

LA EJECUCIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD
PROVISIONAL

Borja Mapelli Caffarena

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Sevilla

Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales.
Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha (Estudios; 41),
Cuenca, 1997

<http://www.cienciaspenales.net>

LA EJECUCIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD PROVISIONAL

BORJA MAPELLI CAFFARENA

Catedrático de Derecho penal

Universidad de Sevilla

I. Introducción

La prisión preventiva suscita una sorprendente coincidencia dentro de la doctrina. Casi sin excepción toda ella reconoce que se trata de una medida cautelar resultado de un conflicto insoslayable entre los intereses colectivos tendentes a asegurar la virtualidad de la justicia penal y los intereses individuales¹. El sacrificio de estos últimos en favor de aquellos excepcionando así una regla general de respeto de los derechos fundamentales de la persona recomiendan que su declaración este revestida de un carácter de excepcionalidad, proporcionalidad, necesidad, discrecionalidad, presunción de inocencia, etc...

Sin embargo, pese a esta general coincidencia crítica, asumida también por la jurisprudencia, las posibilidades de decretar prisión provisional, han ido en aumento con el transcurso del tiempo. Si en una primera etapa se vinculaba exclusivamente a las necesidades de asegurar las pruebas y/o evitar las eventuales fugas del imputado,

1 Recientemente nuestro TC ha destacado que la prisión provisional se encuentra «situada entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, por un lado, y el deber estatal de asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano, por otro» (STC. 128/1995, de 26 de julio).

pronto se suman nuevas razones fundadas en criterios de prevención general y especial. El «peligro de reincidencia», en Alemania y Austria, el «orden público» en Italia o nuestra «alarma» y «frecuencia» del delito demuestran sin ningún género de dudas esa evolución hacia una prisión provisional entendida en un sentido preventivo y punitivo². Incluso los propios criterios empleados por el legislador para establecer sus plazos poniéndola en relación con la gravedad de la pena señalada al delito que se imputa, prueban —como apunta Gómez Colomer³— la relación entre el instituto procesal y las exigencias de seguridad ciudadana.

Pero el análisis crítico de la prisión provisional —como tantas otras veces sucede— se detiene en las puertas de las prisiones. ¿Qué modelo de ejecución debe darse para este instituto? es una cuestión que ha suscitado escaso interés. Y cuando desde la doctrina, la jurisprudencia o, incluso, la legislación se han planteado soluciones, todas ellas parten de una «mala conciencia jurídica» ante la existencia de la propia privación de libertad que se intenta «compensar» en la fase ejecutiva. Todas ellas muestran un lamentable desconocimiento de dicha realidad, muestran una anacrónica idea de las prisiones y de los condenados a ella, como si se trataran de lúgubres calabozos y de mazmorras en donde en inhumano hacinamiento sobreviven una masa de desdichados. Nada de eso se compadece con la realidad actual —siempre, lógicamente, mejorable— de los establecimientos penitenciarios. Hoy no es en absoluto exagerado afirmar que si una persona por problemas con la justicia penal debe estar en una situación de privación de libertad, las mejores condiciones para ello se ofrecen en los establecimientos de cumplimiento comunes siguiendo el régimen ordinario.

Tenían razón quienes a finales del s. XVIII y, muy especialmente, en el s. XIX propugnaron la separación de preventivos y penados dentro de los establecimientos penitenciarios. Por entonces la pena privativa de libertad era de carácter aflictivo e iba acompañada de otros males (trabajos, grilletes, castigos...) que la hacían más enojosa⁴. Quien se encuentra en prisión, tan sólo a la espera de juicio del que puede salir absuelto, no tiene porque ser sometido a esas privaciones, basta que este disponible para presentarse ante la autoridad judicial cada vez que sea requerido. No obstante, debe reseñarse como las primeras disposiciones, que se preocupan de separar presos y penados, esconden tras de sí razones económicas y no tanto de preservación de los derechos del preventivo. En efecto, cuando la Ley de Prisiones

2 Más extensamente Barona Vilar, S., vox *Prisión provisional*, en NEJ, T. XX, Barcelona, 1993, págs. 538 y ss.

3 Gómez Colomer, vox *Proceso penal*, en NEJ, T. XX, Barcelona, 1994, pág. 739.

4 Concretamente el Código penal de 1870 define así la ejecución de la pena privativa de libertad temporal o perpetua: «Los sentenciados... trabajarán en beneficio del Estado; llevarán siempre una cadena al pie pendiente de la cintura y no recibirán auxilio alguna de fuera del establecimiento».

de 1849 y, después, la Ley de Bases de 1869 de forma más contundente establecen que los presos preventivos deben encerrarse en las cárceles de partido y de capitales de Audiencia, lo hacen para que los Ayuntamientos y Diputaciones, primero, y la Administración de Justicia, después, se hagan cargo sólo del mantenimiento de aquellas y no de la totalidad de los establecimientos penitenciarios como se venía haciendo hasta entonces⁵.

Con el transcurso del tiempo la ejecución de la pena privativa de libertad ha sido sometida a una importante serie de cambios dinamizados por las ideas resocializadoras. Hoy en la mayoría de los países de nuestro entorno los modelos de ejecución garantizan que el penado no va a estar sometido a más privaciones que las derivadas estrictamente de la privación de libertad. Como señala la LOGP «la actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso,... los derechos e intereses jurídicos de los mismos (los reclusos) no afectados por la condena» (art. 3). Aún más, en tanto se mantenga la condición de recluso y más allá de la excarcelación se le va a hacer una oferta continuada y diversa de recursos para tratar de neutralizar los daños que inevitablemente conllevan el encerramiento.

En estas circunstancias seguir manteniendo el principio de separación en los términos que lo hacen las normas internacionales y la mayoría del derecho comparado es, a nuestro juicio, un error que redundará en perjuicio de los preventivos quienes se verán paradójicamente sometidos a unas condiciones regimentales más desfavorables en virtud del reconocimiento de unos derechos que debían en principio favorecerlos. A la vista de esta condición de recluso de segunda categoría —que no se oculta a nadie—, conviene preguntarse si, acudiendo fraudulentamente a una apariencia de respeto de sus derechos, esta situación no ha sido buscada de propósito para mantener un régimen penitenciario particularmente grave y desproporcionado para los intereses de la justicia, pero indudablemente cómodo.

II. Algunas referencias de estadística penitenciaria sobre la prisión preventiva

Antes de pasar al análisis de algunas cuestiones concretas que plantea la ejecución de la prisión provisional nos parece de interés dibujar estadísticamente su volumen y sus características más destacadas dentro del mundo penitenciario.

Gracias a una general aceleración de los procesos penales en nuestro país se ha logrado reducir en los últimos años el porcentaje de presos preventivos. Reciente-

5 Así lo reconoce expresamente Cadalso cuando en un comentario crítico de la Ley de 1869 que dispone que a los preventivos puedan también ingresarse en los presidios, señala que con ello además de favorecer el encuentro de salteadores y facinerosos con personas que pueden ser definitivamente declaradas inocentes provoca una honda dislocación en los servicios que deberán ser pagados, en parte, por las provincias y, en parte, por el Estado.

mente, además, la reforma del la LECr en su art. 504⁶ exigiendo como presupuesto de la prisión provisional que haya sido instada por alguna de las partes provocará presumiblemente todavía un declive más pronunciado. Si en el año 1990 se alcanzaba un 38%, todavía superado incluso en años anteriores, a partir de entonces se aprecia un descenso paulatino. Los datos de diciembre de 1995 reflejan un total de 11.229 preventivos sobre una población penitenciaria de 42.026, lo que representa un 24'21%. No obstante, los porcentajes no se mantienen similares entre las distintas Comunidades Autónomas, presentándose grandes diferencias entre unas y otras. Andalucía, por ejemplo, tiene en esas fechas un 35'72% de preventivos frente al 21'84% de Cataluña. El dato no es muy significativo ya que los establecimientos de preventivos no cuentan ni con la misma capacidad ni distribución y, por otra parte, los presos preventivos están sometidos a traslados constantes por necesidades penitenciarias o judiciales.

Esta misma evolución a la baja se observa también en el resto de los países del Consejo de Europa, como en Italia, por ejemplo, que tradicionalmente se encontraba entre aquellos que tenían mayor población preventiva superando el 50%, y que, sin embargo, en el año 1992 lo ha reducido al 45%. Comparativamente el modelo de justicia penal continental provoca un mayor índice de población preventiva que el angloamericano. Tanto en Inglaterra como USA los porcentajes están bastante por debajo de la media europea. Concretamente en 1991 en ambos países la cifra de preventivos se situaba en torno al 18%.

En otro orden de cosas, de la tipología del preso preventivo en nuestro país pueden destacarse las siguientes características. Es más frecuente entre mujeres que entre hombres la condición de preventivo, en el primer grupo el porcentaje se sitúa en 1994 en el 34'1%, mientras que en el segundo, es del 27'9%. Por lo que se refiere a la relación entre naturaleza del delito y prisión preventiva, aunque no existen trabajos estadísticos que crucen dichas variables, sin embargo, de las estadísticas del Ministerio se desprende que la prisión preventiva se da más frecuentemente entre los delitos de tráfico de drogas que son los únicos delitos en los que los porcentajes de preventivos (35'4%) superan a los de penados (30'3%). No disponemos de datos sobre cuantos preventivos quedan en libertad tras ser sobreseídos u obtener un fallo favorable y cuantos cumplen condena por la causa por la que permanecían provisionalmente privados de libertad⁷.

6 La reforma del art. 504 LECr se ha producido mediante la Disposición Final Segunda de la Ley Orgánica 5/1995 de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.

7 En Alemania si hay información estadística sobre esta relación, situándose en torno al cincuenta por ciento el número de preventivos que son finalmente condenados a pena privativa de libertad (Cfr. Kaiser/Kerner/Schöch, *Strafvollzug*. 4ª. Edic., Heidelberg, 1992, pág. 167).

La presencia de reclusos en situación de preventivos da origen a numerosos problemas dentro de las prisiones. La espera de la sentencia definitiva de la que no se sabe el resultado convierte a estos internos en personas inestables y con dificultades de adaptación. Su estancia en prisión suele estar por debajo del año por lo que sufren los mismos inconvenientes que los penados condenados a penas cortas. Los perjuicios de estas estancias cortas han hecho aconsejable que por mandato legal en el nuevo Código las penas privativas de libertad inferiores a seis meses sean siempre sustituidas por otras, de manera que sólo los presos preventivos entrarán en prisión por debajo de estos plazos. Por otra parte, el constante trasiego de ingresos y salidas influye negativamente en el ambiente de las prisiones preventivas. Son estos centros los que sufren mayor presión disciplinaria y es también entre los presos preventivos donde hay más suicidios⁸. En sentido inverso la disminución apreciada en los últimos años ha favorecido una mejora generalizada de los servicios y un mejor conocimiento de los reclusos. Los Equipos Técnicos disponen de más tiempo para realizar su labor de observación y estudio de la personalidad de aquellos.

Las estadísticas penitenciarias, por último, reflejan el sin sentido de los llamados establecimientos de preventivos. Desde el s. XIX los casi quinientos centros de esta naturaleza que existían fueron cerrándose para evitar el altísimo costo que representaba semejante atomización. No era extraño encontrar en aquellos establecimientos tan sólo uno o dos reclusos. Pero lo cierto es que de esa forma se satisfacía una de las particularidades y exigencias de estos establecimientos que es la proximidad a los Juzgados y las Audiencias. El costo y las malas condiciones de habitabilidad favorecieron una política penitenciaria de homogeneización y concentración de la población penitenciaria hasta tal extremo que hoy existen centros de preventivos con mayor número de penados y a la inversa. Ese proceso de concentración ha encontrado su máxima expresión en el último Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios de 1991 que prevé la construcción de macrocentros polivalentes en los que toda especificidad ha sido abandonada.

III. El preso preventivo y los fines resocializadores

No es frecuente encontrar, como sucede en nuestro país, recogida en un texto legal la presunción de inocencia como principio que inspira el modelo de ejecución de la prisión provisional⁹, ni lo es que el legislador trate de señalar las características

8 Cfr. *Bulletin d'information pénologique*. Núm. 18, diciembre 1993, pág. 15.

9 Nuestro legislador ha tenido en cuenta el art. 84.2 de las Reglas Mínimas de las Naciones unidas en el que se señala que los acusados disfrutarán de la presunción de inocencia y deberán de ser tratado de acuerdo con ello.

más destacadas de ese modelo en las normas penitenciarias. Por lo general, como sucede en Alemania y, más aún, en Francia este tema es resuelto en las leyes procesales. Formalmente, por tanto, el régimen de cumplimiento de la prisión provisional en nuestro país es una cuestión más penitenciaria que en el derecho comparado, aunque también las normas procesales hacen algunas referencias a esta cuestión. Esta forma de proceder encuentra su explicación en el hecho de que entre nosotros los establecimientos de preventivos desaparecieron ya en el siglo pasado, por más que se mantenga el nombre legalmente. En la actualidad los mismos no presentan diferencias con los centros de cumplimiento lo que hace recomendable que su regulación se encuentre integrada dentro de la legislación penitenciaria.

Ahora bien esa identidad en la práctica entre ambos tipos de centros y en el régimen que se aplica en su interior no impide que el legislador trate de hilvanar cuales son las especificidades de cada uno de ellos. Ya desde el art. 1 de la LOGP arranca una pretendida diferencia entre los modelos de ejecución de la pena privativa de libertad y de la prisión provisional. Si respecto de aquellas las instituciones penitenciarias se orientan hacia la reinserción y la reeducación, respecto de estas lo hacen hacia la retención y custodia. La razón de este matiz la encontramos poco después cuando en el art. 5 se indica que «la presunción de inocencia presidirá el régimen penitenciario de los preventivos»¹⁰, cuyo único objeto es «retener al interno a disposición de la autoridad judicial» (art. 5 LOGP).

Más allá del juego semántico no es fácil explicar qué quiere decir la ley con esas palabras. Que también al penado se le retiene y custodia es algo que no suscita la menor duda. La cuestión parece, pues, que se plantea por la mayor, es decir, si al preventivo se le reinserta y reeduca. El legislador ha entendido que no, porque se le presume inocente. Sin embargo, a nuestro juicio, el principio de presunción de inocencia de rango constitucional y de una enorme trascendencia en el proceso penal, carece de la importancia y de contenido específico en el ámbito penitenciario. Veamos esto con cierto detenimiento. Como tal dicho principio se define como el derecho de toda persona a ser declarada inocente sin necesidad de demostrarlo hasta que se pruebe su culpabilidad y así entendido el mismo se limita a imprimir un sentido acusatorio a todo el proceso penal.

No obstante, el principio de presunción de inocencia ofrece otros perfiles. No sólo se lesiona cuando formalmente se declara culpable sin que haya quedado suficientemente probado en un proceso, sino cuando se aplican al sujeto consecuen-

10 Obsérvese la incongruencia de hablar de régimen **penitenciario** en relación con los presos preventivos. Pero cuestiones similares también se han planteado en otros países. Así, por ejemplo, en Francia la denominación de los centros de preventivos paso a ser establecimiento y no prisión (centro de cumplimiento de penas) que era como se habían denominado tradicionalmente.

cias que legalmente tienen como presupuesto la declaración de culpabilidad¹¹. Y esto es lo que sucede con la prisión provisional. La misma se decreta manteniendo vigente la presunción de inocencia pero, a su vez, reconociendo «en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión» (art. 503. 3 LECr).

Esta insalvable contradicción ha sido explicada por nuestro TC en los siguientes términos: «La presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares siempre que se adopten por resolución fundada en derecho que, cuando no es reglada ha de basarse en un juicio de razonabilidad». Sin entrar aquí en la vieja polémica, los argumentos del alto Tribunal no pueden convencer sino es bajo el dominio del principio de necesidad. La prisión preventiva fundada sobre la sospecha de haber cometido un delito infringe la presunción de inocencia, sin embargo, no por ello es inconstitucional ya que se limita a resolver un conflicto de derechos; que se resuelve a favor del derecho preferente, en este caso, el que garantiza el **ius puniendi**. La fundamentación y la racionalidad de la resolución judicial no pueden por sí solo justificar aquel menoscabo, ni puede explicar el alcance de la prisión preventiva, tan sólo reviste de garantías la decisión judicial.

Entendido en estos términos se comprende porque razón la prisión provisional está presidida por el principio de proporcionalidad que, como apunta Barona Vilar¹² se convierte en el pilar y soporte fundamental de toda medida cautelar y especialmente de esta que es la más grave. Todo exceso de privación de libertad que no se explique por la necesidad de garantizar el proceso penal deja de estar justificado.

Es inexplicable, pues, que nuestra legislación de acuerdo con el principio de proporcionalidad no haya previsto una mayor flexibilidad en la aplicación de esta. En el derecho vigente el órgano judicial competente sólo puede decretar la prisión, levantarla —comunicada e incomunicada— o, en casos de enfermedad, atenuarla. Más allá no se contempla ningún tipo de alternativa.

Todavía más, la escasa flexibilidad que presenta en nuestro país la prisión preventiva se hace aún más rígida debido a la falta de información en que queda sumido el órgano judicial correspondiente sobre la evolución de la personalidad del

11 En el mismo sentido ha señalado el TC que se trata de «un derecho público subjetivo que posee su eficacia en un doble plano. Por una parte, opera en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a percibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos y determina por ende el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo. Opera, el referido derecho, además y fundamentalmente en el campo procesal...» (STC 109/1986, de 24 de septiembre).

12 Barona Vilar, op. cit., pág. 548.

recluso-preventivo. No está previsto que los Equipos Técnicos¹³ de los establecimientos suministren información de este tipo, pese a que algunas de las presunciones que sirven para ordenar o mantener la detención, como es el caso del peligro de fuga o, incluso, la sospecha de haber cometido el delito, se encontrarían mucho mejor fundadas si mediara un informe de expertos valorando la evolución de la personalidad o el comportamiento del interno. Esta falta de previsión legal es compensada aparentemente con la declaración que encabeza la legislación penitenciaria por la que los preventivos sólo pueden retenerse y custodiarse y no resocializarse («reinsertarse socialmente y reeducarse», según los términos empleados por las normas constitucional y penitenciarias). Semejante disposición es doblemente contradictoria. Lo es, en primer término, porque parte de un contenido de la resocialización hoy insostenible y, de tal manera restrictivo, que ni siquiera la propia ley lo comparte. Pero ni aún dando por buena la definición de la resocialización como un proceso de recuperación social aplicable exclusivamente a quienes han cometido delitos, puede explicarse que los presos preventivos queden apartados del mismo, pues aunque estos no han sido declarados culpables, sin embargo, si hay respecto de ellos una sospecha que ha servido, además, de fundamento para aplicarle la medida cautelar en contra del imputado.

Sólo cuando estamos pensando en un proceso resocializador que permite el empleo de terapias inductivas impuestas, agresivas y atentatorias contra la dignidad de la persona podría tener explicación que se preserve a los preventivos. Si, por el contrario, el tratamiento resocializador debe respetar «siempre los derechos constitucionales» (art. 60.2 LOGP) y debe mediar siempre el consentimiento del recluso sin que pueda imponerse coactivamente, ni tampoco a cambio de la obtención de beneficios regimentales, excluir al preventivo equivale a negarle el acceso a una prestación asistencial favorable para él. Sería absurdo pensar que permitir que el preventivo acceda a un tratamiento resocializador se traduce, sin más, en una declaración de culpabilidad explícita o implícita, como tampoco lo es en el caso de los condenados. Lo cierto es que excluir a los preventivos de la posibilidad de someterse a un tratamiento resocializador es una decisión de enormes repercusiones para él debido a que pierde de esta forma el acceso a todos los estímulos que en forma de mejoras regimentales refuerzan el tratamiento. El preventivo sometido a los perjuicios de una privación de libertad de corta duración ve como su tiempo de

13 Excluidos de las actividades propias del tratamiento los preventivos tan sólo pueden ser «observados» por los Equipos Técnicos a través de datos documentales y de entrevistas, y mediante la observación directa del comportamiento. Toda esta información así obtenida se completará si llega a producirse un fallo condenatorio y servirá en su momento para proponer la correspondiente clasificación (art. 64 LOGP).

privación de libertad es un tiempo vacío de contenido desde una perspectiva resocializadora. Un tiempo en el que le queda poco más que hacer que esperar.

No es el argumento de la presunción de inocencia, sino una desproporcionada valoración de los intereses de la justicia —que podríamos llamar, principio de absorción— lo que explica correctamente porque no se incluyen a los preventivos entre los internos que pueden ser sometidos a un tratamiento, ya que la situación no cambia aun cuando el recluso sea condenado, si por una causa distinta mantiene su condición de preventivo.

Por otra parte, esta exclusión de los preventivos es contradictoria porque desconoce que el propio texto legal distingue nítidamente entre la resocialización como meta del tratamiento (art. 59 LOGP) y la resocialización como orientación de las instituciones penitenciarias (art. 1.1 LOGP), entre las que como hemos visto se contempla los establecimientos preventivos. En qué sentido estos establecimientos se orientan hacia la resocialización cuando los internos allí ingresados no puede aplicárseles ninguna medida resocializadora, es algo que ni explica el legislador ni podría tampoco entenderse si negamos que las finalidades resocializadoras tengan nada que ver con la prisión provisional.

Condenado y preventivo comparten ambos la privación de libertad, es decir, el aspecto más nocivo tanto de la medida cautelar como de la pena y es esta circunstancia la que se ha tenido en cuenta para dar a las metas resocializadoras una doble dimensión. En efecto, en un sentido estricto la resocialización es un proceso terapéutico de asistencia encaminado a hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como de subvenir a sus necesidades (art. 59 LOGP). Pero la resocialización se elige también como un principio rector de la privación de libertad. En este sentido, se trata de un conjunto de estrategias regimentales y extrapenitenciarias que procuran que la pérdida de libertad se manifieste en su mínima expresión y cuando ello no sea posible entren en funcionamiento unos mecanismos de compensación.

Las salidas al exterior, las comunicaciones o las relaciones íntimas son algunos ejemplos de cualquier legislación penitenciaria moderna orientada institucionalmente hacia la resocialización; mientras que el trabajo, la participación en la vida regimental o la formación nacen del efecto compensatorio previsto para cuando el interno no puede abandonar el centro. En estos casos dentro de la prisión se busca reproducir en lo posible los modelos de vida de la sociedad libre.

Negar a los preventivos la posibilidad de acceder a todos estos beneficios que atemperan la gravedad de la privación de libertad siempre que no ponga en peligro el sentido de la medida cautelar esta en franca contradicción con el principio de proporcionalidad y es, en consecuencia, de dudosa constitucionalidad.

Como quiera que los fundamentos de la diferenciación entre condenados y preventivos han perdido hoy prácticamente todo su sentido, las disposiciones con-

cretas que apunta la legislación en relación con estos últimos o bien son reconocidas también para los primeros o bien tiene una escasa incidencia práctica. No obstante, a continuación analizaremos cada una de estas disposiciones concretas.

IV. La prisión preventiva y el sistema progresivo

Como corolario de la exclusión de las actividades de tratamiento y como consecuencia del estado inalterable de privación provisional de libertad el preventivo no puede acceder al sistema progresivo de forma que, al contrario de lo que sucede con los penados, queda excluida la posibilidad de evolucionar hacia un régimen más favorable, como puede ser el régimen abierto o la libertad condicional¹⁴. Desde que ingresa hasta que pierde la condición de preventivo permanece en el régimen ordinario (art. 96 RP), tanto si se trata de un preventivo como si acumula, a la vez, la condición de penado y preventivo. Esto que parece una lógica consecuencia de su condición procesal que exige la disponibilidad permanente del mismo ante la justicia es también, a nuestro juicio, una prueba más de rigidez y del escaso interés que ha prestado el legislador al principio de proporcionalidad en relación con esta cuestión.

Es un hecho incuestionable que la privación de libertad es una escala abierta hacia arriba que permite distintos grados de intensidad. Aprovechando esta característica en el siglo pasado se diseñaron los sistemas progresivos, como el que tenemos en nuestro país. Todas las investigaciones empíricas convienen en que el régimen abierto produce un considerable efecto de contención criminógena entre quienes lo disfrutan, como lo demuestra el hecho de que los porcentajes de abuso de la condición de libertad sean muy escasos pese a que suelen ser objeto de una especial atención por los medios de comunicación¹⁵.

Estos mismos efectos hay que presumir que se darían en los preventivos quienes en condiciones de régimen abierto bajo un control regular y diario desearían cualquier intento de substraerse a la justicia. Aún más viable resulta el régimen abierto cuando los motivos de la detención provisional no han tenido nada que ver con el peligro de fuga u ocultación o modificación de pruebas. Incluso cuando la

14 La preferencia por la libertad condicional frente a la ya existente libertad provisional se explica porque en su actual regulación la libertad condicional permite aplicar una serie de medidas cautelares de control más templadas que prohíben al sujeto desplazarse a ciertos sitios o salir de determinadas zonas (art. 88 CP).

15 Asúa Batarrita, «El régimen abierto: marco general de fundamentación», en *Régimen abierto en las prisiones*. Dpto. de Justicia del Gobierno Vasco. Vitoria-Gasteiz, 1992, págs. 23 y ss.; en el mismo sentido *Reihen Alternativkommentare. Kommentar zum Strafvollzugsgesetz*, Darmstadt, 1990, págs. 64-65.

prisión provisional se decretó por uno de estos motivos el Equipo Técnico puede realizar una destacada labor de tratamiento e informar favorable o desfavorablemente la progresión de grado después de transcurrido un tiempo.

Nada de esto se encuentra previsto en nuestra legislación, si bien es razonable recomendarlo de *lege ferenda*. Si está, en cambio, prevista una regresión de grado, pues, como ya venimos apuntando, el preventivo se equipara al condenado en todo aquello que se traduzca en un endurecimiento de las condiciones penitenciarias. En consecuencia, puede ser ingresado en una sección o centro de máxima seguridad, de acuerdo con el art. 10 LOGP, la única diferencia es que si dicho ingreso implica un traslado de centro se debe dar conocimiento a la autoridad judicial correspondiente, la cual carece de competencias para impedirlo, planteándose un difícil problema de coordinación entre las jurisdicciones penales y penitenciarias que viene a complicar aún más las conocidas tensiones que se dan entre esta última y la administración penitenciaria.

Tampoco son iguales las garantías para progresar de grado de los penados y los preventivos que se encuentran en régimen cerrado. La desigualdad en perjuicio de estos últimos se explica por la ya mencionada exclusión de su control por el Equipo de Tratamiento. Mientras que la clasificación del penado en primer grado tiene que ser revisada como máximo cada tres meses valorándose circunstancias como su interés por participar en las actividades programadas, cancelación y ausencia de sanciones o buena relación con los demás (art. 92 RP), en el caso de los preventivos el reglamento —tras establecer el mismo plazo— señala que la revisión y consiguiente traslado al régimen ordinario sólo tendrá lugar si han desaparecido o disminuido «significativamente» las razones que sirvieron de fundamento para su aplicación (art. 98. 1 RP). Es presumible que los Equipos Técnicos competentes para hacer esas propuestas conozcan mejor y estén más sensibilizados con los penados que con los preventivos porque con aquellos tienen más relación a partir de las eventuales actividades terapéuticas.

Por otra parte, la posibilidad de que el preso preventivo pueda estar en situación de incomunicado plantea también graves problemas regimentales que lamentablemente no están resueltos por el legislador. La LECr. señala que la incomunicación debe durar el tiempo absolutamente preciso para evacuar las citas hechas en las indagatorias relativas al delito que haya dado lugar al procedimiento, recomendando, tan sólo, que no vaya más allá de los cinco días (art. 506). Pero permite, que una vez levantada, pueda imponerse de nuevo también por un período recomendado de tres días. Ambos plazos son soslayables en determinados supuestos para evitar la confabulación (art. 507).

Respecto del régimen que debe aplicarse a los incomunicados la ley procesal se muestra especialmente lacónica. Únicamente se indica que aquellos podrán recibir los libros y los efectos que el juez instructor les autorice y que sólo mediando

autorización podrá escribir o tener correspondencia siempre intervenida por dicha autoridad. Por su parte, la LOGP, entrando en cierta contradicción con lo anterior, prohíbe sin excepción todo contacto oral o escrito en tanto dure la incomunicación (art. 51). Ciertamente que el supuesto de incomunicación de los preventivos no es equiparable jurídicamente a los de aislamiento en celda como consecuencia de una sanción, pero parece lógico que la condición de preventivo y el principio de proporcionalidad se traduzcan en la aplicación de un *status* jurídico mínimo que no rebase las condiciones de rigor que se aplican a los sancionados. Mayores son las diferencias que presenta el régimen de preventivo incomunicado con el ingreso en un departamento especial o cerrado a causa de la peligrosidad o inadaptación, ya que estas circunstancias obligan a aplicar medidas de control especialmente graves que no están justificadas en el caso de la incomunicación preventiva.

En este sentido es conveniente diferenciar entre incomunicación y aislamiento y, en consecuencia, en tanto no se desvirtúe la finalidad de evitar confabulaciones no es preciso que el preventivo permanezca aislado. Esta trascendente diferenciación debe ser tenida muy en cuenta a la hora de señalar las características regimentales de los incomunicados. Así, por ejemplo, habrá ciertas garantías inalienables como son las garantías médico-sanitarias que prevé para los sancionados la legislación penitenciaria (art. 43.1 LOGP)¹⁶. Si la incomunicación requiere el aislamiento este se debe llevar a cabo «en el compartimento que habitualmente ocupe el interno» o en uno de similares características (art. 254.4 RP) y se debe asegurar que el preso incomunicado disfrute al menos de dos horas diarias de paseo (art. 254. 5 RP).

Especial importancia tiene el determinar, sobre todo en estos casos extremos de incomunicación, qué competencias restan al Director y al Juez de Vigilancia Penitenciaria ya que los problemas de prisión están frecuentemente requeridos de una solución urgente para evitar causar daños irreparables y el Juez instructor no siempre podrá resolver con la diligencia requerida por el caso. Además debe tenerse en cuenta que el Juez instructor, en contra de lo que dispone la LECr., no entra nunca en el Auto ordenando la incomunicación en el detalle de las condiciones regimentales de la misma por estimarlo ajeno a sus competencias. Esto provoca o puede provocar excesos en las condiciones del aislamiento, puede aplicársele condiciones desproporcionadas o contrarias a lo dispuesto en la legislación penitenciaria para casos análogos como, por ejemplo, impedir las dos horas mínimas de salida al patio. En estos casos, el afectado está legitimado para recurrir en queja ante el Juez de

16 Entre estas garantías de carácter médico-sanitarias están la visita diaria del médico quien, en casos extremos o de enfermedad, puede hacer una propuesta de suspensión del aislamiento ante el Director del centro. Asimismo la sanción de aislamiento no puede aplicarse durante el embarazo, ni hasta seis meses después del parto ni a las mujeres que tuvieren hijos menores consigo (art. 43.3 LOGP).

Vigilancia a quien le corresponde como función «salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse» (art. 76.1 LOGP).

V. La separación de preventivos y penados

Una de las especificidades más comúnmente aceptadas en relación con los presos preventivos es la de que estos deben permanecer separados tanto del resto de los condenados, como entre ellos mismos. Así viene establecido en las normas penitenciarias internacionales¹⁷ y en las de la mayoría de los países¹⁸. En España también el legislador reconoce la necesidad de la misma.

En la LECr. se dice que «los detenidos estarán a ser posible separados los unos de los otros» (art. 521) y en la LOGP que «los detenidos y presos estarán separados de los condenados y, en ambos casos, los primarios de los reincidentes» (art. 16). Como es lógico se trata de una separación distinta de la incomunicación prevista en la legislación procesal para supuestos extraordinarios.

Toda diferenciación de los internos dentro de un establecimiento debe tener un fundamento material, es decir, debe responder a una finalidad concreta y verificable ya que desde una perspectiva social resulta inaceptable la separación obligada de unas personas de otras. Si, como hemos visto, todas las instituciones penitenciarias se deben orientar hacia la resocialización, lo que es tanto como decir que toman

17 Las Reglas Mínimas de Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas (84/47) tras señalar que se someterá a un régimen especial a los preventivos (regla 84) destaca entre las características del mismo las siguientes: 1) El acusado se mantendrá separado de los reclusos condenados; 2) El acusado joven se mantendrá separado del adulto (regla 85); Los acusados deberán dormir en celdas individuales, a reserva de los diversos usos locales debido al clima (regla 86). Por su parte, las Normas Penitenciarias Europeas aunque también se inclinan por la diferenciación lo hacen en unos términos menos rigurosos contemplando mediante una cláusula abierta la posibilidad de vida en común. Concretamente la Norma 11 señala que «en principio, los preventivos y los condenados deberán estar separados, salvo en caso de que acepten convivir o participar juntos en actividades beneficiosas para todos». También con un punto de flexibilidad se recomienda que «salvo si las circunstancias lo hacen poco deseable, debe darse a los presos preventivos la posibilidad de disponer de celdas propias» (Norma 94).

18 Aunque en el derecho comparado está generalizada la separación, se observa algunos textos legales más flexibles autorizando excepciones en beneficio de los interesados. En este supuesto está Italia que tras declarar la separación «permite, en circunstancias particulares, la participación de los detenidos e internos en actividades organizadas por categorías distintas de aquellas a las que pertenecen» (art. 14). Mucho más estrictas son las normas francesas ya que la excepción sólo está taxativamente contemplada para los casos de distribución interior, por saturación temporal o por necesidades de trabajo, en el caso de que el interesado haya solicitado trabajar (art. 716 Cód. Proc. Penal).

como modelo la organización de la sociedad libre, introducir discrecionalmente separaciones de unos internos con otros está reñido con aquel principio.

Ahora bien, es evidente que el conjunto de la población penitenciaria tiene que ser diferenciada y clasificada de acuerdo con ciertos criterios finalistas. El Derecho penitenciario quedaría vacío de contenido si no fuera posible llevar a cabo estos agrupamientos de conformidad con la voluntad del legislador.

Así pues tenemos, por una parte, la necesidad de contar con la distribución de los internos, que en los nuevos diseños arquitectónicos tiende a hacerse mediante módulos, y, por otra, la obligación en correspondencia con las metas resocializadoras de que los grupos que resulten de dicha distribución tengan siempre unos contenidos. De esta forma, encontramos dentro de los establecimientos simples separaciones que responden a razones puramente técnicas, arquitectónicas u operativas, diferenciaciones de carácter estático (mujeres, jóvenes, reincidentes...) y, por último, otras más complejas, que se denominan clasificación, en donde por razones de tratamiento se busca una distribución de los internos que favorezca y asegure el éxito del mismo. De estos tres grupos el primero no tiene más consecuencias penitenciarias que las propiamente espaciales, el segundo son separaciones sobre todo de carácter preventivo que tampoco conllevan regímenes distintos, pero que se justifican por las profundas diferencias en cuanto a necesidades concretas (madres con hijos, cursos de formación para jóvenes...) de unos y otros grupos y, finalmente, quedan las clasificaciones dinámicas, que evolucionan de acuerdo con criterios resocializadores.

¿Cuál es, en el caso de los preventivos, el criterio que inspira la separación? En principio, no parece encajar en ninguno de ellos. La legislación no señala nada al respecto y la doctrina por lo común lo explica a partir de ciertas presunciones de escasa o nula constatación empírica. La más frecuente de todas es la de evitar el contagio criminal que los condenados pueden ejercer sobre los preventivos¹⁹. Sin embargo, el peligro de contagio de determinados internos sobre otros es algo que la Criminología moderna ha cuestionado en reiteradas ocasiones²⁰. Se desconoce su alcance, se duda sobre si el peligro de contagio se debe a las relaciones interpersonales en sí o al medio adverso y las condiciones socioeconómicas en las que tienen lugar. Se cuestiona también el contagio cuando estamos tratando de sujetos con un desarrollo pleno de su personalidad. Por otra parte, el contagio puede ser positivo o negativo, aunque se trate de delinquentes, y puede ser reversible. Todas estas dudas

19 Vid. García Valdés, *Comentarios a la legislación penitenciaria*, Reimp., Madrid, 1995, pág. 68; Landrove Díaz, «Prisión preventiva y penas privativas de libertad», en *Estudios penales y criminológicos VII*, Santiago de Compostela, 1982-83, pág. 286.

20 Cfr. Einsele, *Differenzierung und Klassifizierung im Vollzug*, Tagungsberichte 7, 1969, págs. 116-134.

que surgen de investigaciones sobre tipos de personalidad determinadas, resultan aún más reforzadas si tratamos de medir el eventual contagio entre grupos de personas diferenciadas por algo tan ajeno a la personalidad como es la condición procesal.

Incluso dando por válido las teorías del aprendizaje diferencial no esta claro en que dirección fluirían, si de presos a penados o a la inversa ya que según reflejan los datos estadísticos las personas que sufren prisión preventiva presentan una carrera criminal más definida y pertenecen a los estratos menos favorecidos de la sociedad²¹. Lo cual no es de extrañar a la vista de los criterios materiales que sirven de presupuesto para decretar la prisión²².

En consecuencia, analizado con cierto rigor científico la tradicional separación penados/preventivos no sólo carece de fundamento sino que de ella se derivan efectos que hacen más gravosa la privación de libertad de este último grupo. En su lugar, la clasificación que se introduzca debe estar presidida por criterios constatables derivados de estudios de personalidad de los Equipos Técnicos correspondientes de la que es previsible que puedan resultar grupos con reclusos de una y otra condición procesal.

Tampoco el derecho a ocupar individualmente una celda es exclusivo de los preventivos, bien al contrario, viene reconocido con carácter general para toda la población penitenciaria en el art. 19 LOGP. Incluso tanto en la práctica como a nivel normativo son los centros de preventivos los que padecen mayores problemas de ocupación y los privados provisionalmente de libertad quienes con más frecuencia están instalados en habitaciones colectivas.

VI. El deber de trabajar

Después de negarle la participación en las actividades propiamente resocializadoras y de separarlos del resto de la población penitenciaria, por su importancia y frecuencia la siguiente diferenciación formal hace referencia al trabajo. En la medida que todavía el trabajo se concibe no como fuente de ingresos económicos y de relaciones sociales, sino como un elemento del tratamiento la obligación de trabajar queda circunscrita a los condenados. Tanto las normas internacionales como las de

21 Cfr. Eisenberg, *Kriminologie*, Köln, 1990, págs. 322 y ss.

22 No es objeto de nuestro trabajo el análisis crítico de otras separaciones estáticas generalmente extendidas dentro de los sistemas penitenciarios como son la de mujeres y jóvenes. Aunque ambas se fundamentan también en estereotipos y prejuicios éticos, es evidente que al menos parte de un dato constatable como es la diferencia de personalidad entre unos y otros. No obstante, en estos supuestos como en el que estamos contemplando de los preventivos es conveniente superar rigideces del pasado y permitir que cuando sea conveniente puedan confundirse personas de distintos grupos tal como sucede en la sociedad libre.

muchos países reiteran que los presos preventivos no están obligados a trabajar²³.

No se trata ya de una cuestión regimental sino tan sólo de una forma específica de quedar vinculado a un puesto de trabajo, que afecta sólo muy tangencialmente a la vida penitenciaria y que, desde luego, no justifica la separación. No obstante, como en casos anteriores la realidad penitenciaria ha terminado por desvirtuar el sentido de esa diferencia y aunque su fundamento está en su vinculación al tratamiento resocializador, lo cierto es que el trabajo en talleres —cuando lo hay— no adquiere un perfil distinto al de cualquier trabajo común en la sociedad libre, salvo las restricciones generales que impone la vida en prisión.

Tengamos además en cuenta que en la actualidad el trabajo es un bien especialmente escaso en las prisiones donde las cuotas de desempleados son elevadísimas. Asimismo hay que destacar que este ha perdido el carácter aflictivo de otros tiempos y se regula por las normas laborales comunes y que, por otra parte, disponer de un puesto de trabajo sitúa al recluso en las mejores condiciones para obtener beneficios penitenciarios.

Todas estas circunstancias hacen impensable que un interno, condenado o no, rechace una oferta de trabajo y, en todo caso, cuando esto sucede tampoco es posible aplicar una sanción ya que de ser así el trabajo se convertiría en trabajo forzado que se encuentra expresamente prohibido por la Constitución²⁴. La obligación de trabajar tiene el carácter de obligación impropia de la que no se deriva más consecuencias que la de dejar de obtener los beneficios que reporta un trabajo penitenciario²⁵.

Pero las paradojas en torno a la regulación de los preventivos no dejan de aflorar a lo largo de la legislación y si —como hemos visto— a estos no le afecta la obligación de trabajar, sin embargo, si que están obligados a desarrollar, bajo amenaza de sanción disciplinaria, las prestaciones personales no remuneradas de limpieza y ordenación de las celdas y otros espacios de uso personal (art. 29.2 LOGP). De nuevo se nos aparece un sujeto que es preventivo para quedar excluido

23 Las Reglas Mínimas señalan que «al acusado deberá siempre ofrecérsele la posibilidad de trabajar, pero no se le requerirá para ello. Si trabaja, se le debe remunerar» (Regla 89). Las Normas Penitenciarias Europeas se expresan en términos muy parecidos añadiendo además que «si existen programas de estudios y de formación profesional, se le deberá animar a que se beneficie de ellos» (Norma 96). También la legislación italiana (art. 20) o inglesa (art. 28) excluyen expresamente a los preventivos de la obligación de trabajar.

24 Nuestro legislador se ha mostrado especialmente sensible ante los riesgos de imponer trabajos forzados hasta tal extremo que la pena de trabajo en beneficio de la comunidad recogida en el Código penal sólo es posible aplicarla con el consentimiento del condenado (art. 49).

25 Más ampliamente De la Cuesta Arzamendi, «Un deber (no obligación) y derecho de los privados de libertad: el trabajo penitenciario», en *Lecciones de Derecho Penitenciario*. Alcalá de Henares, 1985, págs. 108 y ss.

de los beneficios y recluso para soportar las cargas. La situación era hasta tal punto chocante que precisamente en relación con la redención de penas por el trabajo se introdujo una modificación del antiguo art. 100 CP para que los preventivos que trabajasen pudieran redimir a cuenta de la futura condena.

La condición de preventivo, finalmente, le sitúa en un orden de prelación inferior respecto del penado para disputar un puesto de trabajo y ello aunque la permanencia de aquel se presuma de mayor duración que la de este (art. 144 2. a/ RP).

En definitiva, la escasez de trabajo, la no obligatoriedad y la prioridad sin excepción del penado, hacen que la población preventiva sufra en mayor medida el desempleo. Para paliar esta discriminación difícilmente justificable en muchas ocasiones algunas legislaciones, como la nuestra, siguiendo las recomendaciones de las normas internacionales hacen una declaración de tan buena voluntad como de escasos resultados por la que la Administración del establecimiento viene obligada a «facilitar los medios de ocupación de que disponga, permitiendo al interno procurarse a sus expensas otros, siempre que sean compatibles con las garantías procesales y la seguridad y buen orden de aquel» (art. 29. 2 LOGP)²⁶.

VII. Otras previsiones legales específicas

Lo hasta ahora apuntado constituye el pretendido eje sobre el que pivota el régimen penitenciario de los presos preventivos tanto en nuestro país como en el derecho comparado. Más allá de lo indicado nuestra legislación apenas hace otras referencias específicas ya que pese a que existe en el RP un capítulo dedicado al régimen de preventivos el contenido del mismo nada tiene que ver con ello y sólo se dedica a hablar de las condiciones de ingreso de los preventivos en un régimen distinto: el cerrado. El art. 96 que encabeza este capítulo reconoce expresamente que no hay régimen de preventivos sino que se les aplica el régimen ordinario.

En la LOGP detenidos y preventivos no pueden acceder a los servicios asistenciales postpenitenciarios. El RP habla expresamente de estos dos colectivos como posibles beneficiarios, por lo que ante la injustificación de la literalidad del texto legal es más conveniente interpretar que se trata de un error o un uso poco preciso de la terminología jurídica. Por lo que respecta a los permisos ordinarios se distingue entre penados y preventivos no para excluir a estos sino para señalar que sólo disfrutaran de los permisos si media la aprobación de la autoridad judicial correspondiente.

También las normas internacionales ya citadas aluden a ciertos derechos de los preventivos como son el derecho a usar sus propias ropas, a solicitar la presencia de un médico privado o a costearse alimentación del exterior, que en realidad se

²⁶ En un sentido similar art. 97 de las Normas Penitenciarias Europeas.

encuentran recogidos como derechos fundamentales de todo interno privado de libertad en la mayoría de las legislaciones penitenciarias de los países de nuestro entorno cultural.

VIII. Conclusiones

Independientemente de la opinión que merezca la existencia de personas privadas de libertad antes de ser juzgadas, las actuales condiciones legales y materiales de ejecución de la pena privativa de libertad recomiendan una revisión de los criterios tradicionales que han servido de modelo para la ejecución de la prisión preventiva. En los momentos actuales las mejores condiciones de privación de libertad en términos de confortabilidad, de respeto de los derechos de los reclusos y de mínima incidencia penitenciaria se dan en los establecimientos de cumplimiento. Por esta razón toda norma que introduzca otros criterios de diferenciación que los que estrictamente se derivan de la finalidad de esta medida cautelar es una infracción del principio de proporcionalidad que termina segregando perjudicialmente a este colectivo penitenciario. Las separaciones de grupos dentro de las prisiones deben de orientarse a reforzar la eficacia de los medios resocializadores. En tanto que no tenga esa finalidad los grupos deben de ser aleatorios como sucede en la sociedad libre.

Los presos preventivos necesitan que se ponga a su disposición todos los esfuerzos resocializadores sin que por ello se menoscabe el principio de presunción de inocencia. La resocialización es una meta dirigida más a atemperar el daño que conlleva la pérdida de libertad que a eliminar tendencias delictivas y de ese daño participa toda la población penitenciaria sin excepción.

Una aproximación de preventivos y penados, lejos de generar infundados peligros de contagio, favorece también que la prisión preventiva se entienda como un proceso dinámico y progresivo bajo la supervisión de la autoridad judicial correspondiente, la cual debe estar regularmente informada de la evolución del preventivo por los Equipos Técnicos, con el fin de que se le pueda aplicar el sistema progresivo en todos sus estadios. Aun así nuestra legislación dispone de escasas alternativas a la prisión preventiva, por lo que de *lege ferenda* es necesario introducir formas menos gravosas y estigmatizantes y prestar especial atención al uso de medios electrónicos como medida cautelar de carácter personal.

Nuestra LOGP es un ejemplo de norma discriminatoria en relación con los preventivos a quienes por razón de su condición jurídica se les discrimina en el confort, en la terapia, en los beneficios penitenciarios y en el trabajo, infringiendo así la propia ley, cuyo art. 73. 2 prohíbe todo tipo de discriminación social y jurídica. Sin embargo, el nuevo RP sigue al respecto una política penitenciaria diferente introduciendo en todas estas cuestiones criterios de flexibilización que, al

menos, aseguran que las condiciones regimentales van a ser similares a las de los penados. En propias palabras de su Exposición de Motivos, el Reglamento profundiza en el principio de individualización científica —estrechamente ligado al de resocialización— y «para ello se implanta la aplicación de modelos individualizados de intervención para los presos preventivos, en cuanto sea compatible con el principio constitucional de presunción de inocencia. Con esta medida se evita que la estancia en prisión de una parte importante de la población reclusa sólo tenga fines custodiales, al tiempo que se amplía la oferta de actividades educativas, formativas, socio-culturales, deportivas y medios de ayuda que se programen para propiciar que su estancia en prisión sirva para paliar, en lo posible, las carencias detectadas».

El desarrollo normativo de esas ideas no está concluido, pero su exposición debe valorarse como un importante paso de cara a conseguir un modelo de ejecución para los presos preventivos coherente con el principio de proporcionalidad.