

# Repercusión de la pena privativa de libertad como sanción penal en el sistema penitenciario español

MONTSERRAT LÓPEZ MELERO

Doctora en Derecho  
Profesora Ayudante Doctora Criminología (UNIR)

## RESUMEN

*La figura del delincuente es estudiada desde muchas doctrinas, no sólo desde la dogmática jurídico-penal, sino también por los criminólogos, para quienes el delincuente es un sujeto con anomalías y alguien susceptible de tratamiento. Ambas doctrinas hablan de la sanción penal como intervención y medio para la protección social frente a futuros delitos, suponiendo la prevención tanto especial como general. Pero la doctrina filosófica también se ha dedicado a ello y ha tratado de dar explicación a la justificación del delito, es decir, una justificación moral de por qué se castiga a alguien.*

Palabras clave: *Castigo, pena privativa de libertad, prisión, derechos fundamentales, reclusos.*

## ABSTRACT

*The figure of the offender is studied from many doctrines, not only from the criminal legal dogmatic, but also by criminologists, for whom the offender is a subject with someone anomalies and treatable. Both doctrines speak of criminal punishment as a means of intervention and social protection against future crimes, assuming both the special and general prevention. But the philosophical doctrine has also been dedicated to it and tried to give explanation to the justification of crime, ie a moral justification of why someone is punished.*

Key words: *Punishment, imprisonment, prison, fundamental rights, prisoners.*

SUMARIO. 1. Un repaso a los principales tipos de sanción penal.—2. Fin de la pena, y especial estudio de la pena privativa de libertad. a) Teorías absolutas. b) Teorías relativas.—3. Privación y restricción del derecho a la libertad. a) Reconocimiento del derecho. b) Cuestiones doctrinales. b.1) Una aproximación a la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico español. b.2) La libertad en las Instituciones Penitenciarias.—4. La sanción penal privativa de libertad. a) Antecedentes generales de la pena privativa de libertad: la prisión. b) La libertad individual entendida como libertad mínima. c) Una breve reflexión sobre la aproximación de los presos a la libertad.

## 1. UN REPASO A LOS PRINCIPALES TIPOS DE SANCIÓN PENAL

Encontramos dos tipos de sanciones penales en nuestro ordenamiento jurídico, de un lado, la pena la cual tiene como base la privación de derechos fundamentales: la pena privativa de la vida, que es el caso de la pena capital (1); y la pena privativa del derecho a la libertad, caso de la prisión (2) que es la que nos interesa aquí analizar. Asimismo, se encuentra la sanción de las medidas de seguridad.

De otro lado, debemos diferenciar penas y medidas de seguridad que, según Landrove Díaz (3), son: la pena se ordena fundamentalmente a la prevención general; la medida de seguridad a la prevención especial. La pena es siempre postdelictual, exige la comisión de un delito previo; la medida de seguridad en sus orígenes podía ser también predelictual. La pena debe ser proporcionada a la gravedad del delito; la medida es proporcionada a la peligrosidad del sujeto. La pena se impone sólo a sujetos imputables; la medida se impone tanto a imputables como a inimputables, y en base a un criterio de utilidad

---

(1) «La pena de muerte tiene una gran relevancia en la cultura actual, supone un atentado al derecho a la vida y su prohibición figura en diversas Declaraciones de derechos humanos, se hace en base a la proclamación genérica del derecho a la vida, a la prohibición genérica de la tortura y de las penas crueles, inhumanas o degradantes y, por tanto, a la prohibición expresa y con carácter general de la aplicación de la pena de muerte», *vid. mi investigación, LÓPEZ MELERO, M., Los derechos fundamentales de los presos y su reinserción social*, Tesis doctoral, Departamento de Fundamentos de Derecho y Derecho penal, Alcalá de Henares, Madrid, 2011, p. 199; Para algunos es la pena más utilizada en algunos países, pese a que es considerada como una pena antinatural y antihumana, de esta opinión es LEGANÉS GÓMEZ, S., *Clasificación penitenciaria, permisos de salida y extranjeros en prisión*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 17.

(2) Así lo establece el artículo 35 del CP.

(3) LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, 6.<sup>a</sup> ed., revisada y puesta al día en colaboración con M.<sup>a</sup> Dolores Fernández Rodríguez Madrid, 2005, pp. 111-121.

social. La pena se aplica de un modo determinado; la medida tiene una duración indeterminada, subordinada a su propia ejecución. La privación de bienes jurídicos, común a ambas, es el contenido de la pena y un simple fenómeno acompañante de las medidas de seguridad.

Con esta perspectiva, se debe subrayar que nuestro ordenamiento jurídico se acoge a un sistema dualista, es decir, junto a las penas prevé medidas de seguridad, esta dualidad se debe a que si faltaba el principio de culpabilidad para los delincuentes peligrosos no habría manera de implantarles una pena, pero sí una medida de seguridad. En conclusión, las libertades encierran a su vez otras libertades, es lo que Iván C. Iban (4) denomina *concreciones sucesivas*, es decir, que partiendo de la base de la proclamación genérica de libertad resulta un conjunto de libertades que se dotan de una mayor eficacia práctica. No obstante, considera que, a su vez, estas concreciones sucesivas son concreciones limitadoras, explicándolo en el sentido de que la suma de todos los derechos fundamentales no agota la idea de libertad. Asimismo, si alguna parcela de la *libertad* quedase fuera del catálogo de derechos fundamentales, también, disfrutarían de cierta protección porque la libertad es proclamada como valor superior del ordenamiento jurídico.

La libertad individual tiene dos aspectos, el positivo y el negativo, siendo el fundamento de la organización política del Estado, es decir, desde el aspecto positivo la ley es concebida como expresión de la voluntad soberana del pueblo, y en su aspecto negativo, supone el reconocimiento de la inviolabilidad de los derechos fundamentales de las personas. La doctrina ha reiterado en numerosas ocasiones que un aspecto es independiente del otro de manera que puede existir una libertad positiva y no negativa y viceversa (5). El derecho penal surge para proteger al débil contra el más fuerte, la ley penal se justifica en tanto que ley del más débil, orientada a la tutela de sus derechos contra la violencia arbitraria del más fuerte, que, para Ferrajoli (6), en los

---

(4) C. IBAN, I., (coord.) VV.AA., *Libertad y Derecho fundamental de libertad religiosa*, Edersa, Madrid, 1989, p. 12.

(5) *Vid.*, BERLÍN, I., «Dos conceptos de libertad», *Filosofía política*, recopilación de QUINTÓN, A., México, 1974, pp. 216 ss., citado por VIVES ANTÓN, T. S., «Introducción: Estado de Derecho y derecho penal», en COBO DEL ROSAL, M. (dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M. (coord.), *Comentarios a la Legislación penal*, t. I, Edersa, Madrid, 1982, p. 2.

(6) FERRAJOLI, L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Trad., al castellano *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. De P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco, y R. Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1997, p. 335.

juicios y la imposición de la pena protegen a los reos contra las venganzas u otras reacciones más severas.

A efectos de nuestro estudio, interesa concretar el fundamento, la justificación y la función de la sanción penal en los Centros penitenciarios. El fundamento y la justificación en la pena se deben a que es el principal medio del que dispone el Estado como reacción a un delito cometido, en el sentido de suponer restricción de derechos del responsable del mismo. Por consiguiente, la justificación no es una cuestión filosófica sino una necesidad. En suma, lo prioritario parece ser la pena privativa de libertad y las denominadas medidas de seguridad destinadas a paliar aquellas situaciones en las que el uso de la pena no resulta factible. Por lo que respecta a la función, suponen sistemas de reacción penal, discutiéndose, desde la antigüedad, el fin de la pena. El por qué o para qué se impone la pena ha sido una cuestión de debate doctrinal a lo largo de la historia, opera como un medio de control social que debe ser aplicado de forma proporcional y legal (7).

## 2. FIN DE LA PENA, Y ESPECIAL ESTUDIO DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

Para establecer el fin de la pena, en general, nos tenemos que remitir a las teorías absolutas y relativas, las absolutas son aquellas que se fundamentan en criterios éticos y responden de forma estática a la hora de cuestionar la pena y las teorías relativas, aquellas que se fundamentan en criterios utilitaristas y el enfoque es dinámico (8). Como indica

(7) Al respecto, BLACK, D., «Crime as Social Control», *American Sociological Review*, núm. 48, 1983, pp. 34-45; REDONDO, S., *Desviació, delinquència i control social*, Centre de studis Jurídics i Formació Especialitzada, 1998; CAFFREY, S., *How far can citizens perform the role of Social Control?* Ponencia para el Seminario de Howard League, Oxford, 1999. FERRAJOLI, L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Trad., al castellano *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A., Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco, y R. Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1997, pp. 321-322.

(8) Para un mayor estudio de las teorías mencionadas, ver VON LISZT, F., *La idea del fin en el Derecho penal*, Comares, Granada, 1995; CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Tirant lo Blanch, 2.<sup>a</sup> ed. adaptada al Código penal de 1995, Valencia, 1996; JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho penal. Parte General*, trad. de M. Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2000; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho Penal. Introducción*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000; MANTOVANI, F., «Sanzioni alternative alla pena detentiva e prevenzione generale», en ROMANO, M. y STELLA, F., *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, Il Mulino, 1980; POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos científicos del derecho penal*, t. I. Bosch, 6.<sup>a</sup>

Zugaldía (9), «la opción a favor de alguna de las teorías de la pena es libre ya que desde el punto de vista metodológico ninguna de ellas está en condiciones de fundamentar de forma última sus puntos de partida: por eso, como en todos los problemas últimos, se podría admitir la solución de cualquier teoría de la pena siempre y cuando con ello no se pretenda cerrar la discusión sobre las mismas [...]».

### a) Teorías absolutas

También reconocidas como *retributivas*, se caracterizan porque se impone una pena por el hecho de que se ha delinquido, por una exigencia de la justicia (*punitur quia peccatum est*), es decir, se impone una pena sin tener en cuenta los fines a perseguir con la misma. En suma, supone, en el contexto de la pena, el *pago* que merece el delincuente por su delito (10). Los principales teóricos de las teorías absolutas, se suele citar a Platón, Fichte, Sthal, Spindel, Weber, Wegner, Hälschner, Binding y más recientemente, Schmitt, Freisler, Mezger, Maurach o Fletcher. En España, citamos a San Agustín, Sto. Tomás de Aquino, Alfonso de Castro, Joaquín Francisco Pacheco, Rodríguez Devesa o Cuello Calón. Pero, sin duda, de entre todos destacan Kant y Hegel (11).

Estas teorías tienen su origen en planteamientos religiosos, son numerosos los autores que han planteado la vinculación entre lo religioso y la expiación-retribución (12), afirmándose, incluso, que la

---

ed. act., completamente renovada y puesta al día con la colaboración de Miguel Polaino-Orts, Barcelona, 2008; CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas. (Análisis crítico sobre los fines de la pena)*, Cuadernos «Bartolomé de las Casas», núm. 44, Dykinson, Madrid, 2008.

(9) ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «¿Otra vez la vuelta a von Liszt?», en VON LISZT, F., *La idea del fin en el Derecho penal*, Comares, Granada, 1995, p. 27.

(10) MIR PUIG, S., *Bases constitucionales del derecho penal*, Iustel, Madrid, 2011, p. 34. Asevera, además, que no se debe confundir retribución con venganza.

(11) Vid., RÖDER, C. D. A., *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones. Ensayo crítico preparatorio para la renovación del Derecho penal*, trad. de Giner de los Ríos, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1876; JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho penal. Parte General*, trad. de M. Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2000. En otro sentido, ALBIN ESSER, M. C. J., «*Menschengerechte*» *Strafjustiz. Vision eines am Menschen als Einzel- und Sozialwesen orientierten Straf- und Verfahrensystems*, trad. de J. M. LANDA GOROSTIZA, «Una justicia penal a la medida del ser humano», *Revista de Derecho penal y criminología*, núm. I, 1998, pp. 131-151; ARNOSO, A., «Representación del delito y demandas de seguridad de la población», *Congreso servicios sociales y cárcel. Alternativas a la actual cultura unitiva*, Salhaketa, Vitoria-Gasteiz, 2004.

(12) Se cita por muchos autores textos donde aparece el principio de retribución, así en el Mensaje del Papa Pío XII, en el VI Congreso Internacional de

pena retributiva es la expresión de los Estados de base teocrática (13). Muchos han sido los seguidores, como ya he indicado, pero los más destacados son Kant, dando origen a la retribución moral (14), y Hegel, a la retribución jurídica (15).

En cuanto a la *retribución moral*, se ampara en el principio de culpabilidad siendo límite para no imponer una pena inhumana. La mayor

---

Derecho Penal en 1954; la Ley del Talión reconocido como expresión de justicia, en la Biblia tanto en el Génesis, Cap. 9, versículo 6 como en el Éxodo, Cap. 21, versículo 23 y ss., en San Mateo, San Lucas, etc. MILITELLO, V., *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Guffrè, Milano, 1982, p. 47.

(13) MIR PUIG, S., «El sistema de Derecho penal en la Europa actual», en SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin, Bosch, Barcelona, 1995, p. 28, ver la cita que hace CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas. (Análisis crítico sobre los fines de la pena)*, ob. cit., pp. 16-17.

(14) Para un mayor estudio, entre otros, a BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís Roig, Debate, Madrid, 1991; ANTÓN ONEGA, J., *Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración, Instituto de Ciencias Jurídicas*, Madrid, 1965; GARCÍA VALDÉS, C., *Teoría de la pena*, 3.<sup>a</sup> ed., rev., Tecnos, Madrid, 1987; FLETCHER, G., *Conceptos Básicos de Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997; RÖDER, C. D. A., *Las doctrinas fundamentales reinantes Sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones. Ensayo crítico preparatorio para la renovación del Derecho penal*, Trad., de Francisco Giner de los Ríos, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1876, p. 50; BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZÁBAL MALARÉ, H., «Pena y Estado», *Papers*, núm. 13, 1980, pp. 102-103; ROXIN, C., *Iniciación al Derecho penal de hoy*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1981, pp. 34 y 138-139; HASSEMER, W., *Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 21-22; CATTANEO, M. A., *Pena, diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Giappichelli Editore, Torino, 1998, pp. 58-59; NAUCKE, W., «Le droit penal retributif selon Kant», *Retribution et Justice Penale, Travaux et Recherches de l'Université de Droit, d'Economie et des Sciences Sociales de Paris*, PUF, París, 1983.

(15) Para un mayor estudio, RÖDER, C. D. A., *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones: ensayo crítico preparatorio para la renovación del derecho penal*, ob. cit., p. 50; JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General I*, ob. cit., p. 97; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Fundamentos de Derecho Penal: parte general, las teorías de la pena y de la ley penal*, Universidad de Granada, 1990, p. 67; del mismo, «¿Otra vez la vuelta de von Liszt?», en VON LISZT, F., *La idea del fin en el Derecho penal*. Programa de la Universidad e Marburgo, 1982, Comares, Granada, 1995, pp. 12-13; SERRANO BUTRAGUEÑO, I., «Las penas en el Código Penal de 1995», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, n. 1, abril-mayo, 1996, p. XXVII; DEMETRIO CRESPO, E., *Prevenção general e individualización judicial de la pena*, Universidad de Salamanca, 1.<sup>a</sup> ed., Salamanca, 1999, pp. 58-59; MILITELLO, V., *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, ob. cit., p. 51; BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZÁBAL MALARÉ, H., «Pena y Estado», *Papers, Revista de Sociología*, núm. 13, 1980, p. 103; de los mismos, *Lecciones de Derecho Penal*, t. I, Trotta, Madrid, 1999, p. 45; HINCHMAN, L., «Hegel's Theory of Crime and Punishment», *Review of Politics*, núm. 44, 1982, pp. 523-545.

parte de la doctrina entiende que la Ley del Tali3n (*lex talionis*) es la m3xima ley donde se refleja la medida retributiva o la teor3a absoluta de la pena, es decir, castigo igualado a crimen (16). En sentido cr3tico, Kant (17) asever3 que la pena judicial «no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de impon3rsele s3lo «porque ha delinquido». Kant (18) consideraría que «si todos los miembros de una comunidad acordaran por unanimidad disolverla, antes de ello se llevara a cabo, deber3a ejecutarse al 3ltimo asesino que estuviera en prisi3n, para que todo el mundo supiera el trato que merece sus hechos». Para Kant la pena es una necesidad 3tica (19). En este sentido, la Ley penal se presenta como una pura necesidad moral, un «imperativo categorico», es decir, como una exigencia incondicionada de la Justicia, libre de toda consideraci3n utilitaria como la protecci3n de la sociedad u otras (20).

Por lo que se refiere a la *retribuci3n jur3dica* de Hegel, se fundamenta en un procedimiento dial3ctico, la tesis es que el delito supone la negaci3n del Derecho y la ant3tesis supone que la pena es la negaci3n del delito. Luego, la s3ntesis (negaci3n de la negaci3n) indica que la pena es la afirmaci3n del Derecho (21), o tambi3n la pena es la reafirmaci3n del ordenamiento porque niega la negaci3n del Derecho que supone el delito (22). O, como indica el propio Hegel (23), «la supera-

(16) En la obra de FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar, ob. cit.*, tambi3n encontramos numerosas sanciones en funci3n del delito cometido. Pero tambi3n est3n aquellos que desvinculan la Ley del Tali3n de las teor3as retributivas, as3 CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 66, para quien el fin garantista limitador de la retribuci3n supone una desautorizaci3n de la idea cristiana de retribuci3n basada en el tali3n; GRACIA MART3N, L., *Las consecuencias jur3dicas del delito en el nuevo C3digo penal espa3ol*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 55, indica que la moderna retribuci3n, entendida como reafirmaci3n del Ordenamiento y no como compensaci3n de un mal moral, no puede identificarse con el principio talional.

(17) KANT, I., *Metaf3sica de las costumbres, ob. cit.*, p. 166.

(18) *Ibidem*, p. 165.

(19) BYRD, S., *Kant's Theory of Punishment: Deterrence in its Threat, Retribution in its Execution, ob. cit.*, pp. 151-200; NAUCKE, W., «Le droit penal retributive selon Kant», *Retribution et Justice Penale*, Travaux et Recherches de l'Universit3 de Droit, d'Economie et des Sciences Sociales de Paris, Paris, 1983, pp. 80 ss.

(20) MIR PUIG, S., *Bases constitucionales del derecho penal, ob. cit.*, p. 36.

(21) RIVERA BEIRAS, I., (coord.), *Pol3tica criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Anthropos: Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans, 1.ª ed., Barcelona, 2005, p. 50, para Rivera Beiras la doctrina retributiva t3pica es siempre una doctrina de la retribuci3n moral.

(22) CASTRO MORENO, A., *El por qu3 y el para qu3 de las penas, ob. cit.*, pp. 23-24.

(23) HEGEL, G. W. F., *Grundlinien del Philosophie des Recht*, 1821, pp. 99 y 101. Sobre el tema, ROXIN, C., ARZT, G. y TIEDEMANN, K., *Introducci3n del*

ción del delito se realiza, en consecuencia, mediante la retribución, en tanto que vulneración de la vulneración del Derecho y, de este modo, la esencia del delito, que tiene una dimensión cualitativa y cuantitativa determinada, encuentra su correlativa negación». Para Hegel la pena es «justa en sí misma».

Los defensores de las teorías absolutas manifiestan que éstas proclaman y defienden la dignidad de la persona humana (24), no obstante, frente a ellos están los autores que consideran que las teorías absolutas de la pena no respetan la dignidad humana. Así, Bustos Ramírez (25) entiende que «no parece racional ni tampoco apropiado a la dignidad de la persona humana que la pena solo consista en un mal». En sentido similar, Röder (26) afirma que la unión de la idea retributiva con la venganza hace que se incurra en un trato indigno, indica que la dignidad humana resulta incompatible con la imposición de una pena carente de finalidad.

Afinando un poco más la cuestión, Klung (27) considera que «la represalia que no persigue ningún fin, con la que no se persigue alcanzar algún bien [...] lesiona la dignidad del hombre y, en verdad, no sólo en el sentido de las normas morales, sino en el sentido de la Constitución [...]. Precisamente el respeto a la dignidad del hombre exige que la sociedad no devuelva los golpes como un mero criterio de represalia, sin objetivo alguno [...]». También se ha criticado la falta de demostración empírica de su presupuesto, que la compensación de la culpabilidad formulada sólo puede admitirse mediante un acto de fe (28). Por su parte, Zugaldía (29) manifiesta que supone una concep-

---

*Derecho penal y al Derecho penal procesal*, Ariel, 1.ª ed., Barcelona, 1989, p. 56. La teoría de Hegel se caracteriza porque exigía una igualdad valorativa, HINCHMAN, L., *Hegel's Theory of Crime and Punishment*, ob. cit., pp. 523-545; STAWELL, F. J., «Hegel's Theory of Punishment», *International Journal of Ethics*, núm. 7, 1986-87, pp. 95-96.

(24) Uno de los que lo afirma es Welzel, al establecer la distinción entre el hombre y el animal siendo la principal diferencia la libertad respecto de las normas innatas e instintivas de conducta y por la capacidad y misión de descubrir y establecer por sí mismo la rectitud de la conducta por medio de actos inteligentes; WELZEL, H., *Derecho penal alemán. Parte general*, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 1976, p. 203, citado por CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas*, ob. cit., p. 25.

(25) BUSTOS RAMÍREZ, J., *Control social y sistema penal*, PPU, 1.ª ed., Barcelona, 1987, p. 94.

(26) RÖDER, C. D. A., *Las doctrinas fundamentales reinantes*, ob. cit., p. 57.

(27) KLUNG, citado por SERRANO BUTRAGUEÑO, I., *Las penas en el Código Penal de 1995*, ob. cit., p. 106.

(28) CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas*, ob. cit., pp. 26-27.

(29) ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Fundamentos de Derecho Penal: parte general, las teorías de la pena y de la ley penal*, ob. cit., p. 70, del mismo, *¿Otra vez la vuelta a von Liszt?*, ob. cit., p. 14.

ción moralizante del Derecho penal y que, realmente, no son aptas para responder a la cuestión de la necesidad de la pena, dado que se limitan a presuponer su necesidad, pero no la fundamentan.

La Escuela clásica, influenciada por el pensamiento de la Ilustración especialmente por las ideas de Beccaría, es partidaria de la pena pese a que es un mal, a diferencia de la Escuela positiva que entiende que la pena es una cura. La Escuela clásica pese a que toma la doctrina de Beccaría, Romagnosi, Carmignani, no pertenecen a la misma, propiamente dicha. Además de Carrara y Rossi, está representada por Carmignani Giovanni, Lardizábal y Filangieri, entre otros, estos autores tratan el tema pero, no significa que mantengan esa posición. La Escuela clásica además de ser partidaria de la pena lo es de las teorías absolutas, Rossi y Carrara son los máximos exponentes quienes señalaban como principales postulados la razón y los límites del derecho a castigar por parte del Estado, la reivindicación de las garantías para el individuo sujeto al proceso penal y la oposición a la barbarie de las penas con que se castigaba al delincuente.

En suma, si las teorías absolutas parten de la culpabilidad del sujeto por el hecho de haber cometido un delito, pudiendo haber actuado de otra manera y, por ello merece tal castigo; la mayoría de la doctrina, entre ellos, Quintero Olivares, Zugaldía Espinar, Bajo Fernández, Dolcini, Luzón Peña, De la Cuesta Arzamendi (30) mantienen que no es posible determinar la libertad de voluntad por la que ha actuado el sujeto. También se critica a las teorías absolutas alegando que un mal no puede borrarse con otro mal, es decir, la pena

---

(30) Vid., QUINTERO OLIVARES, G., «Determinación de la pena y política criminal», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 4, 1978, p. 595; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Fundamentos de Derecho penal*, ob. cit., p. 69; BAJO FERNÁNDEZ, M., «Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma», en FERNÁNDEZ ALBOR, A., *Estudios penales*, t. I, Universidad de Santiago de Compostela, 1977, p. 38; DOLCINI, E., «Appunti sul limite della colpevolezza nella commisurazione della pena», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fascículo 4, 1975, pp. 1156-1168; LUZÓN PEÑA, D. M., «Antinomias penales y medición de la pena», *Doctrina Penal*, núm. 7, 1979, p. 595; JORGE BARREIRO, A., «La motivación en la individualización judicial de la pena», en AA.VV., *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 52; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., «Imputabilidad y nuevo Derecho Penal», en AA.VV., *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamento*. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López, Comares, Granada, 2000, p. 300; MORALES PRATS, F., «Precisiones conceptuales en torno a la culpabilidad: convenciones normativas y función individualizadora», en AA.VV., *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamento*. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López, Comares, Granada, 2000, p. 173; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho penal. Introducción*, ob. cit., p. 134.

impuesta no compensa al delito cometido (31). En este mismo sentido, Kant (32) indicaría que «la pena judicial [...] no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo porque ha delinquido [...]».

Estas teorías, en la actualidad no tienen cabida, han sido rechazadas por la mayoría de la doctrina, aunque se sigue dando importancia al principio de culpabilidad, a su capacidad para limitar el *ius puniendi* y la idea de proporcionalidad que gira en torno a la concepción retributiva (33). Esta doctrina se justifica en la máxima de «devolver mal por mal» (34).

## b) Teorías relativas

Las teorías relativas están basadas en la configuración del hecho delictivo como fenómeno individual y susceptible de tratamiento individualizado, defendiendo la meta resocializadora como el objetivo primordial del tratamiento penitenciario y objetivo principal de la pena privativa de libertad (35).

(31) En este sentido, BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, ob. cit., p. 45, afirma que el fin de las penas no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadano y retraer a los demás de la comisión de otros iguales.

(32) KANT, I., *La metafísica de las costumbres*, ob. cit., p. 166. Incluso admitía que cuando estuviere en juego la sociedad se renunciase a la pena justa y fuese sustituida por otra (pp. 170-171).

(33) CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas*, ob. cit., p. 31.

(34) FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ob. cit., pp. 253-254; FALLS, M., «Retribution, Reciprocity and Respect for Persons», *Law and Philosophy*, núm. 6, 1987, pp. 25-51; OLDENQUIST, A., «An Explanation to Retribution», *Journal of Philosophy*, núm. 9, 1988, pp. 464 ss.

(35) DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., «La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria», *Papers d'estudis i formació*, núm. 12, 1993, p. 16; ANIYAR DE CASTRO, L., *Criminología de la Reacción Social*, Centro de Investigaciones Criminológicas de la Universidad del Zulia, Maracaibo, 1977, considera al delito más que un fenómeno individual, un producto de las estructuras sociales. Así desde perspectivas como el «*labelling approach*» la condición «criminal» aparece no como una característica natural de ciertos comportamientos, sino más bien como un rótulo o etiqueta que se aplica a ciertos actos (o sujetos) mediante unos procesos de interacción de las instancias de control social, procesos de criminalización que, como demostrará la Criminología crítica infringen gravemente el principio de igualdad generalmente proclamado, afectando de manera mucho más incisiva a los pertenecientes a los sectores más desfavorecidos de nuestros grupos sociales, sigue afirmando que si la criminalidad es el resultado de los procesos de interacción sociales, difícilmente el instrumento resocializador ha de resultar idóneo para su prevención. Es más, a la vista del modo de funcionamiento de las instancias penales, son muchos

Dichas teorías, también llamadas *prevencionistas*, se caracterizan porque, al establecer la pena, lo que buscan es una utilidad social o individual, es decir, la prevención general (36) o especial. En consecuencia, tratar de evitar la comisión de delitos futuros (*punitur ut ne peccetu*), no tiene cabida la pena inútil, son seguidores de esta postura, entre otros, Montesquieu, Rousseau y Voltaire. En suma, la prevención mira al futuro, al contrario de la retribución. Además, son relativas porque las necesidades de prevención son relativas y circunstanciales, en terminología clásica, desde esta óptica no se pena *quia peccatum est, sed ne peccetur*, no porque se ha pecado, sino para que no se peque (37).

El objetivo de la prevención se puede conseguir a través de la reeducación del delincuente, es la llamada *prevención especial positiva*, o a través de un mayor fortalecimiento del derecho de los ciudadanos, es la llamada *prevención general positiva* (38), sus principales teóri-

---

los que califican de ilegítimo tratar de resocializar a los «pobres diablos» que pueblan nuestras prisiones sin atacar primero a la raíz y resocializar por tanto, en primer término, a la propia sociedad; BARATTA, A., *Criminología crítica y política penal alternativa*, ob. cit., pp. 43 ss.

(36) Seguidores como Bentham, Howard, Lardizábal y Von Feuerbach, éste desde el punto de vista teórico fue el primero que distinguió entre general y especial. Para Mir Puig, por ejemplo, la función preventiva general es una derivación del carácter social y democrático del modelo de Estado de Derecho. *Función de la pena y teoría del delito en un Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1982, pp. 21 ss. En un sentido diferente, el de llevar a cabo una finalidad preventiva más allá de la proporcionalidad entre el delito y la pena se encuentra JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pp. 103 ss., y GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «La idea moderna de la proporcionalidad de las penas», *El pensamiento penal de Beccaría*, Bilbao, 1991, pp. 55 ss. Un interesante estudio desde la perspectiva filosófico-jurídica en BETEGÓN, J., *La justificación del castigo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

(37) MIR PUIG, S., *Bases constitucionales del derecho penal*, ob. cit., p. 40.

(38) Sobre la prevención general positiva, pueden verse, GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española (Proyecto de 1980 de Código Penal)», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 3, Madrid, 1980, pp. 143-145; ARZT, C., «La Parte General del Derecho Penal sustantivo», en ARZT, C., ARZT, G. y TIEDEMANN, K., *Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 26; HASSEMER, W., «Prevención general y aplicación de la pena» *Principales problemas de la prevención general*, trad. de G. Aboso –Tea Löw, Bdef, Buenos Aires– Montevideo, 2004, pp. 134-135; GARCÍA ARÁN, M., «La prevención general en la determinación de la pena», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fascículos II y III, 1981, p. 514; BARATTA, A., *Integración-prevención: una «nueva» fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*, ob. cit., p. 535; EUSEBI, L., *La pena «in crisi»*. *Il recente dibattito sulla funzione della pena*, ob. cit., p. 27; CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, ob. cit., p. 64; DEMETRIO

cos son Roxin, Hassemer y Jakobs (39). Frente a esto se encuentra la *prevención negativa*, es decir, mediante la intimidación a la sociedad para que no cometan delitos y la prevención general negativa, o intimidación al sujeto que ha cometido el hecho delictivo (40), sus principales teóricos son Beccaria, Feuerbach, Bentham o Lardizábal, además antes han mantenido esta teoría de la pena, Hobbes, Grotius Pufendorf, Locke, Thomasius, Filangieri, Romagnosi, Wolff, Schopenhauer. Walker (41) lo resume diciendo que la única diferencia es que, mientras que la prevención general actúa sobre la imaginación (haciendo presente al potencial delincuente el mal que supone la

---

CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, ob. cit., p. 109; GARCÍA DE PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho Penal. Introducción*, ob. cit., pp. 141-147.

(39) ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, Reus, Madrid, 1981, pp. 43-46, 48-50, 133-134, 182-183; del mismo, *Iniciación al Derecho penal de hoy*, trad. F. Muñoz, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1981, pp. 48-49; del mismo, *Dogmática penal y Política Criminal*, Idemsa, Lima, 1998, pp. 34-43; del mismo, «¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho Penal?», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 30, 1986, pp. 671-692; HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho Penal*, trad. de F. Muñoz y L. Arroyo, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 391-394; JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 9-19, núm. margs. 4-16; del mismo, «El principio de culpabilidad», *Estudios de Derecho Penal*, Cívitas, Madrid, 1997, pp. 365-393; del mismo, «Culpabilidad y prevención», *Estudios de Derecho Penal*, Cívitas, Madrid, 1997, pp. 73-79. No obstante, para este autor, la función de la pena no estriba en la protección de bienes jurídicos sino en la mera afirmación de la vigencia de las normas penales; CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas (Análisis crítico sobre los fines de la pena)*, ob. cit., p. 65; HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho. (El objeto protegido por la norma penal)*, PPU, 1.ª ed., Barcelona, 1991, pp. 104-105, quien afirma que para Jakobs, la función de la pena es preventiva. Por eso, la pena va dirigida a todos, no sólo a los delincuentes potenciales, y tiene por fin la prevención general positiva. La posición de Jakobs es criticada, entre otros, por Roxin, ya que al prescindir de la protección de bienes jurídicos, la tesis dejaría de ser una verdadera teoría relativa (preventiva) de la pena. ROXIN, C., *¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho Penal?*, ob. cit., pp. 680-683.

(40) Sobre el significado de la teoría de la prevención general de intimidación pueden verse, CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, ob. cit., p. 64; CATTANEO, M. A., *Pena, diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Giappichelli Editore, Torino, 1998, pp. 105-107; MANTOVANI, F., *Sanzioni alternative alla pena detentiva e prevenzione generale*, ob. cit., p. 73; SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, J. R., *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho penal*, ob. cit., p. 61; POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pp. 118-121; ANDENAES, J., «La prevenzione generale nella fase della minnaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena» en ROMANO, M. y STELLA F., *Teoria e presi della prevenzione generale dei reati*, Il Mulino, Bologna, 1980, p. 33.

(41) WALKER, N., «La eficacia y la justificación moral de la prevención», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 11, 1980, p. 131.

pena), la prevención especial actúa sobre la memoria de quien ya la ha sufrido.

Históricamente, como refiere Platón (42), ya encontramos indicios de la teoría relativa en un diálogo entre Protágoras y Sócrates que sostiene: «Si quieres, Sócrates, toma en consideración qué se gana con castigar a los injustos; esto te enseñará que los hombres consideran que la virtud puede proveerse, puesto que nadie castiga a los injustos teniendo en mente que cometieron injusticia o por haberla cometido, a no ser que se esté vengando irracionalmente como un animal. El que se dispone a castigar con razón no toma venganza por la injusticia pasada –ya que no desharía el hecho–, sino por el futuro, para que no vuelva a cometer injusticia ni éste ni otro que vea al castigado. Y al tener esta intención también piensa que la virtud es enseñable, dado que castiga en prevención». Por su parte, Feuerbach planteó que el «impulso sensual será eliminado en cuanto cada uno sepa que inevitablemente seguirá un mal a su hecho, que es mayor que el desagrado que surja del impulso no satisfecho hacia el hecho» (43).

Para Luzón Peña (44), la prevención general significa intentar evitar la comisión de delitos por parte de la generalidad de los ciudadanos, es decir, con independencia de si en concreto han delinquido ya alguna vez o no. Por la doctrina penal es considerada como fin de la pena. Este autor considera que «pese a que debe haber una conciliación entre la prevención general y la especial, se debe dar preferencia a las exigencias preventivo-generales: pues aunque una pena sea preventivo-especialmente innecesaria, en caso de delitos muy graves los peligros para la sociedad serían mucho mayores, dada la indicada falta de estabilidad de las conciencias y de los mecanismos inhibidores y represivos de las tendencias agresivas y antisociales latentes en la sociedad [...]».

Mas, sin restarle importancia a las teorías de la prevención general que se dirigen al conjunto de la sociedad para impedir que cometan delitos, me centraré más detalladamente en la prevención especial, que es la que se dirige al delincuente propiamente dicho por tener mayor relación con la reeducación del mismo y la reinserción en la sociedad. No obstante, no quiero dejar de establecer resumidamente el

---

(42) PLATÓN, *Protágoras*, 424.a y b, en *Protágoras, Georgias*, Alianza, Madrid, 1998, pp. 61-62.

(43) BUSTOS RAMÍREZ, J., *Introducción al Derecho Penal*, Tervns, Bogotá, 1986, p. 75.

(44) LUZÓN PEÑA, D. M., «Prevención general, sociedad y psicoanálisis», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 16, 1982, pp. 93-96.

contenido, fundamento y principales teóricos de la prevención general tanto positiva como negativa.

En cuanto a la *prevención general negativa*, caracterizadas porque es la única que no confunde el derecho con la moral, he indicado con anterioridad que se basa en la intimidación de la sociedad para que no cometa hechos delictivos. Se trata de evitar determinados comportamientos que pueden llevar aparejada la comisión de alguno de los delitos tipificados, de tal manera que, atendiendo a dicha premisa, la pena no es considerada como un bien, sino que es el mal por el delito cometido. Para que la sociedad sepa que determinados actos son delictivos, todo delito tiene que fundamentarse en el principio de legalidad para su conocimiento; su actual formulación es *nullum crimen nulla poena sine lege scripta, stricta, praevia i certa* (45).

Por lo que se refiere a los principales teóricos debemos destacar la tesis de Beccaria (46), quien indica: «¿queréis evitar los delitos? [...]. Haced que los hombres los teman, y no teman más que a ellos. El temor de las leyes es saludable». Además, Feuerbach es quien desarrolló la teoría de la coacción psicológica, siendo característico de las teorías preventivas generales que, a través de la pena, la intimidación a los individuos se abstengan de cometer hechos delictivos. Para este autor la pena es un imperativo categórico.

Hobbes, Locke, Thomasius, Filangieri, Schopenhauer, tratan el tema de la teoría relativa de la pena, y como uno de los principales textos *Las Partidas* (47), en las que se indicaba que «las penas se imponen por dos razones: la primera, porque reciban escarmiento de los delitos cometidos. La segunda, para que todos los que oyeren o vieren tomen ejemplo o apercibimiento para guardarse de no delinquir por miedo a las penal». En sentido amplio, Bentham (48) lo resumía indicando que «la prevención general es efecto de la denuncia de la pena y de su aplicación, la que según la expresión común y justa,

(45) Atribuido a Feuerbach. Rechaza el correccionalismo penal.

(46) BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, ob. cit., Cap. 41, «Cómo se evitan los delitos», pp. 105-106 y el Cap. 12 «fin de las penas».

(47) *Las Partidas*, Partida VII, Título XXXI, Ley 1. *La Nueva Recopilación*, Libro II, Título II, Cap. 2; y la *Novísima Recopilación*, Libro III, Título II, Ley 2.

(48) BENTHAM, J., *Teoría de las penas y de las recompensas*, ob. cit., p. 17. V. el Libro I, Cap. IV «Coste de las penas» en el que distingue entre valor aparente de las penas (es el mal probable que se presentaría a la imaginación del común de los hombres, por la vista o descripción de la pena, o por la vista de su ejecución), y valor real (es el mal completo de la pena, se sufriría siendo impuesta), (p. 21); del mismo, *Tratado de Legislación Civil y Penal*, trad. de B. Arduaga Espinosa, t. IV, Madrid, 1842, pp. 154-155 en donde se detalla cómo ha de ser la ejecución de la pena para el público asistente.

sirve de ejemplo; porque la pena padecida por el delincuente ofrece a los demás un ejemplo de lo que sufrirían si cometiesen el mismo delito. La prevención general es el objeto principal de las penas, es también la razón que las justifica». Lardizábal (49) para quien el primero y principal fin de la pena es la protección de la sociedad y la seguridad de los ciudadanos, considera que «las buenas leyes procuran por todos los medios posibles evitar los delitos para no verse en la necesidad de castigarlos; y cuando se vean precisados a ello, hacen que el mismo castigo, que ya no pueden excusar, sirva por su aparato y publicidad de prevención a los demás».

Por su parte, para Ferrajoli (50) la teoría de la prevención general negativa o intimidatoria, es la única que no confunde el derecho con la moral o la naturaleza frente a las positivas que son de integración (51). Ferrajoli (52) defiende que el fin de la prevención general, mediante la amenaza legal, es necesario para justificar las penas respecto a los delitos previstos, no es suficiente como criterio de limitación de las penas dentro de un modelo de Derecho penal mínimo y garantista (53). Por otro lado, se alega por Ferrajoli (54) que hay otro fin añadido a la pena mínima y es la prevención no del delito sino de otro mal, la mayor reacción que a falta de penas podría provenir de la parte ofen-

---

(49) LARDIZÁBAL, M., *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*, Cap. III «del objeto y fines de las penas», Ararteko, Vitoria, 2001, p. 47 y el Cap. II «De las cualidades y circunstancias que deban concurrir en las penas para ser útiles y convenientes», en el que detalla que el conocimiento de los hechos que han llevado al criminal a cometer un delito sean conocidos por la sociedad para que se abstengan de realizar en el futuro por miedo a la pena impuesta. Además entendía que el poder de castigar tiene un origen divino por lo que trató de unir su teoría junto con el contrato social.

(50) FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, *ob. cit.*, pp. 275-276.

(51) *Vid.*, STELLA, F., «Il problema della prevenzione della criminalità», *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Il Mulino, Bolonia, 1980.

(52) FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, *ob. cit.*, p. 280.

(53) En este sentido, BARATTA, A., «Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale», *Dei Delitti e Delle Pene*, núm. 3, 1985, pp. 443-474; FERRAJOLI, L., «El Derecho Penal Mínimo», *Poder y Control, Revista Hispano-latinoamericana de disciplinas sobre el control social*, núm. 0, PPU, Barcelona, 1986, pp. 25-48.

(54) FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, *ob. cit.*, p. 332. Ese fin del que habla Ferrajoli también es idóneo para indicar el límite máximo de la pena por encima del cual no se justifica el que sustituya a las penas informales. Afirma que según la idea de los iusnaturalista y contractualistas, la pena es el producto en primer lugar de la socialización y luego de la estatalización de la venganza privada, concebida a su vez como expresión del derecho natural «de defensa» que en el estado de naturaleza corresponde a cada hombre para su conservación (p. 333).

didada o de fuerzas sociales o institucionales solidarias con ella, la cual tutela no sólo a la persona ofendida por el delito, sino también al delincuente frente a las reacciones informales, públicas o privadas. De modo que la pena «mínima necesaria» de la que hablaban los ilustrados no sólo es un medio, sino que es ella misma un fin: el fin de la minimización de la reacción violenta al delito.

Ambas finalidades preventivas (la de los delitos y la de las penas arbitrarias) están conectadas sobre la base de que legitiman conjuntamente la «necesidad política» del Derecho penal como instrumento de tutela de los derechos fundamentales, definiendo éstos normativamente los ámbitos y límites de aquél en cuanto bienes que no está justificado lesionar ni con los delitos ni con los castigos (55). Afirma Ferrajoli que esta legitimidad es *garantista* (56), residiendo en los vínculos impuestos por la ley a la función punitiva para la tutela de los derechos de todos. Orientar el Derecho penal hacia el fin único de la prevención general negativa excluye la confusión del Derecho penal con la moral que caracteriza a las doctrinas retribucionistas. Por último, este autor nos indica que no debemos olvidarnos de la prevención de los delitos, indicando que la prevención de los castigos es excesiva e incontrolada. El daño de los delitos prevenido por las penas no debe hacernos olvidar el daño de las penas por prevenir los delitos (57).

A la luz de lo examinado hasta ahora, cabe concretar que dichas teorías han sido criticadas por falta de legitimación empírica, moral, desproporcionalidad, y su posible incapacidad para justificar determinadas instituciones penales como la inimputabilidad o el error de prohibición (58). Es Mapelli (59) quien equipara la resocialización preventiva al tratamiento penitenciario cuando «se pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la ley penal [...]». Considerando que no se trata de la resociali-

---

(55) *Ibidem*, pp. 335-336.

(56) Define el *garantismo* como lo que tutela a los valores o derechos fundamentales cuya satisfacción, aun contra los intereses de la mayoría, es el fin justificador del derecho penal: la inmunidad de los ciudadanos contra la arbitrariedad de las prohibiciones y de los castigos, la defensa de los débiles mediante reglas del juego iguales para todos, la dignidad de la persona del imputado y por consiguiente la garantía de su libertad mediante el respeto también de su verdad. *Ibidem*, pp. 335-336; designa un modelo normativo de derecho (p. 851).

(57) *Ibidem*, pp. 277-281.

(58) CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas*, *ob. cit.*, p. 47. En pp. 47 a 62 hace el autor un estudio más detallado de las críticas a dichas teorías.

(59) MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, *ob. cit.*, p. 99.

zación tipificada en el artículo 25.2 de la CE, sino que «es un principio fundamental de humanización de la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad en virtud del cual éstas deben adaptarse a las condiciones generales de la vida en sociedad (principio de atenuación) y contrarrestar las consecuencias dañinas de la privación de libertad (principio de *nil nocere*)».

En cuanto a la *prevención general positiva*, lo que se pretende es evitar la comisión de delitos concienciando a los ciudadanos a través de mandatos y prohibiciones legales. En este sentido, Castro Moreno (60) indica que «se trata de robustecer la confianza de los ciudadanos en la inquebrantabilidad del ordenamiento jurídico, que se impone, a través de la pena, frente al delito» o, como asevera Bustos Ramírez (61) «la prevención general positiva no deja de ser una reformulación de la prevención general intimidatoria ya que motivaría, no a través del miedo, sino a través del Derecho que cumpliría un función comunicativa de los valores jurídicos [...]». No obstante, como bien afirma Cervelló (62), la prevención general positiva o integradora supone de alguna manera una vuelta a las ideas retributivas al considerar que la pena sirve como afirmación del Derecho en la colectividad creando una conciencia social de tranquilidad y confianza jurídica.

Su principal teórico ha sido Roxin (63) con su *teoría de la prevención general integradora o compensadora* (64), quien manifiesta que la imposición de la pena se debe a la culpabilidad del sujeto, así como empieza a utilizar el término *responsabilidad* en sustitución de *culpabilidad*, pero debe constatar la capacidad de culpabilidad y la necesidad de prevención de la pena, entendiendo que la culpabilidad no fundamenta la pena, aunque sea un presupuesto necesario y límite máximo de la pena. Este autor mantiene una teoría mixta (65).

(60) *Ibidem*, p. 63.

(61) BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZÁBAL MALAREE H., *Lecciones de Derecho penal*, t. I, *ob. cit.*, p. 50.

(62) CERVELLÓ DONDERIS, V., «El sentido actual del principio constitucional de reeducación y reinserción social», *Presente y futuro de la Constitución española de 1978*, Universidad de Valencia, Valencia, 2005, pp. 217-233; PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y Prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1986, pp. 259 ss.

(63) ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, *ob. cit.*, pp. 43 ss.

(64) Es la teoría más seguida por la doctrina, CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas*, *ob. cit.*, p. 67.

(65) Según Castro Moreno, no es de extrañar que se mencione al mismo autor dentro de la prevención general positiva y como partidario de una teoría mixta de la pena, si se admite como hace ALCÁCER GUIRAO, R., «Los fines del Derecho penal:

En un sentido más crítico, Jakobs (66) considera que la culpabilidad consiste en caracterizar la motivación no conforme a Derecho del autor como motivo de conflicto, [...] el concepto de culpabilidad no ha de orientarse hacia el futuro, sino que de hecho está orientado hacia el presente, en la medida en que el Derecho penal funciona, es decir, contribuye a estabilizar el ordenamiento». Pero, fue Von Liszt (67) quien señaló que «la pena es prevención mediante represión, o como podría decirse también, represión por medio de prevención, [...] la pena de protección es la pena de retribución».

También, las teorías relativas han sido criticadas por un sector de la doctrina. Así, unos –Serrano Maíllo– manifiestan que el delito, por regla general, es un fenómeno normal e inevitable de toda sociedad sana (68) o –como Baratta– que representa una visión aséptica, tecnocrática y acrítica de la sociedad, pero no una valoración ni una crítica al fundamento del sistema social (69). Asimismo, una pena que mire prioritariamente a la autoafirmación del poder punitivo del Estado deviene necesariamente en un puro retribucionismo, al acoger una concepción autoritaria y expansiva *ius puniendi* que deja sin respuesta el fin fundamental que persigue (70).

Pero, en sentido amplio, Feuerbach (71) cree que la ley es general y necesaria: rige para todos los ciudadanos, amenaza con pena a todo el que se haga punible, y establece esa pena precisamente porque hay una ley como consecuencia jurídica necesaria del delito. Quien realiza esa acción tiene que sufrir la pena; nadie que realice la acción debe

---

Una aproximación desde la filosofía política», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, t. 51, 1998, p. 361, que «la teoría de la prevención general positiva se presenta en la doctrina como una teoría unitaria», CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas*, ob. cit., p. 68, nota núm. 197.

(66) JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, ob. cit., p. 580.

(67) VON LISZT, F., *La idea del fin en el Derecho penal*, ob. cit., p. 50 y pp. 92 ss.

(68) SERRANO MAÍLLO, A., *Ensayo sobre el derecho penal como Ciencia. Acerca de su construcción*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 167.

(69) BARATTA, A., *Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*, ob. cit., p. 544.

(70) ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *¿Otra vez la vuelta a von Liszt?*, ob. cit., p. 25; del mismo, *Fundamentos de Derecho Penal: parte general*, ob. cit., p. 78. V. las críticas realizadas por ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte general*, ob. cit.; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte General*, Tirant Lo Blanch, 8.ª ed., rev., y puesta al día, Valencia, 2010, p. 95; PÉREZ MANZANO, M., «Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena», en SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Política Criminal y nuevo derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 78.

(71) FEUERBACH, J. P. A., *Anti-Hobbes*, trad. de M. Cattaneo, Huyesen, 1797, p. 49, citado por FALCÓN Y TELLA, M.ª J. y FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, ob. cit., p. 187.

librarse de ella. La pena y el delito se encuentran condicionados mutuamente: nadie puede querer una cosa sin la otra; nadie puede determinarse para el hecho contrario a la legalidad sin querer a la vez someterse al mal. El fin de la ley y de la amenaza contenida en ésta es, por tanto, el efecto intimidatorio del hecho que está conminado con el mal. Habla de la prevención general caracterizada porque vincula el fundamento y el fin de la pena a la seguridad del Estado.

Parte de la doctrina, entre los que cabe citar a Roxin o García-Pablos (72), es partidaria de estas teorías ya que suponen una garantía del ciudadano frente a los posibles abusos del Estado, basadas en el principio de proporcionalidad entre culpabilidad-pena. Encontrando una postura contraria como la de Jescheck (73), quien mantiene que el principio de libre albedrío resulta científicamente indemostrable, la misión del Estado es recurrir a la pena para mantener la convivencia social.

### 3. PRIVACIÓN Y RESTRICCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD

#### a) Reconocimiento del derecho

El reconocimiento del genérico derecho a la libertad figura en los siguientes textos internacionales de derechos humanos: el artículo 1 de La Declaración Americana de Derechos del Hombre de 1948 establece que: «Todo ser humano tiene derecho a [...] la libertad [...]»; el artículo 3 de La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 afirma que «Todo individuo tiene derecho a la [...] libertad»; el artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 establece que «Toda persona tiene derecho a la libertad [...]»; el párrafo 1º del Preámbulo de La Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud, adoptada por la Conferencia de plenipotenciarios en el seno de las Naciones Unidas el 7 de septiembre de 1956 establece que: «[...] la libertad es un derecho innato de todo ser humano»; el artículo 1 del Protocolo n.º 4 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1963 establece la prohibición de la prisión por deudas: «Nadie

---

(72) ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, t. I, *ob. cit.*, p. 84, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho Penal. Introducción*, *ob. cit.*, p. 132.

(73) JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho penal. Parte General*, *ob. cit.*, pp. 76-77.

puede ser privado de su libertad por la única razón de no poder ejecutar una obligación contractual»; el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 dice que «Todo individuo tiene derecho a la libertad [...]»; el artículo 2 de La Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales, aprobada en virtud de la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de mayo de 1989, mantiene que «Todo individuo tiene derecho [...] a la libertad [...]», entre otros, y en cuanto al ámbito nacional no sólo es el mencionado artículo 17 de la CE, sino el artículo 17 de la LOGP: «la libertad [...] será acordada por la autoridad competente; también serán puestos en libertad cuando pasadas las 72 horas desde su ingreso no se hubiera recibido mandamiento u orden de prisión», así como los artículos 22 y ss. del RP.

En resumen, atendiendo al artículo 5.1 del Convenio Europeo, el derecho a la libertad y a la seguridad exigen que este derecho sea concebido como un todo, es decir, una protección contra todo atentado arbitrario (74). Atendiendo al artículo 17 de la CE (75) el derecho a la libertad va necesariamente unido a la seguridad, entendiendo la libertad frente a la seguridad personal, y afirmando, pues, que nadie puede ser detenido ni preso sino con arreglo a la ley, es decir, en la garantía contra las privaciones arbitrarias de libertad por obra del poder público (76). Como no estamos ante un derecho absoluto e ilimitado no hay total libertad, de otro lado, tanto la libertad como la seguridad pueden generar tensiones.

La época anterior a la cárcel se caracteriza porque no se consideraba a la libertad como un valor, ni que la privación de la misma fuese un mal. Antes de la época capitalista la cárcel no existía tal como la concebimos hoy día como ejecución de las penas, es con el nuevo sistema de producción cuando la libertad adquirió un valor económico (77). Se crea, por tanto, un sistema represivo como defensa social (78), «una represión que se legitima como una acción dirigida a

(74) STEDH de 18 de diciembre de 1986, citado por SANGUINÉ, O., *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 372.

(75) La STC 2/1981, de 30 de enero, manifiesta que, el artículo 17.1, se refiere a la genérica libertad individual.

(76) BANACLOCHE PALAO, J., *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el Derecho español*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 54.

(77) *Ibidem*, pp. 36-37, desarrolla cuándo se reconoce el trabajo como asalariado, y como medio en el tiempo, se concibe una pena que privase al culpable de un *quantum* de libertad, es decir, de un *quantum* de trabajo asalariado, siendo desde este momento la cárcel la sanción penal más difundida, la pena por excelencia en la sociedad productora de mercancías.

(78) La defensa social tiene una ideología cuya función es justificar y racionalizar el sistema de control social en general y el represivo en particular, PAVARINI, M.,

neutralizar a quien es socialmente peligroso [...] como privado de racionalidad» (79).

## b) Cuestiones doctrinales

### b.1) UNA APROXIMACIÓN A LA LIBERTAD COMO VALOR SUPERIOR DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Tras el artículo 1 de la CE se esconden numerosas teorías sobre si se trata de un precepto con connotaciones iusnaturalistas o no, incluso, insinuando su naturaleza intangible (80). En este sentido, creo que es acertada la posición de Peces-Barba al decir que el artículo 1 de la CE suprime al idealismo iusnaturalista y vincula el derecho al poder del Estado (81). Estamos ante un Estado de Derecho, tratando de dar soluciones a lo que ya se planteaba en el *Contrato social* de Rousseau, es decir, encontrar una fórmula que, a la vez, defienda y proteja a la persona y a los bienes de la misma, estableciéndose la unión entre Estado de Derecho y derechos fundamentales, organizándose con la finalidad de hacer del hombre un ser libre, y amparándose bajo los derechos fundamentales, que constituyen la articulación jurídica de la libertad y la igualdad. Es la libertad, junto con la igualdad, una de las dos referencias cruciales del constitucionalismo (82), aparecen ambas como valores superiores del ordenamiento jurídico (83), siendo criterio inspirador para el orden político y la paz social, así como derecho fundamental individual y civil.

Teniendo en cuenta los significados que poseen los valores superiores, y de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, ni el derecho a la libertad ni la seguridad deben ser confundidos con el principio

---

*Control y dominación*. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico, Siglo XXI, Argentina, 2002, pp. 49-50.

(79) *Ibidem*, pp. 50-51, manifiesta que el positivismo criminológico era capaz de negar toda racionalidad a la acción criminal interpretando ésta como patológicamente necesitada.

(80) En este sentido, DE ESTEBAN, J. y LÓPEZ GUERRA, L., *El régimen constitucional español*, vol. I, Labor, Barcelona, 1984, pp. 346 ss.; VARELA, S., «La Constitución española en el marco del derecho constitucional comparado», *Lecturas sobre la Constitución española*, vol. I, UNED, Madrid, 1978, pp. 13 ss.; PRIETO SANCHÍS, L., *Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1982.

(81) PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «La nueva Constitución española desde la Filosofía del Derecho», *Documentación administrativa*, núm. 180, 1978, pp. 23 ss.

(82) BALAGUER CALLEJÓN, F., (coord.), *Derecho Constitucional*, vol. 2, Tecnos, 1.ª ed., reimp., Madrid, 1999, p. 115.

(83) Así lo indica la STC 147/2000, de 29 de mayo.

general de libertad como valor superior, ya que éste supone hacer todo lo que la ley no prohíbe (84). No obstante, no hay ningún derecho que sea ilimitado y absoluto. En consecuencia, el Tribunal Constitucional estima que hay que entenderla como principio de autodeterminación vital de la persona (85). Como se encarga de poner de manifiesto Liborio Hierro al proponer la libertad, la igualdad y la seguridad como «candidatos a una nómina completa de derechos humanos», y entender que los derechos humanos se fundamentan en estos tres valores, en el sentido de que son mecanismos jurídicos que sirven a su realización y matizando que los tres valores incluyen al resto de los derechos (86).

Para la mayor parte de la doctrina, entre ellos Peces-Barba, la libertad es la bóveda de la fundamentación de los derechos, llegándose a la conclusión de que la libertad es una condición imprescindible para la acción, que permite alcanzar a cada individuo los objetivos y fines morales que persiga y que son la expresión de la dignidad humana, de su consideración como fin en sí, como algo valioso (87). Se mantiene, por Peces-Barba, que la libertad, como fundamento de los derechos humanos, es consecuencia de la existencia de mecanismos de organización en la vida social que permiten al hombre buscar y, en su caso, alcanzar la autonomía, independencia o libertad moral, conseguir la comunicación que desee a través del lenguaje, y reflexionar sin trabas en la construcción de conceptos generales (88).

Ya señaló Bueno Arús (89), en su momento, que la pena de prisión (o privación de libertad) es el resultado histórico de una serie de ideas y creencias: el instinto de venganza contra el ofensor, el sentido expiatorio del castigo, el sentido ético cristiano que fundamenta el castigo

---

(84) STC 341/1993, de 18 de noviembre.

(85) STC 132/1989, de 18 de julio.

(86) Compartiendo esta misma idea con GARCÍA MANRIQUE, R., «Entorno a la libertad, igualdad y la seguridad como derechos humanos básicos, (acotaciones a Liborio Hierro)», disponible en [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com), pp. 377 ss., y en Doxa, núm. 23 2000, pp. 377-392; FERNÁNDEZ GARCÍA, E., *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1984 (1987 imp.), p. 120; ORZA LINARES, R. M., *Fundamentos de la democracia constitucional: los valores superiores del ordenamiento jurídico*, Comares, Granada, 2003, pp. 25 ss.

(87) PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, ob. cit., p. 215. Este autor manifiesta que la libertad no se puede entender sin la igualdad, y tampoco la igualdad sin la libertad, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 149.

(88) PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, ob. cit., p. 216.

(89) BUENO ARÚS, F., «Aspectos positivos y negativos de la legislación penitenciaria española», *Cuadernos de Política criminal*, núm. 7, 1979, pp. 3-4.

en la libertad del hombre, el humanismo de la Ilustración que se opone a las penas crueles, la concepción burguesa de la sociedad en la que la pena de prisión representa la disponibilidad de una mano de obra barata, el correccionalismo krausista que concibe la pena como un procedimiento pedagógico de integrar en la sociedad a quienes se hallen desviados de la misma, el método de dominación de la clase dominante siendo la pena de prisión un procedimiento más. Considerando que el tema de las prisiones ha cobrado un interés general por una serie de razones, como son la mayor sensibilización del país hacia el problema de los derechos humanos, el movimiento de lucha de los reclusos por la defensa de sus derechos ante la sensación de discriminación, la politización del tema por parte de sectores más radicalizados como son ETA o GRAPO, la conciencia general de desvalorización de las prisiones y de su pretendida eficacia positiva entre los filósofos y juristas europeos, y la creciente sensación de inseguridad que domina a la sociedad debido al incremento de la delincuencia.

El sistema penitenciario español se caracterizaba por ser un sistema progresivo, cuyos fundadores fueron Maconochie, Crofton y Montesinos. Este sistema tenía como base la duración de la pena privativa de libertad, dividiéndose en períodos con beneficios, así la reeducación se lleva a cabo en prisiones cerradas o de máxima seguridad con una disciplina severa; la readaptación social que se cumple en prisiones intermedias en la que se permitía las comunicaciones y una cierta movilidad dentro del Centro penitenciario; y la prelibertad, que se realiza en prisiones abiertas caracterizada porque el preso podía salir al exterior a trabajar y por la libertad condicional (90).

Es la STEDH, de 28 de junio de 1984 (*Caso Campbell y Fell*), la que asienta la doctrina recogida con anterioridad admitiendo la existencia de un régimen disciplinario especial en materia carcelaria, y ello por consideraciones de seguridad, del interés del orden, de la necesidad de pronta represión de la mala conducta de los detenidos, y por la responsabilidad que las autoridades deben tener sobre la disciplina dentro de sus establecimientos. Dicha sentencia trata de establecer el límite entre lo penal y lo disciplinario dando importancia a la naturaleza de la sanción (91). La cárcel que tenemos en la actualidad se entiende como una «cárcel democrática», como toda la sociedad, ya que la cárcel también ha de adaptarse al Estado social y democrático de Derecho (92), en suma, se entiende que el delito es un hecho

---

(90) *Ibidem*, p. 12.

(91) STC 2/1987, de 21 de enero, Fj. 4.

(92) Consecuencia de ello aparecen los ficheros especiales (FIES), las cárceles de máxima seguridad o las macro-cárceles. Es entonces cuando se construye el «ciu-

del hombre, un aspecto de la conducta humana, tal vez el más grave desde el punto de vista social (93).

Se puede entender la cárcel como una institución a la que el sistema penal le ha encomendado la función de recuperar a las personas condenadas a fin de evitar la comisión de nuevos hechos delictivos, aunque socialmente tiene funciones como el castigo, la venganza, la prevención general, la reeducación y la reinserción social. Es la cárcel la que debe facilitar los medios necesarios para que los penados se integren en la sociedad y que la misma sea real y efectiva. Este objetivo, que además es reconocido constitucionalmente, es «incumplido» por la Administración penitenciaria. Quizás, en primer lugar, porque la cárcel es un instrumento coercitivo que depende directamente de la Administración Pública estatal y, en segundo lugar, porque la actividad de las Instituciones penitenciarias vienen reguladas por el Derecho, lo que supone que toda su actividad y estructura tenga una orientación jurídica, generándose una confusión entre la legalidad y la realidad carcelaria. A la luz de lo examinado, cabe afirmar que la prisión opera en la sociedad bajo el principio de necesidad, aunque no es la única medida posible; en un sentido crítico, cabe sostener que, mientras que tiene como objetivo y fin la reinserción, se da lugar a la *desocialización y desvinculación del mundo real*. En definitiva, la función principal del Estado social y democrático de Derecho no es que las cárceles desaparezcan, pero sí que se mejore la calidad de vida en las mismas. No hay que olvidar que durante el periodo en el cual está el sujeto preso, la sociedad en sí ha cambiado, ha evolucionado, por lo que los códigos sociales que utilizaba han generado una estigmatización aún mayor. De manera que al preso se le adapta para que viva nuevamente en la sociedad, además de que tiene que ser adaptado para vivir en prisión bajo otras normas de corrección de conductas donde se persigue la inadaptación en el propio Centro Penitenciario.

---

dadano de segunda categoría», llegando a ser la legislación penal «una cultura de emergencia», frente a la misma se crea la «cultura de resistencia», es decir, luchas y reivindicaciones por la reforma de las normas penitenciarias en cuanto a reconocimiento de derechos fundamentales, RIVERA BEIRAS, I., «Sociología de la cárcel», en BERGALLI, R., *Control social punitivo. Sistema penal e instancias de aplicación (policía, jurisdicción y cárcel)*, con la colaboración de RECASÉNS I BRUNET, A., DOMÍNGUEZ FIGUEIRIDO, J. L. y RIVERA BEIRAS, I., Bosch, Barcelona, 1996, p. 110, también se encuentra en *Derecho y sociedad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 609-636; del mismo, *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos: la cárcel, los movimientos sociales y una cultura de la resistencia*, Bosch, Barcelona, 1993.

(93) NEUMAN, E., *Aspectos penológicos*, *ob. cit.*, p. 18.

En resumen, se trata de convertir al recluso en alguien que no sea problemático para la prisión.

Como acertadamente afirma García Pelayo, los dos valores fundamentales del Estado de Derecho, que condicionan el «cómo» y el «quién» del ejercicio del poder, son la libertad y la igualdad (94), a estos dos habría que añadir, la seguridad y la solidaridad. La libertad debe ser entendida como forma de convivencia social diversificada en principios de organización y de interpretación o producción normativa y en derechos fundamentales (95), esta es la libertad social, política y jurídica de la que habla Peces-Barba para alcanzar la moralidad, pero sólo en ese sentido se puede hablar de «derechos morales». Dicha libertad parte de la moral para el pleno desarrollo de la dignidad (96).

En un sentido que aquí no interesa, nos encontramos con la distinción que Peces-Barba hace distinguiendo entre libertad social, política y jurídica para diferenciarla de la libertad psicológica y libertad moral (97), siendo todas imprescindibles para entender el fundamento de los derechos. Afirma que la libertad es el referente central para fundamentar los derechos, así como la igualdad, la seguridad y la solidaridad, tienen que identificarse y definirse en relación con la libertad (98). Todas las libertades están unidas para el pleno desarrollo de

---

(94) GARCÍA PELAYO, M., *Derecho Constitucional comparado*, Manuales de la Revista de Occidente, 8.ª ed., Madrid, 1967, p. 142.

(95) PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos fundamentales*, ob. cit., p. 217.

(96) *Ibidem*, p. 218.

(97) Manifiesta que la libertad, sin su dimensión moral, carecería de legitimidad, sin su dimensión política no podría imponerse y arraigar en la vida social, y sin su dimensión jurídica carecería de validez y de eficacia para organizar la convivencia. Los derechos fundamentales son el producto de la libertad. *Ibidem*, p. 220.

(98) PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Lecciones de Derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 137; del mismo, *Curso de derechos Fundamentales*, ob. cit., p. 217. Indica que esa libertad, como forma de convivencia social, se diversifica en principios de organización y en derechos fundamentales; del mismo, *Los valores superiores, Temas clave de Constitución española*, cit., pp. 128 ss., asevera que «la libertad social, es decir, la libertad del hombre en sociedad, se sitúa en el pensamiento moderno entre los dos conceptos de libertad que la encuadran: libertad psicológica y libertad moral. La primera es un mero dato previo de la persona. La segunda explica la meta de la vida humana, la realización de las virtualidades de la condición humana, como libertad de desarrollo de la vida humana». Afirma que el valor libertad una de sus dimensiones es la organizativa y la otra es en función del estatus de la persona en la organización social, así habla de «libertad-autonomía» llevada a la práctica en función de la libertad de los demás, «libertad-participación» es la libertad subjetiva en función de la organización del Estado y, «libertad-prestación» en la que se vinculan los valores libertad-igualdad; lo resume todo manifestando que «estamos ante unos valores éticos, convertidos en valores políticos que el Estado democrático convierte en valores jurídicos, y desarrolla así como derechos fundamentales».

la dignidad. Peces-Barba señala que el derecho a la libertad se trata de un ámbito de autonomía donde la persona se puede desarrollar sin interferencias del Estado y, en general, de los poderes públicos, de los grupos de presión o de los demás individuos y, por otra parte, un ámbito de participación en la vida política y social que supere el dualismo representante-representado y fortalezca la acción directa de los ciudadanos en los organismos públicos y sociales (99). Así pues, son muy ilustrativas las palabras de Peces-Barba (100) al sustentar que, si decimos que el hombre necesita de los derechos, expresión y desarrollo de la libertad que aquí estamos identificando y que es su raíz y fundamento, no podemos hacer excepción con ningún ser humano y lógicamente tenemos que defender su generalidad y su universalidad, es decir, la igualdad de destinatarios de la libertad y de los derechos humanos.

Considera que la libertad, y tanto la igualdad como la seguridad y la solidaridad, tienen que identificarse y definirse en relación con ella, señalando que esa libertad, como forma de convivencias sociales, se diversifica en principios de organización y de interpretación o producción normativa y en derechos fundamentales (101). Es un derecho universal por lo que son titulares todos los hombres (102). Se trata de un valor supremo, cualidad o propiedad de la persona, bien y fin a perseguir (103). Como se afirma, «estamos ante la clave de bóveda de la fundamentación de los derechos, indicando que la libertad como fundamento de los derechos fundamentales es consecuencia de la existencia de mecanismos de organización en la vida social, la libertad es el referente central para fundamentar los derechos y, tanto la igualdad, como la seguridad y la solidaridad, tienen que identificarse y definirse en relación con ella» (104).

(99) PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «Reflexiones sobre la Constitución española desde la Filosofía del Derecho», *RFDUC*, núm. 61, 1980, p. 125.

(100) *Ibidem*, pp. 218-219. SARTORI, G., *Teoría de la democracia*, trad. de S. Sánchez González, Alianza Editorial, Madrid, 1987, pp. 204 ss., hace una distinción entre libertad política y jurídica, libertad moral y de opción.

(101) PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos Fundamentales*, *ob. cit.*, p. 217.

(102) PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Los valores superiores*, *ob. cit.*, pp. 128 ss.; CONSTANT, B., *Escritos políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 260 ss., indica que la libertad es el derecho de cada uno.

(103) BOBBIO, N., *Igualdad y libertad*, Paidós, 1.ª ed., Barcelona, 1993, pp. 36 ss., trata la igualdad y la libertad como valores morales, políticos y jurídicos, valores de la vida social bajo el criterio de derechos fundamentales como límite del poder político y situando esos valores como criterios de legitimidad.

(104) PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Lecciones de Derechos Fundamentales*, *ob. cit.*, pp. 135-137. De otro lado, hay autores que han distinguido entre libertad de

## b.2) La libertad en las Instituciones Penitenciarias

Tomando como referencia, como hemos venido haciendo, el artículo 25.2 de la CE se sustenta que la pena privativa de libertad estará orientada a la reeducación y reinserción social. Pese a ello, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional señala que dicho precepto no contiene un derecho fundamental, sino un mandato del constituyente al legislador de orientar la política penal y penitenciaria (105). Son los artículos 22 al 25 del RP los que regulan la libertad tanto del detenido como del preso, siendo de interés en lo referente a la libertad de los presos, otorgándose la misma por medio de la aprobación de la libertad definitiva por el Tribunal sentenciador o del expediente de libertad condicional por el Juez de Vigilancia, o la libertad por aplicación de medidas de gracia, los penados extranjeros sometidos a medida de expulsión posterior al cumplimiento de la condena y, por último, la sustitución de penas impuestas a extranjeros por medidas de expulsión (106).

Desde este punto de vista, Mapelli (107) mantiene que «la privación de libertad sólo adquiere sentido como pena moderna cuando precisamente deja de ser una aflicción y se convierte en una privación –privación de un derecho de libertad personal [...]–», mas la realidad demuestra que la cárcel no es tan humanitaria (108).

Tomamos como base y principio, por tanto, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977 y las RPE de 1973, reformadas en 1987, ambas con la finalidad de respetar los derechos humanos de los reclusos y reforzar el cumplimiento del principio de legalidad en la ejecu-

---

hecho y libertad normativa, la primera se caracteriza negativamente como la cualidad del que no está sometido a sujeción física, subjetiva o mora; la segunda supone tener el derecho o el poder de realizar tal o cual acto, siendo la palabra «libre» sinónima de «lícito» o «permitido»; ROBERT, J., *Libertés publiques*, Montchrestien, París, 1977, pp. 15-16.

(105) AATC 15/1984, de 11 de enero; 486/1985, de 10 de julio; SSTC 2/1987, de 21 de enero; 19/1988, de 16 de febrero; 1112/1988, de 10 de octubre, entre otras.

(106) Sobre la libertad de los extranjeros, GOIG MARTÍNEZ, J.M., *Derechos y libertades de los inmigrantes en España. Una visión constitucional, jurisprudencial y legislativa*, Universitas Internacional, Madrid, 2004, pp. 105-106.

(107) MAPELLI CAFFARENA, B., «Cárcel y Derechos Humanos», *Revista 7*, disponible en [www.cienciaspenales.org](http://www.cienciaspenales.org), Barcelona, 21 de febrero de 1991.

(108) En este sentido, BANACLOCHE PALAO, J., *La libertad personal y sus limitaciones*, McGraw Hill, Madrid, 1996.

ción penitenciaria. Es decir, considerar al preso como sujeto perteneciente a la sociedad y no como sujeto excluido, titular de derechos reconocidos constitucionalmente y de derechos que nacen de la relación penitenciaria, como es el caso del tratamiento penitenciario. Los derechos de los presos vienen reconocidos en las principales Declaraciones internacionales de Derechos Humanos mediante un reconocimiento implícito de una serie de derechos, los cuales son también aplicables a las personas que están en situación de prisión, que son los que venimos analizando; el reconocimiento explícito de derechos adquiridos por la condición de preso diferenciándose de los derechos fundamentales, todo ello bajo el reconocimiento del genérico derecho a la igualdad.

A la pregunta que todos se hacen en cuanto a por qué los individuos tienen derechos y cuáles derechos tienen, es Kant el que da la respuesta diciendo que «la libertad en la medida en que puede existir conjuntamente con la libertad de cualquier otro de acuerdo con la ley universal es el derecho único, originario, que pertenece a toda persona en virtud de su humanidad» (109).

Esta situación en la que se encuentra la persona y respecto a la que no puede *escapar* está íntimamente relacionada o repercute directamente en calidad de vida humana y tienen una característica fundamental que hace que podamos hablar de necesidad: el perjuicio o grave detrimento va a mantenerse exactamente en las mismas condiciones, salvo, que esa situación se vea satisfecha, cumplida o realizada y no hay ninguna posibilidad alternativa de salir de ella (110).

#### 4. LA SANCIÓN PENAL PRIVATIVA DE LIBERTAD

##### a) **Antecedentes generales de la pena privativa de libertad: la prisión**

Desde la antigüedad, se ha debatido sobre la libertad ya que se ha considerado que el hombre tiene capacidad de elegir, así Platón en *La República* habla de la libertad (111) y Aristóteles (112) tampoco se

(109) Es decir, es propiedad de la persona como ser racional. KANT, *La metafísica de las costumbres*, *ob. cit.*, p. 237.

(110) AÑÓN ROIG, M. J., *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 252.

(111) PLATÓN, *La República*, *ob. cit.*, Libro VIII, «El exceso de libertad engendra la tiranía».

(112) ARISTÓTELES, *La gran moral*, Libro I, Cap. XI, «Teoría de la libertad en el hombre», Patricio de Azcarate, t. II, Madrid, 1874, pp. 26-27.

olvida de ella. Más adelante, Tomás de Aquino la trató como valor primordial (113), Descartes sostuvo la evidencia de la libertad (114), Locke (115) y Rousseau (116) también la analizaron. Kant se mostró partidario de la libertad como el poder empezar por sí mismo una serie de modificaciones; en su obra *Crítica de la razón práctica* considera que la libertad es la clave de bóveda del entero edificio de un sistema de la razón pura, defiende que la libertad es el único derecho innato, originario, que corresponde a todo hombre en virtud de su humanidad (117), en sus palabras «no hay más que un derecho innato. Libertad, siempre que se concilie con la libertad de los demás según una ley general», manifestando que es el único derecho originario, que corresponde a todo hombre por virtud de su propia humanidad (118).

En los distintos sistemas penales, han existido tipos de penas privativas de libertad, si en España era la reclusión mayor y la reclusión menor, en otros países como Francia, Alemania, Inglaterra era la pena de reclusión perpetua, o en Italia, la pena *ergastolo* (119). La privación de libertad en ningún momento puede comprometer el derecho a la vida, la integridad física y moral, y desde otra perspectiva, y como consecuencia de los anteriores, la posibilidad de ser sometido a tratos

---

(113) TOMÁS DE AQUINO, *Suma Theológica*, Parte I, cuestión 83 sobre el libre albedrío.

(114) DESCARTES, R., *Cuarta Meditación Metafísica*, trad. Vidal Peña, Alfaguara, Madrid, 1977, pp. 463 ss., parte de la hipótesis de que él mismo es libre.

(115) LOCKE, *Second Treatise of Government*, *ob. cit.*, Cap. II, «Sobre el estado de naturaleza», indica que se trata de un estado de perfecta libertad para que cada uno ordene sus acciones.

(116) ROUSSEAU, J. J., *Du contrat social, El Contrato Social*, trad. E. Azcoaga, Edaf, 1.ª ed., en esta colección, Madrid, 2012, Libro I, Cap. I.

(117) KANT, I., Kritik der reinen vernunft, *Crítica de la razón pura*, trad. de P. Ribas, Taurus, 1.ª ed., en esta colección, Madrid, 2005, pp. 12 ss.

(118) KANT, I., Erläuterung der Theorie der winde, *Introducción a la Teoría del Derecho*, trad. de F. González Vicen, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 98.

(119) DE LEÓN VILLALVA, F. J., «La pena privativa de libertad en el Derecho comparado», *Derecho y prisiones hoy*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2003, pp. 15 ss., (también publicado en la *Revista General de Derecho Penal*, núm. 1, Iustel, 2004, p. 4). La pena *ergastolo* nace como pena de prisión perpetua en sustitución de la pena de muerte, y se incluye en los diferentes Códigos penales italianos desde el siglo XVIII, siendo criticada ya en aquella época por autores como Beccaria, que la consideró incluso más aflictiva que la pena de muerte. Aún hoy su aplicación implica, como consecuencia automática (art. 32 CP italiano), la inhabilitación legal en cuanto supone la pérdida del condenado de la capacidad de disponer de sus bienes y de la patria potestad. *Vid.*, mi artículo LÓPEZ MELERO, M., «Evolución de los sistemas penitenciarios y de la ejecución penal», *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares*, vol. V, 2012, pp. 401-448.

inhumanos y degradantes. Exige de la Administración penitenciaria algo más que una actitud de no injerencia (120).

Es en el siglo xvi cuando aparecen las penas privativas de libertad, prácticamente tal y como las entendemos hoy día (121). Por su parte, A. Schopenhaver (122) sostuvo que el concepto de libertad es negativo. Representa para nosotros la falta de todo impedimento y de todo obstáculo, y como todo obstáculo es una manifestación de fuerza, debe responder a una noción positiva. Habla de tres géneros de libertad: libertad física, que supone la ausencia de obstáculos materiales de cualquier naturaleza; la libertad intelectual, lo que Aristóteles entiende por lo voluntario y lo no voluntario y, la libertad moral, que constituye el libre albedrío.

En sentido más amplio y crítico, se encuentra Beccaria quien afirmaría que, «para cualquier criminal pasar la vida en la cárcel con privación de libertad era peor que una condena a muerte, mientras que la ejecución no sirve como disuasorio para el criminal, dado que las personas tienden a olvidar y borrar completamente los recuerdos de un acto traumático y lleno de sangre [...], así como también trata el tema de la situación en la que el hombre ha consentido perder su libertad» (123). Como se encarga de poner de manifiesto, Mapelli dictamina que se puede hablar de la pena de prisión desde el siglo xviii, ya que desde ese momento concurren en ella tres de sus características definitorias: se concibe en sí misma como una pena, su imposición corresponde a los Tribunales públicos sometidos al principio de legalidad y, por último, preocupa el modelo ejecutivo bien para humanizarlo, bien para alcanzar a través de él otros fines (124). Para T. Sumalla, la prisión destaca como la columna vertebral del nuevo régimen punitivo (125).

---

(120) MAPELLI CAFFARENA, B., «Contenido y límites de la privación de libertad», *Poder Judicial*, núm. 52, 1998, p. 217.

(121) GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de Ciencia Penitenciaria*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Edersa, Editoriales de Derecho Reunidas, 1983, detalla la evolución histórica y legislativa de las penas privativas de libertad.

(122) SCHOPENHAUER, A., *La nave de los locos*, Premiá, México, 1981, p. 7.

(123) BECCARIA, C., *Tratado de los delitos y de las penas*, *ob. cit.*, p. 209.

(124) MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, *ob. cit.*, p. 75. Para este autor la pena privativa de libertad es la pérdida temporal de libertad de un penado, (p. 67).

(125) TAMARIT SUMALLA, J. M., *Curso de Derecho Penitenciario. Adaptado al Nuevo Reglamento Penitenciario de 1996*, *ob. cit.*, p. 28.

**b) La libertad individual entendida como libertad mínima**

Me remito a la definición dada por el Diccionario de la Real Academia Española que dictamina que *libertad* es la facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera u otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos, así como también la define como el estado del que no está preso (126).

Pese a que, si observamos nuestra Norma Suprema, podemos encontrar numerosos artículos referentes a la libertad, no sólo en su excepción a la privación de la misma, sino en cuanto al reconocimiento de ciertas libertades públicas, esto es, libertad de expresión, de pensamiento, de cultos, de asociación, de reunión, etc., me centraré exclusivamente en este apartado al derecho a la libertad en cuanto a derecho de los privados de libertad. Es por lo que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en su Sentencia 120/1990, de 27 de junio, declara que el derecho a la libertad personal no protege la libertad general de actuación o una libertad general de autodeterminación individual, sino al individuo frente a la detención, condena o internamiento arbitrarios. Atendiendo al artículo 1.1 de la CE, no solo se trata de un valor superior del ordenamiento jurídico, sino además, de un derecho fundamental basándonos en el artículo 17 de la CE, siendo presupuesto de otras libertades y otros derechos fundamentales. Se trata de un derecho que le corresponde tanto a los españoles como a los extranjeros por igual (127).

Se analiza, pues, el derecho a la libertad, atendiendo a la metodología de Freixes Sanjuán al establecer como derecho base el derecho a la libertad personal, y el derecho-garantía. Esto es, que por expresa disposición constitucional acompañan necesariamente a la libertad personal garantizando su ejercicio confeccionado como un derecho autónomo, pero sin cuestionar el resto de derechos-garantías que regula el artículo 17 de la CE. Estos son: el derecho a ser informado de los motivos de la detención, derecho a no declarar, derecho a la asistencia letrada en las diligencias policiales y judiciales, y el control judicial de la detención a través del procedimiento de *habeas corpus*, evidentemente, desde el ámbito penitenciario. Por otro lado, el artículo 17 de la CE, también regula la detención preventiva y medidas restrictivas que en relación con la detención puedan tomarse, como la incomunicación o la ampliación del plazo de duración, los cuales deberán partir desde una perspectiva constitucional del derecho fundamental a la libertad que la detención preventiva viene a negar, y del

---

(126) Esta acepción es la tomada por la STC 15/1986, de 31 de enero.

(127) Así lo determina la STC 115/1987, de 7 de julio.

derecho fundamental a la seguridad, esto es, como un supuesto excepcional al derecho fundamental a la libertad garantizado constitucionalmente pero el citado precepto no contiene una definición de lo que se debe de entender por libertad y seguridad (128).

En la actualidad, la generalización y el proceso de internacionalización experimentado por los derechos civiles y políticos han permitido el establecimiento de un cierto consenso normativo acerca de las dimensiones de la libertad, que han quedado fijadas en diversos textos internacionales y constitucionales en forma de principios generales y, sobre todo, de derechos fundamentales de carácter subjetivo, lo cual puede servir en último término como referente más o menos consensuado acerca de los tipos o las dimensiones de la libertad (129). Por lo tanto, a nadie se le escapa que los derechos fundamentales cuentan con limitaciones.

La primera proyección de que una persona se encuentre en un Centro penitenciario recae, en este sentido, como indica Aba Catoira, sobre uno de los derechos más esenciales de las personas, como es la libertad individual, entendida como *libertad mínima* e indispensable que permite la autodeterminación y realización personal dentro de la sociedad (130). No obstante, la privación de libertad no es considerada como un supuesto de tortura o pena inhumana o degradante según la STC 64/1983, de 21 de julio, doctrina que comparto. Lo que viene a afirmar que, como consecuencia, la privación de libertad lleva unida la privación de otros derechos y libertades pero, no se trata de una privación absoluta, sino de una limitación en orden a la necesidad constitucional de armonizar los derechos de libertad y seguridad.

---

(128) FREIXES SANJUÁN, T. y REMOTTI, J. C., *El Derecho a la Libertad personal. Análisis de Constitución, legislación, Tratados internacionales y jurisprudencia (Tribunal europeo y Tribunal Constitucional)*, PPU, 1.ª ed., Barcelona, 1993, p. 10. STC 7/2004, de 9 de febrero; SSTS de 3 de diciembre de 1990; de 15 de enero de 1991; de 2 de julio de 1993; de 26 de abril de 1994, en las que se observa algunos pronunciamientos jurisprudenciales significativos. VEGA ALONSO, J., *Consideraciones en torno a la ejecución de las penas de libertad*, Avda. El Ferrol, 18, 28029, Madrid, 2001, pp. 41 ss.; MUÑAGORRI, I., «Privación de libertad y derechos fundamentales», *Privación de Libertad y Derechos Humanos. La tortura y otras formas de violencia institucional*, Icaria, Barcelona, 2008, p. 99.

(129) SANTAMARÍA IBEAS, J. J., *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Libertad, justicia, igualdad y pluralismo político*, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 211-212. Es interesante el trabajo de RUIZ MIGUEL, A., «Sobre los conceptos de la libertad», *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 2, Madrid, 1983, pp. 513-550, en el que hace distinción entre libertad positiva y negativa, libertad formal y real, libertad material y moral, libertad jurídica, social, práctica.

(130) ABA CATOIRA, A., *La limitación de los derechos fundamentales por razón de sujeto. Temas clave de la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 239-240.

Encontrándose vulnerado el artículo 19 de la CE en cuanto establece «Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional». Por tanto, lo preceptuado en el artículo 17 de la CE aparece estrechamente ligado al principio de legalidad penal que se expresa en el artículo 25 y que, en el caso de penas privativas de libertad, precisará de ley orgánica (art. 81 de la CE). En este sentido, se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (131).

Reiterando lo anteriormente manifestado, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece que la prisión es un mal necesario, y siguiendo a Gudín Rodríguez-Magariños, el hecho de que sea un mal nos obliga a adoptar una postura dinámica y reformista renuente a resignarse con el *statu quo* existente (132). En el mismo sentido ya se manifestaba Bentham (133) al afirmar que «es un mal, siendo preciso que exista el mal para que se aplique el remedio: el remedio consiste en la aplicación de la pena, y cada pena que se impone es una prueba más de su poca eficacia», lo cual produce siempre cierto grado de alarma y de peligro; afirmaría que «la pena misma es un mal, aunque necesaria para prevenir un mal mayor: el procedimiento criminal en todo el curso de su operación [...]».

Por otro lado, el artículo 9.2 de la CE, denominado por Lucas Verdú «cláusula de transformación social», nos obliga a un perpetuo proceso en el que hay que luchar para conseguir la inalcanzable plenitud de los derechos fundamentales en todos los órdenes de la vida» (134).

La libertad está reconocida a toda persona, sin distinción de si han de ser nacional o extranjero. Y, siguiendo a Peces-Barba (135) si deci-

---

(131) SSTC 160/1986, de 16 de diciembre o 118/1992, de 16 de septiembre, entre otras.

(132) GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones? Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado*, Slovento, 1.ª ed., Madrid, 2005, p. 9, siendo esta postura más clara atendiendo al artículo 10.1 de la CE cuando indica que hay que respetar la dignidad del individuo, en palabras de Gudín, nos exige involucrarnos en un proceso continuo de humanización del mundo penitenciario.

(133) NÚÑEZ, T., *Ciencia social según los principios de Bentham*, Imp. Real, nadrudm 1835, p. 219.

(134) GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Sistema penitenciario y revolución telemática*, *ob. cit.*, p. 10, partiendo de nuestra constitución la cárcel es enfocada desde un punto de vista positivo por cuanto implanta la reinserción como único valor, recogido como fin de la pena, si la libertad se constituye (con el derecho a la vida) como la clave de la bóveda sobre la que se estructura nuestro orden social, parece necesario restringir al máximo los supuestos de limitación de la misma (p. 21).

(135) PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Lecciones de Derechos Fundamentales*, *ob. cit.*, p. 138.

dimos que el ser humano necesita de los derechos, expresión y desarrollo de la libertad, no podemos hacer excepción con ningún individuo, lo que supone que tenemos que defender su generalidad y su universalidad, es decir, la igualdad de destinatarios de la libertad y de los derechos fundamentales.

A la luz de lo examinado hasta ahora, el ingreso de un individuo en una Institución penitenciaria se traduce en la deposición forzada de su propia determinación; en adelante, serán otras personas las que dispondrán de cada minuto de su vida. Los internos de tal tipo de establecimientos comienzan por sufrir un aislamiento psíquico y social de las personas de su relación; luego pierden la posibilidad de ejercer cualquier rol social. Finalmente, todas las alternativas de satisfacer sus necesidades sociales y materiales, como la movilidad psíquica y social, son reglamentadas y minimizadas (136).

La ejecución de las penas de privación de libertad debe ser de signo liberal, lo no prohibido expresamente por la Ley ha de estar permitido (137). Por tanto, son acertadas las palabras de Bueno Arús al indicar que el sujeto pasivo del ordenamiento punitivo no pierde su condición de miembro de la comunidad cuando la amenaza potencial del legislador se concreta para él en la aplicación efectiva de la pena. No pierde, en consecuencia, la titularidad de los derechos que las Constituciones o Leyes fundamentales reconocen y proclaman, salvo en cuanto sea precisamente el objeto intrínseco de la pena impuesta (138). Como demostró Foucault (139) en el interior de la cárcel interesa fundamentalmente la disciplina del individuo, la sumisión del cuerpo y del alma de los internos. Tal como Bustos Ramírez señala, «el punto de partida mínimo es, justamente, impedir que se convierta en la total negación de la libertad y la dignidad de la persona humana. Y si hay una utilidad individual y social que buscar, ella es garantizar que la pena no destruya al individuo y con ello al tejido social» (140).

---

(136) BERGALLI, R., *La Recaída en el Delito. Modos de reaccionar contra ella*, Sertesa, Barcelona, 1980, p. 276, citado por RIVERA BEIRAS, I., *Cárcel y derechos humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los Derechos Fundamentales de los reclusos*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 27.

(137) BUENO ARÚS, F., *Estudios penales y penitenciarios*, ob. cit., p. 126.

(138) *Ibidem*, p. 126.

(139) FOUCAULT, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, ob. cit., pp. 197 ss.

(140) BUSTOS RAMÍREZ, J., «Introducción», *Poder y Control*, núm. 0, PPU, Barcelona, 1986, p. 23; del mismo, «Pena Privativa de Libertad y Política Criminal: los establecimientos de máxima seguridad», *Privaciones de Libertad y Derechos Humanos*, Hacer, Barcelona, 1987.

### c) **Una breve reflexión sobre la aproximación de los presos a la libertad**

Brevemente, recordar que, según las normas penitenciarias, existen tres tipos de libertad a las que los reclusos pueden acceder y tienen derecho a las mismas: libertad provisional, libertad condicional y libertad definitiva. En lo que se refiere a la *libertad provisional*, se supone la suspensión de la relación penitenciaria para un preventivo contra el que se sustancia por la Administración de Justicia un procedimiento judicial en el que previamente, como medida cautelar de aseguramiento de la resolución judicial futura, se ha decretado la prisión provisional (141). Su condición consiste en que el sujeto en cuestión será obligado a comparecer en los días que le fuesen señalados o cuantas veces fuese llamado ante el Juez o Tribunal que conoce de su causa. La situación de libertad provisional es decretada por resolución judicial del Juez o Tribunal que conoce del procedimiento judicial en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En cuanto a la *libertad condicional* (142), el artículo 90 del CP dispone que se establece la libertad condicional en las penas privativas de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurren las siguientes circunstancias: *a)* que se encuentre en 3.º grado de tratamiento penitenciario; *b)* que se hayan extinguido las 3/4 partes de la condena; *c)* que se haya observado buena conducta y exista respecto de los mismos un pronóstico individualizado y flexible de reinserción social emitido por los expertos que el Juez de Vigilancia Penitenciaria estime convenientes.

El propio Código Penal contempla tres supuestos especiales en los que cabe la concesión de la libertad condicional antes del transcurso de las 3/4 partes de la condena: clasificación en 3.º grado, obtener buena conducta y pronóstico favorable de reinserción social, esto es, concesión de libertad condicional a los sentenciados a penas privativas de libertad que hayan extinguido las 2/3 partes de su condena siempre que merezcan

---

(141) V. el estudio, entre otros, de RODRÍGUEZ RAMOS, L., «El derecho a la libertad: régimen de la prisión provisional», *Poder Judicial*, núm. especial 1, 1986, pp. 63-66; SANGUINÉ, O., *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

(142) V. los estudios de MORENO ARRARÁS, P., *Libertad condicional*, Curso Formación Colegio Abogados Guipúzcoa, 2004; VEGA ALOCÉN, M., «Supuestos excepcionales de la Libertad condicional. Septuagenarios y enfermos incurables. Una solución legal equivocada», *Cuadernos de Derecho Penitenciario*, núm. 6, 1999, pp. 5-37; AGUILERA REIJA, M., «Libertad Condicional anticipada por enfermedad incurable o grave», *Cuadernos de Derecho Penitenciario*, núm. 6, 1999, pp. 38-60; JUANATEY DORADO, C., *Manual de Derecho Penitenciario*, ob. cit., pp. 133-146.

dicho beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales; concesión de libertad condicional a sentenciados que hubiesen cumplido la edad de 70 años o la cumplan durante la extinción de la condena, y reúnan los requisitos establecidos salvo la extinción de 3/4 partes de la condena, o en su caso, las 2/3 partes de la misma. No obstante, el Código Penal también regula no sólo cuando cesa la privación de libertad sino también los casos en los que se puede suspender (143). Los presos, que atendiendo a informe médico sean enfermos muy graves, con padecimientos incurables, y reúnan los requisitos establecidos salvo la extinción de las 2/3 partes de su condena, o en su caso las 2/3 partes de la misma y, por último, la libertad definitiva, supone la extinción de la relación penitenciaria del preso con la Administración al concluir la ejecución de las penas privativas de libertad y medidas de seguridad. El Director del Establecimiento penitenciario formulará al tribunal sentenciador propuesta de libertad definitiva para el día en que el penado deje previsiblemente extinguida su condena, reinsertándose 15 días antes de no existir respuesta del tribunal sentenciador. Lo que significa que, de no existir orden expresa en contrario, se procederá a liberar al recluso en la fecha propuesta.

Finalmente, está la sustitución de la pena privativa de libertad, medida buscada por la mayoría de los presos, y por gran parte de la sociedad, ya que se puede considerar que determinados delitos no son constitutivos de privación de libertad, sino de otras sanciones que no tienen por qué suponer una reinserción en la sociedad, siendo los artículos 88 y 89 del CP los que regulen tal situación, y en los artículos 105 y ss. del mismo texto legal, se regulan medidas no privativas de libertad. Lo que me lleva a afirmar que antes de llevar a una persona a la privación de libertad se ha procedido al estudio de si cabe alguna medida de las mencionadas y si los postulados básicos del Estado de Derecho son o no eficaces en función de la realidad social sobre la que se aplica. Para el caso de los extranjeros, el sustitutivo de la pena sería la expulsión del país (144). Sobre los sustitutivos de la

---

(143) Artículos 80 ss. del CP, así como los estudios de MARÍN DE ESPINOSA CEVALLOS, E., «Las novedades de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad en el Código Penal de 1995», *Actualidad Penal*, núm. 35, 2000, pp. 762 ss.; POZA CISNEROS, M., «Suspensión, sustitución y libertad condicional: estudio teórico-práctico de los artículos 80 a 94 del Código Penal», *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal, Manuales de Formación Continuada*, núm. 4, 1999, pp. 256 ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad en el Código Penal español de 1995», *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, p. 131.

(144) Para saber más, ASÚA BATARRITA, A., «La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del derecho penal a las políti-

pena de prisión ya se pronunciaba Beccaria al sostener que «no por ser más crueles son más eficaces las penas; hay que moderarlas; importa más y es más útil una pena moderada y de segura aplicación que otra cruel, pero incierta. Hay que imponer la pena más suave entre las eficaces; sólo ésa es una pena justa, además de útil. Hay, pues, que combinar la utilidad y la justicia» (145).

Históricamente, T. Moro refiere como precedente de los sustitutivos de la prisión, ya que criticaba la severidad del sistema penal de su época (1478-1535), la dureza y desproporción de los castigos. La filosofía de T. Moro se basaba en la corrección considerando que la pena desproporcionada conllevaba un factor criminógeno (146). Posteriormente, se defendió la idea de que «asistimos a un progresivo empobrecimiento de la eficacia de la sanción como momento de restauración del orden violado y a una correspondiente recuperación de la finalidad de prevención y de intimidación» (147). Sobre este tema, Garrido Guzmán (148) sostiene que habría que sustituir las penas privativas de libertad por medidas más acordes, sobre todo para la pequeña y mediana criminalidad.

En sentido más crítico, Bacigalupo (149) asevera que el sistema de la pena privativa de libertad en nuestra legislación imperial es la gran

---

cas de control de la inmigración», en COPELLO, L., (coord.), *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 17-96; GALÁN, H., «El extranjero en el sistema penitenciario español». El Extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal (adaptado a la nueva LO 4/2000)», *Manuales de Formación Continuada*, núm. 5, Madrid, 1999, pp. 209-270; MAPELLI CAFFARENA, B., «Perspectivas actuales de la pena privativa de libertad con especial referencia a la población reclusa extranjera», en JIMÉNEZ LARA, M. J. y FRANCO ROJAS, R., (coord.), *Nuevas estrategias para una política de inmigración solidaria*, Mergablum, 2002, pp. 89-108; TERRADILLOS BASOCO, J., «Marginalidad social, inmigración, criminalización», en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C. y DÍAZ SANTOS, R. D., *El derecho penal ante la globalización*, Colex, Madrid, 2002, pp. 135-150, entre otros tantos.

(145) BECCARIA, C., *De los delitos y las penas*, ob. cit., p. 33; LANDROVE DÍAZ, G., «Prisión y sustitutivos penales», en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F., (coords.) *El Nuevo Derecho Penal español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi Editorial, Navarra, 2001, pp. 425 ss.

(146) LÓPEZ CABRERO, G., «Penas cortas de prisión. Medidas sustitutivas», *Poder Judicial*, núm. 40, 1995, pp. 269-286.

(147) NOBILI, M., «La disciplina costituzionale del processo (I)», *Appunti di procedura penale*, Ciclostilada, Bolonia-Perugia, 1976, p. 249, citado por GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Cárcel electrónica. Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 92.

(148) GARRIDO GUZMÁN, L., *Estudios penales y penitenciarios*, Edersa, Madrid, 1988, p. 85.

(149) BACIGALUPO ZAPATER, E., «Alternativas a la pena privativa de libertad en Derecho Penal Europeo actual», *Poder Judicial*, núm. 43-44, Madrid, 1996, p. 119; frente a esta teoría está la de aquellos que defiende la preeminencia de la pena privativa de libertad entre las sanciones penales, es de BARQUÍN SÁNZ, J., «Alternativas a

mentira oficial. Me parecen muy ilustrativas las palabras de Cid Moliné (150) cuando reseña que cualquier sistema alternativo de penas requiere la colaboración del interno, ya sea activa o, cuando menos, pasiva. Esto es así, pues al ser un sistema más humanizado se busca no doblegar la voluntad del condenado, construyendo programas positivos de reinserción. Y, por último, como refiere Jescheck (151) ante la situación de crisis de la pena privativa de libertad, las propuestas de reforma se sitúan en cuatro planos: la descriminalización, el régimen de prueba, las penas pecuniarias y las nuevas formas de sanción, mas no podemos olvidar que, hasta ahora, las alternativas a la prisión se configuran como alternativas a la puesta en libertad y no a la cárcel (152).

Se han presentado como alternativa, las pulseras electrónicas, recibiendo críticas en cuanto al elevado coste que supone para el Estado y el poco éxito que puede tener para evitar futuros delitos (153). La pri-

---

las penas privativas de libertad. Algunas quiebras del principio de legalidad en la regulación de los sustitutivos penales», *X Jornadas Penitenciarias de Andalucía*, Jaén, 2002, p. 114.

(150) CID MOLINÉ, J., «El sistema de penas desde una perspectiva reduccionista: alternativas a la pena de prisión», *Revista Política Criminal, Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. IV, Madrid, 1999, p. 136.

(151) JESCHECK, H.H., *Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del Derecho penal*, Bellaterra, Barcelona, 1980, pp. 15 ss., citado por GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Sistema penitenciario y revolución telemática*, ob. cit., p. 29.

(152) LARRAURI PIJOAN, E., «Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el derecho penal español», *ADPCP*, 1993, p. 45; PAVARINI, M., «¿Menos cárcel y más medidas alternativas? La vía italiana a la limitación de la cárcel reconsiderada a la vista de la experiencia histórica y comparada», *Delito y Sociedad*, 1992, pp. 75-86.

(153) Para saber más del tema, LEGANÉS GÓMEZ, S., *Clasificación penitenciaria, permisos de salida y extranjeros en prisión*, Dykinson, Madrid, 2002; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Cárcel electrónica. Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*, ob. cit., p. 17, es partidario del sistema de las pulseras aunque lo considera como un mal para el hombre el estar controlado las 24 horas al día; LUZÓN PEÑA, D. M., «Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión», *VIII Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Dirección General de Administración Local y Justicia, Sevilla, 1994, pp. 63 ss., viene a decir, que tal control pondría en entredicho la intimidad, la libertad y su propia dignidad personal, trata de establecer si tal sistema es compatible con los derechos fundamentales, con los principios constitucionales y los político-criminales inherentes a nuestro Estado de Derecho, CAMPBELL, D. y CONNOR, S., *On the record, Surveillance, Computers and Privacy*, M. Joseph, Londres, 1986; FLAHERTY, D., *Protecting Privacy in Surveillance Societies*, University of North Carolina Press, 1989; MAPELLI CAFFARENA, B., «Las medidas de seguridad no privativas de libertad», *Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte general)*, núm. 2, Madrid, 1996, pp. 415-434; POZA CISNEROS, M., «Las nuevas tecnologías en el ámbito penal», *Revista del Poder Judicial*, núm. 65, Madrid, 2002, pp. 59 ss.; GIL HERNÁNDEZ, A., «Protección de la intimidad corporal. Aspectos penales y procesa-

mera referencia doctrinal que encontramos en relación con la vigilancia electrónica fue en 1994 por González Rus (154), en cuanto a la prohibición de residir en un determinado lugar. Frente a éste autor, Mapelli (155), entre otros, opina que la pena de prohibición de residir en determinados lugares sólo se puede llevar a cabo si se realiza con medios de vigilancia y control electrónico. Señala una serie de críticas en cuanto a los riesgos de intromisión que suponen en la esfera íntima de la persona que se pueden producir cuando la vigilancia se confía a una máquina que no encuentra los obstáculos de distancia, de oscuridad y de barreras físicas características, y que, entre otros problemas, está obligando a reformular los contenidos de la privacidad.

Como acertadamente afirma Gudín «la apertura de la Administración penitenciaria a los medios informáticos ha venido motivada por la necesidad de realizar un esfuerzo de adaptación a los requerimientos de la sociedad actual, tras la vigilancia electrónica subyace un interés por crear un nuevo modelo organizativo, que ansía replantearse, una vez más, el problema carcelario». Afirma que «no es posible aplicar las nuevas tecnologías sin una planificación y financiación adecuadas al momento y sin una mínima visión de futuro» (156). Es por lo que estamos ante una auténtica laguna jurídica. Dicho sistema se encuentra bajo el artículo 86.4 del RP cuando se prevé aplicar a los presos otros mecanismos de control suficiente, en cuyo caso, sólo tendrán que permanecer en el Establecimiento durante el tiempo fijado en su programa de tratamiento para la realización de diversas actividades, entrevistas y controles presenciales. Precepto que se ampara en el

---

les», *Delitos contra la libertad y la seguridad, Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 3, Madrid, 1996, pp. 96 ss.; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Sistema penitenciario y revolución telemática*, ob. cit., pp. 131 ss.; BACIGALUPO ZAPATER, E., *Alternativas a la pena privativa de libertad*, ob. cit., pp. 119 ss. No debemos olvidar que el modelo de vigilancia electrónica ya se reflejaba en Bentham con *El Panóptico*, donde los presos estaban situados de cierta manera que eran expuestos a la constante mirada de los inspectores del centro, criticado por Foucault, cuando describe las consecuencias del sistema; FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, ob. cit., p. 204; del mismo, «El ojo del poder», *Entrevista con Michel Foucault, en Bentham, Jeremías: «El Panóptico»*, trad. de J. Varela y F. Alvarez-Uría La Piqueta, Barcelona, 1980, p. 19; del mismo, *Hay que defender a la sociedad*, trad. de H. Pons, Akal, Madrid, 2003, p. 32; por último, la LO 5/1992, de 29 de octubre, sobre Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, en la que diferencia la privación y la intimidad.

(154) GONZÁLEZ RUS, J. J., «Control electrónico y sistema penitenciario», *VIII Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Sevilla, 1994, p. 82.

(155) MAPELLI CAFFARENA, B., *Las medidas de seguridad no privativas de libertad*, ob. cit., pp. 415 ss.

(156) GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Sistema penitenciario y revolución telemática*, ob. cit., pp. 132-133.

artículo 71.1 del RP, en el que se establece que los sistemas de control y vigilancia deben estar presididos por el respeto a la dignidad de la persona y desarrollado por la Instrucción 13/2001, de 10 de diciembre (157).

Quizás, el mencionado método sería adecuado para evitar la masificación de las cárceles, como sostiene Lilly (158), «la idea de mantener en casa a los delincuentes poco peligrosos etiquetados telemáticamente con un brazalete electrónico cobra tintes de ser un negocio redondo». No obstante, no debemos olvidar que afecta a los derechos fundamentales, algunos tan esenciales como la intimidad personal del preso llegando a afectar, incluso, a las personas que con él conviven. Surgiendo asimismo la cuestión de a cuáles reclusos se les pone la pulsera electrónica. Pues bien, se entiende que a los que están en tercer grado, de manera que, mientras que antes tan sólo eran vigilados por la noche, que es cuando tenían que volver al Centro penitenciario, ahora son vigilados, además, durante el día. Con dicho sistema están controlados las veinticuatro horas al día, la localización pasa a ser, por tanto, permanente. Pero, esto puede ser entendido como un atentado al artículo 15 de la CE argumentándose que la aplicación supone un tratamiento inhumano y degradante. Frente a este sistema de sustitución, se encuentran otros como los trabajos en beneficio de la comunidad (159), arresto domiciliario (160), etc.

En lo que respecta a Estados Unidos, el sector privado, es decir, los que se interesan porque la prisión sea privatizada para evitar o disminuir el gasto estatal, se interesan porque se instalen los sistemas de vigilancia electrónica de los presos en régimen de prueba (*probation*) o liberados anticipados (*parole*). En relación a todos los sistemas que han surgido como sustitutivos, cabe preguntarse si, efectivamente, se trata de sustitutivos de la pena privativa de libertad o es una medida de

---

(157) Frente a esto nos encontramos con la XI y XII Reunión de JVP del 2002 y 2003, respectivamente, en el criterio 89 en el que por unanimidad de los magistrados no rechazan el régimen existente. De otro lado, Bueno Arús tampoco se opone al método de control, BUENO ARÚS, F., «Conclusiones encuentro de Vigilancia penitenciaria», *Revista del Poder Judicial*, núm. 68, Madrid, 2002, p. 462; Boletín de Instituciones Penitenciarias, de noviembre-diciembre de 2002, núm. 15, p. 2, en el que se proclama que podía ser el futuro de las prisiones, citado por GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Sistema penitenciario y revolución telemática*, cit., p. 138, nota a pie; Instrucción 1/2005, de 21 de febrero, de control de agresores y las SSTC 128/1995, 37/1996, de 11 de marzo y, 47/2000, entre otras.

(158) LILLY, R. y BALL, R., «A brief history of house arrest and electronic monitoring», *Northern Dentucky Law Rewuevm*, núm. 17, 1987, pp. 343-374.

(159) En relación, la LO 15/2003, de 25 de noviembre y el RD 515/2005, de 6 de mayo.

(160) En relación, el RD 515/2005, ya mencionado.

seguridad añadida. Por último, existe una contradicción entre la necesidad de mantener el buen orden de la prisión y el mundo real que está marcado por el avance tecnológico y por las exigencias de la libertad, autorresponsabilidad y seguridad.

Frente a las penas privativas de libertad están las penas privativas de derechos, recogidas en el artículo 39 del CP, al cual me remito por no ser privaciones que le afecten al preso. Se trata de penas consideradas por muchos como aquellas que afectan a un derecho distinto de la libertad ambulatoria. Se ha rechazado su consideración de penas por entender que constituyen consecuencias accesorias y porque, en ocasiones, se imponen como sanción única. La crítica efectuada, en una dimensión político-criminal, a las penas privativas de derechos se basa en la contradicción de las mismas con el principio de resocialización proclamado en el artículo 25 de la CE. Ello arranca del carácter estigmatizador de algunas de estas sanciones, constatación que unánimemente ha sido reconocida como fundamento de la supresión en 1983 de la pena de interdicción civil, cuya sombra se ha proyectado sobre el resto de las penas de esta sección, vistas por algunos como manifestaciones de la antigua *ida de la muerte civil* (161).

Para concluir, este derecho a la libertad personal, también lo poseen los presos extranjeros, rigiendo, por tanto, criterios y condiciones de igualdad, de aplicación del artículo 25 de la CE en la que las penas privativas de libertad deben estar orientadas, como en reiteradas ocasiones he afirmado, a la reeducación y reinserción social, incluso en lo referente a lo indicado por el artículo 24 de la CE. Sin olvidar que los extranjeros presos tienen, en atención al artículo 3 de la LOGP, derechos como personas y derechos como reclusos.

---

(161) Comentarios al nuevo Código Penal, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 346.