

La prisión abierta

Por CARLOS MIR PUIG

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El objetivo del presente estudio sobre la prisión abierta no es otro que el de continuar la reflexión en torno a esta importante «institución resocializadora», a la vista de la actual regulación que han venido a ofrecer la ley y el nuevo reglamento penitenciarios. Ya en 1979 publicó Mapelli Caffarena en Cuadernos de Política Criminal un trabajo sobre «el régimen penitenciario abierto» (1). Desde entonces la situación legislativa de nuestro país ha evolucionado. Del Proyecto de Ley General Penitenciaria se ha pasado a la aprobación de la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de 26 de septiembre, y del Reglamento Penitenciario (Real Decreto 1.201/1981, de 8 de mayo). Ambos cuerpos legales constituyen *un paso más* en la modernización del Derecho Penitenciario español, y deben ser detenidamente estudiados, en lo que aquí interesa, respecto de los *establecimientos de régimen abierto*. Nuestra labor es, pues, a examinar los referidos preceptos relativos a la prisión abierta.

En cuanto a la cuestión terminológica, permítasenos utilizar la expresión «*prisión abierta*» pues tal denominación es tradicional en autores tan reconocidos como Cuello Calón (1a), Elías Neuman (2), García Ramírez (3) y en la legislación y doctrina anglosajona en que la expresión «open prisons» ha adquirido un cierto abolengo. Comparte esta denominación asimismo Luis Garrido Guzmán; no en cambio Mapelli Caffarena (4) ni la totalidad de los autores de habla francesa, Cornil, Germain, Ancel, Pinatel, Dupreel, Graven,

(1) Vide B. MAPELLI CAFFARENA: «Cuadernos de Política Criminal», 1979, p. 61 y sig.

(1a) Eugenio CUELLO CALÓN: «La Moderna Penología», pág. 345, Barcelona, 1958 o «Prisiones de Seguridad mínima. Prisiones Abiertas», en R. E. P., número 140, 1959.

(2) Elías NEUMAN: «La Prisión Abierta», pág. 147 y s. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1962. Existe una nueva edición de 1984 en la que se mantiene la denominación.

(3) S. GARCÍA RAMÍREZ: «La Prisión», pág. 67. México, 1975. GARRIDO GUZMÁN: «Manual de Ciencia Penitenciaria», 1983, p. 472.

(4) MAPELLI CAFFARENA: «El régimen penitenciario abierto», en C. P. C., número 7, 1979, p. 62.

Hertzog, Amor, Cannat, etc., que prefieren la denominación de «establecimiento abierto» o «establecimiento de régimen abierto» (5).

Ambas terminologías son adecuadas, si bien, a mi juicio, la denominación «prisión abierta» posee más sentido porque alude a la subsistencia de la prisión, entendida no ya como contención física o material, sino como *contención moral y psíquica*: los muros de la prisión clásica son reemplazados por los muros de la conciencia del interno. Como bien no se le escapa al ingenio de Elías Neuman, la prisión abierta: «es tanto o más penosa que la prisión tradicional. Es fácil comprobar una mayor frustración y lucha interior en hombres que tienen la libertad a su alcance y no se sirven de ella compelidos por su conciencia moral, que en aquellos otros que al carecer de toda posibilidad de opción terminan *haciéndose al encierro*» (6). Tanto esto es así que el propio Reglamento Penitenciario de 1981 en su artículo 43.2 equipara el régimen abierto al *régimen de «semilibertad»* al decir que: «Serán destinados a los establecimientos de régimen abierto los penados clasificados en tercer grado por estimar, ... que pueden recibir tratamiento en régimen de semilibertad». Sin embargo, el término «régimen de semilibertad», si bien describe una situación real: la falta de plena libertad, no obstante, lo rechazamos por ser muy impreciso ya que puede abarcar tanto a los establecimientos de mediana seguridad, como a los de mínima seguridad (verdadera prisión abierta). En Francia, donde se utiliza el término «semilibertad», suele aplicarse a «penados situados en el mismo edificio que los demás reclusos, aunque en distinto pabellón» (7). Como dice Luis Blas Zuleta: «el régimen de semilibertad da la ilusión de ser un régimen benigno, pero en la práctica es muy duro y sólo lo suelen soportar bien los reclusos de edad madura... y siendo este régimen una excitación a la buena conducta es por lo que se exige también algo de madurez para que el condenado tenga conciencia de la confianza que se deposita en él. De ahí que los casados, o los que tienen elevadas responsabilidades, sean los más adecuados para beneficiarse del sistema» (8).

La «prisión abierta», finalmente, no debe entenderse nunca como un regalo, como un beneficio, sino como una *modalidad de prisión* apta para una cabal individualización de la pena dirigida a la readaptación social.

(5) La Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979 y el Reglamento Penitenciario de 1981 utilizan la denominación: «establecimiento de régimen abierto» (art. 9.1; art. 72.2 LOGP y art. 43.2.ª, art. 45, etc., del Reglamento). No obstante, Carlos García Valdés se inclina más por la utilización doctrinal del término «prisión abierta», que utiliza insistentemente al comentar el artículo 9 de la LOGP y el artículo 72 de la misma ley (pág. 45 y 226 y s.) en sus «Comentarios a la Legislación Penitenciaria». Ed. Civitas, S. A., 1982.

(6) Elías NEUMAN: «La prisión Abierta», op. cit., nota 26, pág. 148. También la mayor parte de los penitenciaristas brasileños prefieren la denominación prisión abierta. Así, J. A. César Salgado; Alburquerque Prado, etc.

(7) LUIS BLAS ZULETA: R. E. P. 1970-II, núm. 860, pág. 4.

(8) LUIS BLAS ZULETA: op. cit., pág. 5.

Es por todo ello que creo que doctrinalmente debe utilizarse la denominación «prisión abierta», aunque legal y reglamentariamente se utilice el término «establecimiento de régimen abierto» (9).

II. CONCEPTO

La prisión abierta constituye una «*nueva experiencia penológica*», así lo afirma Elías Neuman al titular a una de sus obras: «La prisión abierta: una nueva experiencia penológica». Esta puntualización me parece *fundamental*. En efecto, se suele hablar —sin precisión ninguna— de colonias penales, campamentos de trabajos y obras públicas, colonización interna, régimen, «all'Aperto», destacamentos penales, como *sinónimos* de la prisión abierta o del establecimiento de régimen abierto (10). Nada más lejos de la realidad. Es por ello, que creo muy importante delimitar con toda exactitud el concepto de la prisión abierta.

La prisión abierta constituye una *alternativa* a la prisión clásica; es un reto a la misma: Ante el fracaso resocializador de las cárceles de máxima seguridad, en las que es prácticamente imposible enseñar a vivir en libertad, apartando totalmente al interno de la sociedad, se alza la prisión abierta como *una institución resocializadora*, que aplica un tratamiento en condiciones de semilibertad; es una nueva modalidad de prisión, un nuevo planteamiento de la ejecución de la pena privativa de libertad. La prisión abierta nace con la aceptación de forma generalizada de la resocialización como criterio ordenador de la ejecución penal. En la prisión abierta no caben otros criterios: ni de expiación, ni retributivos, ni vengativos. «La experiencia, con la fuerza de los colores de un semáforo, ha demostrado que en ninguna fase de la historia y en ninguna parte del mundo, el castigo más desmedido y brutal del criminal, *ha podido sofrenar a la delincuencia que, es connatural al género*

(9) Tiene razón Garrido Guzmán (op. cit., p. 472) cuando dice que: «es necesario reivindicar penitenciarmente que esa situación —la de una sección dentro de un centro penitenciario ordinario de régimen abierto— constituya una excepción, ya que el establecimiento donde se debe cumplir tal período —el tercer grado— debe reunir una serie de características y peculiaridades que le alejen de la prisión clásica: debe ser un establecimiento o una prisión abierta». Vide «La Prisión Abierta», op. cit., pág. 139 de la ed. de 1962.

(10) Elías Neuman denuncia que los informes vertidos por numerosos países, publicados por las Naciones Unidas con motivo de la realización del Congreso de Ginebra de 1955, relativos a la prisión abierta, fueron emitidos bajo la «*exclusiva responsabilidad*» de sus autores. Así, «En el reverso de la tapa de cada una de estas publicaciones de las N. U. se lee invariablemente: «Los datos que figuran en el presente informe han sido presentados bajo la responsabilidad exclusiva del autor, y las opiniones expuestas no representan necesariamente la de los organismos o miembros de las Naciones Unidas». Asimismo dice Neuman: «Al examinar las múltiples experiencias y proyectos en cuestión no deja de sorprender el hecho de que, con una misma etiqueta conceptual —prisión abierta—, se pretenda incluir toda clase de institutos, incluso aquellos con características de segundo orden que la recuerdan. Elías NEUMAN: «Prisión Abierta...», op. cit., nota 1, pág. 267 y pág. 268.

humano» (11). Ocurre como con la pena de muerte que nunca ha podido eliminar la criminalidad. Decía Claus Roxin (12): «que la reconocida falta de efecto intimidatorio de la pena de muerte, es uno de los motivos fundamentales para su abolición». Nosotros podemos decir que la reconocida falta de efecto intimidatorio de la prisión clásica, es uno de los motivos fundamentales para su abolición (13). Elías Neuman nos proporciona un ejemplo real: en el Instituto Correccional de la Isla Anchieta, en pleno Océano Atlántico, denominado la Isla del Diablo, por su rigor imperante se produjo un motín el día 21 de julio de 1952, que causaría la muerte de más de veinte personas. La represión estatal no se hizo esperar, llegando a ser brutal. Pues bien, a pesar del rigor y severidad del régimen impuesto en tal Instituto, «la criminalidad del Estado no amenguó», llegando a ser cerrado por las autoridades. (E. Neuman, «Prisión...», p. 424 y sig.).

a) Podemos, pues, decir que el *primer elemento esencial* de la prisión abierta es el ser «una institución resocializadora, individualizadora de la pena». Como dice textualmente Neuman: «la finalidad resocializadora es —por así decirlo— la ley íntima del régimen abierto» (pág. 136), «es una punta de lanza tendiente a realizar la individualización penitenciaria de una serie criminológicamente integrada de penados» (pág. 256).

Esta característica, insisto, es esencial, y me da la sensación de que no ha sido suficientemente resaltada por la doctrina, o al menos, expresada claramente. Las consecuencias son importantes: por una parte, ayudan a deslindar todos aquellos institutos que no son prisión abierta por carecer del primordial elemento resocializador (finalidades represivas, económicas, de superpoblación, etcétera); y por otra parte, se pone de manifiesto que la «prisión abierta no es una regalía, sino un régimen penitenciario basado en la confianza» (14), por consiguiente, la prisión abierta no disminuye la función intimidatoria o de prevención general de la pena. El preso sigue estando preso.

(11) E. NEUMAN: op. cit., p. 255.

(12) Claus ROXIN: «Las nuevas corrientes de política criminal en la República Federal Alemana», en «Nuevo pensamiento penal», 1972, p. 389, citado por Carlos García Valdés en «No a la pena de muerte», Cuadernos para el Diálogo, en página 118, Madrid, 1975.

(13) Personalidades tan importantes como la de Maconochie, el Coronel Montesinos, Crofton pronto se dieron cuenta que los castigos no sirven para enmendar. En efecto, el régimen severo a que se sometía a los reclusos de Norfolk (Australia) no impedía la realización cada vez más frecuente de motines sangrientos y fugas (Vide L. GARRIDO GUZMÁN: «Manual de Ciencia Penitenciaria», op. cit., págs. 134); dice Montesinos: «consigo cuanto me propongo de estos infelices —los reclusos—, lo que no sucedería sin disputa alguna, con el cepo, calabozo o palo que no se usan en este presidio, porque el primero no existe desde que yo lo mando, el segundo hay meses enteros que la llave no se necesita y el tercero sólo sirve para que se distinga a los cabos» (Vide: Franco de BLAS: «Formación Penitenciaria del coronel Montesinos y su célebre sistema», en R. E. P., núm. 159, p. 102.

(14) E. NEUMANS «La Prisión Abierta...», op. cit., pág. 175.

b) *Aspecto objetivo o sustancial*: la prisión abierta se caracteriza por la ausencia de precauciones materiales y físicas contra la evasión (tales como muros, cerraduras, rejas y guardia armada) o de impedimentos de carácter natural (como montañas, agua, bosques, etc.). «Una prisión descrita como abierta, pero que en realidad posee un escollo —tan sólo uno— como por ejemplo un guardia armado, debe automáticamente ser considerada de mediana seguridad» (15).

¿Por qué es un requisito indispensable tal ausencia de impedimentos a la evasión? La respuesta es: para demostrar al interno que se deposita confianza absoluta en el mismo: lo que constituye el tercer elemento esencial de la prisión abierta o aspecto subjetivo: el tratamiento basado en la confianza.

c) *Aspecto subjetivo o moral*: la prisión abierta se caracteriza por la sumisión voluntaria a la disciplina (autodisciplina) de la prisión, sin una vigilancia estrecha y constante, del interno en quien se deposita toda la confianza de los directivos y demás funcionarios del establecimiento, inculcándosele el sentimiento de autorresponsabilidad. El interno de una prisión abierta está preso *no porque no puede escaparse, sino porque no quiere evadirse*. Está *preso de su conciencia* (16). La contención psíquica sustituye a la contención mural. El clima de confianza es *vital*. Y conseguir tal clima es la difícil misión del director y demás personal encargado de la prisión abierta: se debe tratar al interno de modo *similar* a la persona libre, no se le debe explotar en el trabajo, se le debe conceder amplios permisos de salida para relacionarse con la familia, etc., etc.

Si no existe este clima de confianza la prisión abierta *se desmorona* impidiendo la deseable readaptación social del interno.

Son descriptivas las palabras de J. A. César Salgado: «La ausencia de rejas, cerrojos, muros, vallas, soldados o guardias, da al reeducando la sensación de que dejó de ser un hombre arrinconado, una criatura al margen, visto con desdén o sospecha por los agentes de la autoridad. Se revaloriza ante sus propios ojos, y porque lo juzgaron digno de confianza sabrá honrar el compromiso asumido y se mantendrá preso "bajo palabra"» (17).

La experiencia ha corroborado dicha afirmación: *nunca se han producido evasiones en masa*; y las evasiones que se producen son mínimas (18).

Asimismo, dice en la pág. 256: «La apreciación más simplista y burda podría creer que se trata de ofrecer un paraíso terrenal a los delincuentes *in genere*. No importa. El progreso de las ciencias no suele nutrirse de apreciaciones de tal tipo».

(15) NEUMAN, op. cit., p. 138. Sobre la distinción entre establecimientos de máxima, media y mínima seguridad trataremos enseguida.

(16) E. NEUMAN: op. cit., p. 135.

(17) J. Augusto César SALGADO: prefacio a «La Prisión Abierta», p. XVIII.

(18) Elías NEUMAN nos refiere que en el traspaso de los internos de los establecimientos de máxima seguridad del Estado de San Pablo a las

d) La prisión abierta es, consiguientemente, un establecimiento de *mínima seguridad*.

La doctrina distingue entre instituciones de máxima, media y mínima seguridad dentro del tratamiento institucional (19). Esta clasificación es importante a efectos de la prisión abierta, pues ésta siempre es una institución de *seguridad mínima*. Existen establecimientos en que se concede cierta libertad de movimientos y de confianza que no son de mínima seguridad, sino de mediana seguridad. Es aclaratoria la Resolución 1b) de la Sección II del XII Congreso Internacional y Penitenciario de La Haya, 1950. Dice así: «Consideramos que las prisiones celulares sin murallas o las prisiones que *prevean un régimen abierto en el interior de las murallas* o de las barreras o también las prisiones en las que el muro está reemplazado por una guardia especial, deberían más bien ser descritas como de *mediana seguridad*» (20).

Dice Neuman que «nada impide que exista en un establecimiento de semilibertad —o mediana seguridad—, pero fuera de sus líneas demarcatorias, una zona exenta de vigilancia donde se desarrolle el régimen abierto. Ese espacio puede destinarse a los internos de mayor confianza, seriados criminológicamente o no» (pág. 138) y en la nota 5 de la misma página dice: «Tanto es así que existen establecimientos que reúnen en varios sectores los tres niveles de seguridad por los que han de pasar los condenados antes de recuperar la libertad. Pueden citarse los de Goias y Neves en Brasil y los de Witzwil en Suiza».

Podemos, pues, afirmar que no constituye un establecimiento abierto *el sector* de un establecimiento ordinario de mediana seguridad «*situado dentro de las líneas demarcatorias de éste*» en que tenga lugar un régimen abierto (21).

prisiones abiertas de los Institutos Penales Agrícolas de Itapetininga, Baurú y de San José de Río Petro, *jamás hasta el momento se han producido en ese trayecto fuga o intento de evasión alguna* (p. 460).

(19) J. C. GARCÍA BASALO en «Tratamiento de seguridad mínima», en REP de 1967 afirma en la página 106; «Los métodos de tratamiento de los delinquentes adultos suelen dividirse simplemente en:

- métodos institucionales, a su vez subdivididos según su nivel de seguridad (seguridad máxima, mediana y mínima); y
- métodos no institucionales o en medio libre. «Propugna, en cambio, una nueva clasificación: métodos institucionales; transicionales; trans-institucionales; semi-institucionales; institucionales discontinuos; y no institucionales o en medio libre (p. 106).

(20) El subrayado es mío. En el Decreto núm. 162/68, de 25 de enero de 1968, que reformó el Reglamento de Servicios de Prisiones de 1956 denomina al segundo grado o período: de *readaptación social, con tratamiento dirigido en un clima de confianza*, en establecimientos de régimen intermedio; el tercer grado o período se denomina, en cambio, de *prelibertad*, en establecimientos de régimen abierto.

(21) En España existen diversos establecimientos abiertos; pero no todos son verdaderas prisiones abiertas. Así, lo son la Sección abierta del Centro de Cumplimiento de Hombres de Alcalá de Henares; Liria (Valencia), para jóvenes, etc. No así Tarragona, en que los internos de tercer grado tienen contactos con los demás internos.

Es necesario reivindicar, como dice Garrido Guzmán, la existencia no ya de secciones, sino de verdaderos centros penitenciarios abiertos, *a poder ser autónomos*. Un ejemplo lo podemos tener en las «Clinton Farms» de Nueva Jersey (Estados Unidos), en que hay más de 6 chalets residenciales, una administración, un hospital y varias granjas (Vide Neuman, pág. 284) sin guardias ni encargados de disciplina (pág. 291).

Finalmente, debemos decir, siguiendo a J. Carlos García Basalo, que existen además de los métodos de tratamiento institucionales —a su vez subdivididos según su nivel de seguridad (seguridad máxima, mediana y mínima)— los métodos transicionales y semi-institucionales, que pueden ser aplicados en la prisión abierta. Ejemplo del método transicional podemos citar a los permisos de salida; como ejemplo del método semi-institucional, el «work release» o sistema de trabajo en las empresas del exterior (21 bis).

e) La prisión abierta *puede constituir el último eslabón del régimen progresivo, o bien puede albergar a condenados inmediatamente después de producida la sentencia* —previa observación, en su caso—. En la mayor parte de los países del mundo la prisión abierta se destina a personas que escalonadamente han pasado por establecimientos de mayor seguridad. Esto se debe, sin duda, a que la prisión abierta todavía se ve con recelo y no se halla del todo consolidada, admitiéndose sólo de modo muy excepcional y tras una larga observación de los internos que pasan previamente por establecimientos cerrados o de mediana seguridad. La prisión abierta es para la mayoría de los países un «*instituto de prelibertad*», cuya finalidad más visible reside en que el individuo amortigüe el impacto emocional y el desasosiego que le produce la recuperada libertad, cuyos efectos morales y sociales son imprevisibles (22). La prisión abierta es «un trampolín para la libertad».

Pero la prisión abierta no debe reducirse a un mero instituto de prelibertad, sino que debe ser una nueva modalidad de la ejecución de la pena privativa de libertad, que pueda y deba aplicarse *directa e inmediatamente* —con o sin observación previa— a los condenados tras la imposición de la condena, pues su

Mayte Mancebo afirma que la Sección Abierta de Alcalá de Henares propiamente no es una prisión abierta, pues los muros de la prisión de hombres vecina rodean la dependencia; de tal forma, que el interno, al abrir la ventana invariablemente, ve el paredón, obstáculo material insalvable para la huida «citada por C. García Valdés en Régimen Penitenciario de España» 1975, pág. 132. Sin embargo, creo que dado que los internos realizan el trabajo en empresas del exterior durante el día —y a veces durante la noche— es claro que *pueden escaparse*, sin obstáculo alguno, pues no hay ningún funcionario que les acompañe al trabajo. Por ello, creo que es un verdadero establecimiento abierto, si bien sería de desear un emplazamiento más acorde.

(21 bis) Vide J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI: «El trabajo penitenciario resocializador. Teoría y Regulación Positiva», Caja de Ahorros Provincial de Guipúzcoa, San Sebastián, 1982, págs. 189, 321, 100, 121 y 202, etc.

22) E. NEUMAN: «La Prisión...», op. cit., p. 479.

función primordial consiste en una cabal individualización de la pena. Por ello creemos que los Tribunales o jueces deberían de *lege ferenda* poder condenar a pena privativa de libertad a cumplir en la modalidad de la prisión abierta; sobre todo en las penas de privación de libertad de corta duración y en los arrestos sustitutorios por falta de pago de la multa impuesta, impuestos a *personas «aptas» para beneficiarse con un régimen fundado en la confianza* (como es el régimen abierto). Aptitud que ya podría resultar de los exámenes sobre la personalidad del acusado que deberían realizarse de oficio con anterioridad al acto del juicio oral.

Dice Neuman que «en Suecia los detenidos son recluidos directamente y sin observación previa en establecimientos abiertos y raramente es necesario trasladar a un recluso a una prisión cerrada» (23).

III.—Las «condiciones de buen funcionamiento» (según el Congreso de La Haya de 1950) o «las condiciones de éxito» de la prisión abierta son: a) una previa selección de los internos; b) un determinado emplazamiento; c) trabajo agrícola o industrial y educativo en condiciones similares al operario libre; d) idoneidad del personal directivo, educador y funcionario; e) cooperación de las poblaciones vecinas; f) número limitado de internos; y g) la existencia de un reglamento.

En cuanto a la previa selección de los internos, debemos decir que observamos una cierta evolución de mayor a menor rigidez en la realización de la selección, según la prisión abierta sea una institución menos o más consolidada, respectivamente, en los sistemas penitenciarios que la adoptan. En efecto, en los sistemas en que la prisión abierta constituye sólo *un nuevo ensayo penológico* todavía no consolidado por la experiencia, *la selección* previa de los internos es *muy severa*, restringiéndose así de modo muy considerable el número de condenados que puedan beneficiarse de tal modalidad de ejecución de la pena privativa de libertad; sin embargo, dicha severidad no se fundamenta en métodos realmente científicos, sino sólo, normalmente, en criterios tales como la reincidencia, la gravedad del delito cometido, la pena impuesta, el tipo de delito, etc., es decir, en criterio objetivos, sin ahondar en absoluto, en si el interno es apto por su personalidad para cumplir la pena de privación de libertad impuesta en la modalidad de la prisión abierta. Tal planteamiento es, sin duda, prudente en un momento en que se desconoce a ciencia cierta la reacción de la sociedad ante tal tipo de ejecución de la pena, y se teme la comisión de numerosas fugas o evasiones.

(23) E. NEUMANN: «La Prisión...», p. 141, nota 8, quien cita el *Acta resumida de la reunión del grupo de trabajo de la conferencia regional europea*, documento MCPC/13/52. Ya veremos cuál es el sistema sueco actualmente vigente tras las modificaciones de 1979, 1980 y 1982 de la Ley sobre el Tratamiento Correccional en Instituciones Penitenciarias (sueca) de 1974. Vide infra.

En cambio, en los sistemas penitenciarios en que la prisión abierta ya no es un ensayo penológico, sino *una experiencia muy consolidada* que ha demostrado que las evasiones son más bien escasas y que la opinión de la sociedad y de las ciudades vecinas al establecimiento abierto son favorables a tal tipo de institución, porque están concienciadas del serio problema penitenciario, solidarizándose con tal tipo de institución porque saben que la readaptación es posible en este tipo de establecimientos, la selección, si bien existe, es de tipo más bien subjetivo, en el sentido de examinar con mayor profundidad la personalidad del interno para predecir o pronosticar su aptitud para vivir en un régimen de semi-libertad, basado en la confianza. Tal planteamiento extiende la prisión abierta a un *número muy considerable de internos*.

Sin embargo, el escollo fundamental que encuentra tal planteamiento se halla en que una selección basada *«en la predicción de la aptitud para la libertad fundada en el comportamiento entre rejas es una tarea muy difícil* (24). Incluso con un examen medicopsicológico y con una encuesta social tal predicción es difícil (25). Norval Morris propone el sistema no ya del pronóstico, sino *de prueba o ensayo graduado* para la liberación bajo palabra sistema perfectamente válido, a mi entender para el destino a una prisión abierta: a) concesión de un permiso de salida de setenta y dos horas de la prisión, durante el cual se comprobará si el interno es capaz de salir de la cárcel y vivir setenta y dos horas de licencia, sin cometer delito, y volviendo a la cárcel; b) el segundo paso consiste en un programa de preparación laboral o educativa, con numerosos permisos de salida. Las nuevas oportunidades de obtener permiso habrán de depender de la abstinencia de delito por el recluso durante los primeros períodos graduados de prueba; c) asimismo dependerán de su conformidad con otras condiciones adecuadas que se impongan a su comportamiento en el exterior (26).

(24) Norval MORRIS: «El futuro de las prisiones». Siglo XXI Editores, p. 64, México, 1978.

(25) Norval MORRIS afirma: «Análisis empíricos prolijos han demostrado que *los pronósticos sobre abstención del delito después de la liberación no tienen mayor probabilidad de acierto cuando se formulan en el momento de la liberación, que cuando se formulan al comienzo del cumplimiento de la condena*»... «En otros términos: treinta años de meticulosa compilación de tasas básicas de riesgo de revocación de la libertad bajo palabra y de riesgo de condena ulterior revelan que únicamente tres factores tienen relación con la posterior adecuación del interno a las condiciones de la libertad bajo palabra y con su abstinencia de la criminalidad después de la liberación: la existencia de una familia u otro grupo social de respaldo al que pueda incorporarse al ser liberado; la existencia de un empleo que le signifique un respaldo razonable; y el proceso y la duración del envejecimiento mismo», op. cit., pp. 65 y 66. Tal argumentación creo que es aplicable al caso de la selección para el destino a una prisión abierta: los pronósticos de aptitud para estar en una prisión abierta no tienen mayor probabilidad de acuerdo cuando se formulan tras una larga estancia en prisiones ordinarias que cuando se formulan al comienzo del cumplimiento de la condena.

(26) Op. cit., p. 74 y 75.

Existen ciertas personalidades penitenciarias de enorme experiencia en el campo de la prisión abierta que defienden la «no selección previa del condenado» para su destino a un establecimiento abierto, que nos puede hacer reflexionar. Edna Nahan, superintendente del Reformatorio para mujeres «Clinton Farms» en Nueva Jersey, «expresa entusiastamente que el éxito obtenido con el régimen abierto es tal, que no debe vacilarse en proponerlo para toda clase de convictas *sin necesidad de selección alguna*». En Clinton Farms se alojan mujeres penadas por crímenes y fechorías que van desde el asesinato hasta el abandono de los hijos. E incluso los puestos de mayor responsabilidad, dentro del centro, son desempeñados por aquellas que cumplen cadena perpetua, pues se ha observado que las mujeres con penas prolongadas son generalmente más maduras, estables y dignas de fiar (27); asimismo, Hans Kellerhals no comparte el criterio según el cual el penado deberá pasar primero un tiempo en un establecimiento de máxima seguridad a manera de ensayo para luego ser transferido a una prisión abierta. No obstante, afirma que la ubicación de condenados en institutos abiertos no debe hacerse por selección de categorías, sino después de un examen detallado de su individualidad, para lo que se debe favorecer la creación de centros de observación (28).

En nuestra opinión *la selección previa es necesaria* (29), debiendo atenerse a *la aptitud* del interno para desenvolverse en una prisión abierta como guardián de sí mismo sin evadirse. El problema está en cómo puede medirse dicha aptitud; tal vez no baste un examen medicopsicológico y una encuesta social, y deba acudir al sistema preconizado por Norval Morris del «ensayo graduado». En las penas de privación de libertad de corta duración, también es deseable la selección; no obstante, creo que entonces debe de utilizarse métodos simplificados y rápidos que permitan el ingreso en los establecimientos abiertos *con prontitud*, evitándose así también el peligroso *contagio* de las prisiones cerradas. Tal selección no es necesario, incluso, que deba tener lugar *necesariamente* tras la sentencia impuesta por el Tribunal, sino que también puede tener lugar con anterioridad a la misma, durante el proceso. Creemos que «de lege ferenda», en tal caso el Tribunal debería tener potes-

(27) Vide Edna NAHAN: «Informe al Congreso de La Haya, Actas», vol. IV, pp. 99 y ss., y E. NEUMAN: «La Prisión Abierta», op. cit., p. 283.

(28) Actas, Val. IV, pp. 84 y 85. Elías Neuman cita la afirmación de Hans Kellerhals de que «a Witzwill llegan presos que no conocen la prisión cerrada», op. cit., p. 308.

(29) Así, la Resolución 3 f) del XII Congreso Internacional y Penitenciario de La Haya de 1950. Dice así: «Los presos remitidos a un establecimiento abierto deben ser elegidos atentamente... Lo presupone el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente de Ginebra 1955 en la Recomendación IV al referirse a los criterios que se debe aplicar *en la selección* de los reclusos para su admisión en los establecimientos abiertos.

tad para destinar a un condenado a una prisión abierta, en caso de penas privativas de libertad de corta duración, o en caso de arresto sustitutorio por impago de la multa impuesta.

IV. LA LEY ORGANICA GENERAL PENITENCIARIA DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 1979 Y EL REGLAMENTO PENITENCIARIO DE 8 DE MAYO DE 1981.

A) La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley General Penitenciaria —*tras afirmar* la finalidad resocializadora de la pena y que la sanción de privación de libertad se concibe como tratamiento, esto es, como actividad directamente dirigida a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados mediante la utilización de los métodos científicos adecuados, tratamiento no impuesto, sino voluntario, programado e individualizado, estimulándose la colaboración personal del interno, llamado a desempeñar un papel cada vez más intensamente protagonista, en el marco de un sistema penitenciario progresivo, dotado de una flexibilidad que lo aleje de los precedentes clásicos aproximándolo a lo que podría denominarse un «sistema de individualización científica»— manifiesta que los rasgos más sobresalientes de la Ley son los siguientes: ... *potenciación del régimen abierto y reducción del cerrado a supuestos extraordinarios*, sumisión general del régimen penitenciario a las exigencias del tratamiento científico de los internos, trabajo equiparado al trabajo en libertad», etc. (30).

(30) Vide «Boletín Oficial de las Cortes», núm. 148, de 15 de noviembre de 1978. El régimen abierto fue introducido por el importante Decreto número 162/68, de 25 de enero de 1968, que modificó sustancialmente el RSP de 1956. El artículo 5 c establece que los establecimientos de cumplimiento... comprenderán: Establecimientos ordinarios que serán de tres tipos: de régimen cerrado, para quienes se muestren hostiles o refractarios al tratamiento; de régimen intermedio, para quienes ofrezcan condiciones favorables en orden a su readaptación social, y de régimen abierto, para quienes bien inicialmente, o bien por la evolución del tratamiento a que fueron sometidos, estén en condiciones de vivir en régimen de semilibertad. El artículo 48 del citado Decreto, asimismo, establecía: «Las penas de reclusión, presidio y prisión se cumplirán conforme determina el artículo 84 del Código Penal, según el sistema progresivo, que comprenderá los siguientes grados: 1.º De reeducación del interno; 2.º De readaptación social, tratamiento dirigido en un clima de confianza; 3.º De prelibertad; 4.º De libertad condicional.

Los tres primeros grados se corresponden, respectivamente, con los establecimientos de régimen cerrado, intermedio y abierto, previstos en el artículo cinco.

La evolución en el tratamiento determinará una nueva clasificación del interno, con su consiguiente propuesta de traslado al establecimiento que corresponda o dentro de la misma institución, el que pase de una sección de régimen cerrado a otra de régimen intermedio o abierto o viceversa.

La progresión en el tratamiento dependerá de la conducta activa del interno y entrañará un acrecentamiento de la confianza depositada en el mismo y la atribución de responsabilidad cada vez más importantes que implicarán una mayor libertad.

B) En la Ley General Penitenciaria, en adelante LGP, el artículo 9.1 establece que «Los establecimientos de cumplimiento son centros destinados a la ejecución de las penas privativas de libertad. Se organizarán separadamente para hombres y mujeres y serán de dos tipos: de régimen ordinario y abierto». Asimismo el artículo 10.1 dice: «No obstante lo dispuesto en el número 1 del artículo anterior, existirán establecimientos de cumplimiento de régimen cerrado o departamentos especiales para los penados calificados de peligrosidad extrema o para casos de inadaptación a los regímenes ordinario y abierto, apreciados por causas objetivas en resolución motivada, a no ser que el estudio de la personalidad del sujeto denote la presencia de anomalías o deficiencias que deban determinar su destino al centro especial correspondiente».

Como puede observarse, el régimen cerrado es para la LGP

La regresión de grado procederá cuando se aprecie en el interno oposición o resistencia al tratamiento o falta de colaboración que implique una evolución desfavorable de la personalidad del mismo»; el artículo 49 asimismo establece: 3. En los de régimen abierto (el tratamiento se inspirará en los siguientes principios: Cuidar que la actitud del interesado, merecedora de la plena confianza en él depositada, no evolucione en sentido negativo o desfavorable». Finalmente el artículo 51 establece: «En la aplicación del régimen general en el artículo que antecede (art. 50) se tendrán en cuenta las siguientes peculiaridades: En las instituciones de régimen abierto, descansará sobre la plena confianza merecida por el interno, en el sentido de la propia responsabilidad y la aceptación voluntaria de la disciplina; a cuyo efecto será instruido previamente de las condiciones y régimen del establecimiento para que él manifieste si las acepta y se compromete a observarlas, la situación propia de este grado de tratamiento, permitirá al interno moverse sin vigilancia, tanto en el interior de la institución como en las entradas y salidas para ir a su trabajo con un régimen de vida que se acercará en lo posible a la que ha de llevar en libertad. Se cuidará de la formación profesional del interno, bien dentro del propio establecimiento o bien mediante su asistencia a centros de enseñanza y de formación profesional no penitenciaria y se cuidará de que consiga un puesto de trabajo o empleo adecuado a sus aptitudes en alguna empresa de la localidad, en las mismas condiciones que las de los trabajadores libres que en ella trabajen».

El Decreto número 2.273/77, de 29 de julio de 1977, asimismo modifica el artículo 48, haciéndolo extensivo también a las penas que siendo de otra naturaleza, excedan de seis meses de privación de libertad; asimismo, el número 6 dice: «En ningún caso se mantendrá a un interno en el primero o segundo grado cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión». El número 7 establece: «Cada seis meses, como máximo, los internos a los que se refiere este artículo deberán ser estudiados individualmente por las Juntas y Equipos de Tratamiento, para reconsiderar su anterior clasificación, tomándose la decisión que corresponda, que deberá ser notificada al interesado y contra la cual podrá interponer recurso ante la Dirección General, a la que se remitirá un informe detallado de lo que resulte del expediente y de las circunstancias que determinaron la resolución». Finalmente el número 8 dice: «En casos excepcionales, por necesidades del Establecimiento penitenciario, con audiencia de la Junta de Tratamiento, expreso consentimiento del interno y previa autorización de la Dirección General, podrá el recurso permanecer en un Centro clasificado en grado inferior al que le corresponda, pero en tal caso le serán íntegramente aplicables todas las ventajas inherentes al régimen en el que se encuentre clasificado».

una modalidad *excepcional* y distinta respecto al del cumplimiento ordinario. Como dice García Valdés, «se ha preferido utilizar esta terminología y no la de raigambre norteamericana, canadiense, belga y portuguesa, y hoy trasnochada, en mi opinión, de establecimientos de máxima seguridad, por entender que refleja más exactamente sus características esenciales, dentro del sistema de individualización científica proclamado en el artículo 72, al corresponderse normalmente este tipo de centros o departamentos especiales con el primer grado de tratamiento penitenciario respecto al cumplimiento de la condena» (31).

En la LGP, a diferencia de la legislación anterior, se destaca el carácter excepcional del régimen cerrado (32).

De todo ello debe inferirse que *los establecimientos de régimen abierto no son establecimientos de cumplimiento de carácter excepcional* en la LGP, sino que es un establecimiento *típico* (art. 9.1). Lo que significa, de entrada, *una potenciación extraordinaria de la prisión abierta* (33), al menos a nivel legal.

El fundamental artículo 72 introduce el «sistema de individualización científica, separado en grados». Como dice el profesor Carlos García Valdés «el sistema de individualización científica parte del principio de que no hay diferencia de los métodos de tratamiento según los grados, pues aquéllos no están en función de éstos, sino de la personalidad de cada interno (34). El artículo 84 del C. p. debe entenderse abrogado por la LGP que desplaza y elimina el sistema progresivo tradicional y rígido. No obstante debemos precisar que ya la reforma de 1968 del RSP introdujo un sistema progresivo *flexible*, al introducir el régimen abierto y permitir el acceso inicial al mismo al interno que fuera apto para beneficiarse de tal régimen.

La LGP establece cuatro grados: el primer grado se reserva a los destinados a los establecimientos de régimen cerrado; el segundo grado, a los establecimientos de régimen ordinario; el tercer grado, a los establecimientos de régimen abierto; y el cuarto grado

(31) CARLOS GARCÍA VALDÉS: «Comentarios a la legislación penitenciaria». Editorial Civitas, p. 47, Madrid, 1982.

(32) BUENO ARÚS: «Breve Comentario a la Ley General Penitenciaria», p. 55, en «Estudios Jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria», Vol. I, 1982.

(33) Por ello, C. García Valdés afirma: «su valiente incorporación legal (de la prisión abierta) se produce con la reforma del derogado Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1968, potenciándose con la Ley General Penitenciaria extraordinariamente». Asimismo afirma dicho prestigioso autor: destinados (los establecimientos abiertos) idealmente a un 45 por ciento de la población reclusa española», p. 45, op. cit.

(34) C. GARCÍA VALDÉS: «Comentarios a la legislación penitenciaria», p. 225, op. cit. En el anteproyecto y en el Proyecto de la Ley General Penitenciaria todavía se utilizaba la denominación —incorrecta— de sistema progresivo. La actual redacción se debe a una enmienda presentada por el Grupo parlamentario Socialistas de Catalunya, por entender que el sistema progresivo no contempla el régimen abierto. Vide C. GARCÍA VALDÉS: «La Reforma Penitenciaria Española», pp. 303 y 304, Madrid, 1981.

está constituido por la libertad condicional. Se establece una clara equiparación entre el régimen y el tipo de establecimiento (artículo 72.2). Asimismo el artículo 72.3 afirma: «Siempre que de la observación y clasificación correspondiente de un interno resulte estar en condiciones para ello, podrá ser situado inicialmente en grado superior, salvo el de libertad condicional, sin tener que pasar necesariamente por los que le preceden».

Asimismo el artículo 72.4 establece: «En ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión».

Si se compara la LGP con el decreto de 25 de enero de 1968 o con el decreto de 29 de julio de 1977, se echa a faltar la denominación de los tres grados (35).

El Decreto de 29 de julio de 1977 reformó el artículo 48 del RSP añadiendo varios párrafos más numerados. El 8 dice así: «En casos excepcionales por necesidades del establecimiento penitenciario, con la audiencia de la Junta de Tratamiento, expreso consentimiento del interno y previa autorización de la Dirección General, podrá el recluso permanecer en un centro clasificado en grado inferior al que le corresponda, pero en tal caso le serán íntegramente aplicables todas las ventajas inherentes al régimen en el que se encuentre clasificado».

Dicho precepto no se halla reproducido ni en la LGP ni en el Reglamento Penitenciario de 1981, por lo que entendemos, ha quedado derogado en virtud de la Disposición Derogatoria del Reglamento Penitenciario de 1981. Así *se robustece la correspondencia* entre los diferentes grados y los establecimientos respectivos. En efecto, creo que es *abusivo* mantener a un interno clasificado en tercer grado en un establecimiento ordinario por supuestas «necesidades del establecimiento penitenciario», aunque se le apliquen todas las ventajas inherentes al régimen abierto. Es sabido que el contacto con los demás internos, clasificados en segundo grado, es muy *negativo*, pues éstos suelen crear situaciones difíciles que pueden repercutir en la pérdida del tercer grado por el interno que lo posea (36). A veces, se observa la corruptela de clasificar a un interno en tercer grado a los solos efectos de que pueda obtener la libertad condicional que exige estar en el tercer grado, pero sin que sea destinado a un establecimiento o sección abiertos. Tal práctica debe ser rechazada, porque si se considera que el interno no tiene todavía aptitud para ser trasladado a un estable-

(35) En ambos decretos derogados por la LGP el primer grado se denominaba: «De reeducación del interno»; el segundo grado: «De readaptación social con tratamiento dirigido en un clima de confianza; el tercer grado: «De prelibertad» (art. 48RSP).

(36) En efecto, los compañeros no beneficiarios con el tercer grado suelen sentir una especie de envidia o recelo por el compañero clasificado en tercer grado y a menudo provocan peleas o reyertas para perjudicar a dicho compañero; o bien, suelen requerir al clasificado en tercer grado que trabaje en el exterior, que «pasen» objetos prohibidos al establecimiento. Si éste se niega las represalias no tardan en llegar.

cimiento abierto, no debe ser clasificado en tercer grado; pues menos aptitud tendrá para ser liberado condicionalmente. Entiendo que todo interno clasificado en tercer grado debe ser trasladado con prontitud a un establecimiento o sección abiertos, sin que se le permita u obligue permanecer en un establecimiento ordinario, con el pretexto de que no hay «plazas vacantes» en los establecimientos abiertos.

C) En el Reglamento Penitenciario de 8 de mayo de 1981, el artículo 38.1 reproduce casi el art. 9.1 de la LGP pues añade: «También existirán excepcionalmente, establecimientos de cumplimiento o departamentos especiales de régimen cerrado».

Como puede observarse en este precepto ya se usa el adverbio «*excepcionalmente*».

El artículo 250 reproduce el artículo 72 de la LGP. Sin embargo, los artículos 251 y 252 establecen dos *limitaciones importantes* al texto de la LGP.

Dice así el artículo 251: «En el caso de que se proponga para tercer grado a un interno que no tenga cumplida la cuarta parte de la totalidad de su condena o condenas, será necesario que concurren favorablemente calificadas las otras variantes intervinientes en el proceso de clasificación, valorándose especialmente la primariedad delictiva, buena conducta y madurez o equilibrio personal».

«En estos supuestos, sería necesario un tiempo mínimo de conocimiento del interno, previsión de conducta y consolidación de factores favorables, no inferior a dos meses de estancia real en el Centro que lo proponga.»

La segunda limitación se contiene en el artículo 252 del RP, que dice así: «Si un interno penado tiene además pendiente una o varias causas en situación preventiva, no se hará la propuesta de clasificación correspondiente hasta que haya sido condenado o absuelto en la última de las mismas. No obstante, se podrán excluir los casos en que la causa o causas ya penadas lo hayan sido a penas graves y los delitos imputados en las causas preventivas tengan legalmente atribuidas penas inferiores».

«En ningún caso se podrá proponer a un interno para tercer grado si le quedan causas en situación preventiva» (37).

(37) Hans KELLERHALS, en el «Informe al Congreso de La Haya de 1950, actas», vol. IV, fue el único de los participantes del congreso de La Haya que entendió que en principio no habría inconvenientes para incluir a los procesados en prisión abierta. El alojamiento en establecimientos de mínima seguridad, según el penólogo suizo, permite proceder a una atenuación del tratamiento penitenciario y a facilitar inmediatamente la readaptación. De esa forma se procede en Witzwil en algunos casos. En Suiza, el detenido que confiesa su culpabilidad antes de haber sido sentenciado, puede solicitar se le recluya directamente en una penitenciaría en vez de permanecer en la cárcel, en la que no tendrá ocupación alguna. Al presentarse luego al Tribunal para su juzgamiento, esa actitud es apreciada con benevolencia; por lo demás se entiende que ya ha iniciado el cumplimiento de la condena.

Como es de observar, ambas limitaciones no se contemplaban en la LGP, constituyendo *una innovación* del Reglamento Penitenciario de 1981. Este es mucho más *restrictivo* que la Ley General Penitenciaria *si se interpreta literalmente*, al establecer un dato de naturaleza pragmática, es decir, objetivo cual es la estancia no inferior a dos meses, como tiempo mínimo de conocimiento del interno, cuando el interno todavía no ha cumplido la cuarta parte de la totalidad de su condena o condenas. Dato que contradice el *espíritu subjetivista* de la LGP, que sólo exige que el interno *esté en condiciones* para ser situado en el tercer grado (art. 72.3 en relación con el art. 59.1 y art. 1 y art. 63 de la LGP). Por consiguiente, en la LGP no existe límite *objetivo* alguno (de carácter rígido) que impida a un interno considerado «en condiciones para ingresar en una prisión abierta» ser clasificado en tercer grado y ser destinado a un establecimiento abierto «aunque no concurra tiempo determinado o prefijado alguno».

Sin embargo, si el artículo 251 se interpreta *teleológicamente* y *sistimáticamente*, sólo establece un límite «*indiciario*», sin que pueda ser dicho límite temporal de carácter vinculante. La referencia a una duración mínima de estancia en el centro de dos meses «*se interpretará al solo efecto de valorarla de forma ponderada con el conjunto de todos los otros criterios o variables intervinientes en el proceso de clasificación*» como establece bilateralmente el artículo 241 del Reglamento Penitenciario respecto a la duración de las penas en relación al artículo 63, que establece la duración de la pena, como un elemento a tomar en cuenta al realizarse la clasificación para la individualización del tratamiento (38).

Sin duda, tiene razón García Valdés. Sin embargo, la redacción del artículo 251 es defectuosa —si tal límite es *indiciario*— dada su contundencia (39); con el peligro de que en la práctica sea interpretada literalmente contra el espíritu que informa la LGP. Por lo que abogo por una redacción más conforme con dicho espíritu, como ya hace el artículo 241 del RP.

En cuanto a la limitación contenida en el artículo 252 del RP —«en ningún caso se podrá proponer a un interno para tercer grado si le quedan causas en situación preventiva»— sí constituye

Ver «Acta resumida de la reunión del grupo de trabajo de la conferencia regional europea», Naciones Unidas, MCPC/13/52, p. 4 del texto francés. E. NEUMAN, «La Prisión...», p. 141 nota 9.

(38) C. GARCÍA VALDÉS así lo entiende al decir: «Es precisamente con este precepto reglamentario (el art. 241) con el que debe ponerse en relación el artículo 251 del mismo texto... Es claro que la relación transcrita obliga a un ponderado y concreto estudio de tales internos, lo cual es razonable, no suponiendo regresión alguna respecto a la Ley General Penitenciaria, que sí lo sería si se formulara genéricamente y como condición temporal imprescindible, cosa que no ocurre al efectuarlo de manera indicativa y referencial». El subrayado es mío. Vide: «Comentarios a la legislación penitenciaria», op. cit., pp 200 y 201.

(39) Podría decir por ejemplo: «*generalmente no inferior a dos meses*».

una *restricción* clara de la LGP. El adverbio: «*en ningún caso*» impide cualquier otra interpretación.

A nuestro entender el autor del Reglamento Penitenciario ha optado por el camino fácil, al impedir el acceso a la prisión abierta a toda persona que le quede otra causa en situación preventiva. Creemos que dicha limitación atenta contra el espíritu de la LGP y del principio de la *individualización científica*, al impedir *en todo caso* la posibilidad de proponer a un interno a tercer grado si se halla *en condiciones* de acceder a él. Se produce una verdadera ruptura del principio de individualización científica, creando asimismo una verdadera *desigualdad* entre los internos condenados sin más causas pendientes de juicio y los internos condenados con otra causa pendiente en situación de preventiva. A los primeros, según el RP se les puede readaptar mediante la prisión abierta; a los segundos, se les niega dicha readaptación «*en todo caso*». Creemos que tal resultado, además de inconstitucional, no es conforme a la LGP. En efecto, se debería dar la posibilidad —a nivel reglamentario— de poder proponer a un interno con una causa pendiente para tercer grado, si tal interno está realmente «*en condiciones*» de seguir un régimen abierto, habida cuenta de todo el conjunto de los demás criterios o variables intervinientes en el proceso de clasificación, como dice el artículo 241 del Reglamento. Es decir, la prohibición de proponer a un interno con otra causa en situación de preventiva para el tercer grado tendría que tener un carácter «*indiciario o referencial*», pero no absoluto (40).

Tiene razón Garrido Guzmán cuando dice que: «Una de las características más importantes de la prisión abierta es la selección de los penados. Una mala selección de los internos que se destinen a estos centros puede hacer fracasar aparatosamente la institución abierta, de aquí que al principio general establecido en nuestra legislación para destinar a los penados a régimen abierto, muy amplio y flexible, por cierto, era necesario imponerle unos correctivos: una estancia mínima y efectiva en el centro penitenciario de origen de dos meses, siempre que no haya cumplido la cuarta parte de la condena pendiente. Y una imposibilidad transitoria de ser destinado a régimen abierto a los que tienen pendiente alguna causa en situación preventiva. A nuestro entender, ambas limitaciones son acertadas y constituyen un *mínimum* de garantías para una buena selección de los penados que han de disfrutar de la institución abierta» (41). No estamos de acuerdo, sin embargo, en la necesidad de imponer «correctivos», si por correctivos se entiende la introducción de criterios absolutos restrictivos de la LGP.

(40) Precisamente *el carácter absoluto* del artículo 252 último párrafo *puede confundir al intérprete del artículo 251*. En efecto, si la prohibición referida tiene un carácter absoluto, el límite temporal mínimo de dos meses de estancia real en el centro parece que también puede ser entendido con carácter general y absoluto, y no con carácter *indiciario o referencial*.

(41) L. GARRIDO GUZMÁN, «Manual de Ciencia Penitenciaria», op. cit. p. 494.

En cuanto *al régimen abierto*, viene regulado en la Sección Segunda del Capítulo III del Título II del RP. Dice así el artículo 45: «Los establecimientos y secciones de régimen abierto se ajustarán a las siguientes normas:

1.^a El orden y la disciplina que se ha de exigir serán los propios para el logro de una convivencia normal en toda colectividad civil, con ausencia de controles rígidos, tales como formaciones, cacheos, requisas, intervención de visitas y correspondencia, que contradigan la confianza que como principio inspiran estas instituciones».

2.^a Para el destino de los internos a los establecimientos de régimen abierto será necesario instruir a aquéllos de las condiciones y régimen de vida que han de llevar, y que manifiesten formalmente que las aceptan voluntariamente y que se comprometen a observarlas».

3.^a En general, se permitirá a los internos moverse sin vigilancia tanto en el interior de la institución como en las salidas para el trabajo y permisos.

4.^a Durante su permanencia en un establecimiento de régimen abierto los internos deberán pasar por las siguientes fases:

a) De iniciación, durante la cual serán informados del programa del centro, presentados a funcionarios y compañeros, y deberán ocuparse en tareas de limpieza y conservación. Una vez estudiados los protocolos de los internos por el órgano colegiado correspondiente, se les proporcionará una relación de puestos de trabajo para que elijan de entre los existentes y acepten las obligaciones que dichos puestos implican.

Durante esta fase, en sus salidas al exterior serán debidamente controlados.

b) De aceptación, durante la cual serán autorizados para salir a trabajar, pudiendo permanecer fuera del establecimiento el tiempo necesario para el trabajo y para los desplazamientos al lugar donde se desarrolla.

Durante esta fase, los educadores deberán comprobar en forma discreta las actividades que llevan a cabo durante los permisos que disfruten los internos.

c) De confianza, durante la cual los internos gozarán de todas las ventajas inherentes a la plenitud de responsabilidad que asumen y sin limitaciones los permisos de fin de semana.

5.^a Bajo la supervisión de los educadores se establecerán los órganos de participación de los internos en el desarrollo de las distintas actividades del establecimiento.

Todos los internos de la segunda y tercera fase pueden elegir y ser elegidos para formar parte de los órganos de participación.

6.^a Como regla general, en los establecimientos de cumplimien-

to de régimen abierto se autorizará el dinero de curso legal y el uso de objetos de valor».

Como es de observar, las normas contenidas en el artículo 45 del RP no constituyen «un reglamento cerrado»; sino que son *normas-marco*.

En efecto, los distintos establecimientos o secciones abiertos pueden regirse por sus propias normas internas, siempre que se adecuen a las normas del RP. Tal afirmación la hacemos en base a la manifestación expresa de la norma 4.^a a): «... serán informados del programa del centro». Luego, cada centro puede tener su programa propio y peculiar, haciendo el RP de *reglas mínimas*. Los programas de actuación de los diversos establecimientos y secciones abiertos no tienen por qué coincidir (42).

De este modo el RP de 1981 cumple *la misma misión* que el RSP reformado por el Decreto de 25 de enero de 1968 y por el Decreto de 29 de julio de 1977: «servir de directriz». En efecto, debemos mencionar que algunos establecimientos abiertos contaban ya con su *reglamento interior*, mucho antes del RP de 1981. Tal es el caso de la sección abierta de Alcalá de Henares (43).

Las tres primeras normas del artículo 45 RP establecen que el principio inspirador de la institución abierta es la: «confianza en los internos», de ahí que preceptúe la ausencia de controles rígidos, tales como formaciones, cacheos, requisas, intervención de visitas y correspondencia (norma 1.^a); y el que se permita, en general, al interno moverse sin vigilancia, tanto en el interior de la institución como en las salidas para el trabajo y permisos (Norma 3.^a); asimismo se establece el principio de la *voluntariedad* en el acatamiento de las normas del régimen abierto, manifestando el interno formalmente su aceptación y el compromiso de observarla: es la palabra de honor que sustituye a las rejas, cerrojos y demás medidas de seguridad (Norma 2.^a). Tal aceptación suele tener lugar en la fase de aceptación a que se refiere la Norma 4.^a del artículo 45, que coincide normalmente con la salida a trabajar en empresas del exterior (44).

(42) JESÚS CALVO GARCÍA dice: «¿Qué es, realmente, un Régimen Abierto? ¿Un centro en el que los internos, porque son buenos o porque les queda poca condena, pueden trabajar en una granja, en una obra, en una contrata particular? ¿Un centro al que únicamente van los internos a dormir? ¿Un Instituto de Formación Profesional?».

«El caso es que todos esos "modos" se dan en un régimen abierto; y cada uno de ellos son positivos, fecundos, típicos. Posiblemente ninguno de los programas de actuación que hoy se realizan en nuestros Centros de Régimen Abierto coincidan entre sí» (el subrayado es mío).

«En esa variedad conceptual, que no puede ni debe unificarse, descansa la amplitud y riqueza, y por ello a la vez la imprecisión, del término "régimen abierto". Lo cual complica la posibilidad de pensar en un sistema "tipo de actuación", en centros de régimen abierto, aunque para todos tengamos una *directriz única*». «Revista Estudios Penitenciarios», núm. 199, actubre-diciembre de 1972, pp. 762 y 763.

(43) «REP», núm. 220 de 1977.

(44) En la Sección de Régimen Abierto de Alcalá de Henares, el interno

La Norma 4.^a establece *las fases* del régimen abierto. ¿Son nuevos grados, en el sentido de los grados en nuestra técnica penitenciaria? Dice el artículo 43 del RP Norma 2.^a que «Serán destinados a los establecimientos de régimen abierto los penados clasificados en tercer grado por estimar que bien inicialmente, bien por su evolución favorable en segundo grado, pueden recibir tratamiento en régimen de semilibertad». Y asimismo el artículo 243.2 del RP establece que «La progresión en el tratamiento... entrañará un acrecentamiento de la confianza depositada en el mismo (el interno) y la atribución de responsabilidades cada vez más importantes, que implicarán una mayor libertad». En principio, parece, pues, que las fases del régimen abierto constituyen *una progresión más* del tratamiento. Materialmente las fases del régimen abierto constituyen verdaderos *subgrados* del tercer grado; pero formalmente, no, porque no es preceptiva la propuesta razonada de grado de tratamiento y de destino al tipo de establecimiento que corresponda, que debe ser remitida a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias (art. 267.2.^a y art. 270 2.^a y 5.^a del RP) propuesta que normalmente hace el Equipo de Observación o de Tratamiento; y porque el RP —como la LGP— sólo establece cuatro grados de tratamiento (el último, la libertad condicional fuera del establecimiento). Este carácter progresivo de las fases del régimen abierto sirve para concienciar a los internos de su situación de prelibertad y para evitar evasiones, que tal vez se producirían sin un previo «*bloqueo del afecto*» (45) y posteriores se compromete concretamente a: 1) Salir a trabajar a una empresa del exterior, cumpliendo con el horario normal que se le encomiende; dejando constancia de su respeto a los jefes de la misma, a los compañeros de trabajo, y demostrando su buena conducta como ciudadano libre. 2) Esforzarse por rendir laboralmente lo más y mejor posible. 3) Ser puntual, tanto en la llegada a la empresa, como en el regreso a la Sección, dentro de los horarios que tenga marcados. 4) Notificar a la Sección cualquier cambio de horario que la empresa le impusiera, sin aceptarlo ni rechazarlo hasta que, por la Sección, se le confirme o autorice. 5) Entregar su salario íntegro a la Sección, y la nómina oficial. 6) Ir a comer a la Sección; salvo los casos en que le sea autorizado expresamente por el jefe de la misma realizar sus comidas en la empresa. 7) Pernoctar en el Departamento. 8) Recoger su carnet de la Sección en todas las salidas que haga, así como dejarlo de nuevo en el cuadro de control a sus llegadas. Igual que firmar en su «Hoja Personal de Control» a las salidas y llegadas a la Sección, especificando las horas y los motivos. 9) No intervenir en ninguna actividad laboral dudosa de carácter político-social o subversivo, dentro o fuera de la empresa. Ni exponer sus críticas personales sobre salarios, horarios, mandos, organización, etc., de la empresa; consciente de que su obligación ahora, es cumplir y no exigir. De todos sus problemas laborales dará cuenta a sus superiores, para que sean ellos los que los resuelvan. 10) Durante su jornada laboral no tendrá visitas de nadie; ni realizará ninguna otra actividad que no sea la estrictamente laboral, en la empresa, o en sus desplazamientos de la Sección a la empresa o de la empresa a la Sección.

Tal compromiso lo suscribe el interno firmándolo.

Vide «REP», núm. 216-219 de 1977.

(45) Terminología utilizada por Jesús CALVO GARCÍA en el Reglamento de la Sección Abierta de Alcalá de Henares. «REP», núm. 220 al 223 de 1977 p. 150 y s.

actitudes de diálogo y apertura. Como dice Calvo García «no hay duda de que el interno que pasa a un régimen abierto llegado de prisiones más o menos rígidas; pero prisiones, al fin, en el amplio sentido de controles, requisas, vigilancias, cacheos y seguridad; destinado a esta sección —la de Alcalá de Henares— para trabajar en empresas libres; que va a cruzar sólo calles desbordantes para él, después de más o menos años de encerramiento; que se va a encontrar de golpe con una libertad fascinadora e increíble, entre hombres y mujeres que trabajan y dialogan de repente con él; que va a sentir la responsabilidad del que, asombrosamente, puede hacer lo que le dé la gana...; no hay duda, repito, que ese interno llegado a la sección abierta sufre, inevitablemente, un impacto psicológico de sorpresa y ensoñación. La *psicología del interno, básicamente reprimida, sí va a necesitar una progresión ajustadora de equilibrio*: una entrada en escena, una toma de contacto y un dominio del papel» (46).

También, en nuestra opinión, el interno que sea clasificado inicialmente en tercer grado y sea destinado a un Establecimiento Abierto debe pasar por la referida progresión de fases por su conveniencia, pues aunque haya permanecido un tiempo en un Establecimiento de Cumplimiento ordinario (dos meses como mínimo o menos si constituye la cuarta parte de la condena) ya suficiente para crear ese *impacto psicológico* ante una mayor libertad, sin embargo, tal progresión le ayudará a una mayor concienciación del programa de actuación del Centro y mejor compromiso —en la segunda fase—, así como a resistir la tentación de evadirse.

Tales fases del régimen abierto son pues *cauteladas* para evitar el gran mal de la prisión abierta, que puede dar al traste con ella: la evasión. Pues, *pedagógicamente*, como reconoce Calvo García «no cabe programar un tratamiento progresivo sobre unos internos que, al ingresar en la Sección Abierta, vienen promocionados precisamente al *tercer grado de nuestro actual sistema penitenciario; el último, en realidad*, ya que el grado de Libertad Condicional se lleva a cabo fuera de los Establecimientos» (47).

La primera fase la denomina el RP «*De iniciación*» (48). Su duración no viene predeterminada por el RP, por lo que se deja libertad en su determinación a los Reglamentos interiores de los

(46) Jesús CALVO GARCÍA, en «REP», núm. 199, oct.-dic. 1972, p. 770.

(47) CALVO GARCÍA, «REP», núm. 199, p. 770.

(48) En el Reglamento Interior de la Sección Abierta de Alcalá de Henares la primera fase se denomina: «*Fase de Ambientación o Prueba*». En realidad tal fase cumple dos misiones muy diferenciadas: a) *ambientar* al recién llegado al régimen abierto; y b) *regresar a esta fase* a aquel interno que por sus actitudes dudosas, confusas o negativas, estando en otra fase más adelantada, hubiera que privar de todos los estímulos. Pero sin perder aún el régimen abierto ni su trabajo en el exterior. Se trata de una regresión intermedia, para evitar la retrocesión a régimen cerrado, cuando no existen argumentos concluyentes todavía.

Establecimientos o Secciones Abiertos (49). En esta fase «serán informados los internos del programa del Centro, presentados a funcionarios y compañeros, y deberán ocuparse en tareas de limpieza y conservación». Asimismo, el Equipo del Centro estudia el Protocolo del interno y su expediente personal, para ampliar el conocimiento del mismo, con la observación directa, por una parte, y los datos y juicios de los Equipos de los Centros de procedencia, por otra. Una vez estudiados los protocolos, se les proporcionará una relación de puestos de trabajo para que elijan de entre los existentes y acepten las obligaciones que dichos puestos implican. Sus salidas al exterior serán debidamente controladas (50). El RP no impide toda salida al exterior (deberá estarse al Reglamento interior de cada Establecimiento).

La segunda fase la denomina el RP «*De aceptación*» (el Reglamento interior de Alcalá de Henares la denomina de «Trabajo en el exterior»). En esta fase, los internos serán autorizados para salir a trabajar, previa aceptación y compromiso de las obligaciones relativas al puesto de trabajo. Tampoco el RP establece una duración mínima ni máxima (en el Reglamento Interior de Alcalá de Henares es de siete días de duración mínima, y un mes, la máxima). Sólo podrán los internos permanecer fuera del Establecimiento el tiempo necesario para el trabajo y para los desplazamientos al lugar donde se desarrolla. Es una fase de «*comprobación*» de las actividades que lleven a cabo los internos durante los permisos que disfruten (51). La conclusión de la 2.ª Fase llega cuando el Equipo del Establecimiento Abierto o Sección pueda emitir su juicio sobre la consciente aceptación, por parte del in-

(49) En el Reglamento Interior de la Sección de Alcalá de Henares tiene una duración mínima de siete días y máxima de un mes.

(50) En el Reglamento Interior de Alcalá de Henares en el epígrafe 63 h) de la Sección 2.ª del Capítulo V se prevee que «Si, por cualquier otra circunstancia justa, tuviera que estar (el interno) en la Sección más de un mes, antes de comenzar a trabajar en el exterior, y su conducta es buena, el interno podrá gozar de todos los estímulos de la 2.ª ó 3.ª Fases y promocionar a ellas normalmente, como si trabajara en el exterior».

(51) Por permisos debe entenderse, a mi juicio, tanto los permisos de salida por razones laborales, como los permisos otorgados por otras razones, como el permiso de fin de semana, etc. Se trata de comprobar que la conducta del interno en «libertad» es apta para poder seguir el régimen abierto. En el Reglamento Interior de Alcalá de Henares es en esta fase cuando se hace leer al interno las Normas de Salida a Trabajar y, si las acepta, las firma en presencia del o de los educadores, acompañados también por un miembro de la Junta de Orientación y otro de la Económica (epígrafe 26 de la Sección 2.ª del Capítulo II). En cambio, en el RP parece que la aceptación de tales normas debe tener lugar al final de la 1.ª Fase. En el Reglamento Interior de Alcalá de Henares el epígrafe 30 dice: «Los educadores elaborarán, durante toda esta 2.ª Fase, un informe exhaustivo del interno, que comprenderá: a) *Aspecto laboral*: Datos subjetivos que aporten los jefes de personal de las empresas, los jefes de taller y compañeros de trabajo sobre la conducta y actitud laboral del interno. b) *Aspecto personal*: Datos sobre la actitud del interno en la Sección, respecto a los demás compañeros de esta localidad, funcionarios y familiares; así como de su entrega al programa de este departamento».

terno, de todo el estilo y programa del Centro; y su ya demostración práctica de que la responsabilidad, dignidad personal y confianza, que antes se le había supuesto, es real y efectiva.

La tercera Fase la denomina el RP «*De confianza*» (en el Reglamento Interno de Alcalá de Henares se denomina «de Ciudadanía o confianza plena»). En esta fase los internos ya gozan de todas las ventajas inherentes a la plenitud de responsabilidad que asumen y sin limitaciones los permisos de fin de semana. Tales permisos no tienen que ser autorizados por el Juez de Vigilancia aunque sean de duración superior a las 72 horas (art. 76.2 j) de la LGP). Normalmente es en esta fase cuando el interno podrá elegir y ser elegido en los órganos de participación de los internos (52). En el Reglamento Interior de Alcalá de Henares se prevén dos Juntas: la Junta de Responsabilidad y Orientación; y la Junta Económico-Administrativa, supervisadas por los Educadores. Son Juntas de Autogobierno. Asimismo en tal Reglamento Interior los Educadores, durante la 3.ª Fase, continúan su labor de observación y orientación formativa permanente del interno. Ahora, esta orientación se llevara en la siguiente triple proyección: a) *laboral-profesional*: actitud en la empresa, a través del contacto periódico con los Jefes de Taller, de Personal, Psicólogo de la empresa y demás directivos, así como con los compañeros de trabajo. b) *Cívica-social*: Actitud y estilo como ciudadano, en la calle y en sus relaciones cívico-sociales; y c) *humana*: Evolución integral de su personalidad. Conocerle en el contacto diario y personal, con su entorno individual, familiar, profesional y proyectos de futuro» (epígrafe 35 de la Sección 3.ª del Capítulo II).

El artículo 45 del RP debe ponerse en relación con el artículo 249.1 del mismo cuerpo legal, que dice: «El fin primordial del régimen de los Establecimientos de cumplimiento es lograr en los mismos el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento; en consecuencia, las funciones regimentales deben ser consideradas como medios y no como finalidades en sí mismas» (la redacción es idéntica a la del artículo 71.1 de la LGP). También tiene una redacción idéntica el art. 40, primer párrafo del RP.

En cuanto al régimen disciplinario en la prisión abierta el RP no establece un régimen disciplinario especial para dicha clase de institución, por lo que serán de aplicación también a dicho establecimiento los artículos 104, 107, 108, 109 y 110 del RP —estos últimos determinan las faltas muy graves, graves y leves—. Sin embargo, como en un Establecimiento abierto pueden cometerse actos que atenten contra la prisión abierta, cabe una tipificación de las faltas en el Establecimiento abierto en el Reglamento Interior de cada Establecimiento; así como las sanciones a imponer (53).

(52) Vide artículo 136 del RP.

(53) En el Reglamento Interior de Alcalá de Henares se contiene en la Sección 4.ª del Capítulo V un sistema de faltas respecto a los horarios y permisos en general; respecto a la responsabilidad económica familiar y

Es importante señalar, siguiendo a Bueno Arús y a García Valdés, que no existe vinculación entre el régimen disciplinario y el retroceso o regresión de grado. En consecuencia, el retroceso de grado depende *exclusivamente* de la evolución de la personalidad del interno (art. 65 LGP), sin ninguna relación con consideraciones de índole disciplinaria (54). Como dice García Valdés, «no cabe aceptar como fundamento del retroceso de grado el único dato de la comisión de infracción o infracciones disciplinarias por el interesado, pues ambos supuestos en modo alguno implican una necesaria correlación».

«En efecto, la comisión de una falta sólo podrá dar lugar a que la propuesta de regresión de grado se formule, cuando la propia naturaleza de la misma evidencie una significativa evolución desfavorable de personalidad, como dice la Ley, careciendo de motivación bastante cuando el correctivo disciplinario no permita deducir de su consumación tal evolución negativa. Y ello, por cuanto cabe incluso que los propios hechos determinantes de la infracción permitan razonablemente una propuesta de traslado regimental a otro establecimiento, sin que esto afecte, necesariamente, al grado de tratamiento en que el autor se halle».

«No contradice lo aquí expresado el artículo 253 del RP, cuando en el supuesto de fuga del interno de tercer grado que disfruta de un permiso de salida, se ordena se le clasifique «provisionalmente» en segundo grado, a la espera de la correspondiente reclasificación que dirá siempre la última palabra» (55).

Pasemos ahora a examinar «una de las vigas, teóricamente fundamentales, que sostienen el edificio de la privación de libertad» (56). Me refiero al *trabajo penitenciario* en el régimen abierto.

Pero antes de seguir adelante, me parece necesario hacer una aclaración. El trabajo es, en principio, *una actividad regimental*, como lo es la disciplina, la asistencia sanitaria o religiosa, los per-

respecto a la promoción de actitudes personales (vide epígrafes 68 a 72). Asimismo en la Sección 5.ª del mismo Capítulo se establecen las sanciones a aplicar en la Sección Abierta, consistentes en la privación inmediata de un estímulo, en la restricción de un horario libre, retraso en el horario para comenzar el permiso de fin de semana, pérdida del sábado completo como permiso de fin de semana, pérdida completa del fin de semana o de varios, retroceso automático de fases y finalmente, como última y excepcional sanción, el retroceso a régimen cerrado (vide epígrafes 73 al 79). Los internos podrán recurrir ante el Juez de Vigilancia en caso de sanciones disciplinarias. Art. 76 e) LGP.

(54) F. BUENO ARÚS, «La legitimidad jurídica de los métodos de la criminología clínica aplicada al tratamiento penitenciario» en «Estudios Penales y Penitenciarios». Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1981, p. 203.

Asimismo C. GARCÍA VALDÉS en «Comentarios...», op. cit., p. 206 y 207.

(55) El interno puede acudir al Juez de Vigilancia para elevar quejas o peticiones en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario. Art. 76 g) LGP.

(56) Así designa al trabajo carcelario Carlos GARCÍA VALDÉS en «Introducción a la Penología» p. 152. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1982.

misos de salida; pero, *puede ser* asimismo un elemento complementario del tratamiento. Así, cuando el delito guarda relación con la ausencia de un oficio o trabajo, la facilitación de trabajo por parte de los Establecimientos penitenciarios es una actividad «directamente» dirigida a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados, es decir, a hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, como dice el artículo 59 de la LGP (57).

En la Ley General Penitenciaria el trabajo penitenciario viene situado sistemáticamente en el Capítulo II, bajo el Título II, titulado «Del Régimen Penitenciario», dando a entender que fundamentalmente el trabajo penitenciario es una actividad regimental (bajo el mismo Título II se regulan la asistencia sanitaria —Capítulo III—, el régimen disciplinario —Capítulo IV—, los permisos de salida —Capítulo VI—, etc.); en cambio, en el RP el trabajo penitenciario se sitúa en el Capítulo IV, bajo el Título III denominado: «De las prestaciones de la Administración», regulando también la asistencia sanitaria, higiene, aseo y limpieza, educación e instrucción, asistencia religiosa, etc., por lo que parece que sistemáticamente, a pesar de la distinta denominación del Título, el Reglamento Penitenciario considera al trabajo penitenciario como una actividad esencialmente regimental. Tales actividades, como precisa Alarcón Bravo, «se deben al delincuente, en su condición de preso e interno, *por el hecho de ser hombre o ciudadano*, como derechos que le corresponden en cuanto tal» (58). El trabajo penitenciario es, ante todo, natural y esencialmente, trabajo *humano* (59). Si el delincuente es capaz de trabajar es porque el delito no le hace perder su condición natural de hombre. El hombre delincuente tiene un derecho primario y superior a conservar sus facultades y su capacidad de trabajo, sus aptitudes profesionales integradas por su habilidad, su entrenamiento y el conjunto de conocimientos logrados en una profesión. Todo ello es personal y forma parte del acervo de bienes morales que exclusivamente le pertenecen. La sociedad —el Estado— que no tiene derecho a castigar por castigar, se excedería en la defensa y rebasaría los límites de lo justo si pretendiese privar al delincuente del derecho al trabajo (60).

(57) Es fundamental el trabajo clarificador de Jesús ALARCÓN BRAVO, «El tratamiento penitenciario» en «Estudios Penales II», p. 15 y s., 1978. Este autor distingue claramente el tratamiento del régimen penitenciario.

(58) ALARCÓN BRAVO, «El tratamiento penitenciario», op. cit., p. 25. Sin embargo, el artículo 26 párrafo inicial de la LGP afirma que el trabajo... «siendo un elemento fundamental del tratamiento...».

Tal generalización, como dice GARCÍA VALDÉS es «una de las escasas deficiencias técnicas del texto legal, que afortunadamente, no ha pasado así formulada, a su Reglamento, sino con la restricción de que podrá tener aquella consideración» cuando así resulte de la formulación de un programa de tratamiento, art. 184 RP». Vide, «Comentarios...», op. cit., p. 95.

(59) Calixto BELAUSTEGUI MAS, «Principios fundamentales del trabajo penitenciario», en «REP» de 1967, p. 17.

(60) C. BELAUSTEGUI, op. cit., pp. 102 y 103, quien sigue a Alimena quien

Siguiendo esta trayectoria, «el Segundo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Londres en agosto de 1960, consideró prevalente la opinión de que el trabajo de los reclusos debe ser considerado *como parte del trabajo en general*, es decir, no como un fenómeno característico penológico o penitenciario, sino como la continuación del ejercicio de una actividad que es (o debe ser) común a todos los hombres y que la prisión no hace sino integrar dentro de su propio sistema, a veces estableciendo limitaciones imposibles de evitar, pero de ningún modo metamorfoseando la naturaleza de aquél. Tal directriz parece la más acorde con el artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 («Toda persona tiene derecho al trabajo») y con el artículo 6/1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 1966), que establece: «Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo...» y encuentra cierto reflejo en la norma 60/1 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos aprobadas por el Congreso de las Naciones Unidas celebrado en Ginebra en 1955 («El régimen del establecimiento debe tratar de reducir las diferencias que puedan existir entre la vida de prisión y la vida libre...») (61).

Del trabajo como *pena* en sí mismo, como sustitutivo de determinadas penas y como elemento esencial integrante de la ejecución de las penas de privación de libertad, se pasa al trabajo penitenciario como «*integrante del trabajo en general y de la economía nacional*». Como dice García Basalo: «Debe abandonarse en un principio la idea de que el trabajo penitenciario se halla más relacionado con la pena que con el trabajo en general. Es imprescindible, para tal logro, que la Comunidad social se encuentre correctamente informada acerca del carácter y de los propósitos

dice: «El Estado no tiene el derecho de castigar por castigar, únicamente tiene el derecho de defenderse dentro de los límites de lo justo que es el aspecto jurídico de lo necesario», «Principios de Derecho Penal». Madrid, 1915, part. I, p. 139.

(61) F. BUENO ARÚS, «Algunas cuestiones fundamentales sobre el trabajo penitenciario», en «Estudios Penales II» de 1978, pp. 257 y 258, quien cita a GARCÍA BASALO: «La integración del trabajo penitenciario en la economía nacional, incluida la remuneración de los reclusos» (Informe General al Segundo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente), Nueva York, 1960, p. 4 y s.; asimismo cita a LÓPEZ REY: «Algunas consideraciones sobre el carácter y la organización del trabajo penitenciario», Buenos Aires, 1959, p. 24 y s. Charles GERMAIN en «Le travail pénitentiaire en France», en «Review of Criminal Policy», U.N., publication n.º 6, 1954, pp. 55 y 56 manifestaba ya que «tanto desde el punto de vista social como económico es imprescindible recordar que los reclusos eran trabajadores libres antes de ser encarcelados y que el hecho de haber sido condenados no les excluye de la comunidad ni de participar en la competencia por el trabajo. Vide asimismo Jean PINATEL, en «Précis de Science pénitentiaire», París, 1945.

que animan hoy al trabajo penitenciario y desterrar la creencia arraigada de que dicho trabajo tiene que ser un medio aflictivo o mortificante, que *debe ser de bajo coste*, y que en todo caso es de mala calidad... De antemano debe decirse que por integración del trabajo penitenciario no debe entenderse uno de índole puramente económica, en torno al cual se haga girar subordinadamente el interés del recluso y de la sociedad en lograr la readaptación de aquél» (62). Sin embargo, como observa Elías Neuman, este hecho no impide que el aspecto económico juegue el importante papel que le corresponde de conformidad con la regla mínima 71 del Congreso de Ginebra, según la cual el trabajo debe ser «productivo». Se reconoce, empero, que esa finalidad económica se halla subordinada a otro principio establecido en la Regla mínima 72, según la cual el interés de los reclusos y su formación profesional no deben quedar subordinados a los beneficios pecuniarios de una industria penitenciaria» (63).

«La privación de libertad es una forma de estar socialmente y por ser una forma de estar socialmente, el delincuente no deja de ser un ser social y un ente jurídico. En consecuencia, las bases del estatuto laboral de los internos *no están graciando* al sancionado; por el contrario, le están manteniendo a un nivel de derecho que en justicia le corresponde» (64).

Sin embargo, a pesar de la equiparación entre el trabajo penitenciario y el trabajo libre, no se nos escapan ciertas diferencias «reales», que son *mayores*, cuando el trabajo penitenciario es tomado como elemento fundamental del tratamiento en los casos en que el delito cometido guarda relación con la ausencia de un oficio o profesión; y *menores* cuando el trabajo penitenciario es sólo una actividad regimental. En efecto, en el primer caso, «un estudio comparado del trabajo penitenciario con el trabajo normal, con el que se realiza en el ámbito social libre, nos proporciona la razón y tipismo de la diferenciación. El trabajo penitenciario supera al normal en sus fines por contener un factor permanente de medio de tratamiento, de elemento integrante de modificación de aspectos de la personalidad afectados normalmente por el nacimiento del hecho delictivo. Y bajo este

(62) J. Carlos GARCÍA BASALO, «La integración...», op. cit. A. conf. 17/1 citada asimismo por Elías NEUMAN en «Prisión abierta...», op. cit., p. 189.

(63) Elías NEUMAN, «La prisión abierta...», op. cit., p. 190. J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, en su magnífica Tesis Doctoral: «El trabajo penitenciario resocializador. Teoría y regulación positiva», Caja de Ahorros Provincial de Guipúzcoa, 1982, en la p. 117 reconoce como rasgo fundamental de la actividad laboral resocializadora la «asimilación del trabajo penitenciario al trabajo "libre", como actividad plenamente integrada en la economía general del país "exigencia" de la adopción de la finalidad resocializadora que determina que el régimen penitenciario deba organizarse de modo, que, sin acentuar la separación (inherente a toda privación de libertad) entre el individuo y la sociedad, *trate de potenciar al máximo su condición de ciudadano, de parte integrante de la misma*» (el subrayado es mío).

(64) «El trabajo penitenciario en España» presentado por C. GARCÍA VALDÉS. Dirección General de Instituciones Penitenciarias, 1979, p. 31.

aspecto de afección lo importante es concretar la postura del trabajo penitenciario frente a las declaraciones jurídicas laborales fundamentales habidas hasta el momento y programadas para el futuro» (65). En el caso de que el trabajo sea un elemento fundamental del tratamiento, «el trabajo penitenciario, *el derecho al trabajo no se encuentra extinto o anulado, sino transformado y modificado en su finalidad y fundamento*» (66); en cambio, a mi juicio, cuando el trabajo penitenciario no es un elemento del tratamiento —en el caso concreto—, sino una mera actividad regimetal, el derecho al trabajo se equipara casi totalmente al trabajo libre (o debe equipararse).

Es cierto que el trabajo penitenciario tiene defectos, que no suele tener el trabajo libre como el equipamiento defectuoso de los medios laborales penitenciarios; imperfección de los mandos de empresa; movilidad constante de las plantillas de los trabajadores reclusos; ambiente laboral deteriorado psicológicamente; imposibilidad de cumplir un horario laboral rentable; composición del colectivo laboral significado por la tendencia a la falta del rendimiento en el trabajo, etc. Sin embargo, tales defectos pueden irse corrigiendo hasta donde sea posible y no significan que el trabajo penitenciario, por ello, deba ser sustancialmente distinto del trabajo libre, aunque constituya una «*relación laboral especial*», como dice la Disposición Adicional 2.^a del Estatuto de los Trabajadores.

La distinción que hemos efectuado, según que el trabajo penitenciario se considere en concreto un elemento del tratamiento resocializador, o sólo un elemento del régimen penitenciario, se adecúa bastante bien con la Constitución Española en 1978. En efecto, el artículo 35 afirma que «*Todos los españoles tienen... el derecho al trabajo a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo, y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia...*», artículo que debe ponerse en relación con el artículo 25.2 del texto Constitucional que establece: «*Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo (entre los que está el artículo 35), a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad*» (los subrayados son míos, para resaltar la excepción a que se refiere dicho precepto respecto a los derechos fundamentales: «el sentido de la pena»: prevención general y reeducación y reinserción social (el tratamiento). Así pues, si lo exige la finali-

(65) «El trabajo penitenciario en España», op. cit., p. 32.

(66) Idem, p. 33.

dad del tratamiento de reinserción social —cuando el trabajo penitenciario es un elemento del tratamiento en el caso concreto— el derecho al trabajo podrá ser *limitado* hasta donde sea necesario. No tanto, si el trabajo penitenciario es sólo un elemento del régimen, debiendo acudirse a lo preceptuado por la Ley General Penitenciaria.

Hemos dicho que en principio el interno, como todo español tiene derecho al trabajo. Pero también tiene el deber de trabajar (art. 35 de la Constitución), como *todo español*. Y aquí ya tocamos con el tema candente de la *obligatoriedad o no* del trabajo penitenciario. Debemos advertir que en la legislación comparada el trabajo penitenciario suele ser obligatorio (67). No obstante, la Regla Mínima 72.2 del Consejo de Europa de 1973 no es tan contundente estableciendo sólo la «posibilidad» de sometimiento al recluso a la obligación de trabajar. Dice así: «Los detenidos condenados pueden ser sometidos a la obligación del trabajo, teniendo en cuenta su aptitud física y mental tal como será determinada por el médico y su necesidad de enseñanza a todos los niveles».

Como dice J. L. de la Cuesta Arzamendi: «Esta fórmula, a pesar de que autoriza la imposición obligatoria del trabajo, resulta más adecuada que la de 1955 (se refiere a la Regla 71.2 de Ginebra); pues, al eliminar la referencia a «todos los condenados» y emplear el término «podrán», deja un portillo abierto a un régimen de trabajo carcelario que atenúe o, incluso, elimine su obligatoriedad y ponga su acento en otros rasgos del mismo como puede ser su condición de derecho del interno y de medio de readaptación. Y se encuentra más en *la línea del principio de asimilación* (al trabajo libre) *derivado de la exigencia resocializadora*, que, a nuestro juicio, se opone a la consideración de la actividad laboral como una obligación del condenado distinta del deber general al trabajo de todo ciudadano» (68).

Asimismo, Ruiz Vadillo se inclina por la «voluntariedad» del trabajo penitenciario manifestando: «Que su incorporación y realización debe ser para el interno voluntaria: Sabemos que un ideal de vida colectiva es que todos los miembros de la sociedad trabajen, pero esto es por ahora un ideal, no puede imponerse precisamente en la prisión donde el abanico de posibilidades es pequeño,

(67) Así el artículo 12 de la Ley Penitenciaria sueca; el artículo 720 de Código de procedimiento penal francés, etc. Asimismo, la Regla 71.2 para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas dice: «Todos los condenados serán sometidos a la obligación de trabajar habida cuenta de su aptitud física y mental, según lo determine el médico». En cambio, la Regla 89 establece *el derecho y no el deber* de trabajar de los *preventivos* que parece fundarse en la teoría de la «presunción de inocencia» que acompaña al todavía no condenado, que como dice BUENO ARÚS «nada tiene que ver con la dispensa de una obligación que es carga común de todos los ciudadanos» en base al artículo 35 de la Constitución Española de 1978. Vide «Algunas cuestiones fundamentales sobre el trabajo penitenciario», op. cit., p. 269.

(68) J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «El trabajo penitenciario resocializador...», op. cit., pp. 217 y 218.

a veces tan pequeño que se reduce a una, donde además las condiciones del mismo no se desarrollan en los mismos términos que en el mundo exterior y donde siempre existe o puede existir la sospecha de un enriquecimiento indebido por parte de quien se beneficia de ese trabajo por 'mucha que sea la vigilancia y el control de la propia Administración. Por ello, aún pensando que el ideal será el de un trabajo obligatorio, aunque por supuesto digno, considero que hoy por hoy es preferible la voluntariedad» (69).

A mi juicio, el interno —condenado o preventivo— tiene el deber general —como todos los españoles— de trabajar; y la pena de privación de libertad no le exime de tal deber. Sin embargo, tal deber es un *deber ético o cívico-moral* y no una obligación jurídicamente exigible. Su infracción no debe ser objeto de sanción disciplinaria (70). Si el trabajo en condiciones de libertad, es esencialmente «*voluntario*», a pesar del deber general de trabajar, de modo que el trabajador es siempre libre de determinar la relación laboral cuando quiera y el no trabajar no es objeto de sanción per se, no alcanzo a ver por qué razón el trabajo penitenciario debe de ser necesariamente obligatorio. Creo más bien que la obligatoriedad del trabajo penitenciario es un residuo del sistema penitenciario basado en la idea de la aflicción y de la corrección. El trabajo se consideraba como el elemento fundamental del «tratamiento» penitenciario; luego si el tratamiento era obligatorio, pues si se prescindiera de su imposición coactiva por parte del Estado se estaría renunciando, de hecho, al deber irrenunciable de éste de promocionar la reforma, reeducación y reinserción social del delincuente, el trabajo penitenciario —elemento central del tratamiento— también debía de ser obligatorio. Pero los tiempos cambian y ya hoy se reconoce por los penitenciaristas más renombrados que el tratamiento resocializador debe ser «*voluntario*» (71); luego

(69) RUIZ VADILLO, «Estudios Penales II», 1978, p. 205. En cambio, F. BUENO ARÚS es partidario de la obligatoriedad del trabajo penitenciario, incluso para el preventivo. Vide: «Algunas cuestiones fundamentales sobre el trabajo penitenciario», op. cit., pp. 268 y 269. También Calixto BELAÚSTEGUI MAS en «Principios Fundamentales del Trabajo Penitenciario», op. cit., pp. 106 y 107.

(70) Así también J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «El trabajo penitenciario resocializador...», op. cit., p. 182; asimismo reconoce que «en el orden jurídico normal (el trabajo en libertad) el aspecto "trabajo-deber" se identifica más como un *deber moral*, como un *estímulo cívico necesario*, pero no *esencialmente exigible*, mientras que en el campo penitenciario es un concepto obligatorio impuesto por la norma jurídica e imperativamente exigible» la obra: «El trabajo penitenciario en España» presentado por C. GARCÍA VALDÉS, estudio realizado por iniciativa de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Organismo Autónomo Trabajos Penitenciarios, p. 33. Asimismo Mappeli CAFFARENA se declara a favor de la derogación de aquellos preceptos que de forma tan tajante establecen el deber de trabajar. Vide: «Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español». Sd. Bosch, p. 229, Barcelona, 1983.

(71) Así, Jesús ALARCÓN BRAVO, «El tratamiento penitenciario», en «Estudios Penales II, 1978», p. 21. C. GARCÍA VALDÉS, «Comentarios a la legislación penitenciaria», op. cit., p. 29, quien manifiesta que la noción resocializadora debe ser entendida «no como mera reinserción del interno a una sociedad que le rechaza o que aquél no acepta, sino como modesta posibilidad de ser

si hoy en día se reconoce por la mayoría de la doctrina y de la legislación comparada que no es justificable fundamentar la concreta intervención penal elegida en una supuesta *necesidad* de tratamiento; que el tratamiento es esencialmente un derecho, no una obligación, no llega a comprender por qué razón esa misma doctrina y legislación comparada mantienen la obligatoriedad del trabajo penitenciario, elemento del régimen penitenciario que también puede ser en el caso concreto elemento del tratamiento. Si como elemento del tratamiento no puede ser obligatorio, porque el tratamiento tampoco lo es, no entendemos qué necesidades regiminales —mucho menos importantes que las necesidades de tratamiento o resocializadoras— puedan fundamentar legítimamente la obligatoriedad del trabajo penitenciario desconociendo o infringiendo los derechos fundamentales de la persona. Recuérdese que la voluntariedad del tratamiento es una exigencia del respeto de los derechos fundamentales de la persona. Los pequeños, y frecuentemente discutidos, resultados positivos del tratamiento coactivo no puede de ningún modo justificar el quebrantamiento de la seguridad jurídica, el desconocimiento de los derechos fundamentales de la persona (72). Lo mismo, creo, puede aplicarse al trabajo penitenciario. Podemos, pues, concluir que, matizando las palabras de Ruiz Vadillo, el ideal es que todos los internos trabajen, pero voluntariamente.

Es cierto que el trabajo es un elemento central del régimen penitenciario y que la ociosidad puede ser muy perniciosa. Pero esto no justifica, por sí solo, que el trabajo penitenciario deba ser obligatorio (73).

capaz de llevar una vida en libertad sin delito». LÓPEZ-REY habla del «derecho a no ser reeducado», en «Presupuestos de la orientación profesional penitenciaria», Caracas, 1972, p. 65. BUENO ARÚS, en «Algunas consideraciones sobre la política criminal de nuestro tiempo» en «Politique Criminelle et Droit Pénal», «Revue Internationale de Droit Pénal», núm. 1, 1978, p. 117, y en «Estudios», op. cit., p. 18. S. MIR PUIG, «Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de Derecho», Barcelona, 1979, p. 23. Asimismo el Comité Nacional Sueco para la prevención del delito, en su informe núm. 5 de 1978 (Estocolmo, Suecia) titulado: «Un nuevo sistema de penas. Ideas y propuestas». Vide «Rev. ANDPYCP», Madrid, 1979, trad. José Luis DIEZ RIPOLLÉS, entiende el tratamiento como «ofrecimiento», no como imposición.

(72) Es interesante el artículo de M. BAJO FERNÁNDEZ «Tratamiento penitenciario y concepción de la pena», en «Estudios Jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria», vol. I, quien denuncia los peligros a que conduce el monismo preventivista del tratamiento. Vide p. 40 y s.

(73) La Ley General Penitenciaria en su artículo 29.1 establece que: «Todos los penados tendrán obligación de trabajar conforme a sus aptitudes físicas y mentales».

Quedarán exceptuados de esta obligación, sin perjuicio de poder disfrutar, en su caso, de los beneficios penitenciarios: a) Los sometidos a tratamiento médico por causa de accidente o enfermedad, hasta que sean dados de alta. b) Los que padezcan incapacidad permanente para toda clase de trabajos. c) Los mayores de sesenta y cinco años. d) Los perceptores de prestaciones por jubilación. e) Las mujeres embarazadas durante las seis semanas anteriores a la fecha prevista para el parto, y las ocho posteriores al alumbramiento.

Vayamos, pues, a examinar el trabajo penitenciario en la *prisión abierta*.

Carlos García Valdés, como ejemplo del postulado de la progresiva humanización y liberalización de la ejecución penitenciaria cita los permisos de salida y *el trabajo en el exterior* de los regímenes abiertos. Asimismo afirma que es aplicable el Derecho del Trabajo a los trabajos en empresas *en el régimen abierto* y los realizados en sistema de cooperativa, siendo *discutible* los proporcionados directamente por la Administración penitenciaria al recluso en talleres y granjas; quedan al margen del Derecho laboral las actividades ocupacionales que formen parte de un tratamiento y las de estudio y formación académica; las prestaciones personales en servicios auxiliares comunes del establecimiento se regulan por el Derecho Administrativo» (74).

Asimismo Bueno Arús afirma que «el trabajo desarrollado por los internos en empresas del exterior (característico del tercer grado, o régimen de *prelibertad*, como lo denomina el art. 48 del RSP) es naturalmente constitutivo de una *relación jurídico-laboral plena*, que se establece entre el empresario y el penado trabajador, y en la que la Administración penitenciaria no puede ser sujeto de la misma» (75), «sino solamente un tercero encargado de facilitar al interno la firma de un contrato de trabajo y de velar posteriormente por el recto cumplimiento del mismo en beneficio de aquél». «La aplicación a estas relaciones del Derecho del Trabajo es, en mi opinión, evidente» (76).

La Ley General Penitenciaria no declara expresamente la inclu-

miento. f) Los internos que no puedan trabajar por razón de fuerza mayor. Los sometidos a prisión preventiva podrán trabajar conforme a sus aptitudes e inclinaciones... Vide arts. 108 y s. y 210 del RP.

(74) C. GARCÍA VALDÉS, «Comentarios a la legislación penitenciaria», op. cit., p. 29 y p. 94 y 95.

Téngase presente que la Exposición de Motivos del Decreto 27 de julio 1964, núm. 2.705/64 de «Trabajos penitenciarios» decía: «aún cuando el trabajo penitenciario sea considerado como una actividad normal del recluso que se pretende sea realizada en condiciones similares a las del trabajador libre, sin embargo, por lo que a su naturaleza respecta, prevalece con carácter fundamental la finalidad de servir de base al tratamiento del recluso en orden al cumplimiento de las penas privativas de libertad con su primordial función resocializadora. De ahí que a la actividad laboral del recluso, cuya representación y defensa asume la Administración Penitenciaria, *no resulten aplicables las disposiciones del Derecho laboral*, basadas en una relación contractual aquí inexistente, *sino las del Derecho penitenciario con carácter único y exclusivo*». Vide asimismo el artículo 17 de dicho Decreto. («B.O.E.», 10 septiembre 1964, núm. 218, 1875).

(75) F. BUENO ARÚS, «Algunas cuestiones fundamentales sobre el trabajo penitenciario» en «Estudios Penales II», 1978, p. 262.

(76) El Reglamento de la Sección Abierta de Alcalá de Henares, presentado por Jesús CALVO GARCÍA («Pedagogía y tratamiento penitenciario». Tercera Parte, en «REP», núm. 220 al 223), en su epígrafe 103 (Sec. 2.ª, Libro II) se declara que «la relación laboral sección-empresas es una *relación laboral especial*». Vide el epígrafe 107 y el 108. La Sección usa una carta-contrato especial ante la empresa, independientemente del posible contrato laboral que las empresas hagan con los internos-trabajadores.

sión del trabajo penitenciario en el ámbito del Derecho del Trabajo; pero la disposición transitoria cuarta del RP establece que «El Gobierno, a propuesta de los Ministerios de Justicia y Trabajo, Sanidad y Seguridad Social, promulgará una normativa de la relación laboral penitenciaria, conforme a lo dispuesto en el artículo 2, 1, C), de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, en el plazo a que se refiere la disposición adicional 2.ª de la expresada Ley. En tanto no se promulgue dicha normativa, se aplicarán los preceptos contenidos en el presente Reglamento, referidos a la relación laboral penitenciaria, con carácter provisional (77). Tal normativa todavía no se ha promulgado, por lo que las normas vigentes son las del Reglamento Penitenciario de 1981 (78)

El artículo 188 del RP se refiere al trabajo realizado por los internos en régimen abierto. Dice así: «En el trabajo que realicen los internos en régimen abierto y por sistema de contratación ordinaria con las empresas libres, aquéllos serán titulares del contrato que se lleve a cabo, pudiendo comparecer en el mismo la dirección del centro tutelando la relación laboral, cuando sea necesario o conveniente, y comprobando la actividad de los trabajadores».

«La sanción disciplinaria grave o muy grave, la regresión de grado, el traslado del interno a otro establecimiento por orden judicial o la existencia de causas de índole penitenciaria u otras que modificasen el estatuto jurídico de los internos, podrán determinar la extinción del contrato de trabajo, sin perjuicio de los recursos que en cada caso procedan».

El contrato de trabajo del interno en régimen abierto se regulará en cuanto a su extinción por la legislación laboral común. Sin embargo, el despido disciplinario del trabajador, si estuviere justificado, y la extinción voluntaria de la relación laboral por el interno, dará lugar a que la Administración considere el comportamiento de éste a los efectos que procedan.

El trabajo regulado en este artículo se refiere exclusivamente al sistema de trabajo en empresas del exterior. Pero se plantea la duda de si es posible otro tipo de sistema de organización del trabajo en el régimen abierto. Parece que el trabajo por cuenta propia como el sistema de cooperativa son perfectamente compatibles con

(77) Vide arts. 182 a 219 del RP.

(78) La LGP, si bien no declara expresamente la inclusión del trabajo penitenciario en el ámbito del Derecho del Trabajo, tácitamente parece hacerlo. El artículo 34 LGP establece: «Los internos, en cuanto trabajadores por cuenta ajena o socios cooperadores, asumirán individualmente la defensa de sus derechos e intereses laborales o cooperativos, que ejercitarán ante los Organismos y tribunales competentes, previa reclamación o conciliación en vía administrativa y en la forma que reglamentariamente se determine». Por Organismo competente puede entenderse, actualmente, la Delegación de Trabajo. Vide la enmienda del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso. Vide C. GARCÍA VALDÉS, «La reforma penitenciaria española», 1981, p. 175.

la prisión abierta. ¿Pero cabe el sistema de Administración? (79), ¿el sistema de contrata, en la prisión abierta? (80). Ambos sistemas son reconocidos de aplicación en el sistema penitenciario español, según el informe de «El trabajo penitenciario en España» de 1979 (81).

En principio, parece que la respuesta deberá ser negativa. Negativa, porque el régimen abierto implica la idea de trabajo al exterior, poco compatible con un sistema de Administración que se realiza en talleres de los establecimientos penitenciarios —sin contacto con otros trabajadores libres— o con un sistema de contrata o destajo, realizado en dependencias de los establecimientos penitenciarios. Como dice el informe de «El trabajo penitenciario en España»: «se estima que la personalidad ha evolucionado favorablemente y que el interno es titular de confianza y de *necesidad de ensayar su vida en libertad*... la privación de libertad se convierte en un sistema de restricción de libertad» (82). Garrido Guzmán parece que se inclina por la respuesta negativa, al decir: «el trabajo de los penados que se encuentran en régimen abierto tiene unas peculiaridades que le distinguen del trabajo que desarrollan los internos en los centros penitenciarios ordinarios» (83).

Sin embargo, a mi juicio, la respuesta debe ser matizada, en el sentido de que el sistema de trabajo que mejor se acomoda con la prisión abierta es, sin duda, el sistema de trabajo en empresas del exterior, por el contacto del interno con trabajadores libres, por las condiciones de trabajo similares a las del trabajador libre; no obstante, a mi juicio, no deben descartarse ni el sistema de administración ni el sistema de contrata «a priori». En efecto, la prisión abierta no puede depender de una situación de progreso económico, exclusivamente. ¿Es que la prisión abierta debe desaparecer en épocas de grave crisis económica, donde la contratación con empresas privadas es casi nula o nula? En tal situación es claro que debe ser la Administración penitenciaria quien debe

(79) El sistema de administración consiste en que la Administración Penitenciaria se responsabiliza de la totalidad del proceso productivo y organiza y explota el trabajo en prisión por sus propios medios.

(80) El sistema de contrata se caracteriza por ser un sistema privado de organización del trabajo. Se contrata la realización de una obra o pedido concreto (arrendamiento de obra) entre una empresa privada, que se encarga del control del trabajo y de su venta, y la administración penitenciaria. El sistema de trabajo o destajo o piece-price-system, se distingue del sistema de contrata sólo en que la empresa privada no interviene en el control del trabajo, sino sólo en la venta.

(81) «El trabajo penitenciario en España», Informe de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, presentado por C. GARCÍA VALDÉS, 1979. Dice así: «el trabajo penitenciario español (está) incurso en el Sistema de Administración —el organismo es empresario— con sector apoyado en el sistema de contrata, utilizando el destajo como un medio de producción...», p. 137.

(82) «El trabajo penitenciario en España», op. cit., p. 145.

(83) L. GARRIDO GUZMÁN, «Manual de Ciencia Penitenciaria», op. cit., p. 495 (ed. 1983).

proporcionar trabajo y correr con todo el círculo productivo (sistema de Administración) o bien controlar debidamente el proceso productivo en caso de otro sistema de trabajo (84). Pero tal solución debe ser *excepcional*. La regla general, a mi juicio, es que el trabajo a realizar en el régimen abierto debe ser el trabajo en empresas del exterior.

No obstante lo dicho con anterioridad —aceptación del sistema de contrata, de destajo— es necesario advertir, siguiendo el estudio esclarecedor de J. L. de la Cuesta Arzamendi que la cuestión de la admisibilidad o no de los sistemas privados es dudosa, mientras no se definan por los Tribunales la extensión y alcance del concepto de trabajo forzoso en el Derecho español (85). El artículo 198 del RP al «autorizar que las personas, que contraten con el organismo autónomo «trabajos penitenciarios» la realización de obras o servicios en sus sectores laborales, estén presentes en

(84) Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Detenidos de las Naciones Unidas, si no establecen sistemas laborales, sí condicionan los mismos al control de la administración, que deberá vigilar al interno mediante su personal penitenciario. Así lo exige la Regla 73.2 de Ginebra y la Regla 74.2 de Estrasburgo. Asimismo, el Convenio 29 OIT relativo al trabajo forzoso, no considera forzoso el trabajo penitenciario si éste es ejecutado bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y el interno trabajador no es cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas privadas. Convenio ratificado por España por Ley de 8 de abril de 1932. «Gaceta Madrid», 14-X-32.

(85) Vide J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «El trabajo penitenciario resocializador...», op. cit. Según este autor existen dos interpretaciones del trabajo forzoso derivadas de los tratados internacionales, a los que hay que acudir para interpretar adecuadamente el artículo 25.2 de la Constitución española que establece que «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad no podrán consistir en trabajos forzados», sin determinar la Constitución española lo que deba entenderse por la expresión trabajos forzados. *La primera interpretación* se basa exclusivamente en el Convenio 29 OIT y en el extracto del informe de la sesión número 38 del Comité de expertos en la aplicación de los convenios y recomendaciones, realizado en Génova en 1968 [Vide International Labour Office, Forced Labour. Extract from the Report of the 38 th (1968) Session of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Geneva, 1968]. Según esta interpretación, *el único sistema posible*, en tanto en cuanto el trabajo sea obligatorio —como sucede en la LGP— para los condenados, es decir, exigible bajo la amenaza de sanción, *es el sistema de Administración* —lo que se deriva del art. 2,2, c y del art. 4.1.º del Convenio 29 OIT, el primero de los cuales exige para la exclusión del trabajo carcelario del ámbito del trabajo forzoso prohibido, entre otras condiciones, «que el trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas» y «que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado»; el segundo, el art. 4.º, 1.ª, exige que las autoridades no deben «imponer o dejar que se imponga el trabajo forzoso y obligatorio en provecho de particulares, de compañías o de personas jurídicas de carácter privado» —salvo en el caso de los trabajadores penados que, en la etapa inmediatamente anterior a su liberación y por propia voluntad, sin ningún tipo de presión, trabajen en empresas del exterior en condiciones idénticas a los demás trabajadores «libres»— excepción derivada de la Sesión 38 del Comité de los expertos que la aprobaron.

La segunda interpretación se basa en la omisión en el art. 4, 2a) del Con-

los talleres o granjas, asesorando o ayudando en el proceso de producción... «parece que legaliza el sistema de contrata en nuestro país. (Vide asimismo Disp. Trans. 2.^a del RP).

Es necesario aludir al procedimiento laboral penitenciario creado por el RP en sus artículos 213 a 219, en desarrollo del artículo 34 de la LGP (86). Tal procedimiento laboral penitenciario se refiere exclusivamente a los conflictos *individuales*, no a los conflictos colectivos (87), de trabajo. El artículo 213 del RP establece que «las cuestiones planteadas en litigio en relación con los conflictos individuales originados como consecuencia de la actividad laboral penitenciaria, se regirán por la Ley de Procedimiento Laboral y demás disposiciones complementarias que afecten a la materia».

«Las cuestiones originadas en el ejercicio de las actividades de los socios cooperadores, serán sometidas a la Jurisdicción ordinaria competente».

«Cuando la Administración, en su calidad de socio cooperador fuese demandada, se estará a lo dispuesto en las normas establecidas en relación con la previa reclamación o conciliación administrativa».

Asimismo el artículo 217 del RP dispone: «La reclamación previa a la vía judicial, establecida en el artículo 145 de la Ley de Procedimiento Administrativo, 49 de la Ley de Procedimiento Laboral y 34 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, se dirigirá al Consejo de Administración del Organismo Autónomo «Trabajos Penitenciarios», cuando la relación jurídica con él hubiese quedado establecida, de acuerdo con el artículo 78 de la Ley de Régimen Jurídico de Entidades Estatales Autónomas, y, en su caso, al Ministerio de Justicia, cuando la reclamación proceda contra actos de la Administración en los que la relación se estime mantenida directamente con ella» (88).

vnio de Roma y en el art. 8, 3 c) del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos del requisito de la no cesión ni puesta a disposición de individuos, compañías o entidades jurídicas privadas; según esta interpretación caben también *sistemas privados de organización* del trabajo, tales como el sistema de contrata, etc., no siendo trabajo forzado.

(86) El informe «El Trabajo Penitenciario en España» de la DGIP, op. cit., establece en la p. 92 que «esta disposición, cuya situación en principio en los estudios y anteproyecto quedó colocada en el contexto del funcionamiento del régimen cooperativo laboral penitenciario, en el Proyecto (de la LGP y en el texto definitivo de la misma) aparece *generalizada* en la posibilidad de reclamación, por parte de los internos, de la totalidad de las cuestiones laborales, pudiendo ejercer cualquier tipo de acción en defensa de sus derechos e intereses laborales...» (el subrayado es mío).

(87) Lo que se deriva del adjetivo: «individuales» aplicado al sustantivo: «conflictos del artículo 213 RP; y del empleo del adverbio «individualmente» que se utiliza en el artículo 34 de la LGP: «Los internos... asumirán individualmente la defensa de sus derechos e intereses laborales»; y de la no admisión de la enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Comunista que pedía la supresión de la palabra «individualmente». Vide «La Reforma Penitenciaria Española» de C. GARCÍA VALDÉS, op. cit., p. 175.

(88) Asimismo, el artículo 216 del RP establece: «A efectos de determi-

Tal reclamación previa puede ser *substanciada* por el Juez de vigilancia, dado que el artículo 76.2 g) le faculta para «acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos o beneficios penitenciarios de aquéllos» (89).

Debe tenerse en cuenta que conforme a la disposición transitoria segunda del RP, apartado b), «continuarán vigentes: Los artículos 150, 152, 153, 155 a 180 y 183 del Reglamento del 2 de febrero de 1956, así como los Decretos 2.705/64, de 27 de julio y 1.864/1975, de 17 de julio, que modificó el artículo 15 del anterior, en tanto no se promulgue una nueva normativa del organismo autónomo «Trabajos Penitenciarios». Por lo que, de conformidad con el articulado del Decreto de 27 de julio de 1964, normalmente las reclamaciones habrán de dirigirse al Consejo de Administración de este organismo autónomo, que funciona como entidad empresarial que tanto puede actuar proyectando y controlando la producción laboral y comercializando los productos (Sistema de Administración) o trabajando sobre una demanda externa de producción determinada por la previa petición de terceros (90). (Sistema de contrata o destajo).

En cuanto al régimen abierto, debemos decir que el Organismo Autónomo «Trabajos Penitenciarios» se halla actualmente *desligado* de todo contacto con los Centros de Régimen abierto (91); por lo que los internos podrán dirigirse y demandar directamente a las empresas del exterior en las que trabaje (92) y ante el Ministerio de Justicia, caso de dirigir la reclamación a la Sección Abierta, al estar ésta desligada del organismo autónomo «Trabajos Penitenciarios».

Pasemos ahora a examinar, aunque brevemente, los permisos de salida en el régimen abierto. Estos constituyen, junto al trabajo en empresas del exterior, medidas exigidas por el postulado de la progresiva humanización y liberalización de la ejecución penitenciaria que se halla unido a la idea central de la resocialización o del tratamiento (93). Aquí, los permisos de salida son, a la vez,

nar la competencia territorial de los Tribunales y Organismos que hayan de intervenir en las reclamaciones de los reclusos trabajadores, se entenderá que el domicilio de éstos es el del Establecimiento Penitenciario en el que estuvieren internados».

(89) Así lo entiende el informe «El Trabajo Penitenciario en España», op. cit., p. 92.

(90) Vide el informe «El Trabajo Penitenciario en España», op. cit., pp. 135 y 136.

(91) Así lo manifiesta el informe «El Trabajo Penitenciario en España», p. 232.

(92) El informe citado afirma que «La Administración desaparece como figura empresarial (en el régimen abierto) y por eso pasa a constituirse en órgano tuitivo y simplemente controlador de todas las actividades que el interno realiza en el exterior. Y esta labor tuitiva y controladora, es la única que ejercita en relación con el trabajo», p. 145.

(93) J. C. GARCÍA BASALO comprende a las salidas transitorias entre los

métodos de tratamiento; y a la vez, exigencias del postulado de la progresiva humanización de la ejecución penitenciaria, pero tratamiento y principio de humanización no siempre coinciden, o no siempre han coincidido (94).

Si en el RSP el artículo 109 establecía los permisos de salida como recompensas por los actos que pongan de relieve buena conducta y espíritu de trabajo, en la LGP —art. 46— constituyen un capítulo independiente el Capítulo VI, del Título II titulado: «*Del régimen penitenciario*»; y en el RP el Título V titulado: «*De los permisos de salida*». De este modo, se independizan del sistema de recompensas (95).

Los permisos de salida pueden ser ordinarios, especiales y extraordinarios. Las tres modalidades de permisos pueden disfrutarse en la prisión abierta o régimen abierto. Sin embargo, los permisos de fin de semana constituyen, forman parte *del mismo régimen penitenciario de la prisión abierta*, en la fase de confianza (art. 45 del RP). Son permisos ordinarios concedidos por la Junta de Régimen y Administración [art. 263 j) del RP], sin necesidad de previa aprobación por la Dirección General (96). En cuanto a los permisos especiales, se regulan por el artículo 47 de la LGP número 2 y por el artículo 254.2 del RP (97). Este último precepto establece: «Igualmente se podrán conceder permisos de salida hasta de siete días como preparación para la vida en libertad, previo informe del equipo técnico, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año a los condenados de segundo o tercer

métodos transicionales de tratamiento. «Tratamiento de seguridad mínima», en R.E.P. de 1967, p. 107.

(94) No obstante, como dice C. GARCÍA VALDÉS: «Los criterios sobre el tratamiento penitenciario, en el que intervienen las Ciencias de la conducta, podrían resumirse en las notas de voluntariedad y respeto a los derechos constitucionales. Las consecuencias que se derivan de tales premisas son: la ausencia de coactividad y el rechazo de los métodos psicoquirúrgicos».

(95) C. García Valdés afirma que: «con antecedentes de hecho en la legislación española de la Segunda República, el precedente inmediato de los mismos lo constituye el art. 109.2 c) y d) del Reglamento de los Servicios de Prisiones, introducido en la Reforma de 29 de julio de 1977, y la Orden Circular de 13 de octubre del mismo año, sobre los datos que han de cumplimentarse para la aprobación de tales permisos; ... la plena potenciación de los mismos se produce con las Ordenes Circulares de 21 de abril y de 4 de octubre de 1978, dictadas por este autor». Vide «Comentarios a la legislación penitenciaria», op. cit., pp. 147 y 148.

(96) Vide la Circular de 4 de octubre de 1978, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

(97) El artículo 47 de la LGP, en su número 2, dice: «Igualmente se podrán conceder permisos de salida hasta de siete días como preparación para la vida en libertad, previo informe del equipo técnico, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año, a los condenados de segundo grado o tercer grado, respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena y no observen mala conducta». Tanto el anteproyecto, como el Proyecto los plazos se reducían a 24 o 36 días respectivamente. En el texto del Anteproyecto se establecía, no obstante, 18 días para clasificados en primer grado. Vide: «La Reforma Penitenciaria Española», op. cit., pp. 221 y 222.

grado, respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la totalidad de las condenas y no observen mala conducta. No obstante, la propuesta de los equipos o el acuerdo de las Juntas de Régimen sobre las solicitudes de permisos serán negativos si consideran, por informaciones o datos fidedignos o por la concurrencia en el interno de circunstancias peculiares, que a su juicio es probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o que el permiso repercutirá perjudicialmente sobre el interesado desde el punto de vista de su preparación para la vida en libertad».

Tales permisos especiales son, pues, facultativos y tienen la misión de preparar al interno para la vida en libertad.

Asimismo el número 4 del artículo 254 establece: «Los topes máximos anuales de treinta y seis y cuarenta y ocho días de permisos, señalados por la Ley, para los condenados en segundo y tercer grado, se subdividirán por regla general, entre los dos semestres del año en unos topes o límites de dieciocho y veinticuatro días respectivamente». Y el número 5 del mismo artículo dice: «En los topes máximos anuales no se computarán los permisos de fines de semana propios del régimen abierto a que se refiere el artículo 45».

Como puede observarse, el Reglamento no permite permisos de salida especiales para los clasificados *en primer grado*, a diferencia de la Orden Circular de 21 de abril de 1978 número 2 C) que establece que el máximo de permiso de que podrán disfrutar los penados será de *dieciocho en el primer grado*... «Y ya de modo excepcional la Orden Circular de 4 de octubre de 1978, II, 2.^a Sin embargo, la experiencia obtenida —como dice C. García Valdés— permite concluir que, en términos generales, la misma (la experiencia de los permisos de salida) ha sido satisfactoria con relación a los penados clasificados en segundo grado, no así en lo que se refiere a los clasificados en primer grado y los extranjeros, en que los índices proporcionales de evasiones han superado con mucho la media general y los límites de tolerancia que una medida de este número puede admitir desde la perspectiva de la defensa social» (98).

Finalmente los permisos extraordinarios se hallan regulados en el artículo 47.1 de la LGP, y en el artículo 254.1 del RP. El primero dice así: «En caso de fallecimiento o enfermedad grave de los padres cónyuges, hijos, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas con los internos, alumbramiento de la esposa, así como importantes y comprobados motivos, con las medidas de seguridad adecuadas, se concederán permisos de salida, salvo que concurren circunstancias excepcionales». El segundo artículo es idéntico añadiendo: «Si se trata de penados clasificados en primer grado, será necesaria autorización del Juez de Vigilancia».

(98) C. GARCÍA VALDÉS: «Comentarios a la legislación penitenciaria», op. cit., p. 152.

Como puede observarse, los permisos extraordinarios se concederán *si concurren importantes y comprobados motivos* (así en la celebración de matrimonio, etc.) (99), salvo que concurren circunstancias excepcionales. Los permisos concedidos a penados clasificados en segundo grado deberán ser autorizados por el Juez de Vigilancia si su duración es superior a dos días (art. 76.5 LGP); en todo caso, los concedidos a penados clasificados en primer grado cualquiera que sea su duración. No, en cambio, los permisos concedidos a los clasificados en tercer grado.

Si un interno aprovechar el disfrute de un permiso para fugarse o cometiere un nuevo delito durante el mismo, no podrá volver a disfrutar de permisos, salvo los extraordinarios, durante un período de dos años. Este período será de tres años si el nuevo delito estuviera castigado con pena grave o repitiera la evasión aprovechándose del nuevo permiso (art. 254.6 RP). Si un interno clasificado en tercer grado aprovechar el disfrute de un permiso para fugarse, se le pasará *provisionalmente a segundo grado en espera de la reclasificación correspondiente*, lo que se hará cuando vuelva a ingresar en un Centro Penitenciario» (art. 253 RP). Recuérdese lo dicho sobre la provisionalidad de la clasificación en segundo grado.

Tanto en los permisos especiales, como en los extraordinarios, la Junta de Régimen y Administración que los acuerde deberá solicitar la autorización de la Dirección General o del Juez de Vigilancia, según los casos (art. 263. j).

(99) En la Orden Circular de 21 de abril de 1978 se prevé también el caso del matrimonio, por lo que dada la amplitud del art. 254.1 debe caber perfectamente este supuesto en dicho precepto.