

# La dimensión jurídica de la pena de prisión (\*)

FRANCISCO BUENO ARUS

Profesor Ordinario de Derecho penal de la Universidad de Comillas

## I. LA PENA COMO INSTITUCION JURIDICA: CARACTERES Y REQUISITOS. ORGANIZACION Y LEGITIMIDAD. COACTIVIDAD. VALIDEZ Y REFERENCIA A VALORES. EFICACIA. LA PENA Y EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO

1. Toda comunidad necesita de un sistema de controles de la conducta de sus miembros para la propia conservación y desarrollo (orden). Tales controles pueden ser espontáneos o formalizados. La pena se puede configurar como un control formalizado, característico de las sociedades políticas estructuradas en Estado, regulado por el Derecho. Son propios de las instituciones jurídicas determinados caracteres y requisitos, que los tratadistas no siempre identifican con los mismos términos, ni éstos reciben siempre la misma significación. *Organización o institucionalización* quiere decir la residencia en un conjunto estable de personas del poder de emanar y aplicar las normas jurídicas. Con el término *legitimidad*, en sentido formal, se alude a la procedencia de una norma o acto del órgano que tiene el poder social para producirlo (competencia), y, en sentido material, a la coherencia del contenido de la norma con los valores morales o políticos que el intérprete considera como un ordenamiento preferente sobre el jurídico y que se concretan esencialmente en la libertad y en la justicia, en cuanto que el Derecho se puede concebir como un orden de coordinación de libertades para lograr el mayor nivel posible de justicia en las relaciones sociales. La legitimidad material también se conoce como *validez* (sustancial) o *valor* (intrínseco) de las normas, aunque la expresión validez, desde una perspectiva formal, pueda también coincidir con la conformidad de la norma con las normas de producción del ordenamiento de que forma parte y su vigencia temporal. La

---

(\*) Ponencia desarrollada en las «Jornadas Penitenciarias de Cataluña: Prisión y Comunidad» (Barcelona, 10-13 diciembre 1986)

*eficacia* o *vigencia social* de las normas jurídicas consiste en la conformidad de la conducta de los destinatarios con aquéllas, la que puede ser espontánea o estar determinada por la *coactividad* garantizada por la organización jurídica para asegurar el respeto de las normas.

La pena como institución jurídica participa de estos mismos caracteres, en cuanto que constituye la utilización de la fuerza para obligar al cumplimiento de las normas, requiere de una organización que la aplique y que la haga cumplir, y supone una ponderación de los valores o bienes jurídicos de la sociedad o de sus miembros, que se protegen mediante una limitación de otros valores o bienes jurídicos pertenecientes al infractor de la norma. Las normas penales, para ser aceptadas por la comunidad, han de ser legítimas y válidas, en cuya consideración entrará, quizá con más intensidad que en otros sectores del ordenamiento, el *principio de necesidad*.

2. Desde la perspectiva del Derecho público, la pena o, más propiamente, el *ius puniendi* representa una potestad cuya titularidad es compartida en diversas fases o momentos por los diferentes poderes del Estado, que contribuyen competencialmente a su existencia. Corresponde al Poder Legislativo la conminación en abstracto con penas a los autores de las conductas infractoras de las normas, descritas en disposiciones generales (leyes). Corresponde al Poder Judicial la aplicación de las penas en los casos concretos, con ocasión del enjuiciamiento del comportamiento de cada infractor de las normas en particular, en el correspondiente proceso. Corresponde al Poder Ejecutivo o Administración pública la ejecución de las sentencias condenatorias y el cumplimiento de las correspondientes penas. Esta delimitación de competencias no es, por supuesto, tan nítida como podría parecer de lo expuesto, toda vez que los diversos Poderes del Estado se solapan en sus funciones, y así tenemos que el Poder Ejecutivo puede dictar normas generales y el Judicial y Legislativo realizar actividades de control de la Administración pública.

3. Si la legitimidad de un acto jurídico consiste en su procedencia del Poder competente según el ordenamiento, será en principio legítima la pena establecida en la Ley, determinada en una sentencia judicial y ejecutada por la Administración pública, aunque la mera legitimidad formal no llenaría todas las exigencias de un Estado de Derecho sin el respeto exquisito del *principio de legalidad*, que sirve así de puente con el requisito de la validez.

4. Desde la perspectiva del particular condenado, la pena se nos muestra como una *obligación*, es decir, como una necesidad jurídica de realizar el contenido de la sentencia condenatoria, que puede traducirse en una obligación de hacer o más frecuentemente en una obligación de padecer o de soportar (la limitación de derechos y libertades en que la pena concretamente impuesta consista). Esta obligación jurídica específica es también imponible coactivamente, mediante el recurso a la fuerza y la exigencia de nueva responsabilidad penal a quien incumpliera tal obligación (delito de quebrantamiento de condena).

5. La validez (formal) de una actuación jurídica se corresponde con su adecuación a las normas (principio de legalidad). Pero, en la medida en que las normas requieran una finalidad concreta, una correspondencia con determinados valores, la validez (sustancial) exige también la adecuación a la finalidad o a los valores reconocidos por la norma. Ello supone tener una conciencia precisa de la *Weltanschauung* a que responde una determinada Constitución u ordenamiento y saber diferenciar lo estable y duradero de lo accesorio y fugaz dentro del cuadro de valores que constituyan aquélla, aun dentro del relativismo histórico y sociológico con que los valores han de ser necesariamente considerados. A este respecto, los fines atribuidos, en su caso, a las penas por las normas constitucionales o básicas del ordenamiento serán decisivos como criterio interpretativo de las normas relativas a la pena y como principio rector de su praxis, habiendo de considerarse anticonstitucionales, y, por tanto viciadas de nulidad absoluta, las normas o prácticas que los contradijeran.

6. En cuanto a la eficacia de la pena, como la de cualquier norma o institución jurídica, la misma significa su aceptación social, que difícilmente se producirá si aquéllas no son coherentes con los valores fundamentales establecidos o aceptados por la opinión pública, que esencialmente son la seguridad y la justicia, y que pueden coincidir o no, en su identidad o importancia, con los valores inspiradores del ordenamiento jurídico. Tal eficacia será inexistente en el caso de que el pueblo destinatario y objeto de protección de las normas penales sienta que no está suficientemente protegido por las mismas y que, por tanto, se impone, o bien una transformación del modelo de política criminal, o bien el recurso a medios de control no institucionalizados y tal vez a la defensa privada.

7. La pena tiene también sus exigencias esenciales en el contexto de un Estado social y democrático de Derecho. El *Estado social*, que propugna su intervención en la vida de los ciudadanos y en la dirección de las actividades sociales, ha de suponer necesariamente una orientación de la pena hacia la reinserción social del delincuente, es decir, a la orientación de su vida conforme al respeto de las normas de convivencia, ofreciéndole los medios adecuados para superar los conflictos que hayan motivado la conducta delincuente. El *Estado democrático* supone la participación de los ciudadanos en la toma y ejecución de decisiones que afectan a la comunidad, lo cual, en el ámbito penal, además de las cuestiones generales de participación del pueblo en los poderes legislativo y judicial, debe comportar una colaboración de las instituciones privadas con las estatales en el tratamiento y la asistencia posterior al condenado para reforzar la indicada reinserción social e incluso una mayor atención a la participación del propio condenado en la adopción y en la ejecución de la pena que parezca más adecuada.

Recientemente, M. DELMAS-MARTY ha presentado como movimiento de Política Criminal más racional y menos autoritario, el que asocia al delincuente, a la víctima y al grupo social, a la respuesta que se dé

a la infracción o la desviación de la norma. Aleja más el Derecho penal de una estrategia de guerra, busca una solución para el futuro y destaca la solidaridad del cuerpo social de cara al fenómeno criminal.

II. LA PENA DE PRISION: CONCEPTO Y CONTENIDO.  
ORGANIZACION. COACTIVIDAD. REFERENCIA A VALORES:  
SEGURIDAD, JUSTICIA Y LIBERTAD. FINES  
CONSTITUCIONALES

1. Es sobradamente conocido que en el catálogo general de penas de los Estados de nuestro tiempo la pena de prisión ocupa el primer término, aunque no pueda ignorarse que desgraciadamente la pena de muerte aún continúa vigente en la mitad de los Estados existentes. La pena de prisión, que ha sido definida por ANTÓN ONECA como una clausura bajo un régimen de disciplina obligatorio, consiste esencialmente en la privación de libertad de movimientos, en cuanto que el penado ya no puede disponer de sí mismo respecto de su lugar material de residencia y respecto de la distribución de su tiempo en distintas actividades si no es dentro del marco constituido por la pena impuesta y por el grado del sistema penitenciario en que aquél se encuentre clasificado.

Sin embargo, no sería realista limitar el contenido de la pena de prisión a la exclusiva privación de la libertad de movimientos. La propia Constitución prevé en su artículo 25.2 que el condenado a la pena de prisión se verá limitado en sus derechos fundamentales «por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley Penitenciaria». Aunque la doctrina no se ha puesto de acuerdo sobre el alcance de estas expresiones, y aunque sea loable que un sector de la misma trate de reducir dicho alcance al mínimo posible (de acuerdo con la teoría de la *prevención general positiva*), lo cierto es que hay otras libertades fundamentales que pueden ser anuladas o limitadas al condenado a la pena de prisión, además de la indicada libertad de movimientos. Y ésta no es una situación exclusiva del interno en un establecimiento penitenciario, sino en cierto modo común a cuantos forman parte de alguna de las llamadas por la doctrina crítica «instituciones totales» (cuarteles, hospitales, escuelas), en las que los integrantes de la colectividad están realmente sometidos a una relación de sujeción especial. Creo que la libertad de expresión, la libertad de reunión y manifestación, la libertad de asociación y sindicación, la libertad sexual, sin contar con el ejercicio de otros derechos civiles, económicos y familiares, están íntimamente afectadas, por la propia naturaleza de las cosas, por la pena de prisión y forman parte de su contenido natural.

2. Decía anteriormente que la pena, como toda institución jurídica, supone organización, coactividad y referencia a valores. En lo que respecta a la pena de prisión, la organización está también caracterizada por una distribución de funciones entre los poderes básicos del

Estado y por mecanismos de equilibrio entre ellos. Al Poder Legislativo le corresponde la conminación con penas de prisión, en su caso, en las concretas normas penales, de las que, como se sabe, el presupuesto es el delito y la consecuencia es la sanción, pero también le corresponde una función de control de las medidas excepcionales adoptadas en los establecimientos penitenciarios, especialmente en los supuestos previstos por la Disposición Final 1.<sup>a</sup> de la Ley Orgánica General Penitenciaria de 26 de septiembre de 1979. Al Poder Judicial le corresponde naturalmente la aplicación de las penas concretas en los casos concretos, por medio del correspondiente proceso, pero también el control de su ejecución por la Administración penitenciaria y la tutela de los derechos fundamentales de los internos a través de la institución del Juez de Vigilancia, introducido en nuestro ordenamiento por el artículo 76 de dicha LOGP. A la Administración pública (Administración central o Comunidades Autónomas) le corresponde la ejecución material de las penas y la puesta en práctica del tratamiento penitenciario en cada caso, así como la asistencia social a los penados, liberados y sus familiares, sin perjuicio de que también el Ejecutivo puede dictar normas reglamentarias (Reglamento Penitenciario de 8 de mayo de 1981), si bien, por imperativo del principio de legalidad en materia penal, tales normas no hayan de tener nunca fuerza de ley sino siempre valor subordinado a la misma.

La organización de la pena de prisión en un Estado social y democrático de Derecho exigiría, sin duda, un control democrático y una participación de la Sociedad en el Legislativo, los Tribunales y las instituciones penitenciarias, pero tal participación se limita en nuestro ordenamiento, por lo que respecta a estas últimas, a una vaga colaboración en la recuperación social de los internos y en el tratamiento de los excarcelados (artículos 69.2 y 75.2 de la LOGP).

3. Decía también anteriormente que la coactividad jurídica, en cuanto a la pena, se traduce en la concepción de ésta como una obligación jurídica positiva. Obligación que más propiamente debe ser concebida como una relación jurídica, es decir, un entramado de derechos y deberes recíprocos entre el Estado y el condenado. La concepción de la pena de prisión como una relación jurídica, cuyos efectos incluso se prolongan más allá del estricto cumplimiento de la pena, está claramente presente en la LOGP, que define, de una parte, los derechos y deberes del interno, y de otra las correlativas potestades y las prestaciones que la Administración está obligada a proporcionar a los penados. Es más, por imperativo del citado artículo 25.2 de la Constitución, hay derechos reconocidos expresamente a los internos (trabajos remunerado, Seguridad Social, acceso a la cultura, desarrollo integral de la personalidad) que, por su colocación en el articulado de la normativa fundamental, pueden teóricamente ser objeto de protección más intensa mediante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo 53.2 de aquélla.

4. En cuanto a la referencia a valores, es claro que los valores fundamentales que están en juego en la dinámica de la pena de prisión

son los de seguridad, justicia y libertad. La seguridad aparece como un requerimiento irrenunciable de la Sociedad, que considerará tanto más ineficaz el sistema penitenciario cuanto menos contribuya a la erradicación de la reincidencia y de la delincuencia en general, pero, desde la perspectiva del justiciable, la seguridad lleva consigo un acatamiento estricto del *principio de legalidad*, no sólo en cuanto a la determinación de los delitos a los que es aplicable la pena de prisión y la duración de ésta, sino también en cuanto al establecimiento de las garantías fundamentales del condenado y las líneas básicas del régimen y del tratamiento penitenciarios. El valor de la justicia, esencial siempre por hipótesis en cualquier institución jurídica, supone que la pena de prisión, como cualquier otra pena, debe aplicarse teniendo en cuenta el *principio de proporcionalidad* con la gravedad del delito y la culpabilidad del sujeto, sin perjuicio de que, dentro de los límites que estos criterios permitan establecer, se preste además atención a las exigencias de la prevención. El valor de la libertad, como característica asimismo esencial del Derecho concebido desde una perspectiva dinámica, y en el ámbito de un Estado de Derecho, exige que la misma únicamente sea limitada en la medida de lo necesario y por tanto incluye en el ámbito de los principios fundamentales del Derecho penal contemporáneo el *principio de intervención mínima*, que, por lo que a la pena de prisión respecta, no solamente ha de tener proyección en las fases legislativa y judicial sino también en la fase de su ejecución, en la regulación del régimen, sistema y tratamiento penitenciarios.

5. Todo ello, naturalmente, desde la óptica de la finalidad de la reeducación y reinserción social hacia las cuales han de estar orientadas las penas privativas de libertad por imperativo del artículo 25.2 de la Constitución de 1978. Procede hacer aquí, aunque no pueda desarrollarse por extenso, una referencia a la polémica doctrinal en torno al alcance del artículo 25.2 de la Constitución y de la justificación de las actividades resocializadoras y de tratamiento, que incluso han sido cuestionadas por el sector más crítico como una posible manipulación rechazable de la personalidad humana. El sentido, sin embargo, de la LOGP no es el de la imposición de un tratamiento resocializador que lleve consigo una manipulación física de la persona, ni siquiera la imposición coactiva de los valores asumidos por la clase dominante, sino una oferta de medios de solución de conflictos que se hace al individuo condenado, así como influir en éste para que asuma como propios los criterios de convivencia indispensables en la Sociedad en la que vive, que consisten fundamentalmente en vivir sin cometer delitos. Aunque, como ya he indicado, en nuestros días la doctrina parece decantarse por la primacía de la prevención general (positiva), entiendo que prevención general y prevención especial se hallan indisolublemente unidas, en cuanto que la protección de la sociedad y la afirmación de la conciencia de las normas lleva consigo el respeto de la justicia, la promoción del desarrollo de la personalidad y la disposición de medios para facilitar la integración de la persona en su entorno so-

cial. La pena de prisión no ha de ser vista sino como un factor más, especialmente intenso si se quiere pero no cualitativamente contradictorio, en el proceso general de socialización en que necesariamente todos los miembros de una Sociedad se hallan inmersos. A mi entender, agotadas las posibilidades de sustitución de las penas cortas de privación de libertad por otras penas o medidas, predicar la abolición de la prisión sólo es coherente cuando simultáneamente se solicite la abolición de la Sociedad, o, al menos, de la Sociedad organizada en Estado, y sin la certidumbre de que lo que en tal hipótesis viniera a sustituir a las prisiones sería más humano.

### III. CONMINACION CON PENAS: PODER LEGISLATIVO DEMOCRATICO. PRINCIPIO DE LEGALIDAD: DESCRIPCION PRECISA. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y BIENES JURIDICOS. PRINCIPIO DE INTERVENCION MINIMA: DESPENALIZACION

1. La conminación de delitos con penas corresponde al Poder Legislativo, como función esencial a llevar a cabo juntamente y al mismo tiempo que la definición de los tipos penales en las normas positivas, pues, en efecto, no se comprendería la existencia de un delito que no tuviera señalada su correspondiente pena. La existencia de normas imperfectas (presupuesto sin sanción) no tiene sentido en el sector jurídico penal, por su misión de *ultima ratio*, es decir, de garantizar con las sanciones más severas el cumplimiento de las normas jurídicas, una vez fracasados otros niveles de responsabilidad. Por tanto, el caso del artículo 231.1 del Código penal español, que define el delito de atentado impropio para el que posteriormente no aparece prevista pena alguna, constituye una aberración lógica.

2. En un Estado social y democrático de Derecho, el Poder Legislativo tiene que ser *democrático*, principio que se satisface con la elección de los legisladores mediante el sufragio universal. Ahora bien, la representatividad formal de los legisladores no garantiza la representatividad material, es decir, que los miembros del Poder Legislativo hayan sido elegidos por el pueblo no garantiza que las normas que promulguen sean las más adecuadas desde el punto de vista de las necesidades, los sentimientos y las expectativas del pueblo. Lo cual nos llevaría al tema de la correspondencia entre la Ley y la opinión pública y al de la función pedagógica de la Ley, que sin duda exceden del contenido de esta ponencia. Pero no quiero dejar de aludir, como mera hipótesis, a la posible conveniencia de que las normas legales hubieran también de ser sometidas, durante el procedimiento de elaboración de las mismas, a la audiencia de los ciudadanos directamente o a través de asociaciones, de la misma forma que prevé para las disposiciones administrativas el artículo 105 a) de la Constitución.

3. Decía más arriba que los valores fundamentales a cuyas exigencias responde el Derecho penal se traducen en los principios de lega-

lidad, proporcionalidad e intervención mínima. Por lo que respecta al *principio de legalidad*, la previsión en abstracto de las penas requiere una descripción precisa y con la suficiente claridad de las mismas en cada caso, así como de las reglas que han de guiar su determinación en concreto por el Juez penal. Se trata de atribuir a las penas las mismas reglas de precisión y de claridad que la doctrina exige para la descripción de lo tipos penales, rechazando tanto los tipos abiertos como el abuso de las normas en blanco. Quebrantaría, por tanto, el principio de legalidad el establecimiento de penas cuyo contenido fuera confuso, cuyos límites cuantitativos fueran excesivamente amplios o cuya determinación en el caso concreto se hubiera de hacer a través de unas escalas o de unas reglas de difícil comprensión. También es exigencia del principio de legalidad la irretroactividad de las normas penales que perjudiquen al reo.

4. El *principio de proporcionalidad*, en lo que se refiere a la previsión abstracta de las penas, significa que la gravedad de la pena señalada para cada delito ha de estar en relación con la gravedad del ataque y con la importancia del bien jurídico protegido por la norma, de tal manera que atentaría contra la proporcionalidad, y, por tanto, contra la justicia, por ejemplo, la conminación de una pena de arresto menor para un delito de asesinato o la de una pena de reclusión mayor para una falta de daños. Es evidente, sin embargo, que no puede llevarse a cabo una determinación absolutamente precisa y convincente de los bienes jurídicos cuya protección merecería exclusivamente la imposición al infractor de una pena privativa de libertad. El viejo principio del talión exigiría imponer una pena de prisión a los autores de un delito contra la libertad, mas no parece necesario demostrar expresamente que el principio del talión no se corresponde con las exigencias de la justicia en el Derecho penal de nuestro tiempo. Por tanto, tan sólo cabe establecer la regla general de que, al ser la pena de privación de libertad, una vez suprimida la pena capital, aquella que por su duración y su régimen resulta la más grave de las previstas en nuestro ordenamiento, la misma únicamente debe aplicarse a los atentados contra los bienes jurídicos de mayor importancia, al menos en los supuestos de mayor dureza, y no para la sanción de bagatelas. Las tendencias de la política criminal contemporánea van en el sentido de establecer penas privativas de libertad, no sólo para la protección de los intereses individuales más importantes (vida, integridad física, libertad, seguridad), sino también para los bienes colectivos o intereses difusos que, por ejemplo, en el mundo económico, pueden revestir mayor trascendencia social de lo que la política criminal liberal clásica había puesto de relieve.

La misma relatividad cabe señalar respecto de los límites máximos y mínimos de las penas privativas de libertad con que la Ley conmina las infracciones de bienes jurídicos. Ni concibiendo la pena de prisión como una pena que recae sobre tiempo asalariado, en el contexto de una concepción contractual y sinalagmática de las relaciones jurídicas (PAVARINI), podría establecerse con rigor matemático el *quantum* de pena que ha de corresponder a cada delito.



5. Finalmente, el *principio de intervención mínima* requiere sancionar con penas únicamente los hechos intolerables desde el punto de vista de la convivencia social y, por supuesto, aplicar las penas de mayor gravedad a los delitos igualmente de mayor gravedad. Por tanto, de la misma manera que carece de justificación en nuestro tiempo imponer una pena, cualquiera que sea, para hechos cuya represión podría justificarse suficientemente en el nivel de la responsabilidad civil o de la responsabilidad administrativa, tampoco estaría justificado aplicar una pena privativa de libertad en aquellos casos en que sería adecuada, desde la perspectiva de la prevención general, la amenaza de una pena económica, de inhabilitación o de otro tipo. La despenalización constituye cabalmente una de las características más destacadas de la política criminal contemporánea por razones ideológicas (humanitarias) o estratégicas (eliminación del exceso de población penitenciaria).

#### IV APLICACION DE LAS PENAS: PODER JUDICIAL DEMOCRATICO. PRINCIPIO DE LEGALIDAD: AMBITO PROCESAL Y SUSTANTIVO. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y CULPABILIDAD. PRINCIPIO DE INTERVENCION MINIMA Y DIVERSION PENAL. RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO

1. La aplicación de las penas corresponde, por supuesto, al Poder Judicial, y ello es todavía más claro respecto de las privativas de libertad, cuya imposición aparece directamente prohibida a la Administración por el artículo 25.3 de la Constitución española. Para responder igualmente a las exigencias de un Estado social y democrático de Derecho, la Constitución ha previsto la intervención de los ciudadanos en la Administración de Justicia, especialmente mediante la institución del Jurado (artículo 125 CE). Es sabido, sin embargo, que la naturaleza, características y ámbito de competencia del Jurado viene siendo objeto de las más diversas interpretaciones por la doctrina, de manera que no sería pacífico tratar de precisar qué tipo de delitos habrían de ser objeto del juicio por Jurados. Entiendo que las exigencias democráticas no se agotan en este tema y que, teniendo en cuenta las características y necesidades de la Sociedad post-industrial contemporánea, los Jueces requieren una formación que vaya más allá de la mera preparación jurídica, habiendo de hacerse extensiva a una serie de disciplinas, empezando por la Criminología y la Sociología, lamentablemente ausentes tanto de las Facultades de Derecho como de los Centros de Estudios Judiciales. La ausencia de este tipo de formación de los Jueces y Magistrados únicamente se podría subsanar con la adscripción a los mismos de asesores o de expertos que, con facultades codecisorias o con facultades de dictamen, habrían de intervenir ne-

cesariamente antes de la producción de la decisión judicial, especialmente la condenatoria.

2. En el campo de aplicación de la pena, el *principio de legalidad* comporta diversas exigencias en el plano sustantivo y en el plano procesal. En este último cabe discutir la conveniencia de que la ley obligue a los Fiscales y a los Jueces a interponer la acción penal y llevar a cabo un procedimiento siempre que se presenten indicios de comisión de un delito, o si puede ser más adecuado a las exigencias político-criminales contemporáneas el *principio de oportunidad*, sin despreciar, sin embargo, el hecho de que con el principio de oportunidad se corre el riesgo inevitable de seleccionar los procesos y las acciones penales, no con criterios de prevención general o de prevención especial, sino con criterios meramente políticos. Claro es que también podría argumentarse que hoy en día, pese a que nuestro ordenamiento establece el principio de legalidad desde la perspectiva procesal, no todos los delitos conocidos constituyen el objeto de una acusación y de un proceso penal, sino solamente aquellos que de hecho selecciona previamente, bien la policía, bien el propio Ministerio Fiscal, siendo obvio que en esta selección de hecho también pueden influir antes que nada criterios meramente políticos. De otra parte, el principio de legalidad, desde la perspectiva procesal, significa que el proceso se concibe, no únicamente como un mecanismo encaminado al esclarecimiento de los hechos y de las responsabilidades, sino además como una garantía fundamental del justiciable, en el marco de los principios recogidos en el artículo 24 de la Constitución española y en los Convenios internacionales sobre derechos humanos.

En el plano sustantivo, el principio de legalidad comporta la exigencia de que el Juez determine la pena con base exclusiva en la ley escrita y no en otras supuestas fuentes de Derecho, y que no amplíe el precepto legal por medio de la analogía en perjuicio del justiciable. Además, la pena legalmente conminada por razones de prevención general ha de constituir necesariamente el techo máximo de la pena determinada en el caso concreto por el órgano judicial, de tal manera que conculcaría el principio de legalidad una pena que excediera del marco legal, pero no lo haría una pena que fuera inferior al mismo, bien por aplicación de los propios mecanismos previstos en el Código penal para la rebaja de las penas por concurrencia de circunstancias atenuantes, bien porque el ordenamiento confiera al juzgador la potestad de perdonar aquéllas en su totalidad o en parte, atendiendo fundamentalmente a las exigencias de la prevención especial, potestad ésta que desde luego no se encuentra reconocida por el Derecho español, pero cuya conveniencia ha sido y continúa siendo apoyada por un sector de la doctrina.

También es consecuencia del principio de legalidad el principio *nom bis in idem*, de manera que la aplicación de una pena como sanción por un hecho determinado debe impedir la aplicación de cualesquiera otros tipos de sanciones de naturaleza penal o administrativa por el mismo hecho, lo cual plantea un problema de compatibilidad o

incompatibilidad entre las sanciones penales de una parte, y las sanciones administrativas o disciplinarias de otra, que ya empieza a contar con una jurisprudencia clarificadora por parte del Tribunal Constitucional.

3. El *principio de proporcionalidad*, en el ámbito de la aplicación de la pena, requiere que la determinación de ésta en cada caso concreto se haga de acuerdo con criterios objetivos y subjetivos, previamente establecidos en la propia Ley, encaminados a obtener la máxima individualización de la sanción, por lo menos en el ámbito de las penas privativas de libertad, por coherencia con los fines preventivos especiales que a dichas penas atribuye el artículo 25.2 de la Constitución, sobre cuyo alcance y consecuencia la doctrina española también se encuentra lejos de mostrarse pacífica. Teniendo en cuenta el Derecho alemán, HASSEMER menciona los siguientes criterios: rango del bien jurídico lesionado, intensidad de la lesión del bien jurídico, medios de comisión del hecho, comportamiento anterior de la víctima, relación entre autor y víctima, grados de participación interna en el autor, efectos que la pena puede tener en la vida futura del condenado.

Respecto del también debatido y nada pacífico tema de la culpabilidad como criterio y límite de la determinación de la pena aplicable al responsable de un delito, no pueden obviarse las dificultades para traducir ese criterio en una equivalencia absolutamente satisfactoria, pues, en efecto, ¿cómo puede traducirse en años, meses y días de privación de libertad la graduación de la culpabilidad, atendiendo a los diversos niveles de imputabilidad, dolo, culpa y exigibilidad de otra conducta en cada caso concreto? Por tanto, el principio de culpabilidad como criterio y límite de la determinación de la pena tan sólo constituye, a mi juicio, un *principio rector*, que puede permitir considerar inadecuada una sanción por un determinado hecho y a un determinado sujeto por comparación con otros supuestos, teniendo en cuenta la convicción generalizada de la opinión pública, pero sin posibilidad de mayores precisiones.

La «vaguedad» en este punto del sistema penal es inevitable y contribuye a la misma el principio de libre apreciación de la prueba, reconocido por las leyes procesales, que permite al Juez «seleccionar» los hechos relevantes para su decisión. De aquí que, como señala HASSEMER, las garantías fundamentales hayan de satisfacerse con la necesidad de que los Jueces motiven su decisión sobre la pena y de que esa motivación pueda ser objeto de control por una instancia jurisdiccional superior.

4. El *principio de intervención mínima* exige que la pena, no obstante haberse desarrollado un proceso en que haya quedado demostrada la comisión de un delito y la culpabilidad de un sujeto, sólo llegue a imponerse cuando sea necesaria desde las perspectivas de los fines de la propia pena, es decir, la prevención general y especial. En consecuencia, tal como se apuntaba hace un momento, el juzgador debe tener la potestad de perdonar total o parcialmente la pena en aquellos casos en que resulte adecuado, o bien de recurrir a la sus-

penación condicional, bien sea del pronunciamiento o de la ejecución de la pena, con o sin medidas de tratamiento en libertad, punto éste en el que nuestro ordenamiento se muestra decididamente mucho más pobre que los ordenamientos de los demás países de nuestra área cultural. En este mismo orden de consideraciones, quizá procedería aludir aquí a la actualísima cuestión de la *diversión* penal, es decir, a la posibilidad de que el proceso penal pueda ser evitado por la aquiescencia del sospechoso a una sanción más leve impuesta de plano, o incluso a la posibilidad de una transacción entre el Ministerio Fiscal y el acusado, reconociendo que este *paradigma contractualista*, que en principio parece ajeno a nuestros hábitos mentales, tendría las ventajas de una culpabilidad aceptada y de una economía de tiempo verdaderamente indispensable en nuestros órganos jurisdiccionales (además de constituir un punto de coincidencia con los sectores críticos y abolicionistas de nuestra doctrina).

5. Por lo que respecta a la responsabilidad civil derivada del delito, solamente quiero aludir en estas páginas a la necesidad, teniendo en cuenta especialmente el interés de la víctima, de que la misma continúe siendo pronunciada por los órganos judiciales penales, incluso en el supuesto de sentencia absolutoria por causas de exención de responsabilidad criminal (artículo 20 *in fine* del Código penal, modificado por Ley Orgánica de 25 de junio de 1983), y de que el cumplimiento de la misma pueda ser tenido en cuenta en las diversas vicisitudes de la pena, por ejemplo en la condena condicional, la libertad condicional o la rehabilitación. El tema de si el Estado puede desentenderse del cumplimiento de la responsabilidad civil del condenado a una pena de privación de libertad, o si, por el contrario, debe proceder a un embargo periódico del salario del trabajador penitenciario para atender al cumplimiento de dicha responsabilidad civil (artículo 41 del Proyecto de Código penal de 1980), excede naturalmente del ámbito de la aplicación y corresponde ser examinado en el de la ejecución de las penas carcelarias.

V. EJECUCION DE LAS PENAS: PODER EJECUTIVO Y DESCENTRALIZACION. PRINCIPIO DE LEGALIDAD: RELACION JURIDICA PENITENCIARIA Y RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. PRINCIPIO DE INTERVENCION MINIMA. EFICACIA DE LA EJECUCION DE LA PENA DE PRISION. CONTROL DE LA EJECUCION.

1. La ejecución de la pena privativa de libertad corresponde, tradicionalmente, al Poder Ejecutivo, es decir, a la Administración Pública, aunque en un plano teórico cabe discutir si, cuando la Constitución atribuye a los Jueces y Tribunales la potestad de «juzgar y hacer

ejecutar lo juzgado» (artículo 117.3), también habría de corresponder al Poder Judicial la ejecución de las penas. Sin embargo, en la práctica, la doctrina se ha dado por satisfecha con distinguir entre ejecución (procesal) y cumplimiento (material), atribuyendo a los Tribunales la primera y a la Administración la segunda, bajo el control jurisdiccional de los Jueces de Vigilancia.

En principio, la ejecución de las penas de prisión corresponde a la Administración estatal, sin perjuicio de que pueda ser asumida por las Comunidades Autónomas, puesto que la competencia exclusiva que el artículo 149.1.6.<sup>a</sup> de la Constitución atribuye al Estado se refiere únicamente a la legislación penitenciaria. De hecho, como es sabido, Cataluña ha asumido la ejecución de la legislación penitenciaria del Estado (artículo 11 del Estatuto de Autonomía de 18 de diciembre de 1979) y también tienen prevista una competencia similar el País Vasco, Andalucía y Navarra, aunque no se haya materializado todavía. La posibilidad de que otras entidades puedan tener, asimismo, un campo de actuación en materia penitenciaria es cuestión no pacífica. En nuestro ordenamiento, los Ayuntamientos tienen atribuida, aunque es una competencia que no les satisface, la gestión de los depósitos municipales, pero, en principio, estos depósitos son para simples detenciones y no para el cumplimiento de condenas. No hay entre nosotros prisiones particulares, aunque ya la prensa ha aireado la oportunidad de que tales prisiones se implantaran siguiendo el modelo estadounidense y los proyectos franceses. Por lo que respecta a actividades exclusivamente de asistencia social, penitenciaria y post-penitenciaria, es claro que las mismas pueden ser desarrolladas por cualesquiera entidades o instituciones, públicas o privadas, y aun por simples particulares (artículos 69.2 y 75.2 de la Ley General Penitenciaria).

2. El *principio de legalidad*, por lo que respecta a la ejecución de la pena de prisión, tiene la misma importancia fundamental que las llamadas garantías criminal, penal y judicial. El artículo 2 de la Ley General Penitenciaria, y también de su Reglamento, preceptúa que «la actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Ley, los Reglamentos y las sentencias judiciales». Punto importante es establecer la frontera entre las materias que han de ser reguladas por la Ley y las que puedan ser reguladas por el Reglamento. En principio, es claro que las garantías fundamentales del interno y aquellos aspectos del cumplimiento de la pena que puedan afectar a la duración de la misma son materia propia de la Ley, en tanto que los aspectos administrativos del régimen penitenciario constituyen materia reglamentaria, pero hay muchos temas dudosos, entre ellos la responsabilidad disciplinaria, al no existir unanimidad en la interpretación del artículo 25.2 de la Constitución cuando señala que los derechos fundamentales del interno únicamente pueden estar limitados «por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria». La Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 2/1987, de 21 de enero, afirma que el principio de legalidad no se conculca cuando, en el seno de una relación jurídica de sujeción

especial, la Ley se remite al Reglamento para la especificación de las infracciones disciplinarias.

La configuración de la materia penitenciaria como materia regulada estrictamente por el principio de legalidad tiene la consecuencia de que la Ley no establece únicamente el campo de poder del Estado y el campo de sumisión del condenado, sino también el campo de garantías de este último y las limitaciones consiguientes de la Administración. En suma, se concibe la ejecución de la pena como una *relación jurídica* entre el condenado y el Estado, en que a los derechos y deberes de cada una de las partes corresponden, respectivamente, ciertos deberes y derechos de la otra. De esta manera, los diversos aspectos del régimen penitenciario que vienen detallados en las normas (alimentación, vestido, asistencia médica, educación, trabajo, asistencia social) aparecen estructurados como prestaciones obligatorias por parte de la Administración, cuyo cumplimiento puede ser exigido por el interno, acudiendo a los correspondientes recursos legales, entre ellos el recurso de amparo previsto en el artículo 53 de la Constitución por lo que respecta a la satisfacción de los derechos reconocidos expresamente en el artículo 25.2 de la misma.

Los deberes del interno también se encuentran regulados en la Ley, aunque de manera esquemática. El artículo 4 se refiere al deber de permanecer en el establecimiento, cumplir la condena, acatar las normas de régimen interior, cumplir las sanciones disciplinarias, respetar a los funcionarios y Autoridades judiciales y observar una conducta correcta con sus compañeros de internamiento. Esta enumeración no es exhaustiva, por cuanto, en el capítulo relativo al trabajo, el artículo 33.1 d) prevé la obligación de los internos de «contribuir al sostenimiento de sus cargas familiares y al cumplimiento de sus restantes obligaciones» con la remuneración que reciban por su actividad laboral. Ello es lógico porque la situación penitenciaria no afecta a la existencia de las obligaciones extrapenitenciarias del interesado, aunque sí naturalmente al modo de hacerles frente. Véase también el artículo 19 del Reglamento.

Solamente quiero añadir una observación sobre el deber de cumplir la condena y de permanecer en el establecimiento penitenciario. De antiguo, la doctrina ha considerado perfectamente natural que el interno trate de evadirse e incluso se ha llegado a hablar del «derecho a la evasión», derecho que positivamente no existe desde el momento en que el quebrantamiento de condena o de la prisión supondría una nueva responsabilidad penal (artículo 334 Código penal) y el ordenamiento no puede soportar la contradicción que representa imponer responsabilidad penal por el ejercicio de un derecho. Otra cuestión es que la responsabilidad por la evasión o por el intento de evasión hayan de limitarse a ser de naturaleza meramente disciplinaria y no penal, haciendo aplicación concreta a este caso del conocido principio de intervención mínima.

El incumplimiento de los deberes que comporta la relación jurídica penitenciaria del lugar frecuentemente al nacimiento de, por lo me-

nos, una responsabilidad disciplinaria, al calificarse aquélla de *relación de sujeción especial*. Asistimos actualmente a un descrédito de la responsabilidad disciplinaria, por conceptualarla como un instrumento de control de la persona por el Estado y sus funcionarios carente de garantías y, junto a ello, a un intento de introducir en las situaciones disciplinarias un factor de *negociación* entre las partes implicadas (MAPELLI), que me parece una «privatización» insólita del tema. Lo que sí entiendo pertinente es una reconsideración del Derecho disciplinario y en general del Derecho administrativo sancionador, aproximándolo al sistema de garantías propio del Derecho penal, aunque seguramente tampoco sería oportuno convertir el procedimiento sancionador en un proceso penal.

En el contexto de la relación jurídico-penitenciaria, procede hacer una referencia al consentimiento del condenado como causa de justificación de la actividad de la otra parte de la relación. Por supuesto que el consentimiento ha de tener menos eficacia en una relación de Derecho público que en una jurídico-privada, pero, con todo, el ordenamiento penitenciario alude al consentimiento, colaboración o participación de los internos en materia de tratamiento (artículos 4.2. y 61.2 de la LOGP), actividades educativas y culturales (artículo 24), trabajo de los preventivos (artículo 29.2), destino a prisión abierta (artículo 45.2 del Reglamento) o a instituciones extrapenitenciarias de tratamiento de drogadictos (artículo 57.1), organización y planificación del trabajo (artículo 203), asistencia social penitenciaria (artículo 258), etc. Las exigencias del Estado social y democrático de Derecho llevan al sector crítico de la doctrina a exigir, en general, una mayor *democratización* de los establecimientos penitenciarios y del ámbito de libertad de los condenados a penas de prisión. No puede desconocerse que la antes citada «diversión penal» y la atribución de un ámbito de juego a la transacción en materia de imposición de penas, teóricamente al menos, podría ser igualmente digna de tenerse en cuenta en el campo de la ejecución.

3. El *principio de proporcionalidad*, en materia de ejecución de la pena de prisión, tiene diversas repercusiones, desde la perspectiva, no sólo del valor de la justicia, sino también de la característica esencial de la ejecución de la pena privativa de libertad con una finalidad de prevención especial, que es la individualización. Así, por ejemplo, el principio de proporcionalidad exige que a cada uno se le dé «lo suyo» en el ámbito disciplinario; de esta manera, la responsabilidad del interno por las infracciones cometidas se habrá de graduar atendiendo a la gravedad de la conducta y la culpabilidad del sujeto, y en ese sentido se ha de interpretar la discrecionalidad en cuanto a la graduación de la sanción a que se refiere el artículo 116.1 del Reglamento Penitenciario. En otro orden de cosas, es evidente que la asistencia sanitaria o la instrucción y educación se han de dispensar, teniendo en cuenta las necesidades de cada cual, y que la atribución de un trabajo a los penados ha de hacerse ponderando las aptitudes, cualificación profesional y aspiraciones laborales de los internos (artículo 26

de la LOGP), siendo discutible el carácter vinculante de la prelación para la ocupación de puestos de trabajo que señala el artículo 201 del Reglamento, aunque no deje de ser coherente que dé preferencia a las necesidades derivadas del tratamiento individualizado, en armonía con el artículo 71 de la Ley. Finalmente, por lo que respecta al propio tratamiento, entendido en un sentido estricto, el principio de proporcionalidad se traduce aquí en la programación de aquél, teniendo en cuenta la personalidad del interno y su previsible evolución (artículos 62 y 63 de la LOGP).

4. Finalmente, en cuanto al *principio de intervención mínima*, el mismo aparece expresamente reconocido, por lo que respecta a los presos preventivos, en el artículo 5 de la Ley y 3.3 y 32 del Reglamento, pero por lo que respecta a los penados también se podría deducir de una interpretación teleológica del artículo 3 de la Ley y 4 del Reglamento. El primero establece que la «actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena», lo que a su vez ha de ser puesto en relación con el artículo 25.2 de la Constitución, según el cual «el condenado a pena de prisión que estuviera cumpliendo la misma, gozará de los derechos fundamentales de este capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria». Luego, parece que el sentido de nuestro ordenamiento es que en principio el penado goce de los mismos derechos que la persona que se encuentra en libertad, y que los límites han de venir establecidos *expresamente* por las normas positivas (o por el sentido de la pena).

Desde esta óptica hay que enfocar cuanto se refiere a los beneficios penitenciarios y a la comunicación del penado con el exterior (visitas, permisos de salida, prisión abierta), especialmente si se tiene en cuenta, a mayor abundamiento, que «principio inspirador del cumplimiento de las penas y medidas de seguridad de privación de libertad será la consideración de que el interno es sujeto de derecho y no se halla excluido de la sociedad, sino que continúa formando parte de la misma» (artículo 4 del Reglamento penitenciario). Si el principio de intervención mínima se proyecta hacia el exterior en el mayor ámbito posible de comunicaciones a que acabo de referirme, en el interior ha de significar la potenciación máxima del principio de cogestión y participación de los internos en las actividades y responsabilidades del establecimiento que señalan los artículos 24 de la Ley y 135 a 137 del Reglamento. Por otra parte, las exigencias lógicas del Estado social y democrático de Derecho han de tener en este campo la consecuencia de que todo cuanto sea educación, atribución de responsabilidades y preparación para la vida en libertad han de hacerse con criterios democráticos, de manera que el interno nunca pueda ser considerado dentro del establecimiento como un objeto, sino como un *hombre* en la plenitud de sentido de esta expresión.

5. La eficacia de la ejecución de la pena privativa de libertad ha



de valorarse naturalmente desde la perspectiva del fin esencial de la misma, que es la «reeducación y reinserción social» (artículo 25.2 de la Constitución), hacia la cual va encaminado directamente el tratamiento penitenciario (artículo 59 de la Ley). Son evidentes, sin embargo, las dificultades teóricas y prácticas, puestas suficientemente de relieve por la doctrina y por la realidad, de que la estancia en prisión sirva para conseguir o siquiera para mejorar la reinserción social del delincuente. Ni el nivel de conflictividad dentro de los establecimientos penitenciarios (donde parece que lo único que se perfecciona día a día son las mafias) ni los porcentajes de reincidencia permiten hacerse ilusiones sobre este particular. No obstante, dejando a un lado la discusión teórica sobre los fines de la pena y aun sobre la pena misma, que no es de este lugar, entiendo que el principio constitucional obliga a orientar tanto la normativa penitenciaria como la actividad de los operadores de esta normativa en la línea de aquel principio.

En consecuencia, desde una perspectiva jurídica, que es la que aquí me corresponde desarrollar, es misión del ordenamiento tratar de hacer lo posible para conseguir la finalidad prevista por la Constitución. Es decir, el Derecho debe prever, de una parte, la consecución de los medios materiales necesarios para el buen funcionamiento de los establecimientos penitenciarios, y desarrollar este criterio significaría hacer una excursión por el campo del Derecho presupuestario que tampoco considero oportuno desarrollar más extensamente; pero, de otra parte, significa que el Derecho debe, igualmente, prever una continuación de las actividades resocializadoras con posterioridad al cumplimiento de la pena. Quiero decir, por tanto, que forma parte del Derecho penitenciario la regulación de la asistencia post-penitenciaria, encaminada a conseguir que no se desvirtúen los posibles logros del tratamiento penitenciario y a afianzar la reinserción social del liberado en un plano material. En este campo de la asistencia postpenitenciaria tiene que cobrar la máxima importancia, junto a la actividad de la Administración, la colaboración, la participación y la aquiescencia de la Sociedad en general, pues de no ser así la reinserción no podrá nunca materializarse. Corolarios de estos criterios son, para mí, por un lado, la necesidad de establecer la obligación de todas las instituciones públicas, y pienso con mayor intensidad en los Municipios, de prever planes de reinserción en la Sociedad de los liberados de prisión, y, por otro lado, la indispensable necesidad de suprimir, a todos los efectos que no sean judiciales, el Registro de antecedentes penales, haciendo sinceramente realidad lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley General Penitenciaria.

6. Desde el momento en que la ejecución de la pena se concibe como una relación jurídica, con derechos y deberes respectivos, el ordenamiento ha de prever un sistema de controles que garantice el respeto de esos derechos. Por lo que se refiere al ordenamiento español, el control se plantea tanto en el ámbito administrativo (formulación de peticiones y quejas: artículo 50 de la Ley), como en el ámbito judicial, por medio de la figura del Juez de Vigilancia, a quien correspon-

de resolver los recursos que los internos interpongan en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario (artículo 76 de la Ley). De la amplia problemática que la figura del Juez de Vigilancia puede plantear en un plano doctrinal, solamente quiero hacer referencia aquí a su naturaleza, en el sentido de que el mismo no es un órgano administrativo, como a veces se ha razonado, sino un órgano judicial, del orden jurisdiccional penal, especializado en la función de garantizar el respeto de los derechos de los internos durante el cumplimiento de la condena (artículo 94 de la LOPJ de 1 de julio de 1985). También existe un control parlamentario, previsto en la disposición final 1.ª de la Ley Orgánica General Penitenciaria, aunque con referencia estrictamente a la adopción de medidas de seguridad especial por los Ministerios de Justicia e Interior en los supuestos de graves alteraciones del orden en los Centros, restricción que en ningún caso puede naturalmente limitar las facultades de investigación del Parlamento a través de sus Comisiones, o las facultades del Defensor del Pueblo y los órganos paralelos autonómicos. En el ámbito constitucional, es perfectamente admisible que el interno pueda interponer recursos de amparo, teniendo en cuenta el artículo 53 de la Constitución y que los derechos fundamentales reconocidos a aquél por el artículo 25.2 de la norma fundamental se encuentran recogidos dentro de la Sección 1.ª del Capítulo 2 del Título I de la misma, que son precisamente los derechos para los que el citado artículo 53 prevé un procedimiento de tutela basado en los principios de preferencia y sumariedad (en este caso, representado por el Juez de Vigilancia) y el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. En último término, es claro que el interno podría también acudir ante la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dado que España ha aceptado expresamente la jurisdicción de dichos organismos.

## VI. EXTINCIÓN DE LA RELACION JURIDICO-PENITENCIARIA: CAUSAS. REHABILITACION DEL PENADO

1. Como relación jurídica que es, la ejecución de la obligación penal debe tener también previstos por el ordenamiento los modos de extinción de la misma. Nos pueden servir de orientación para la consideración de la pena privativa de libertad los artículos 1156 del Código civil (extinción de las obligaciones) y 112 del Código penal (extinción de la responsabilidad penal).

Por supuesto, la relación jurídico-penitenciaria se extingue por la muerte del reo, sin que esta circunstancia plantee ningún problema especial a considerar

Se extingue también por el cumplimiento de la condena, si bien aquí se hayan de hacer algunas matizaciones. En primer lugar, puede extinguirse la relación jurídico-penitenciaria sin que se extinga todavía la relación jurídico-penal que vincula al Estado con el condenado, como sería el caso de la libertad condicional, causa de extinción de

la relación jurídico-penitenciaria que puede ser provisional, puesto que está sometida a la condición suspensiva de que el liberado no delinca ni observe mala conducta durante el tiempo que falte para cumplir su condena (artículo 99 del Código penal). Sin embargo, el momento de liberación del interno produce efectos automáticos, es decir, que, en el supuesto de que se encontrara cumpliendo una sanción disciplinaria en la fecha en que procediese su liberación, sería jurídicamente imposible retenerle para terminar el cumplimiento de la sanción disciplinaria sin incurrir en un delito de detenciones ilegales (artículo 187.7 del Código penal). Ahora bien, ni la libertad condicional ni la libertad definitiva pueden suponer una interrupción total de las *consecuencias* de la relación jurídico-penitenciaria, en el sentido de que, tal como se indicó antes, el liberado debe necesariamente ser objeto de una asistencia social encaminada a facilitar materialmente su reinserción en la sociedad, asistencia social que no ha de concebirse como beneficencia sino como un auténtico derecho subjetivo del interno que, a mi juicio, habría de ser tutelado por el Juez de Vigilancia.

La responsabilidad penal puede extinguirse por prescripción de la pena (artículos 115 y 116 del Código penal), pero es dudoso que esta circunstancia pueda hacerse extensiva a la relación jurídico-penitenciaria, ya que realmente la misma quedaría en suspenso en el momento en que el interno se evadiera de un establecimiento penitenciario o fuera puesto indebidamente en libertad. Lo que el transcurso del tiempo determina efectivamente es la extinción de la relación jurídico-penal.

La «condonación de la deuda», como causa de extinción de las obligaciones, tiene su paralelo en el ámbito penal en las medidas de gracia y en el perdón del ofendido. La amnistía y el indulto extinguen la responsabilidad penal y paralelamente la relación jurídico-penitenciaria del beneficiado que se encontrara interno en un establecimiento. Las diferencias existentes entre estas dos modalidades del derecho de gracia no afectan a la materia penitenciaria. En cuanto al perdón del ofendido, es sabido que únicamente tiene eficacia en los delitos perseguibles a instancia de parte y que la misma ha disminuido en su intensidad después de la reforma del Código penal por Ley Orgánica de 25 de junio de 1983, que priva de eficacia al perdón del ofendido en el delito de violación y exige que en los delitos de abusos deshonestos, estupro y raptó el perdón sea anterior a la sentencia (artículo 443 del Código penal). No existe tal limitación en los delitos de calumnia, injuria y abandono de familia.

La compensación, como forma de extinción de la responsabilidad penal con referencia a las penas de prisión, puede reconocerse, *mutatis mutandis*, en el abono de prisión preventiva (artículo 33 del CP) y en el abono de redención de penas por el trabajo, que, desde una perspectiva retribucionista, podría interpretarse como «compensación» del dolor de la pena con el dolor del trabajo añadido a la misma (ANTÓN ONECA).

Un problema relacionado con la extinción de la relación jurídico-

penal o penitenciaria, es el de la posible «compensación» cuando se reconozca que el interesado ha sido objeto de un error y, por tanto, de una privación de libertad indebida. La cuestión tiene actualmente regulación expresa a través de los artículos 121 de la Constitución y 292 a 297 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Ahora bien, la «compensación» a que me refiero únicamente puede traducirse en una indemnización de naturaleza económica (aunque probablemente pudiera ser mucho más justa en especie, por ejemplo, proporcionando un puesto de trabajo o prestaciones de la Seguridad Social al perjudicado), pero nunca podría dar lugar a un «ahorro de días de prisión» injustamente sufridos para ser computados en su caso en una condena posterior, aunque confieso que no encuentro argumentos expresos en nuestra legislación positiva que prohíban esta consecuencia y, por tanto, la misma tendría que deducirse del «sentido de la pena». Una «compensación» similar ha sido admitida en la práctica por los Jueces de Vigilancia, en materia de días de aislamiento en celda sufridos por razones regimentales o disciplinarias.

2. Finalmente, procede hacer aquí una alusión a las consecuencias de la extinción de la pena de prisión y de la consiguiente relación jurídica que vincula al condenado con el Estado. A esta cuestión se refiere el artículo 73 de la Ley Orgánica General penitenciaria, al establecer que «el condenado que haya cumplido su pena debe ser plenamente reintegrado en el ejercicio de sus derechos como ciudadano» y que «los antecedentes no podrán ser en ningún caso motivo de discriminación social o jurídica». Entiendo, con otros autores, que este precepto no constituye una simple declaración programática, como ha interpretado el Tribunal Supremo, sino que establece un mandato obligatorio para el Estado y también para la Sociedad, que obliga a aquél a modificar el régimen del Registro de antecedentes penales y de la rehabilitación formal a que se refiere el artículo 118 del Código penal (el cual, por cierto, insiste en que «por la rehabilitación se extinguen de modo definitivo todos los efectos de la pena»), en el sentido de que los antecedentes penales únicamente puedan tener efectos procesales y nunca extraprocesales, y por lo mismo obliga a no librar certificados a los particulares ni siquiera a instancia del interesado, en cuanto que por esta vía cualquiera puede exigir a una persona que presente un certificado de antecedentes penales negativo, antes de darle un puesto de trabajo o reconocerle un derecho. El Real Decreto de 28 de julio de 1983, sobre cancelación de antecedentes penales, se ha quedado a mi juicio corto en el sentido aquí indicado.

## BIBLIOGRAFIA

- ALARCÓN BRAVO: *El tratamiento penitenciario: regulación jurídica y práctica actual en España*, en el libro colectivo *Psicología social y sistema penal*, Madrid, 1986, pp. 229 y ss.
- ALONSO DE ESCAMILLA: *El Juez de Vigilancia Penitenciaria*, Madrid, 1986.
- ANTÓN ONECA: *Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1949.
- BAEZA AVALLONE: *La rehabilitación*. Madrid, 1983.
- BARATTA: *Criminología crítica y política penal alternativa*. Revue Internationale de Droit Pénal, 1978/1, pp. 43 y ss.
- BOIX REIG: *Significación jurídico-penal del artículo 25.2 de la Constitución*, en el libro colectivo *Escritos penales*, Universidad de Valencia, 1979, pp. 107 y ss.
- BRICOLA: *Il carcere «riformato»*, Bologna, 1977.
- BUENO ARUS: *A propósito de la reinserción social del delincuente*, Cuadernos de Política criminal, 25, 1985, pp. 59 ss.
- BUENO ARUS: *La asistencia social carcelaria y postcarcelaria*, Cuadernos de Política criminal, 21, 1983, pp. 769 y ss.
- BUENO ARUS: *La legitimidad jurídica de los métodos de la Criminología Clínica aplicada al tratamiento penitenciario*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 1,215, 15 de septiembre de 1980, p. 3 y ss.
- BUENO ARUS: *Transferencias autonómicas en el ámbito penitenciario*, Poder Judicial, 10, marzo 1984, pp. 21 y ss.
- CANO MATA (y otros): *Doctrina penal del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1986.
- CASTRO Y BRAVO: *Derecho civil de España. Parte general*, tomo I, Madrid, 1955 (3ª edición).
- CEREZO MIR: *Culpabilidad y pena*, Anuario de Derecho Penal, mayo-agosto 1980, pp. 347 y ss.
- COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN: *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 1984.
- COING: *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1961.
- CÓRDOBA RODA: *Culpabilidad y pena*, Barcelona, 1977.
- CUELLO CALÓN: *La moderna Penología*, Barcelona, 1958.
- DELMAS-MARTY: *Modelos actuales de Política criminal*, Madrid, 1986.
- ESCRIVÁ GREGORI: *Algunas consideraciones sobre Derecho penal y Constitución*, Papers, 13, 1980, pp. 141 y ss.
- FORSTHOFF: *Tratado de Derecho administrativo*: Madrid, 1958.
- GALLEGO DÍAZ: *El sistema español de determinación legal de la pena*, Madrid, 1985.
- GARCÍA ARÁN: *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, Barcelona, 1982.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA: *Problemas actuales de la Criminología*, Madrid, 1984.
- GARCÍA RAMÍREZ: *La prisión*, México, 1975.
- GARCÍA VALDÉS: *Comentarios a la legislación penitenciaria española*, Madrid, 1982 (2ª edición).
- GARRIDO GUZMÁN: *Manual de Ciencia penitenciaria*, Madrid, 1983.
- GOFFMAN: *Internados*, Buenos Aires, 1972 (2ª edición).
- GROSSO GALVÁN: *Los antecedentes penales: Rehabilitación y control social*, Barcelona, 1983.
- HASSEMER: *Fundamentos del Derecho penal*, Barcelona, 1984.
- LÓPEZ CALERA: *La estructura lógico-real de la norma jurídica*, Madrid-1969.
- LUDER: *El sistema jurídico de la ejecución penal*, Buenos Aires, 1959.
- LUMIA: *Principios de teoría e ideología del Derecho*, Madrid, 1978.
- LUZÓN PEÑA: *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid, 1979.
- MAPELLI: *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Barcelona, 1983.

- MIR PUIG: *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, 1979.
- MORENA VICENTE (De la): *Las circunstancias modificativas de la aplicación penitenciaria*, Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios, 98, mayo 1953, pp. 199 y ss., y 99, junio 1953, pp 5 y ss.
- MUÑOZ CONDE: *Introducción al Derecho penal*, Barcelona, 1975.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO: *Sobre el concepto del Derecho penal*, Madrid, 1981.
- PAVARINI: *La pena «utile», la sua crisi e il disincanto: verso una pena senza scopo*, Rassegna penitenziaria e criminologica, enero-abril, 1983, pp. 1 y ss.
- PÉREZ FERRER: *Razón de ser y existir del Derecho penitenciario*, Anuario de Derecho penal, mayo-agosto, 1977, pp. 409 y ss.
- PERIS: *El proceso despenalizador*, Valencia, 1983.
- RADBRUCH: *Filosofía del Derecho*, Madrid, 1959 (4.ª edición).  
*Rapport sur la décriminalisation*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1980.
- RODRÍGUEZ MOURULLO: *Legalidad (principio de)*: Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, XIV, Barcelona, 1971, pp. 882 y ss.
- ROXIN: *Iniciación al Derecho penal de hoy*, Sevilla, 1981.
- SOLA DUEÑAS y otros: *Alternativas a la prisión*, Barcelona, 1986.
- VARIOS AUTORES: *Lecciones de Derecho penitenciario*, Alcalá de Henares, 1985.
- VARIOS AUTORES: *Ley Orgánica General Penitenciaria*, tomo VI de los *Comentarios a la legislación penal*, dirigidos por Cobo del Rosal y coordinados por Bajo Fernández, Madrid, 1986.
- VARIOS AUTORES: *Prevención y teoría de la pena: presente y alternativas*, Poder y Control, número 0, monográfico 1986.