de sujeción especial*, y esta consideración legitima una reducción de las garantías penales en la ejecución, especialmente, en relación con el principio de legalidad: permite justificar “una construcción de garantías jurídicas ad hoc para los internos penitenciarios que nada o poco tiene que ver con la que sustenta las garantías habituales para el resto de los ciudadanos” (SOLAR CALVO, 2019, p. 799).

Esta aceptada “relajación” del principio de legalidad en la ejecución tiene importantes consecuencias. En primer lugar, permite que normativa reglamentaria regule cuestiones que afectan a derechos fundamentales y que, por tanto, deberían encontrarse en la LOGP. Un ejemplo de ello son las limitaciones regimentales del art. 75.1 RP, que constituyen un tipo de aislamiento que no está previsto, como los demás, por afectar a derechos fundamentales, por la LOGP. De esta forma, el RP “se inventa, al margen de cualquier habilitación legal para ello, una nueva forma de aislamiento regimental indeterminado en contenido y sin procedimiento suficientemente acotado de aplicación o control” (SOLAR CALVO, 2019, pp. 789-790). Esto supone una vulneración del derecho fundamental a la libertad, en tanto se restringe la libertad en un grado mayor, sin habilitación legal para ello.

En segundo lugar, también se vulnera el derecho fundamental a la libertad cuando se limita la libertad sin habilitación legal, por medio de normativa administrativa, lo que supone una vulneración todavía más flagrante del principio de legalidad penal. Muestra de ello son los Ficheros de Internos de Especial Seguimiento (por sus siglas, FIES). Los FIES fueron creados por la Instrucción 21/1996, de 16 de diciembre, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, y aunque se definen como “un instrumento meramente administrativo con finalidad interna de control”, su aplicación tiene importantes consecuencias en el régimen de vida de las personas incluidas en estos ficheros. En este sentido, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 17 de marzo de 2009, consideró que esta normativa administrativa regulaba una restricción de derechos para un colectivo concreto de personas presas, yendo más allá del objeto y las posibilidades de regulación de una normativa administrativa, de manera que se infringía con ello la reserva de ley. A pesar de que esta sentencia supuso la modificación posterior de esta regulación (Instrucción 12/2011), el resultado normativo sigue sin ser satisfactorio (SOLAR CALVO, 2019).

En tercer y último lugar, al margen de normativas reglamentarias o administrativas específicas como las anteriores que flagrantemente habilitan la limitación de derechos fundamentales no contemplados en la ley penal, el día a día de la cárcel y su funcionamiento constituye el mayor factor de determinación del contenido de la ejecución. La praxis penitenciaria, tanto regimental como de tratamiento, determina cómo se ejecuta la pena, a partir de una normativa

penitenciaria amplia, poco determinada e incompleta, y afectada por algunas decisiones judiciales puntuales que pueden contradecirla en algunos casos. De esta forma, se evidencia “un excesivo poder de la Administración para «controlar» la ejecución de la pena de prisión” (BENITO LÓPEZ, 2007, p. 67).

Debe admitirse que, en cierto modo, la indeterminación será siempre una nota característica de la ejecución de la pena de prisión, puesto que la pena se proyecta hacia el futuro de acuerdo con su duración, y la atención a personas con sus circunstancias concretas durante largos periodos de tiempo en los que irán cambiando las circunstancias, hará, no solo imposible eliminar la indeterminación por completo, sino, también, que un grado de flexibilidad sea siempre necesario e ineludible. Sin embargo, lo que sí debe estar determinado legalmente es cómo deben tomarse todas aquellas decisiones que ponen en juego derechos en concreto, con el objetivo de que existan garantías jurídicas que reconozcan y protejan esos derechos subjetivos (HORVITZ, 2018).

Son numerosos los momentos en los que se toman decisiones sobre la forma en que se ejecuta la pena y que afectan a derechos fundamentales, especialmente, en relación con el grado de libertad al que puede acceder el sujeto en cada momento: régimen de vida en prisión con una libertad más o menos limitada (grados de clasificación), salidas al exterior (permisos, tercer grado), y libertad condicional, entre otras. En todas estas decisiones, tiene un papel central la Administración penitenciaria que cuenta con Equipos Técnicos y Juntas de Tratamiento que evalúan a los y las internas, determinando las condiciones de la ejecución. Los criterios que se utilizan no son estrictamente jurídicos, sino que la valoración se realiza con criterios técnicos de los y las profesionales del tratamiento penitenciario (psicólogos/as, educadores/as, juristas, maestros/as, etc.). Constituye una actividad administrativa que determina la forma de cumplimiento de la pena de prisión, y solo en aquellos casos en los que las decisiones puedan ser recurribles ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria u otros órganos judiciales –y siempre que se recurran–, se controla judicialmente esa actividad.

En relación con esta cuestión, autores como BRANDÁRIZ o RIVERA BEIRAS, han hecho referencia a la tendencia a una *gestión actuarial* de esta actividad administrativa determinante de las condiciones de la ejecución de la pena de prisión. A pesar de todas las críticas que se

han hecho a la idea de resocialización, en el ámbito penitenciario ha pervivido la utilidad de la rehabilitación como discurso que permite dotar de un contenido a ese *espacio-tiempo* que constituye la ejecución de la pena de prisión. Y, en la actualidad, se advierte un nuevo modelo “neo-rehabilitador” que, en conexión con la cada vez mayor *sensación social* de inseguridad, que ha dado lugar a la exigencia al sistema penal de eficiencia y eficacia en el aseguramiento de esa anhelada seguridad, incorpora “racionalidades propias de la gestión de riesgos” en el objetivo de reintegración (BRANDÁRIZ GARCÍA, 2016, p. 78).

En el ámbito penitenciario, la gestión actuarial consiste en “*una particular forma de gestión punitiva basada en el enjuiciamiento de los niveles de riesgo que presentan los sujetos a los que se les aplican diversos baremos de medición de supuestos peligros de reincidencia delictiva o quebrantamiento de condenas*” (RIVERA BEIRAS, 2015, p. 102). Este fenómeno se está produciendo por el empleo de *instrumentos actuariales*, que parten de la recopilación de información y utilizan técnicas estadísticas y probabilísticas para tratar de predecir cómo se comportará un sujeto en el futuro, y ofrecen resultados para la toma de las decisiones administrativas relacionadas con el tratamiento. Se utilizan como predictores de la reincidencia y de otras conductas violentas, y en este sentido, condicionan de manera importante la ejecución penitenciaria (BRANDÁRIZ GARCÍA, 2016). En la actualidad, el instrumento actuarial de mayor relevancia por su utilización en el Estado español es el *RisCanvi*. Se trata de una escala de valoración del riesgo de reincidencia y de otras conductas violentas, que se utiliza por la Administración penitenciaria catalana, para tomar decisiones sobre concesión de permisos, clasificaciones o concesiones de libertad condicional. No obstante, no se trata del primer instrumento de este tipo que se implementa. Las *tablas de valoración de riesgos* para la determinación de la concesión de los permisos de salida, que se utilizan por parte de la Administración General del Estado desde hace más de dos décadas, constituyen un antecedente muy importante (BRANDÁRIZ GARCÍA, 2016).

Las críticas a la utilización de este tipo de instrumentos son numerosas, tanto desde un punto de vista *epistémico*, por los problemas de “certeza” de todo análisis de riesgo; como *axiológico* o jurídico, por su colisión con las garantías propias del Estado de Derecho; o incluso *utilitarista*, por sus desproporcionados costes en relación con sus logros preventivos

(BRANDÁRIZ GARCÍA, 2016). Asimismo, se hacen críticas relacionadas con la afectación al derecho a la intimidad y al principio de igualdad, por incorporar criterios discriminatorios, generando “grupos poblacionales clasificados e identificados previamente como peligrosos y riesgosos” (RIVERA BEIRAS, 2015, p. 106). También se señalan las colisiones de este modelo con los principios de proporcionalidad y responsabilidad por el hecho, e incluso con el derecho a la presunción de inocencia (BRANDÁRIZ GARCÍA, 2016). Además, se advierte la conexión de la implementación de estas técnicas y sus consecuencias con modelos criminológicos etiológicos dominantes en el pasado –y que se entienden hoy superados– que utilizaban la categoría de la peligrosidad “remozada a través de la combinación de la psicología y la estadística” (RIVERA BEIRAS, 2015, p. 135). Sin embargo, a su vez, pueden apreciarse importantes diferencias. Hasta los años 80, se utilizaba la categoría de la peligrosidad porque lo exigían las normas, pero se asumían las limitaciones del método clínico puro o no estructurado que se utilizaba para tratar de determinar esa peligrosidad. Ahora, con la implementación de la valoración del riesgo, ha aparecido el optimismo en la capacidad predictiva de estos instrumentos (MARTÍNEZ GARAY y MONTES SUAY, 2018).

En este sentido, debe destacarse otra crítica fundamental a la utilización de estos instrumentos: que estos presentan carencias y que, si bien pueden ofrecer una información muy valiosa respecto de algunas cuestiones, respecto de otras no son herramientas tan útiles, y así, sus resultados deben analizarse de manera conjunta y con ciertas cautelas (MARTÍNEZ GARAY, 2016). Advertir estas carencias resulta especialmente importante cuando, a partir de la información que se ofrece, se pretende tomar decisiones que van a suponer la restricción y/o privación de derechos fundamentales, como ocurre en el ámbito de la justicia penal (MARTÍNEZ GARAY y MONTES SUAY, 2018). No debe olvidarse que, aunque estas decisiones se tomen con base en criterios técnicos, siguen siendo decisiones valorativas que llevan implícitas opciones político-criminales respecto de cuál es el tipo y el nivel de riesgo aceptables, y cuáles son las consecuencias jurídicas posibles (MARTÍNEZ GARAY y MONTES SUAY, 2018).

Por eso, el mayor riesgo de la implementación de estos instrumentos es que puedan utilizarse como “una herramienta con capacidad de determinación casi absoluta de las decisiones

penitenciarias, ajena a las consideraciones jurídicas” (BRANDÁRIZ GARCÍA, 2016, p. 209). Ya que, por un lado, *crear* en la posibilidad de medir el riesgo de reincidencia con precisión, de forma objetiva y fiable, permite aceptar con mucha mayor facilidad consecuencias jurídicas limitativas de derechos con base en ese conocimiento científico (MARTÍNEZ GARAY y MONTES SUAY, 2018). Y, por otro lado, el *actuarialismo* proporciona al sistema penal “una racionalidad que se distancia del saber y el pensamiento jurídicos” (BRANDÁRIZ GARCÍA, 2016, p. 239), y que complica la tarea de confrontar las decisiones del aparato administrativo con argumentos jurídicos. En este sentido, en un estudio que realizó el *Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans* de la Universitat de Barcelona, que recogió la opinión de abogados y abogadas defensoras de personas presas sobre la utilización de estos instrumentos de medición de riesgo, se destacan los niveles de indefensión jurídica que provocan, llegándose a afirmar que el *RisCanvi* constituye “una sentencia final de lo que eres y de lo que serás” (RIVERA BEIRAS, 2015, p. 137). Esta afirmación permite vislumbrar la conexión de este modelo de ejecución con la operatividad de un “Derecho penal de autor”.

Si bien, desde el Derecho penal, se han hecho amplias y fuertes críticas a la aparición de un Derecho penal del riesgo, y conectado con este, un Derecho penal de autor, e incluso el denominado Derecho penal del enemigo, estas se han centrado en el ámbito legislativo, dejando al margen sus consecuencias en las prácticas del sistema penal (BRANDÁRIZ GARCÍA, 2016). Considero que es posible afirmar que, antes de esas adjetivaciones del Derecho penal, existían –y existen– ya un Derecho penitenciario del riesgo, un Derecho penitenciario de autor, y también un Derecho penitenciario del enemigo; y *de aquellos polvos estos lodos*.

Por eso, si desde el Derecho penal no se reivindica la plenitud de las garantías penales durante la ejecución y se desatiende lo penitenciario, la ejecución de la pena de prisión queda como un terreno abonado para la arbitrariedad y la indefensión. Permitir la “relajación” del principio de legalidad en la ejecución tiene como consecuencia la vulneración de derechos fundamentales. Se vulnera el derecho fundamental a la libertad por permitir afectaciones no previstas en la ley. Y también se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por la falta de normativa legal reguladora de la ejecución y por las dificultades para confrontar jurídicamente las decisiones de la Administración penitenciaria basadas en criterios técnico-científico-

estadísticos. La creación de un status jurídico *ad hoc* con menores garantías para las personas presas de acuerdo con la *doctrina de las relaciones de sujeción especial*, permite esta indeterminación y, con ello, genera una profunda inseguridad jurídica y coloca a quienes se encuentran presas en una situación de grave indefensión.

5. El Derecho penal debe (pre)ocuparse de cómo se ejecuta la pena de prisión. ¿Cómo hacerlo?

Los argumentos expuestos hasta ahora permiten afirmar que el Derecho penal debe (pre)ocuparse de cómo se ejecuta la pena de prisión, y debe hacerlo velando –(pre)– y estableciendo la configuración –ocupándose– de las condiciones para que operen las garantías penales, especialmente, con el pleno cumplimiento del principio de legalidad.

En primer lugar, porque la pena de prisión se integra de todas sus fases o momentos, y para su consideración y análisis no puede escindirse la fase en la que esta se ejecuta, la cual aporta a la pena una parte fundamental de su contenido. Es decir, debe afirmarse que la pena ejecutada *es* la pena, porque la consideración en contrario da entrada a doctrinas que legitiman una rebaja en las garantías penales en esta fase. En segundo lugar, porque las teorías de la pena tienen en cuenta cómo se ejecuta la pena de prisión en la configuración de sus fines y, aunque algunas sostienen fines diferenciados para la ejecución, esta especificidad en cuanto a fines no puede servir para sostener una rebaja en las garantías penales. En tercer lugar, porque, en las últimas décadas, las reformas penales han endurecido las condiciones de la ejecución en el mismo sentido que el resto del sistema penal, contradiciendo y mermando el *sistema de individualización científica* y el principio de reeducación y reinserción, sostenidos en la legislación penitenciaria y entendidos como ejes específicos que rigen la ejecución; y, sin embargo, paralelamente, no se han reforzado las garantías penales que se encuentran disminuidas en la fase de ejecución, por una supuesta especificidad de esta. Y, por último, porque aceptar la separación de la ejecución del resto de fases penales y, con ello, asumir una “relajación” del principio de legalidad, tiene como consecuencia el reconocimiento de un status jurídico “disminuido” de las personas privadas de libertad y la vulneración de sus derechos fundamentales.

En definitiva, seguir sosteniendo una “particularidad” de la fase de ejecución, presentada como un rasgo “positivo” por consistir en una orientación específica al fin de la reeducación y la reinserción y un sostenimiento del *sistema de individualización científica*, cuando este ha sido ampliamente desmantelado, resulta perverso. Y, en todo caso, con independencia de los beneficios que pueda suponer que la ejecución se rija por determinados fines, si la “particularidad” permite legitimar una rebaja en las garantías, los primeros nunca compensarán esta última. Debe reconocerse y ser consecuente con el hecho de que la ejecución es, en sí misma, ejercicio del poder de castigar del Estado y, como tal, tiene que estar acompañado de todas las garantías penales, las mismas que rigen durante las fases de conminación y juicio. Todo ello sin perjuicio de que, además, se dote de un particular contenido resocializador a esta fase, y siempre que sirva para “sumar” en términos de garantías, y no para sustituirlas o legitimar su disminución.

La mayoría de la doctrina entiende que el fin último del Derecho penal es la protección de los bienes jurídicos más importantes. Si bien este fin suele relacionarse, en primer lugar, con la protección de los ataques a bienes jurídicos por la comisión de delitos, se podría decir que el Derecho penal tiene una incidencia limitada en esa protección. Aunque cada vez más se quiera relacionar el sistema penal con la seguridad de la sociedad, realmente su actuación es reactiva, por lo que, en los casos en los que interviene concretamente, el bien jurídico ya ha sido atacado. Es por eso por lo que se suele decir, que el delito representa un fracaso del sistema penal. Y puede serlo, en cierta medida, en ese aspecto preventivo que se le atribuye, que no es ni podrá ser nunca total. Sin embargo, lo que seguro constituiría un fracaso absoluto del Derecho penal, sería que, en su propia intervención, fuera él mismo el que atacase bienes jurídicos, olvidándose de esa protección encomendada respecto de las personas que han delinquido. El ámbito en el que seguro el Derecho penal tiene amplias posibilidades de proteger bienes jurídicos es el de su propia intervención, y, evidentemente, esto incluye la ejecución de sus propias resoluciones penales.

La siguiente –e inevitable– pregunta es: ¿cómo hacerlo? ¿Cómo establecer las condiciones jurídico-penales de una ejecución de la pena de prisión con garantías?

Esta tarea no debería emprenderse con la idea de alcanzar un sistema penal que no vulnere derechos, pues debe asumirse que el riesgo de vulneración le es inherente en cuanto aparato que sirve para la restricción y/o privación de derechos, especialmente, en el caso de la pena de prisión. Por eso, de lo que se tiene que encargar el Derecho penal es de apreciar este riesgo, vigilarlo y ofrecer herramientas para enfrentarlo. En este sentido, será fundamental no confundir los planos prescriptivo y descriptivo: la propuesta jurídico-penal siempre será una propuesta residida en el plano del *deber ser*, y como tal, necesariamente confrontable con sus consecuencias en la realidad social, que serán alumbradas por las aproximaciones de otras disciplinas, cuyos conocimientos deberán tenerse en cuenta siempre.

En cualquier caso, no puedo, en este trabajo, abordar esta cuestión en profundidad. Simplemente, apuntaré algunas cuestiones recogiendo aportaciones de autores que, desde hace muchos años, vienen reivindicando la necesidad de la vigencia de las garantías penales en el ámbito penitenciario. Concretamente, la denominada *garantía de ejecución*, que consiste precisamente en asegurar la vigencia del principio de legalidad en la fase ejecutiva de la pena.

A pesar del reconocimiento normativo de la existencia de esta garantía, tanto en el CP como en la LOGP, por un lado, su formulación en la legislación penitenciaria resulta insuficiente, e incluso algunas autoras la consideran “de dudosa constitucionalidad respecto de la reserva de ley” (SOLAR CALVO, 2019, p. 782); y, por otro lado, lo cierto es que, *de facto*, como se ha visto, el principio de legalidad sufre una “relajación” en la fase de ejecución, que se pretende justificar con teorías como la *doctrina de las relaciones de sujeción especial*. No obstante, también son muchos los autores y autoras que defienden que, durante la ejecución, tanto el principio de legalidad como el de seguridad jurídica, deben seguir plenamente vigentes (HASSEMER/MUÑOZ CONDE, 1989; MATA Y MARTÍN, 2011; MIR PUIG, 2011; SILVA SÁNCHEZ, 2015; FERNÁNDEZ ARÉVALO/NISTAL BURÓN, 2016; CAROU-GARCÍA, 2017; MAPELLI CAFFARENA, 2019).

Un autor cuya obra es fundamental en el análisis y reivindicación de la *garantía de ejecución* es RIVERA BEIRAS, quien afirma que la única opción posible en un Estado social y democrático de Derecho es “la exigencia del cumplimiento de la legalidad en el interior de la cárcel” (2017, p. 39). En su obra *Descarcelación*, donde trata de plantear una estrategia

superadora de la institución carcelaria, destaca que esta debe situarse en la “fase de creación del Derecho”, eliminando la posibilidad de la pena de prisión como respuesta penal (2017, p. 81). En este sentido, no atribuye prescriptivamente ninguna finalidad a la pena de prisión, y utiliza el concepto de “re-integración” a la sociedad tras el paso por la cárcel, no gracias al tratamiento penitenciario, sino “a pesar de la cárcel” (2017, p. 14).

Mientras esta superación no se produzca, pero caminando hacia ese lugar, señala la necesidad de una “revaluación del estatuto jurídico de las personas privadas de libertad”, en consonancia con la forma constitucional de Estado social y democrático de Derecho (2017, p. 103). En este sentido, reclama la erradicación de la utilización de criterios subjetivos y/o de peligrosidad para la toma de decisiones sobre la ejecución de la pena de prisión, de manera que no se vacíe de contenido el principio de seguridad jurídica, y que no se admita “un derecho penal de autor en fase de ejecución penal orientado por criterios subjetivos, o de peligrosidad o de supuestas mediciones de umbrales de riesgos” (2017, pp. 103-104).

Además, señala, en primer lugar, la necesidad de modificar el ámbito decisional de los incidentes de ejecución penal para que las personas presas puedan estar en condiciones de contradecir las propuestas de los equipos de tratamiento ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y reforzar el control jurisdiccional de la Administración penitenciaria; en segundo lugar, la necesidad de regular con normas de rango legal el proceso que rige la ejecución: un Derecho procesal penitenciario⁶; y, en tercer lugar, reivindica el derecho de

⁶ El 24 de noviembre de 2020 el Consejo de Ministros aprobó el nuevo Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal. Respecto de la ejecución penal, la Exposición de Motivos refiere lo siguiente: “La pretensión de actualizar y modernizar el proceso penal español no puede dejar en el olvido lo que ocurre una vez dictada una sentencia condenatoria. Dar cumplimiento al Derecho material es la finalidad característica de todo proceso y, frente a otras ramas del ordenamiento que se ejecutan sin necesidad de recurrir a los tribunales, el Derecho Penal requiere, de modo inexcusable, de un cauce procesal para llegar a materializarse. La posibilidad de cumplir con los objetivos básicos del Derecho Penal reside, en última instancia, en la credibilidad del sistema de penas y, por tanto, en la confianza colectiva en que es adecuadamente ejecutado por el poder público competente. El legislador debe prestar, por ello, una especial atención al proceso ejecutivo, pues es el único instrumento a su alcance para convertir ese sistema en realidad.

En particular, el rol resocializador que la Constitución atribuye a la ejecución penal solo puede lograrse con la provisión de un marco legislativo equilibrado, que asegure que el cumplimiento de las penas no se convierte en un agujero negro del sistema. La voluntad de la presente ley es por ello, romper definitivamente con el rol subordinado que, en sede legislativa, se ha dado tradicionalmente a la ejecución penal. Una vez cubierta esa importante laguna, la estructura jurídica básica que conforman la presente ley, el Código Penal y la legislación penitenciaria podrá ser completada con la aprobación de un Reglamento General de Ejecución.” Atendiendo a

defensa jurídica y asistencia letrada gratuita en la ejecución de la pena de prisión (2017, pp. 105-110). Esta cuestión también la apunta AYA ONSALO, que aprecia que hay muchos momentos en los que la persona privada de libertad requiere de asistencia jurídica para la “tutela judicial efectiva de sus intereses”, y especialmente, respecto de aquellos incidentes que pueda afectar a su situación de privación de libertad (1989, pp. 22-27).

Finalmente, RIVERA BEIRAS, desde un punto de vista metodológico, señala que no se puede seguir abordando la cuestión carcelaria sin sus principales protagonistas, las personas privadas de libertad. Y, recuerda la obligación del cumplimiento del Derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito penitenciario.

Comparto absolutamente el análisis y las propuestas de este autor y, por eso, considero que puede concluirse que procede hacer, de una vez por todas, plenamente efectivo el principio de legalidad durante la ejecución. El Derecho penal debe encargarse de que los principios que hacen posible un ejercicio del poder punitivo aceptable en un Estado social y democrático de Derecho sigan vigentes durante la ejecución y, en este sentido, la normativa penitenciaria debe integrar y desarrollar en detalle la operatividad del principio de legalidad en la ejecución: la *garantía de ejecución*. Porque no se puede seguir aceptando un desarrollo legislativo deficiente, que vacía de contenido las grandes declaraciones de derechos que se reconocen formalmente (BENITO LÓPEZ, 2007, p. 67). Para ello, es necesario que la LOGP regule detalladamente esta garantía para que opere efectivamente y no pueda ser burlada por doctrinas como la de las *relaciones de sujeción especial*. Y, finalmente, debe crearse normativa procesal penitenciaria que, de una vez por todas, establezca los cauces que deben seguirse para reivindicar el cumplimiento del Derecho dentro de prisión.

Seguramente, al leer estas líneas, se pueda pensar en que esta reivindicación y esta propuesta no son novedosas. Sin embargo, si bien el absoluto inmovilismo en lo que concierne a estas cuestiones se arrastra desde hace más de 40 años, eso no lo convierte en una cuestión del pasado, sino todo lo contrario: gana relevancia en la actualidad conforme se acumula el

esta declaración de intenciones, se deberá prestar atención al recorrido que tendrá este texto y qué novedades concretas se incorporan en el futuro.

tiempo en el que no se hace nada al respecto. Entonces, una se puede preguntar, ¿por qué? ¿Qué impide realizar estos cambios? Es complicado tratar de responder a esta pregunta, pero si algo se puede intuir por la escasa iniciativa legislativa que ha existido en todo este tiempo, es que debería comenzarse por que existiera voluntad política en este sentido.

No obstante, me gustaría cerrar este texto con un dato para la esperanza, ya que, en el ámbito europeo, se advierte una tendencia hacia un mayor reconocimiento de las garantías penales durante la ejecución. Si bien el TEDH, en su interpretación del art. 7 CEDH, históricamente, no ha reconocido las garantías del principio de legalidad en los aspectos de ejecución, es posible apreciar una tendencia hacia su expansión, a partir de casos como el de *Kafkaris contra Chipre* del año 2008. Con ello, se está produciendo una “extensión de las garantías allí donde éstas se vean afectadas en sentido material, levantando el velo más allá de divisiones o consideraciones puramente formales” (LANDA GOROSTIZA, 2012, p. 19).

6. BIBLIOGRAFÍA

ARRIBAS LÓPEZ, E. (2007) “Aproximación a un ‘derecho penitenciario del enemigo’”. *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 253, pp. 31-59.

AYA ONSALO, A. (1989) “La defensa jurídica del interno en Centro Penitenciario”. *Eguzkilore*, núm. extraordinario 2, pp. 19-28.

BARBER BURUSCO, M. S. (2016) “La libertad condicional conforme a la LO 1/2015, de 30 de marzo: ¿Instrumento diseñado para prolongar el control penal?”. *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 36, pp. 663-710.

BARBER BURUSCO, M. S. (2014) *Alcance de la prohibición de retroactividad en el ámbito de cumplimiento de la pena de prisión*. Madrid: Dykinson.

BARQUÍN SANZ, J. y LUNA DEL CASTILLO, J. DE D. (2012). “En los dominios de la prisión. Distribución numérica de las penas en el código y en la justicia penal”. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 14, pp. 1-52.

BENITO LÓPEZ, R. (2007) “La relación jurídica penitenciaria”. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, pp. 57-90.

- BRANDARIZ GARCÍA, J. Á. (2016) *El modelo gerencial-actuarial de la penalidad: eficacia, riesgo y sistema penal*. Madrid: Dykinson.
- CANO MATA, A. (1975) “Derecho administrativo penitenciario: protección al recluso”. *Revista de Administración Pública*, núm. 76, pp. 31-61.
- CARDENAL MONTRAVETA, S. (2015) “Función de la pena y suspensión de su ejecución”. *InDret*, núm. 4, pp. 1-33.
- CAROU-GARCÍA, S. (2017) “El principio de legalidad en el Derecho penitenciario español”. *InDret*, núm. 4, pp. 1-27.
- CEREZO MIR, J. (2005) “Los fines de la pena en el Código Penal después de las reformas del año 2003”. *Revista de derecho penal y criminología*, 2.^a época, núm. extraordinario 2, pp. 13-30.
- CORCOY BIDASOLO, M. (2005) “Los fines de la pena en el sistema de penas y medidas de la reforma penal de 2003”. En: Carbonell Mateu, J.C., Del Rosal Blasco, B., Morillas Cueva, L., Orts Berenguer, E. y Quintanar Díez, M. (coords.), *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid: Dykinson, pp. 229-250.
- CORRAL MARAVER, N. (2015) “La España democrática. El código penal de 1995 y reformas”. En: Corral Maraver, N., *Las penas largas de prisión en España. Evolución histórica y político-criminal*, Madrid: Dykinson, pp. 191-258.
- CUTIÑO RAYA, S. (2017) *Fines de la pena, sistema penitenciario y política criminal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DWORKIN, R. (2019) [1977] *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel Derecho.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J. (2016) *Derecho penitenciario*. Cizur Menor: Aranzadi.
- FEUERBACH, P.J. (2007) [1801] *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*. Buenos Aires: Hammurabi.
- GARCÍA VALDÉS, C. (1989) *Derecho Penitenciario (Escritos, 1982-1989)*. Madrid: Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones.

GISBERT GISBERT, A. (1992) “La normativa procesal española en la ejecución de penas privativas de libertad”. En: Rivera Beiras, I. (coord.), *Cárcel y derechos humanos: un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*, Barcelona: Bosch, pp. 165-194.

GOFFMAN, E. (2001) *Internados. Ensayo sobre la situación social de los enfermos mentales*. Buenos Aires: Amorrortu.

HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F. (1989) *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

HORVITZ, M. I. (2018) “La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigencia del Estado de derecho o estado de naturaleza?”. *Política Criminal*, Vol. 13, núm. 26, pp. 904-951.

JAKOBS, G. (2000) *Bases para una teoría funcional del Derecho Penal*. Lima: Palestra Editores.

LANDA GOROSTIZA, J-M. (2012) “Ejecución de penas y principio de legalidad ante el TEDH. A propósito del caso Del Río Prada c. España, STEDH, 3ª, 10.07.2012 (42750/09) y la aplicación de la doctrina Parot”. *InDret*, núm. 4, pp. 1-25.

LASAGABASTER HERRARTE, I. (1994) *Las relaciones de sujeción especial*. Madrid: Civitas.

LÓPEZ PEREGRÍN, C. (2005) “La pena de prisión en España tras la reforma de 2003 y los fines de la pena”. En: RIO, Universidad Pablo Olavide, pp. 1-14.

MAPELLI CAFFARENA, B. (2019) “Algunas cuestiones jurídicas relacionadas con las garantías jurídicas de los beneficios penitenciarios”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LXXII, pp. 31-54.

MAPELLI CAFFARENA, B. (1992) “Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario”. *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 16, pp. 281-326.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. (1998) “Derechos fundamentales entre rejas. Algunas reflexiones acerca de los derechos fundamentales en el ámbito penitenciario, al tiempo que un comentario

de la jurisprudencia constitucional al respecto”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 51, Fasc/Mes 1-3, pp. 245-262.

MARTÍNEZ GARAY, L. y MONTES SUAY, F. (2018) “El uso de valoraciones del riesgo de violencia en Derecho Penal: algunas cautelas necesarias”. *InDret*, núm. 2, pp. 1-47.

MARTÍNEZ GARAY, L. (2016) “Errores conceptuales en la estimación de riesgo de reincidencia: La importancia de diferenciar sensibilidad y valor predictivo, y estimaciones de riesgo absolutas y relativas”. *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 14, pp. 1-31.

MARTÍNEZ RUIZ, J. (2017) “La relación jurídico-penitenciaria. Especial referencia a la protección de la vida de los reclusos”. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 19-30, pp. 1-21.

MATA Y MARTÍN, R. (2019) “Apuntes sobre la esperada reforma penitenciaria”. *Diario La Ley*, núm. 9516, pp. 1-12.

MATA Y MARTÍN, R. (2016) “Ámbitos de la ejecución penitenciaria afectados por la reforma del Código Penal: a propósito de la LO 1/2015”. *Diario La Ley*, núm. 8713, pp. 1-13.

MATA Y MARTÍN, R. (2011) “El principio de legalidad en el ámbito penitenciario”. *Revista General de Derecho Penal*, núm. 14, pp. 121-166.

MIR PUIG, C. (2011) *Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*. Barcelona: Atelier.

NAVARRO VILLANUEVA, C. (2002) *Ejecución de la pena privativa de libertad: garantías procesales*. Barcelona: Bosch.

PRIETO ÁLVAREZ, T. (2009) “La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción”. *Revista de Administración Pública*, núm. 178, pp. 215-247.

REVIQUIERO PICÓN, F. Y BRAGE CAMAZANO, J. (2009) “La ejecución de las penas privativas de libertad en España”. *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 8, pp. 146-169.

RIVERA BEIRAS, I. (2015) “Actuarialismo penitenciario: Su recepción en España”. *Crítica Penal y Poder*, núm. 9, pp. 102-144.

RIVERA BEIRAS, I. (2017) *Descarcelación. Principios para una política pública de reducción de la cárcel*. Valencia: Tirant lo Blanch.

RODRÍGUEZ ALONSO, A. y RODRÍGUEZ AVILÉS, J.A. (2011) *Lecciones de Derecho Penitenciario* (4ª ed.). Granada: Comares.

RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (2013) *El sistema penitenciario español, ante el siglo XXI*. Madrid: Iustel.

ROXIN, C. (1997) *Derecho Penal, Parte General, t. I: Fundamentos, La estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2018) *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*. Barcelona: Atelier.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2015) *En busca del Derecho penal*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF.

SILVA SÁNCHEZ, J.M. (1998) “¿Política criminal del legislador, del juez, de la administración penitenciaria? Sobre el sistema de sanciones en el Código Penal español”, *Diario La Ley*, núm. 4, pp. 1450-1453.

SOLAR CALVO, P. (2019) “Consecuencias penitenciarias de la relación de sujeción especial. Por un necesario cambio de paradigma”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LXXII, pp. 777-809.

TAMARIT SUMALLA, J-M., GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA, M-J. y SAPENA GRAU, F. (2005) *Curso de Derecho Penitenciario* (2ª ed.), Valencia: Tirant lo Blanch.

VAN ZYL SMIT, D. y SNACKEN, S. (2013) [2011] *Principios de Derechos y Política Penitenciaria Europea. Penología y Derechos Humanos* (trad. coord. Muñoz Aunión, A.). Valencia: Tirant lo Blanch.

VON LISZT, F. (1994) [1883] *La idea del fin en Derecho penal*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (2018) “Dogmática funcionalista y política criminal: una propuesta fundada en los derechos humanos”. *Derecho PUCP: Revista de La Facultad de Derecho*, núm. 81, pp. 47-92.