



Grado en Derecho.
Facultad de Derecho.
Universidad de La Laguna.
Curso 2020/2021.
Convocatoria: junio.

**PRISIÓN, SALUD PÚBLICA Y REINSERCIÓN SOCIAL: SOBRE
LA ADECUACIÓN DE LOS REGÍMENES PENITENCIARIOS AL
CONTEXTO DE PANDEMIA**

**PRISON, PUBLIC HEALTH AND SOCIAL REINTEGRATION:
ABOUT THE ADJUSTMENT OF PRISON FLEXIBILITY
SYSTEMS TO THE PANDEMIC CONTEXT**

Realizado por el alumno: D. Francisco Reyes Ramírez Marrero.

Tutorizado por el Profesor: D. Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro.

Departamento: Disciplinas jurídicas básicas.

Área de conocimiento: Derecho Penal.



ABSTRACT

The actual final degree project analyses the impact of the current pandemic on the compliance with the penalty of deprivation of liberty. In this respect, it's about the adequacy of positive law to the present context, through the normative instruments adopted for a better realization of the principles that inspire it.

For such purposes, we have studied the state normative issued that, in relation with prison flexibility systems, has been followed since the State of Alarm was declared.

All of which has been carried out from a previous theoretical framework, to the wording of the General Penitentiary Act, Prison Regulation, and the principle of re-education and social reintegration guaranteed by article 25.2 of the Constitution, and from the international framework that has come upon.

The conclusions reached represent new study paths in connection with the prevalence of other purposes than the ones that should inspire the penalty of deprivation of liberty sustained in the exceptional nature of the pandemic situation.

Key Words: Social reintegration, prison, prison flexibility systems, COVID-19.



RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

El presente trabajo de fin de grado analiza la incidencia de la actual pandemia en el régimen de cumplimiento de la pena privativa de libertad. Se trata, en este sentido, de analizar la adecuación del Derecho positivo al presente contexto, mediante los instrumentos normativos adoptados para una mejor realización de los principios que lo inspiran.

Con dicha finalidad se ha procedido al estudio de la normativa estatal de respuesta que, en relación con los sistemas de flexibilización penitenciaria, se ha ido sucediendo desde la declaración del Estado de Alarma.

Todo lo cual se ha llevado a cabo tanto desde un marco teórico previo, al tenor de la Ley General Penitenciaria, del Reglamento Penitenciario y del principio de reinserción social y reeducación contenido en el artículo 25.2 de la Constitución Española, como desde el marco normativo internacional sobrevenido en esta materia.

Las conclusiones alcanzadas suponen una nueva vía de estudio en relación con la prevalencia en la actuación penitenciaria de fines distintos a los de la pena privativa de libertad, justificados estos últimos en la excepcionalidad de la situación.

Palabras clave: Reinserción social, sistemas de flexibilización penitenciaria, COVID-19.

ÍNDICE

1. Autorización del Ministerio del Interior: antecedentes.
2. Introducción y contexto: COVID-19 y Estado de alarma.
3. Marco normativo antecedente.
 - 3.1. Normativa nacional:
 - 3.1.1. Normativa penitenciaria (LOGP y RP).
 - 3.1.2. En particular, sobre el principio de reinserción social y reeducación (Art 25.2 CE).
 - 3.2. Normativa internacional.
4. Marco normativo de respuesta.
 - 4.1. Normativa internacional de respuesta.
 - 4.2. Normativa estatal de respuesta.
 - 4.2.1. Orden INT/227/2020, de 15 de marzo, en relación con las medidas que se adoptan en el ámbito de Instituciones Penitenciarias al amparo del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.
 - 4.2.2. Orden nº 1167 de 18 de marzo de 2020 del Director General de Ejecución Penal y Reinserción social.
 - 4.2.3. Ampliación a la Orden nº 1167 de 18 de marzo de 2020 del Director General de Ejecución Penal y Reinserción social nº 1178 de 19 de marzo de 2020.
 - 4.2.4. Orden nº 1194 de 30 de marzo 2020 en el que se establece un procedimiento regulador de las videollamadas entre internos y familiares a través de teléfono móvil facilitado por la administración penitenciaria.
 - 4.2.5. Orden INT/407/2020, de 12 de mayo, por la que se adoptan medidas para flexibilizar las restricciones establecidas en el ámbito de Instituciones Penitenciarias al amparo del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el

que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

- 4.2.6. Orden nº 1243 de 20 de mayo de 2020 de desescalada del COVID-19 en medio abierto.
- 4.2.7. Orden nº 1290 de 25 de junio de 2020 de medidas de nueva normalidad.
- 4.2.8. Plan de respuesta temprana en un escenario de control de la pandemia por COVID-19.

- 5. La protección de la salud como bien jurídico prevalente al principio de reeducación y reinserción social.
- 6. Epílogo: sobre la realización del principio de reinserción en el presente contexto pandémico.
- 7. Bibliografía.

1. Autorización del Ministerio del Interior: antecedentes

El presente trabajo de fin de grado se desarrolló en el marco del Convenio suscrito entre el Ministerio del Interior y la Universidad de La Laguna para el desarrollo de actividades académicas externas de sus estudiantes¹, con una finalidad eminentemente científica: analizar la normativa estatal de respuesta en materia penitenciaria una vez tiene lugar la declaración del Estado de Alarma, tras una primera normativa internacional en este sentido y a la vista de los principios inspiradores de la pena privativa de libertad.

Dicho análisis se llevó a cabo a través del estudio de la incidencia de las citadas medidas en el Centro Penitenciario Tenerife II y en el Centro de Inserción Social Mercedes Pinto, como lugares de efectiva ejecución de aquellas, pues no es posible analizar seriamente la adecuación de la actuación estatal a los principios inspiradores de la pena privativa de libertad si se prescinde de la realidad, ya que, en último término, su conocimiento nos ha de servir para desarrollar estrategias eficaces conducentes al logro de objetivos bien legitimados.

Con la citada finalidad se elaboró un proyecto que requirió del visto bueno de Instituciones penitenciarias (Anexo I: confrontado con el citado convenio), accediéndose, una vez obtenido este, al centro penitenciario y al centro de inserción social para la realización de una serie de preguntas en formato entrevista a los principales responsables de estas instituciones.

Las distintas preguntas que se formularon pretendían acceder al contenido de las órdenes que desde el Ministerio de Interior se estaban dictando en materia penitenciaria, dado el carácter secreto de estas, así como la paulatina adaptación en la actuación que, al tenor de las mismas, tuvo lugar en los citados centros. Todo lo cual trata en última instancia de analizar el efectivo cumplimiento del principio orientador de las penas privativas de libertad hacia la reeducación y reinserción social recogido en el artículo 25.2 de nuestra Ley fundamental.

¹ Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2020/03/11/pdfs/BOE-A-2020-3478.pdf>

Sin embargo, aun con la citada autorización y tras sendas reuniones con la subdirectora de tratamiento penitenciario, así como con la directora del Centro Penitenciario Tenerife II, ha de destacarse la imposibilidad de acceso a las resoluciones en que constan las progresiones a tercer grado de los reclusos residentes en el centro penitenciario; ni una vez se decreta el Estado de alarma, ni a las dictadas en años anteriores, constituyendo el estudio de las mismas uno de los objetivos iniciales del presente trabajo de fin de grado, sustrayéndose igualmente el análisis de la racionalidad de las mismas.

Nuevamente, tras varias reuniones, no resultó tampoco posible acceder a la resolución dictada por el director del Centro de Inserción Social Mercedes Pinto por la que se aplicó el régimen recogido en el Artículo 86.4 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (en adelante RP), a los penados clasificados en tercer grado residentes en ese centro, ofreciéndose por parte de aquel una suerte de documento sin firmar, prescindiéndose totalmente de formalidad.

Se advierte en este sentido la ausencia total de transparencia y de acceso a la ciudadanía a resoluciones en las que quedan reflejadas el respeto a los derechos de la población penitenciaria en la fase ejecución de la pena, habiendo sido en última instancia la magistrada titular del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 2 de Santa Cruz de Tenerife la que facilitó las órdenes que cronológicamente se adoptaron en materia penitenciaria y que son objeto de análisis a lo largo del presente trabajo.

2. Introducción y contexto: COVID-19 y Estado de alarma.

En diciembre de 2019 surge un brote epidémico de neumonía de causa desconocida en Wuhan, provincia de Hubei, China. Según el Centro Chino para el Control y Prevención de Enfermedades (CCDC), el 29 de diciembre un hospital en Wuhan admitió a 4 individuos con neumonía, quienes trabajaban en un mercado de esa ciudad. El hospital informó esto al CCDC, cuyo equipo en la ciudad inició una investigación encontrando más casos relacionados al del mercado. El 30 de diciembre las autoridades de salud de

Wuhan comunicaron los casos al CCDC, que envió expertos a Wuhan para apoyar la investigación².

El 31 de diciembre, el Comité de Salud Municipal de Wuhan informó a la Organización Mundial de la Salud (OMS) que 27 personas habían sido diagnosticadas con neumonía de causa desconocida, 7 en estado crítico; la mayoría de estos casos eran trabajadores del mencionado mercado³. Para el 1 de enero de 2020, el mercado había sido cerrado. Tras el primer brote de COVID-19 en Wuhan en diciembre de 2019, y la confirmación de 41 casos detectados entre el 8 de diciembre y el 2 de enero de 2020⁴, la ciudad dejó de informar casos hasta el 19 de enero, cuando se confirmaron 17 casos más. Para ese entonces ya se habían comunicado los primeros casos por COVID-19 fuera de China: dos en Tailandia y uno en Japón.

La rápida expansión de la enfermedad hizo que la Organización Mundial de la Salud, el 30 de enero de 2020, la declarara una emergencia sanitaria de preocupación internacional, basándose en el impacto que el virus podría tener en países subdesarrollados con menos infraestructuras sanitarias⁵. En esa fecha, la enfermedad se había detectado en todas las provincias de China continental⁶, y se diagnosticaban casos en otros 15 países. El 11 de marzo la enfermedad se hallaba ya en más de 100 territorios a nivel mundial, y fue reconocida como una pandemia por la OMS⁷. El número de casos confirmados continuó creciendo hasta alcanzar los 500 mil casos a nivel mundial el 26 de marzo de 2020⁸.

Mes en el que el presidente del Gobierno de España, don Pedro Sánchez, con 4200 casos positivos y 120 fallecidos, anunciaba en su día 13 el estado de alarma en el país, así como una cuarentena obligatoria a partir del día siguiente, que impedía abandonar el

²Véase <http://weekly.chinacdc.cn/en/article/id/e3c63ca9-dedb-4fb6-9c1c-d057adb77b57>

³ Disponible en <https://promedmail.org/promed-post/>

⁴ Véase, en este sentido, www.who.int/csr/don/12-january-2020-novel-coronavirus-china/es/

⁵ Disponible en <https://www.theguardian.com/world/2020/jan/19/coronavirus-china-reports-17-new-cases-of-sars-like-mystery-virus>

⁶ Véase <https://www.bbc.com/news/world-asia-china-51305526>

⁷ Nuevamente, disponible en <https://www.who.int/es/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>

⁸ Disponible en <https://www.eluniversal.com.mx/mundo/coronavirus-contagios-por-covid-19-en-el-mundo-alcanzan-el-medio-millon>

domicilio, salvo para salir a hacer compras de primera necesidad, pasear a los perros o salir a trabajar en sectores esenciales⁹. Sobre lo que ello supuso para la sociedad en su conjunto, es parte de nuestra experiencia reciente. De interés para el presente trabajo es lo que ello supuso para los ciudadanos que se encontraban privados de libertad, por estar cumpliendo una pena de prisión.

En este sentido, y desde un primer momento, las asociaciones de defensa de los derechos humanos dieron la voz de alerta ante la vulnerabilidad de este colectivo¹⁰. Así, el 10 de marzo comienzan a suspenderse todas las comunicaciones no ordinarias y la entrada de personal externo en las cárceles de la SGIP. Con el Decreto del Estado de Alarma, el 15 de marzo, se canceló todo tipo de comunicaciones (vis a vis, por locutorio...), salidas programadas y los permisos de salida en todas las cárceles del Estado. Las cárceles quedaban completamente aisladas y afuera empezaban a dispararse los positivos y muertes con coronavirus.

En esos primeros días tras el decreto del Estado de Alarma, empezaron a protagonizarse protestas, huelgas de hambre y sentadas en prácticamente todas las cárceles de Catalunya. Protestas que se extendieron a otras tantas instituciones como Fontcalent, Soto del Real, Villena, Picassent, Madrid II (Meco), Puerto II, Puerto III, Sangonera, Lanzarote...). A la vulnerabilidad derivada de la situación de dependencia y restricción de derechos, se apuntaba la sanitaria. Vulnerabilidad que ha tenido igualmente una incidencia positiva, al propiciar una mayor flexibilidad del régimen de cumplimiento, así como su revisión¹¹. Aspecto este último que se tratará de analizar, en lo que sigue: cuál ha sido dicha incidencia y cómo ha afectado a los reclusos, tanto desde el punto de vista de los principios orientadores del propio sistema penitenciario, como de las recomendaciones internacionales que abordan la situación descrita.

⁹ Véase <https://www.dw.com/es/espa%C3%B1a-decretar%C3%A1-el-estado-de-alarma-con-m%C3%A1s-de-4200-contagios-de-coronavirus/a-52759346> y <https://www.elmundo.es/espana/2020/03/13/5e6b844e21efa0dd258b45a5.html>

¹⁰ RIVERA BEIRAS, I.: *PANDEMIA. Derechos Humanos, Sistema Penal y Control Social (en tiempos de coronavirus)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 39.

Tras la noticia por parte del Gobierno de Italia de suspender las comunicaciones familiares y otras limitaciones para las personas presas, debido al incremento del número de contagios por coronavirus, el 8 de marzo se iniciaron a lo largo del país actos de protesta que, en algunos casos, alcanzaron una magnitud significativa. Hasta en 40 cárceles se registraron protestas. El 12 de marzo las autoridades confirmaron la muerte de 14 personas presas.

¹¹ RIVERA BEIRAS, I.: op. cit., pag. 38-40.

3. Marco normativo antecedente.

3.1. Normativa nacional:

3.1.1. Normativa penitenciaria (LOGP y RP).

El artículo 1 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (en adelante LOGP) establece que “las instituciones penitenciarias tienen como fines primordiales la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, y la retención y custodia de detenidos, presos y penados¹²”.

El art. 62 de la LOGP indica por su parte que “el tratamiento penitenciario deberá ser individualizado, programado y de carácter continuo y dinámico, dependiente de las incidencias en la evolución de la personalidad del interno”.

Además, según los artículos 63 de la LOGP y 102 del RP, “para la clasificación de los penados debe tomarse en cuenta no sólo la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, sino también la duración de la pena y medidas penales en su caso, el medio a que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento [...]”.

Por otro lado, el Artículo 4.2 a) del RP dispone que “los internos tendrán derecho a que la Administración penitenciaria vele por sus vidas, su integridad y su salud, sin que puedan, en ningún caso, [...] ser objeto de un rigor innecesario en la aplicación de las normas“, estableciéndose así la prevalencia de los citados valores, de acuerdo con el principio de proporcionalidad.

Más concretamente, en el art. 82.1 RP se recoge el régimen abierto restringido que se traduce en un mayor apoyo preventivo y una restricción de las salidas al exterior realizadas con las medidas de tutela y control adecuadas, adoptado por las Juntas de tratamiento, con el consiguiente traslado del recluso al que se aplique dicho régimen al Centro de Inserción Social, Sección Abierta, Unidad Dependiente o Institución específica extrapenitenciaria.

¹² AJVP (Sala de lo Penal) de 14 de mayo de 2020, fundamento jurídico primero. (rec. núm. 100/2020)

Además, como forma especial de cumplimiento del régimen abierto, cabe referirse al que se realiza con controles telemáticos (art. 86.4 RP). Este control telemático con la inclusión del deber de respeto a ciertas obligaciones del condenado permite no acudir las ocho horas generales a un establecimiento penitenciario y por tanto, pernoctar en el exterior.

El fin de dicha medida es conseguir la resocialización a través del programa individualizado de tratamiento. El art. 86.4 del RP es una herramienta más, colaboradora y eficaz, [...], siendo requisito indispensable que el programa individual de tratamiento lo acredite necesario, así como que existan elementos que favorezcan la integración socio-laboral, además de un pronóstico favorable de reinserción social¹³”.

Desde esta perspectiva, el punto 4 del artículo 86 del Reglamento Penitenciario llega a posibilitar una forma específica de cumplir condena en régimen abierto: el interno no reside en un CIS, Sección Abierta, Unidad Dependiente o Institución específica extrapenitenciaria, a los que deba acudir con la periodicidad y duración fijados en su programa de tratamiento, sino que se encuentra plenamente inmerso en su contexto familiar o comunitario y sujeto a los dispositivos telemáticos u otros mecanismos adecuados de control que establezca la Administración y acepte aquél de forma voluntaria¹⁴.

También es necesario destacar el principio de flexibilidad recogido en el artículo 100.2 del RP, el cual supone la adopción de una modalidad o modelo de ejecución en el que puedan combinarse aspectos característicos de cada uno de los grados penitenciarios, “siempre y cuando dicha medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado”.

En la práctica mediante la aplicación del artículo 100.2 RP se hace posible que internos clasificados en segundo grado puedan disfrutar de vicisitudes o características del tercer

¹³ MATA Y MARTÍN, R.M.: “Clasificación penitenciaria y régimen abierto”, en AA.VV (DE VICENTE MARTÍNEZ, R.): *Derecho Penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 153

¹⁴ Disponible en http://www.acaip.info/info/circulares/instruccion_13_2006.pdf

grado sin estar clasificados en el régimen de semilibertad. Igualmente, internos clasificados en primer grado podrían beneficiarse de algunos elementos del segundo grado¹⁵.

Se advierte ya la posibilidad de sinergia de la normativa expuesta y las medidas de prevención que en el contexto sanitario acaecido se hayan adoptado, en particular, las orientadas a reducir el contacto social en un centro que estructuralmente fuerza al mismo. También es de destacar que las personas que gozan del tercer grado y/o de la libertad condicional reciben ayuda por parte de la administración penitenciaria para la inserción laboral y para otros problemas de inserción que se le puedan presentar¹⁶.

Por último, el art. 110 RP dispone que para la consecución de la finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad, la Administración Penitenciaria diseñará programas formativos orientados a desarrollar las aptitudes de los internos, enriquecer sus conocimientos, mejorar sus capacidades técnicas o profesionales y compensar sus carencias, así como utilizará los programas y técnicas de carácter psicosocial que vayan orientadas a mejorar las capacidades de los internos y a abordar aquellas problemáticas específicas que puedan haber influido en su comportamiento delictivo anterior, potenciando y facilitando los contactos del interno con el exterior, para lo que contará, siempre que sea posible, con los recursos de la comunidad como instrumentos fundamentales en las tareas de reinserción¹⁷.

3.1.2. En particular, sobre el principio de reinserción social y reeducación (Art 25.2 CE).

La situación expuesta en 2, debe analizarse a la luz de los principios que inspiran el sistema penal y el penitenciario e indirectamente, el cumplimiento y revisión de las penas de prisión, en cuanto contexto que propicia una mayor realización¹⁸. En concreto:

¹⁵ GONZÁLEZ BARAS, M.: “El régimen penitenciario”, en AA.VV. (DE VICENTE MARTÍNEZ, R.): *Derecho Penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 119.

¹⁶ CERESO DOMÍNGUEZ, A. I.: *Política Criminal y exclusión social*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 168.

¹⁷ AJVP (Sala de lo Penal) de 14 de mayo de 2020, fundamento jurídico tercero. (rec. núm. 100/2020).

¹⁸ RIVERA BEIRAS, I.: op. cit., pág. 39.

El artículo 25.2 de la Constitución Española al establecer que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social contiene un mandato dirigido, en primer término, al legislador penal y penitenciario, superponiendo los criterios de legalidad, reinserción y resocialización a cualquier otra finalidad de la pena¹⁹.

La orientación de las penas a la reinserción y reeducación ya entendida como principio inspirador de la política penitenciaria, ya como derecho de prestación que actúa en la fase de ejecución de la pena, supone que el ordenamiento jurídico debe prever unas instituciones que tengan en cuenta que el interno debe reinsertarse a la sociedad, por lo que debe ser “preparado” para ella (grados de cumplimiento, permisos, etc.) y que debe atender a las deficiencias educacionales que, precisamente, inciden en su actuar delictivo, lo que satisfaría la reinserción²⁰.

Ello se concreta en la configuración como principio orientador de la política penal y penitenciaria del Estado en los que se ha basado la Ley Orgánica General Penitenciaria, así como el Reglamento penitenciario.

Así, los aspectos claves para la reinserción social serían: favorecer el contacto activo del preso con la comunidad y rehabilitar los contactos sociales, atenuando la pena cuando sea posible y tratando de que la vida en prisión sea semejante a la vida en libertad.

Por tanto, podemos situar la clave de este concepto, según la doctrina más actual, igual que en el de reeducación, en tratar de corregir y limitar al mínimo los efectos desocializadores y de aislamiento social que la propia prisión ocasiona, de forma que la partícula “re” no se referiría a la situación en la que se encontraba la persona cuando cometió el delito sino al efecto producido por la ejecución penitenciaria²¹.

En palabras de nuestro Tribunal Supremo, “La reeducación y la resocialización han de orientar el modo de cumplimiento de las privaciones penales de libertad en la medida en

¹⁹ Entre otras, STC 204/1999 de 8 de noviembre, fundamento jurídico tercero (rec. núm 4479/1996), STC 72/1994 de 3 de marzo, fundamento jurídico cuarto (rec. núm. 1494/1988).

²⁰ STS 619/1999, 20 de Abril, fundamento jurídico único (rec. núm. 469/1998).

²¹ CUTIÑO RAYA, S.: *Fines de la Pena, Sistema Penitenciario y Política Criminal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 148-149.

que éstas se presten, principalmente por su duración, a la consecución de aquellos objetivos, pues el mandato presente en el enunciado inicial de este art. 25.2 tiene como destinatarios primeros al legislador penitenciario y a la Administración por él creada²²”.

3.2. Normativa internacional.

El régimen penitenciario, en su totalidad, ha de ir más allá y procurar tanto la normalización de la vida en prisión, como la creación de oportunidades para todos los reclusos de desarrollarse de tal manera que quede garantizada su reinserción en la sociedad.

Para ello es esencial fomentar la participación del recluso en la configuración de su plan individual de ejecución de la pena. Estos planes deben ser revisados y ajustados regularmente, introduciéndose las modificaciones necesarias para alcanzar el objetivo de la plena reinserción social.

Así, el régimen penitenciario de los reclusos, como indican las Reglas Penitenciarias Europeas, debe procurar el bienestar y la satisfacción de las necesidades de los mismos.

Por ello, las autoridades del centro penitenciario tienen el deber de estructurar un régimen penitenciario que compense el déficit social al que muchos de ellos se enfrentan. Esto no sólo implica que ha facilitarse un trabajo o una atención médica y psicológica, sino también asegurarse de que los penados disfruten de buenas condiciones higiénicas y de un buen estado de salud puede depender de su participación en este tipo de actividades²³.

Además, tal y como se recoge en los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad de la Comisión Interamericana de Derechos humanos, “las personas privadas de libertad tendrán derecho a la salud, entendida como

²² MATA Y MARTÍN, R.M.: “Clasificación penitenciaria y régimen abierto”, en AA.VV (DE VICENTE MARTÍNEZ, R.): Derecho Penitenciario. Enseñanza y aprendizaje, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág.142-145.

²³ VAN ZYL SMIT, D./SNACKEN, S.: *Principios de Derecho y Política Penitenciaria Europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág 268-270

el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social, que incluye, entre otros, la prevención y tratamiento de enfermedades infecciosas, endémicas y de otra índole²⁴.

De lo expuesto se deduce por tanto que la salud de los reclusos está directamente relacionada en la realización del principio de reeducación y reinserción social de las penas.

4. Marco normativo de respuesta.

4.1 Normativa internacional de respuesta.

Pese a la normativa expuesta, el sistema de cumplimiento en nuestro país muestra como rasgo estructural unos índices muy bajos de medidas de cumplimiento en regímenes semiabiertos, también de unas cifras altas de presos y presas, así como de duración media de la pena, que nos sitúan por encima de la media europea²⁵.

Es por ello que en los numerosos pronunciamientos emitidos por organismos internacionales sobre cómo gestionar la privación de libertad durante la pandemia, se advierte una posibilidad para una mayor realización de los anteriores principios. Aunque sobre razones materiales extrañas a los mismos, como las características de los propios centros penitenciarios, que como lugares de encierro presentan características de riesgo para la propagación del virus, pues en ellos es muy difícil implementar protocolos de distanciamiento físico y de higiene, lo que resulta además imposible en cárceles hacinadas o que no tienen condiciones apropiadas de salubridad; así como que las personas privadas de libertad suponen en sí mismas un grupo en situación de vulnerabilidad, donde además, las condiciones estructurales antes señaladas pueden suponer un agravante para los problemas de salud previos y su tratamiento²⁶.

²⁴ Véase <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>

²⁵ PASTOR SELLER, E./TORRES TORRES, M.: “El sistema penitenciario y las personas privadas de libertad en España desde una perspectiva internacional”, en *Política Criminal* vol. 12, núm. 23, 2017, pág. 124-150.

²⁶ RIVERA BEIRAS, I.: op. cit., pág. 38-41.

En este sentido, la Organización Mundial de la Salud (OMS) publicaba una Guía el 15 de marzo dirigida a los Estados alertando sobre estos riesgos y la amenaza de la rápida propagación del virus, señalando que las cárceles y otros lugares de detención deben garantizar que se respeten los derechos humanos de las personas bajo su custodia, que las personas no estén excluidas del mundo exterior y, lo que es más importante, que tengan acceso a la información y a una asistencia de salud adecuada.

Además, se mencionaba que debería prestarse mayor atención al recurso de medidas no privativas de la libertad en todas las etapas del proceso penal, incluidas las etapas previas al juicio, el juicio y la condena, así como las posteriores a la sentencia.

Se recogía también la necesidad de dar prioridad a las medidas no privativas de la libertad para presuntos delincuentes y presos con perfiles de bajo riesgo y responsabilidades de cuidado, con preferencia a las mujeres embarazadas y las mujeres con hijos a cargo²⁷.

Desde entonces, todos los organismos internacionales ponían el énfasis sobre el mismo punto²⁸. Así lo hizo la Alta Comisionada de NN.UU. para los Derechos Humanos, con una declaración y un video muy claro urgiendo la toma de medidas para evitar que la Covid-19 causara estragos en las prisiones²⁹.

El Comité para la Prevención de la Tortura del Consejo de Europa se había pronunciado días antes presentando una serie de principios para la gestión de la crisis, recordando además a los Estados que las medidas restrictivas que se tomen para combatir la pandemia deben ir en concordancia con respeto a los derechos fundamentales, asegurando por ejemplo el acceso a la luz solar, al aire libre y a un mínimo de contacto humano en casos de aislamiento, invitando a los Estados a compensar las restricciones en las comunicaciones con más llamadas telefónicas o habilitando sistemas alternativos a través de internet. Terminaba recordando a los estados que deben seguir garantizando

²⁷ Disponible en <https://www.euro.who.int/en/health-topics/health-determinants/prisons-and-health/publications/2020/preparedness,-prevention-and-control-of-covid-19-in-prisons-and-other-places-of-detention,-15-march-2020-produced-by-who-europe> Pág 11

²⁸ RIVERA BEIRAS, I.: op. cit., pág. 41.

²⁹ Véase <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25745&LangID=S>

el acceso a organismos de monitoreo, especialmente a lugares donde se hayan decretado cuarentenas³⁰.

En la misma línea, poniendo el énfasis en la necesidad de promover excarcelaciones y medias alternativas a la privación de libertad, se pronunciaron otros organismos como el Subcomité para la prevención de la Tortura de la ONU y la Comisionada para los Derechos Humanos del Consejo de Europa³¹.

Las múltiples recomendaciones internacionales y la presión desde organismos de derechos humanos, sindicatos de trabajadores y algunos partidos políticos llevaron a que en muchos países empezaran a tomar medidas en el sentido arriba señalado para aliviar la presión sobre la población y reducir el riesgo de colapso sanitario. Así, el Mecanismo para la Prevención de la Tortura (MNPT) de Francia declaró el 16 de marzo que los lugares de privación de libertad ya no podían garantizar la protección de las personas bajo custodia y que, por tanto, debía procederse a una reducción de la población encarcelada. A lo que respondía, el 27 de marzo, el Gobierno francés, mediante la liberación provisional de unos 5.000 presos y presas. En esta línea, también avanzaba el gobierno italiano planes de excarcelación, que suponían la liberación de entre 2.000 y 3000 personas, que pasaban a un régimen de detención domiciliaria, así como Alemania y algunos estados de EE.UU. como New York o New Jersey. Reducciones que igualmente se anunciaban en otros países como Sudán, con la reducción de unas 4.217 personas reclusas, o Irán, que anunciaba la liberación de hasta 80.000 ciudadanos hasta entonces privados de libertad³².

4.2. Normativa estatal de respuesta.

Sin embargo, tras una primera normativa internacional de respuesta en materia penitenciaria, conviene describir el camino recorrido por las disposiciones estatales emitidas en este sentido. En concreto:

³⁰ Disponible en <https://rm.coe.int/16809cfa4b> y RIVERA BEIRAS, I.: op. cit., pág. 41.

³¹ Véase, en este sentido, https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/OPCAT/NPM/CATOP10_SP.pdf y <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/covid-19-pandemic-urgent-steps-are-needed-to-protect-the-rights-of-prisoners-in-europe>

³² RIVERA BEIRAS, I.: op. cit., pág. 42-43.

4.2.1. Orden INT/227/2020, de 15 de marzo, en relación con las medidas que se adoptan en el ámbito de Instituciones Penitenciarias al amparo del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19³³.

Esta disposición tiene lugar una vez decretado el confinamiento domiciliario a nivel estatal, así como la suspensión de todo tipo de servicios, salvo aquellos considerados esenciales, suponiendo la adopción exclusiva de las siguientes medidas en relación con los internos de todos los centros penitenciarios:

a) Se suspenden todas las comunicaciones ordinarias de los internos en los centros penitenciarios, dada la limitación de la libertad de circulación que tienen tanto los internos como las familias y amigos que les visitan.

b) Se suspenden las salidas de permiso, salidas programadas y cualquier otra salida, salvo por causas de fuerza mayor o situación de necesidad para evitar los desplazamientos que están prohibidos por el artículo 7 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

Sobre la suspensión de las comunicaciones conviene mencionar lo que se recogía por parte del Comité para la prevención de la Tortura del Consejo de Europa, invitando a los Estados a compensar las restricciones en las comunicaciones con más llamadas telefónicas o habilitando sistemas alternativos a través de internet³⁴. En este caso, la actuación estatal que tiene lugar una vez se declara el Estado de Alarma es contraria a la normativa internacional de respuesta en materia de comunicaciones.

Conviene además recordar que uno de los aspectos clave para la reinserción social es favorecer el contacto activo del preso con la comunidad y rehabilitar los contactos sociales, limitando al mínimo los efectos desocializadores y de aislamiento social que la propia prisión ocasiona.

³³ Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2020-3695>

³⁴ Véase <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/covid-19-pandemic-urgent-steps-are-needed-to-protect-the-rights-of-prisoners-in-europe>

Así, aun suspendiendo las comunicaciones orales, dada la limitación de movilidad inherente al Estado de Alarma, no podemos olvidar que vivimos en la era de las tecnologías de la información y la comunicación, advirtiéndose por tanto en una primera aproximación la desviación del principio de reeducación y reinserción social en la actuación estatal.

Sobre la suspensión de las salidas y permisos, mencionábamos en una primera aproximación a la normativa internacional de respuesta el pronunciamiento de organismos como el Subcomité para la prevención de la Tortura de la ONU y la Comisionada para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, en el que se recogía la finalidad excarcelaría de las medidas que se adoptaran en el contexto de la situación sanitaria derivada del COVID-19.

Recordemos que la Organización Mundial de la Salud (OMS) publicaba la guía “Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention³⁵” dirigida a los Estados alertando sobre los riesgos y la amenaza de la rápida propagación del virus, señalando que las cárceles y otros lugares de detención debían garantizar el respeto a los derechos humanos de las personas bajo su custodia y que las personas no estuvieran excluidas del mundo exterior.

Se mencionaba también que debería prestarse mayor atención al recurso de medidas no privativas de la libertad en todas las etapas del proceso penal, incluidas las etapas previas al juicio, el juicio y la condena, así como las posteriores a la sentencia, además de la necesidad de dar prioridad a las medidas no privativas de la libertad para presuntos delincuentes y presos con perfiles de bajo riesgo.

Además, y como se mencionaba en un principio, uno de los factores esenciales en la finalidad resocializadora es la atenuación la pena cuando sea posible, siendo en el

³⁵ Nuevamente, disponible en <https://www.euro.who.int/en/health-topics/health-determinants/prisons-and-health/publications/2020/preparedness,-prevention-and-control-of-covid-19-in-prisons-and-other-places-of-detention,-15-march-2020-produced-by-who-europe>

contexto pandémico conforme a lo acaecido en otros Estados, así como a la normativa internacional de respuesta en este sentido, lo conveniente.

4.2.2. Orden nº 1167 de 18 de marzo de 2020 del Director General de Ejecución Penal y Reinserción social. (Anexo II)

El 18 de marzo de 2020, llega todos los Directores/as de los distintos centros penitenciarios un conjunto de medidas para los Centros de Inserción Social y Secciones Abiertas de los Centros Penitenciarios.

En la misma se recogía la suspensión de los traslados de centros ordinarios a CIS, así como los traslados entre CIS, salvo en casos excepcionales, manteniéndose exclusivamente los traslados de CIS a Centros Penitenciarios Ordinarios.

Por otro lado, se indicaba que cada CIS/Centro Penitenciario estudiaría de manera individualizada la situación de los internos clasificados en tercer grado o que tuvieran aplicado el régimen de flexibilidad con el fin de potenciar la aplicación del Artículo 86.4 del Reglamento Penitenciario de forma telemática.

A efectos prácticos, esto suponía la aplicación del Artículo 86.4 del RP a todos los reclusos residentes en el CIS, al objeto de continuar desde el domicilio individual en el cumplimiento de la pena.

4.2.3. Ampliación a la Orden nº 1167 de 18 de marzo de 2020 del Director General de Ejecución Penal y Reinserción social nº 1178 de 19 de marzo de 2020. (Anexo III)

Se recogía como ampliación de las medidas de actuación (COVID-19), dadas en el escrito de fecha 18/03/2020 (no de Registro 1167), que todo aquello que se especificaba en la anterior orden se refería exclusivamente a los internos clasificados en 3º grado y a aquellos clasificados en 2º grado que tuvieran aplicado, con autorización del Juez de Vigilancia penitenciaria, el régimen de flexibilidad del artículo 100.2 del Reglamento

penitenciario y que estuvieren ubicados en Centros de Inserción Social dependientes e independientes (CIS), Secciones Abiertas y en las Unidades Dependientes.

Esto suponía que las indicaciones sobre flexibilidad en el cumplimiento de la pena del referido escrito de fecha 18/03/2020, no eran de aplicación a los internos que se encontraran clasificados en 2º grado con el régimen de flexibilidad del 100.2 del Reglamento penitenciario y que estuvieren ubicados en Centros penitenciarios ordinarios. Estos, en ningún caso, podrían pasar a residir en sus domicilios particulares.

Por todo ello, cualquier decisión que se adoptare en el sentido de autorizar a internos en centros ordinarios clasificados en 2º grado con un programa de tratamiento individualizado (art. 100.2 del Reglamento Penitenciario), para que pasaren a residir en sus domicilios no contaría con soporte legal alguno [...]

De todo lo expuesto se deduce el efectivo cumplimiento de la finalidad excarceladora para aquellos reclusos que se encontraran en el CIS, ya sea en tercer grado o en segundo grado en aplicación del Artículo 100.2 del RP.

Esto supone el seguimiento de los criterios internacionales en esta materia, así como la atenuación la pena cuando fuere posible como factor esencial en cumplimiento de la finalidad resocializadora para los citados reclusos.

Sin embargo, no puede decirse lo mismo en el caso de aquellos reclusos que se encontraran en idéntica situación (segundo grado en aplicación del régimen de flexibilización del Artículo 100.2) pero no estuvieran en el CIS.

Por tanto, la efectiva aplicación del principio de reeducación y reinserción social de nuestro texto constitucional dependía del lugar físico en el que se encontrara el penado.

4.2.4. Orden nº 1194 de 30 de marzo 2020 en el que se establece un procedimiento regulador de las videollamadas entre internos y familiares a través de teléfono móvil facilitado por la administración penitenciaria. (Anexo IV)

En esta disposición, con el objetivo de minimizar y mitigar el impacto que la situación derivada del COVID-19 pudiera generar en los vínculos afectivos de los internos con sus seres queridos, y como mecanismo de facilitación de comunicación entre los internos y su familia, se prevé la adquisición de una dotación de terminales de telefonía móvil a los diferentes establecimientos penitenciarios, a fin de facilitar a los internos, mientras duraren aquellas circunstancias y en determinados supuestos, la posibilidad de poder celebrar video-llamadas con sus familiares más cercanos y paliar, en la medida de lo posible, las necesidades que determinadas situaciones especiales les pudieran presentar.

Como consecuencia de ello, las Direcciones de los centros penitenciarios, a la vista del contenido de esta orden, regularían la distribución y la organización de uso de estos equipos móviles, atendiendo a las unidades existentes en el centro penitenciario y a la dotación asignada, garantizando que los internos a quienes fuera dirigida esta posibilidad pudieran acceder de manera ordenada a las citadas comunicaciones, realizándose con las medidas de prevención higiénica adecuadas para evitar posibles contagios.

Es en este momento en el que, tal y como se relata por la subdirectora de tratamiento penitenciario del Centro Penitenciario Tenerife II, “la adaptación de la suspensión de las comunicaciones se lleva a cabo a través de cinco teléfonos móviles, otorgados por la Secretaría General Técnica de Administraciones Públicas, Justicia y Seguridad, al objeto de sustituir las comunicaciones orales por las videoconferencias en el contexto sanitario que se avecinaba”.

4.2.5. Orden INT/407/2020, de 12 de mayo, por la que se adoptan medidas para flexibilizar las restricciones establecidas en el ámbito de Instituciones Penitenciarias al amparo del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19³⁶.

Posteriormente, se dicta por parte del titular del Ministerio del Interior la siguiente orden, en virtud de la cual se reanudaban en los centros penitenciarios del Estado, de forma paulatina y gradual, manteniendo como referencia la protección de la salud pública, las siguientes actividades:

a) *Las comunicaciones ordinarias de los internos.*

b) *Las salidas de permiso y las salidas programadas, de acuerdo con las indicaciones de la autoridad sanitaria.*

c) *Los internos clasificados en tercer grado o que tengan aplicado el régimen de flexibilidad y se hallen destinados en centros de inserción social, secciones abiertas o centros ordinarios, podrán seguir saliendo para la realización de las actividades expresamente relacionadas en el artículo 7 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, adoptándose los protocolos establecidos cuando regresen al centro penitenciario. En todo caso, en cualquier desplazamiento deberán respetarse las recomendaciones y obligaciones dictadas por las autoridades sanitarias.*

d) *Los traslados de los internos cuando sean solicitados por las autoridades judiciales, los traslados por razones sanitarias y aquellos que por circunstancias regimentales o treatmentales se requieran, según sean las indicaciones sanitarias que, en cada caso y momento, se vayan adoptando.*

³⁶ Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2020-4960>

Es este el conjunto de medidas que se adoptan en el contexto de la denominada “nueva normalidad”.

Es de notar que la recomendación ya citada de la OMS³⁷ se dicta en marzo en un sentido, y no es hasta mayo, cuando existe una menor vulnerabilidad de los presos al disminuirse la incidencia del COVID-19, cuando se adoptan estas medidas.

Esto es, en los dos meses en que tiene lugar el primer momento álgido de la pandemia no se lleva a cabo la adaptación en el tratamiento penitenciario de los reclusos que se encontraban en segundo grado en el centro penitenciario, prescindiéndose absolutamente de la aplicación del principio de reinserción social de las penas privativas de libertad a los mismos.

4.2.6. Orden nº 1243 de 20 de mayo de 2020 de desescalada del COVID-19 en medio abierto. (Anexo V)

Señala esta disposición, en un primer lugar, que los criterios a tener en cuenta para el ritmo de la desescalada serían los determinados por la administración sanitaria para el común de la ciudadanía. Si bien, junto a las medidas que se determinaren por la autoridad sanitaria competente, deberían tenerse en cuenta las precisiones y adaptaciones oportunas que el medio penitenciario requiriese.

Se recogen además las primeras previsiones específicas en el caso de los internos clasificados en tercer grado en aplicación del Artículo 86.4 del RP, estableciéndose que conforme al criterio establecido en el artículo 72.4 de la LOGP, los internos en tercer grado de tratamiento, que a lo largo de la pandemia hubieran accedido al régimen de cumplimiento previsto en el artículo 86.4 del R.P, permanecerían en dicha situación, salvo que existieran evidencias objetivas y contrastadas de la necesidad de seguir el Programa de intervención que estuvieren realizando en el CIS.

³⁷Esto es, <https://www.euro.who.int/en/health-topics/health-determinants/prisons-and-health/publications/2020/preparedness.-prevention-and-control-of-covid-19-in-prisons-and-other-places-of-detention,-15-march-2020-produced-by-who/europe>

Así, y con la finalidad de valorar su evolución en tal situación, las Juntas de Tratamiento debían proceder progresivamente al estudio individualizado de todos los internos que se encontraran clasificados en tercer grado y en aplicación del régimen del artículo 86.4 del R.P, a fin de que se pronunciaran sobre la procedencia de continuar con el medio de control establecido o, en caso de estar siendo controlado telefónicamente, sustituirlo e instalar un dispositivo de control telemático. En el supuesto de ratificarse el seguimiento telefónico, debía reforzarse retomando los controles presenciales.

En todo caso, los motivos que fundamentaren tal decisión debían reflejarse documentalmente y constar efectivamente objetivados y contrastados.

Además, de apreciarse una manifiesta involución tratamental en el interno, evidenciada en factores objetivos que constaten su incapacidad para vivir en un régimen de semilibertad respetando las normas penales, la Junta de Tratamiento valoraría y propondría su regresión en el grado de tratamiento.

En todo caso, la filosofía básica de trabajo habría de ser la que emana del referido artículo 72.4 LOGP. Esto es, que los internos que a lo largo de la crisis sanitaria hubieran mostrado capacidad suficiente para respetar las normas de cumplimiento impuestas durante la misma, habrían de permanecer en el régimen del artículo 86.4 RP.

Además, en el caso de los internos clasificados en 2º grado que tuvieran aplicado el régimen de flexibilidad del Artículo 100.2 del RP y que hubieran accedido al régimen de flexibilidad del Artículo 86.4 del RP debían ser objeto de estudio priorizado por parte de las Juntas de Tratamiento.

Las Juntas de Tratamiento, una vez revisada la situación y circunstancias de cada uno de estos internos, debía pronunciarse sobre:

- La procedencia de permanecer en el régimen en que se encuentran para continuar o iniciar el programa específico de tratamiento que fundamentó la aplicación del artículo

100 del RP o, de no ser posible, la necesidad de incorporarse al CIS para llevarlo a cabo desde éste.

- La pertinencia de elevar propuesta de progresión en el grado de tratamiento.

Lo que no obstaba para que, de apreciarse una manifiesta involución en el interno, objetivada en el incumplimiento o ausencia de voluntad para realizar el programa específico de tratamiento pautado, se propusiera el cese del principio de flexibilidad del artículo 100 del R.P. y la aplicación al interno del régimen ordinario en el centro penitenciario que correspondiera.

En todo caso, la decisión que se adoptare debía ser comunicada al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

Es de destacar nuevamente la finalidad excarceladora de las medidas a adoptar recogidas en la citada guía “Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention” en relación con los presos. Así, es en el centro penitenciario Tenerife II, en el que en el mes de marzo se suspenden las juntas de tratamiento. Estas, como recoge el Artículo 82.1 del RP ya citado, son las que deciden el traspaso del penado al Centro de Inserción Social, para este, en su caso, conceder el régimen del Artículo 86.4 del RP.

Ello plantea la cuestión relativa a la justificación de la medida de suspensión de las juntas de tratamiento, pues la toma de dicha decisión supone la quiebra de la finalidad excarceladora y flexibilizadora de los presos que no se encontraran en aquel momento en el CIS, siendo absolutamente incorrecto considerar a las juntas de tratamiento como servicios no esenciales susceptibles de suspensión, pues son de estas de las que dependía en un primer momento la aplicación de las medidas excarceladoras.

Por tanto, la mayor o menor realización del principio de reeducación y reinserción social de nuestra ley fundamental dependía de la función que tenían encomendada las juntas de tratamiento.

Es decir, la actuación estatal de respuesta al contexto pandémico en materia penitenciaria hasta el mes de mayo, momento a partir del cual proceden a reincorporarse las juntas de tratamiento, es totalmente contraria al principio de reeducación y reinserción social de las penas privativas de libertad

4.2.7. Orden nº 1290 de 25 de junio de 2020 de medidas de nueva normalidad. (Anexo VI)

Esta resolución supone una especificación en lo que se refiere a los permisos de salida, recogiendo de forma general que con la finalidad de abordar las salidas de permiso de los internos, preservando su salud e integridad, así como la del resto de reclusos, personal penitenciario y conjunto de la sociedad, y reiterando la obligación de, en todo caso, tener siempre en cuenta las medidas que en cada momento y fase adoptare la autoridad competente en el ámbito geográfico donde se ubique el establecimiento, se establecían una serie de pautas de actuación a seguir para proceder a su autorización.

Se procedería además a la tramitación de las solicitudes de permiso de los internos conforme al procedimiento establecido reglamentariamente.

En cuanto a los permisos ordinarios, cada centro penitenciario era el competente para revisar los permisos que constaren autorizados y pendientes de disfrute, a efectos de autorizar la salida de los que proceda dependiendo de la fase concreta en la que se encontrare el territorio donde el centro penitenciario estuviere ubicado.

En el caso de permisos concedidos para disfrutar en otras provincias, su disfrute debía ser pospuesto en función de que dicho movimiento interprovincial estuviere permitido en el territorio concreto.

Así, basándose esta vez en criterios objetivos, dependiendo de la concreta situación y tasa de ocupación de cada CIS, cada centro comenzaría a gestionar las salidas de permiso ordinario para asegurar que al mismo tiempo solamente el 30-50% de la población del centro estuviere residiendo en el mismo.



Si algún interno estuviere disfrutando de un permiso de salida, y comunicara tener síntomas detectables o si este conviviera con personas con un cuadro clínico compatible en COVID-19, una vez constatada dicha situación, se acordaría su permanencia en el domicilio con control y seguimiento telefónico hasta la finalización del periodo de aislamiento sanitario establecido por las autoridades sanitarias competentes. En caso de no acreditarse suficientemente tal situación, podría haberse hecho uso de los días de permiso ordinario que restasen.

Por último, las salidas de internos y residentes de los centros de inserción social y secciones abiertas podrían seguir llevándose a cabo.

4.2.8 Plan de respuesta temprana en un escenario de control de la pandemia por COVID-19 de 23 de julio de 2020. (Anexo VII)

En última instancia, la misma trata de refundir las resoluciones adoptadas anteriormente, así como dar cierta coherencia normativa y seguridad jurídica y sanitaria, tanto a los funcionarios de prisiones, como a los reclusos.

En la misma no se recoge ninguna nueva adición en lo que se refiere a la aplicación del Artículo 86.4 del RP, ni al 100.2 del RP. Más bien, se trata de un conjunto de actuaciones en respuesta a los distintos grados de incidencia del COVID 19 en las prisiones.

5. La protección de la salud como bien jurídico prevalente al principio de reeducación y reinserción social.

Se mencionaba en la orden recogida en el 4.6 en su primer párrafo in fine: “manteniendo como referencia la protección de la salud pública”. Por su parte en la orden indicada en el 4.7 se determinaba: “preservando su salud e integridad” (la de los internos.)”. Observamos por tanto cómo se utiliza la salud de los penados como escudo en el que amparar y justificar la actuación estatal de respuesta en materia penitenciaria en el contexto pandémico.

De lo que se trata es del distanciamiento de hipotéticas responsabilidades estatales. Sin embargo, formalmente se tiene como criterio orientador de la normativa la protección de la salud de los reclusos únicamente desde mayo.

Así, la alusión a este bien jurídico muestra un importante déficit teórico normativo, adscribiéndole la función de finalidad última al mismo, prescindiéndose además de criterios racionales en su aplicación en el marco de lo que podría suponer una praxis arbitraria de importantes costes iusfundamentales, careciendo de una teoría de la argumentación³⁸, debiendo resultar inasumible en un discurso orientado a su aplicación³⁹, como lo es la citada normativa.

Remarcamos que se trata de un criterio formal o de lege ferenda, pues de la adopción de medidas carcelarias que se relatan en 4.1, 4.2 y 4.3 contrarias a la normativa internacional de respuesta se deduce un criterio totalmente contrario a la protección de la salud de los penados.

Recordemos que la vulnerabilidad afecta el efectivo goce del derecho a la salud y que esta afirmación, asumida por todos los ordenamientos como una realidad prácticamente común, no es algo propio del tiempo pospandémico, sino que constituye un estado lamentablemente latente.

La salud aparece en este contexto como un bien jurídico protegido con una finalidad formalmente superior a la propia reinserción social del penado, así como una suerte de justificación en la desviación en la actuación estatal del citado mandato. Sin embargo, y aun con ello, concluimos que no es en ningún caso la salud del penado la finalidad con la que se adoptan las resoluciones estatales analizadas.

De lo analizado se deriva la clasificación de los penados en reclusos de primera (aquellos que se encontraban en el CIS) a los que se aplicó las medidas convenientes, dada la situación de vulnerabilidad inherente al hacinamiento de las cárceles, y reclusos

³⁸ SÁNCHEZ LÁZARO, F. G.: “Sobre la argumentación con principios en el discurso jurídico penal”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2013, pág. 2.

³⁹ SÁNCHEZ LÁZARO, F. G.: “Deconstruyendo la culpabilidad”, en *Revista Penal de México*, núm. 3, 2012, pág. 187.

de segunda, a los que se aplicó la suspensión de cualquier medida, así como en general de las juntas de tratamiento.

6. Epílogo: sobre la realización del principio de reinserción en el presente contexto pandémico

Llegados a este punto, no podemos negar la realidad penitenciaria, los obstáculos materiales de las prisiones y las consecuencias negativas, desocializadoras, de la privación de libertad. La situación actual de las prisiones no favorece la consecución de metas resocializadoras. No se respeta ni siquiera la propia normativa penitenciaria ni los recursos y mecanismos que ésta dispone para la resocialización. Esta situación no se ha pretendido eliminar nunca, al menos no con la suficiente energía⁴⁰, “posiblemente porque la conciencia social vive de espaldas a la realidad constitucional⁴¹”; las personas presas no interesan al Estado, más allá de la rentabilidad política y económica que les pueda sacar.

Sin embargo, aun mejorando estas lamentables condiciones, la propia configuración de una institución total, cerrada sobre sí misma, que absorbe la vida entera de sus moradores, complica la recuperación de la persona para una vida libre. La vida en prisión produce un efecto de desculturación y desocialización⁴².

Recordemos que la LGP y el RP tienen como finalidad, conforme a lo mencionado en un primer momento en su exposición de motivos, la reinserción y reeducación del penado, y que la resocialización es un mandato constitucional, que no puede desatenderse cuando su observancia es posible⁴³.

Con todo lo expuesto, teniendo en cuenta que los principios son normas que sólo permiten una realización gradual y relativa, en el caso concreto, a través de su

⁴⁰ CUTIÑO RAYA, S.: op. cit., pág. 130-131.

⁴¹ PEÑAS ROLDÁN, L.: “Resocialización: un problema de todos”, en *Anales de Derecho*, núm. 14, 1996, pág. 490.

⁴² CUTIÑO RAYA, S.: op. cit., pág. 130-131.

⁴³ SÁNCHEZ LÁZARO, F. G.: “Sobre la argumentación con principios en el discurso jurídico penal”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2013, pág.14.

ponderación⁴⁴, en el momento de mayor incertidumbre en términos de salud del último siglo, el artículo 25.2 de la CE queda inaplicable respecto de los penados que se encontraban en segundo grado y que no estaban ubicados en el CIS, de lo que es reflejo además que tampoco se consideraron servicios mínimos a las juntas de tratamiento.

Nuevas líneas de investigación surgen en este sentido pues, ¿es admisible la desviación del legislador penitenciario del mandato de nuestra ley fundamental a la reeducación y reinserción social de las penas privativas de libertad? ¿Resulta amparable en la generalidad del bien jurídico “salud”, cuando además las medidas que se adoptan son para una gran cantidad de presos contrarias a esta última?

Es esta sin duda la respuesta que pretende ofrecer el presente trabajo, y que debemos formular de forma negativa; no es conveniente ni deseable desviar la actuación de legislador estatal de este principio inspirador de toda nuestra normativa penitenciaria, menos aún en un contexto de vulnerabilidad como el derivado del COVID-19, pues la actividad de cualquier institución pública, y, en este caso, de las instituciones penitenciarias, sin una reconducción teórico normativa a los principios y reglas de justicia vigentes, resulta arbitraria y tiránica⁴⁵.

Señala nuestro TS, en su sentencia de 1 de junio de 1990, que “el art. 25.2 de la Constitución española superpone los criterios de legalidad, reinserción y resocialización a cualquier otra finalidad de la pena y sería absurdo renunciar a la consecución de estos fines cuando no existe un obstáculo legal, expreso y taxativo, que se oponga a la adopción de medidas accesorias (...) La voluntad explícita del legislador constitucional nos dice que la respuesta adecuada del sistema punitivo o sancionador tiene que ajustarse a criterios de proporcionalidad, racionalidad, individualización y resocialización (...).”

Sentencia que nos alumbró sobre el camino que debió haberse seguido, siempre conforme a Derecho. Tomar decisiones conforme al mismo, ponderando y adecuando la

⁴⁴ SÁNCHEZ LÁZARO, F. G.: “El principio de culpabilidad como mandato de optimización”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2011, pág. 2.

⁴⁵ SÁNCHEZ LÁZARO, F. G.: “Sobre la argumentación con principios en el discurso jurídico penal”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2013., pág. 18.



materia jurídica a la realidad presente que nos ha sorprendido. A la luz, en consecuencia, de los derechos de los reclusos y de la normativa internacional de respuesta, aplicando y realizando, también en este difícil contexto, el analizado principio de reeducación y reinserción social, y, conteniendo y superando en ello la presente emergencia sanitaria, parafraseando a Baratta, a pesar de la prisión⁴⁶.

⁴⁶ Ilustrativo: <https://derechoareplica.org/index.php/mas/criminologia/146-que-queda-en-pie-del-idea>



7. Bibliografía.

CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I.: *Política Criminal y exclusión social*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

CUTIÑO RAYA, S.: *Fines de la Pena, Sistema Penitenciario y Política Criminal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

GONZÁLEZ BARAS, M.: “El régimen penitenciario”, en AA.VV. (DE VICENTE MARTÍNEZ, R.): *Derecho Penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 119.

MATA Y MARTÍN, R.M.: “Clasificación penitenciaria y régimen abierto”, en AA.VV (DE VICENTE MARTÍNEZ, R.): *Derecho Penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 142- 153.

PASTOR SELLER, E./TORRES TORRES, M.: “El sistema penitenciario y las personas privadas de libertad en España desde una perspectiva internacional”, en *Política Criminal*. vol. 12, núm. 23, 2017, pág. 124-150.

PEÑAS ROLDÁN, L.: “Resocialización: un problema de todos”, en *Anales de Derecho*, núm. 14, 1996, pág. 479-498.

RIVERA BEIRAS, I.: PANDEMIA. Derechos Humanos, Sistema Penal y Control Social (en tiempos de coronavirus), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

SÁNCHEZ LÁZARO, F. G.: “Sobre la argumentación con principios en el discurso jurídico penal”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2013, pág. 2.

SÁNCHEZ LÁZARO, F. G.: “Deconstruyendo la culpabilidad”, en *Revista Penal de México*, núm. 3, 2012, pág. 179-192.



SÁNCHEZ LÁZARO, F. G.: “El principio de culpabilidad como mandato de optimización”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2011, pág. 2.

VAN ZYL SMIT, D./SNACKEN, S.: *Principios de Derecho y Política Penitenciaria Europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.



Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna