



UNIVERSIDAD DE JAÉN
Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas

Trabajo Fin de Grado

RIGOR INNECESARIO, SANCIONES Y PRIVACIONES INDEBIDAS

Alumno: Marina Bibiana Pérez Juárez

Julio, 2015

1. RESUMEN.....	2
2. INTRODUCCIÓN	2
3. TIPIFICACIÓN DEL USO DE UN RIGOR INNECESARIO.....	3
4. BIEN JURÍDICO	5
4. CONDUCTA TÍPICA.....	6
4.1. Sanciones indebidas.....	6
4.2. Privaciones indebidas	10
4.3. Uso de un rigor innecesario	12
4.3.1. La integridad moral como bien jurídico	14
5. SUJETOS	17
5.1. Sujeto activo	17
5.2. Sujeto pasivo.....	17
6. CENTROS DE INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS	17
7. CENTROS DE INTERNAMIENTO DE MENORES.....	21
8. LA PRIVATIZACIÓN DE LA SEGURIDAD EN CENTROS DE INTERNAMIENTO ..	22
9. DELIMITACIÓN CON RESPECTO DEL DELITO DE TORTURAS.....	23
10. ELEMENTO SUBJETIVO	25
11. CONSUMACIÓN	25
12. JUSTIFICACIÓN DEL USO DE UN RIGOR NECESARIO.....	26
13. PENA	28
15. CONCLUSIONES	29
16. BIBLIOGRAFÍA.....	30
17. JURISPRUDENCIA	31

1. RESUMEN

El artículo 533 del Código Penal castiga al funcionario que sanciona de forma indebida a un interno o recluso, le priva de una prestación a la que tiene derecho o usa con él un rigor innecesario. Es fundamental para su aplicación, que hasta nuestros días ha sido reducida, su delimitación con el delito de torturas. Igualmente, es necesario comprender qué sanciones y privaciones están permitidas para comprender cuándo éstas son indebidas y, a su vez, comprender qué es rigor innecesario, concepto indeterminado por el Código Penal. También deberemos comprender qué es la integridad moral, que es a su vez otro concepto indeterminado y que se define a través de la jurisprudencia. Para finalizar debemos identificar quienes son los sujetos protegidos, una vez que el legislador omite los centros de internamiento de extranjeros y por ende a los extranjeros que se encuentran privados de libertad en ellos.

ABSTRACT

Article 533 of Criminal Code penalizes the civil servant who unduly sanctions an inmate or convict from a benefit to which he is entitled or uses unnecessary severity. It is essential requirement for its application to understand the difference between unnecessary severity and the crime of torture. It is also important to understand which sanctions and deprivations are allowed, to be able to understand when these are abusive and in addition to understand which severity is unnecessary; this concept is not specified in the Criminal Code. Furthermore, it is indispensable to understand the concept of "moral integrity", which it is another undetermined concept itself, only defined by jurisprudence. Finally, once the legislator leave out the foreigner internment facilities, it must be identified who are the protected individuals and therefore the deprivation of liberty of foreigners in those centers.

2. INTRODUCCIÓN

El artículo 533, recogido en la sección 1ª “De los delitos cometidos por funcionarios públicos contra las garantías constitucionales”, del Título II del Código Penal de los delitos contra la Constitución, recoge que “El funcionario penitenciario o de centros de protección o corrección de menores que impusiere a los reclusos o internos sanciones o privaciones indebidas, o usare con ellos de un rigor innecesario, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años”.

Éste precepto pretende garantizar los derechos y garantías de presos e internos en prisiones y centros de internamiento de menores frente a posibles ataques o vulneraciones a estos por parte de los funcionarios de prisiones. Éste es el mandato constitucional, cuando en el artículo 15 proclama “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

Desde la promulgación de éste delito su aplicación ha sido excepcional, máxime desde la promulgación del delito de tortura, lo cual puede devenir de los problemas que surgen para su delimitación con respecto al delito de rigor innecesario. El conocimiento sobre el derecho penitenciario ha salido de los planes de estudio de Derecho en nuestro país, lo cual supone que actualmente los juristas desconozcan éste ámbito del derecho, lo cual nos lleva a la situación de que en general sólo los funcionarios de prisiones sean concededores de ésta rama, lo cual nos deja a merced de su buena voluntad, y también ayuda a generar opacidad sobre lo que ocurre dentro de las prisiones.

Como veremos a continuación, desde la promulgación del delito del uso de un rigor innecesario, la conducta se ha mantenido prácticamente inalterada por el paso del tiempo.

3. TIPIFICACIÓN DEL USO DE UN RIGOR INNECESARIO

La Constitución liberal de 1812, siguiendo la línea garantista de la Constitución de Bayona de 1808, establece el carácter personal de las penas, abolió la pena de azotes y el tormento, y preveía la redacción inmediatamente posterior de un Código Penal que la desarrollara a nivel de toda la nación debido a la fragmentación por el sistema de fueros. Éste código no llega a redactarse por el regreso de Fernando VII al trono, disolviendo la comisión redactora del Código Criminal.

Le sucede otro intento, con la promulgación de la Constitución de 1822, la cual gozó de una vida efímera ya que fue derogada por Fernando VII el mismo año de su promulgación. Ésta Constitución ya seguía la línea doctrinal que proponían ilustrados como Montesquieu o Beccaría. Éste código intentaba introducir el principio de legalidad y prever una indemnización a la víctima por error judicial.

El proyecto liberal de Código Criminal de 1834, promovido por Espartero, ya pretendía prohibir el “maltrato”, que es un término evidentemente menos cruento que el de “tortura”, pero puede decirse que, por la intención que se pretendía con esa redacción, fue el primer intento de prohibición de la tortura por el funcionario de prisiones.

Al fin, con el acceso al poder de los liberales moderados, se redacta un Código Penal moderado de 1848 que tipifica en el artículo 287.3º el rigor innecesario, incluyéndose entre los “Delitos contra funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo”, sancionando con penas de suspensión y multas de 10 a 20 duros al “alcaide ó jefe de establecimiento penal que impusiere a los presos ó sentenciados privaciones indebidas ó usare con ellos un rigor innecesario”. Parece que se refería al rigor innecesario como una violencia no justificada. Recoge por tanto éste código un delito especial propio, cometido por autoridad o funcionario que hace uso de una violencia innecesaria en el sujeto pasivo inmerso en procedimiento ante la Administración de Justicia, ya sea detenido o sentenciado.

El Código Penal de 1928 cambia la redacción de éste tipo, abarcando no sólo al funcionario de prisiones, sino también a cualquier funcionario público. Prevé el artículo 450 de éste código: “El funcionario que, en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, empleare o haga emplear sin motivo legítimo, violencias innecesarias para la ejecución de actos propios de su cargo”. Con la sustitución de “rigor innecesario” por “violencia innecesaria” se acaba con los problemas de interpretación que se presentaban. Con esta nueva redacción tampoco se requiere que la acción típica esté dirigida a la consecución de una finalidad, como puede ser “en abuso de su cargo”¹.

El Código Penal de 1932, coincidente con la proclamación de la Segunda República, se prevé en el artículo 201.5º “El funcionario de prisiones que impusiere a los presos o sentenciados privaciones indebidas o usare con ellos un rigor innecesario”. Ésta es la redacción que se prevé en el Código Penal de 1944, con el cambio de régimen, y que se mantuvo con el Código de 1963 y el texto refundido de 1973².

¹ Fernández Torres, María José, (2013), *El Delito de Tortura y su relación con Otros Atentados Contra la Integridad Moral*, págs. 34 a 47.

² Landrove Díaz, G., (2004), *Introducción al Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 6º edición, págs. 55 y ss.

Nuestro Código Penal actual ha mantenido la redacción de forma prácticamente idéntica. Sólo se ha añadido la nueva conducta de “sanciones indebidas”.

Lo que es cierto es que, desde su promulgación su aplicación ha sido de forma excepcional. Con la tipificación del delito de tortura, la parte de rigor innecesario ha quedado a la aplicación residual.

4. BIEN JURÍDICO

Los bienes jurídicos del recluso o interno en centros penitenciarios o centros de internamiento de menores que pueden verse menoscabados son los que les garantizan la Constitución y la legislación penitenciaria.

Se pretende proteger con este artículo los intereses de los internos frente a los posibles comportamientos ilícitos contra estas garantías que los funcionarios pudieran cometer. Se pretende amparar la relación de especial sujeción que vincula al interno y a la Administración penitenciaria, la cual está obligada a velar por el respeto a las garantías de los internos. Esta sujeción deriva del artículo 25.2 de la Constitución, que prevé que “el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria”, y también en la Ley General Penitenciaria, en el artículo 4.2, donde dice 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 sometidos a torturas, a malos tratos de palabra o de obra, ni ser objeto de un rigor innecesario en la aplicación de las normas”.

De estas lecturas podemos deducir que los derechos que se ven afectados cuando se priva o sanciona indebidamente o se hace uso de un rigor innecesario son los que atañen a la vida, integridad, libertad, dignidad. Pero también se alegan por parte de los internos en sus recursos derechos como el secreto de las comunicaciones o el derecho a la libertad ideológica. Los derechos fundamentales del recluso reconocidos en la jurisprudencia constitucional son el derecho a la vida, a la integridad física y moral, el derecho a la intimidad, derecho de las comunicaciones, derecho a la información, a la tutela judicial efectiva, derecho al trabajo y derecho a la educación.

4. CONDUCTA TÍPICA

Nos encontramos ante un delito que sanciona tres conductas: “privaciones y sanciones indebidas y el uso de un rigor innecesario”. Pero son conductas que no están completas en el Código Penal sino que son normas en blanco, para conocer su contenido completo hay que acudir a otras normas, como la legislación penitenciaria y la de los centros de corrección de menores.

El tipo penal concurre cuando se le imponen al recluso sanciones no previstas en el reglamento, se le priva de prestaciones a las que tiene derecho por ley o se le limita su acceso a estas, o utiliza medidas desproporcionadas para la aplicación del régimen penitenciario, medidas abusivas al amparo de la normativa reglamentaria.

4.1. Sanciones indebidas

Una de las conductas por las que se incurre en el delito del 533 es la imposición por parte del funcionario de una sanción indebida. Esto es, sanciones que no están previstas en la ley o el reglamento, que sí estén previstas pero que no correspondan al tipo de infracción o que haya un exceso en los plazos de ejecución de la sanción.

Sin embargo, muchas de las sanciones “debidas” recogidas en el Reglamento Penitenciario vulneran numerosos principios constitucionales y penales.

En primer lugar, no es la Ley Orgánica General Penitenciaria la que regula las conductas prohibidas, sino que ésta remite al Reglamento Penitenciario que es el que las describe, faltando al principio de legalidad. Es una lesión al principio de reserva de ley. De otro lado son habituales los tipos abiertos en el catálogo de faltas disciplinarias, faltando al mandato de certeza, como la disposición “cualquier otra acción u omisión que implique el incumplimiento de deberes y obligaciones del interno, produzca alteración en la vida regimental y en la ordenada convivencia y no esté comprendida en los artículos 108 y 109, ni en los apartados anteriores de éste artículo”.

Tampoco se respeta el principio de culpabilidad, al sancionarse comportamientos por mera responsabilidad objetiva, sin tener en cuenta la intención dolosa o imprudente del sancionado. No se respeta a su vez el principio de non bis in ídem cuando se impone al recluso

doble sanción penal y administrativa por la misma acción amparándose en la diferente naturaleza jurídica de la infracción, ya que existe una relación de especial sujeción en el segundo caso. Según la dirección del Constitucional, esto es así porque existe un interés legítimo por parte de la Administración de asegurar el correcto funcionamiento del servicio público encomendado. A tal fin, el artículo 232.4 del Reglamento Penitenciario ampara esta doble sanción en aras de la protección de la seguridad y el bien orden regimental.

El artículo 42 de la Ley General Penitenciaria establece que “los internos no serán corregidos sino en los casos establecidos en el Reglamento y con las sanciones expresamente previstas en esta Ley”, lo cual deriva del sentido del 25.2 de la Constitución, que expresa la subsistencia de los derechos fundamentales del recluso salvo aquellos que se vean expresamente limitados por el fallo condenatorio, sentido de la pena y la ley penitenciaria.

El Reglamento penitenciario prevé, por la realización de faltas muy graves, sanciones que pueden consistir en el aislamiento en celda de seis a catorce días cuando se evidencie agresividad o violencia o se altere de forma reiterada y grave la normal convivencia del Centro. Puede prolongarse este aislamiento hasta siete fines de semana. Por la realización de faltas graves puede aislarse al preso hasta cinco días, además de la privación de permisos de salida hasta dos meses. Por faltas leves, se puede privar de paseos y actos recreativos hasta tres días.

La imposición de una sanción no prevista en el Reglamento da lugar a la comisión del 533 por sanciones indebidas. Constituiría delito el funcionario que aisle a un recluso en una caja “negra” o “ciega”, sin luz ni ventilación y sin condiciones de higiene mínimas³. Así lo recoge una sentencia del Supremo, pero puede considerarse una extralimitación tan inhumana que podrían consistir en torturas por el daño moral que puedes generar al preso que se encuentra sin libertad de movimiento en un estado reducido, en el que apenas puede respirar y no puede ver, sin saber cuándo lo sacarán de esa caja y, al sacarlo de esa caja, el miedo de no saber si lo volverán a meter en ella. Es un estado de angustia que suscita un daño moral tan grave que podría desde mi punto de vista no resultar sólo sanciones indebidas sino también entrar en concurso ideal con el delito de torturas⁴.

³ STS de 26 de octubre de 1989, RJ 1989/7752.

⁴ Portilla Contreras, Guillermo, (En prensa), “Delito de sanciones y privaciones indebidas y rigor innecesario”, Tratado de Derecho Penal español, Volumen IV, Tirant Lo Blanch.

Hay que destacar, como la sanción más grave de todas, la de aislamiento. Destaco el régimen de FIES (Ficheros de Internos de Especial Seguimiento) por ser una sanción permitida pero altamente polémica por las condiciones en las que el recluso que se encuentra en éste régimen especial debe soportar.

Para los presos que están en el primer grado, este régimen supone el aislamiento en celda de 20 o 21 horas diarias. Establece el 93 del Reglamento Penitenciario que la modalidad de vida en estos departamentos especiales se ajustará a:

“Los internos disfrutarán, como mínimo, de tres horas diarias de salida al patio. Este número podrá ampliarse hasta tres horas más para la realización de actividades programadas. Diariamente deberá practicarse registro de las celdas y cacheo de los internos. Cuando existan fundadas sospechas de que el interno posee objetos prohibidos y razones de urgencia exijan una actuación inmediata, podrá recurrirse al desnudo integral por orden motivada del Jefe de Servicios, dando cuenta al Director. Este cacheo se practicará en la forma prevista en el artículo 68. En las salidas al patio no podrán permanecer, en ningún caso, más de dos internos juntos. Este número podrá aumentarse hasta un máximo de cinco para la ejecución de actividades programadas. Los servicios médicos programarán las visitas periódicas a estos internos, informando al Director sobre su estado de salud. El Consejo de Dirección elaborará las normas de régimen interior sobre servicios de barbería, duchas, peluquería, Economato, distribución de comidas, limpieza de celdas y dependencias comunes, disposición de libros, revistas, periódicos y aparatos de radio y televisión y sobre las ropas y enseres de que podrán disponer los internos en sus celdas. Para estos departamentos especiales se diseñará un modelo de intervención y programas genéricos de tratamiento ajustados a las necesidades regimentales, que estarán orientados a lograr la progresiva adaptación del interno a la vida en régimen ordinario, así como a la incentivación de aquellos factores positivos de la conducta que puedan servir de aliciente para la reintegración y reinserción social del interno, designándose el personal necesario a tal fin.

En 2009 el Tribunal Supremo⁵ declaró el régimen de FIES “nulo de derecho” ya que Instituciones Penitenciarias no tenía competencias para establecer a través de circulares o

⁵ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 17 de marzo de 2009, RJ/2009/3085.

instrucciones unas normas de comportamiento distintas a las ya establecidas en una prisión. Entró por tanto a lo superficial del asunto, dejó pasar la oportunidad de entrar al fondo de la verdadera ilicitud de estos ficheros. Se basó en la naturaleza jurídica del Reglamento, ya que como reglamento interno organizativo no puede establecer normas de control y prevención aplicables a los internos muy conflictivos o inadaptados en la medida en que afecta a los derechos fundamentales de los internos. La sentencia versó sobre el principio de legalidad.

Ya en 2002, el Comité Contra la Tortura de la ONU consideró que “el régimen de FIES puede constituir en sí mismo maltrato”. Pese a esto, la Audiencia Nacional⁶ consideró que este régimen supone limitaciones, que practicadas con las garantías que para su imposición y aplicación establece la legislación penitenciaria vigente, no pueden considerarse como un trato inhumano y degradante, y que por tanto no vulneran el artículo 15 de la Constitución, ni tampoco el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Además, se estimó que los cacheos diarios y la revisión de las celdas durante la noche que no pueden superar una hora, no constituyen tratos degradantes ni inhumanos.

Tras esto, en 2011 el Gobierno aprobó el Real Decreto 419/2011 que modifica el Reglamento Penitenciario. Este volvía a dar legitimidad al régimen de FIES, un aislamiento tan criticado, con una clasificación por categorías, dependiendo principalmente de los delitos o infracciones cometidas por el recluso:

- FIES 1 CD (Control Directo). Internos considerados especialmente conflictivos y peligrosos, que han protagonizado alteraciones regimentales muy graves dentro de la prisión o en los traslados, poniendo en peligro la vida o integridad de funcionarios, autoridades, otros internos o personal ajeno a la institución.
- FIES 2 DO (Delincuencia organizada). Personas condenadas o procesadas por pertenencia o colaboración con organizaciones delictivas nacionales o extranjeras cuya finalidad sea la obtención de beneficios económicos. Por ejemplo, narcotráfico, blanqueo de dinero o tráfico de personas.
- FIES 3 BA (Bandas Armadas). Todos los pertenecientes a banda armada o grupos terroristas, y aquellos encarcelados por vinculación con dichos grupos. Normalmente los miembros de ETA son incluidos en el F.I.E.S.

⁶ SAN (Sala Contencioso-Administrativa) de 1 de marzo de 2004.

- FIES 4 FS (Fuerzas de Seguridad y Funcionarios). Reclusos que hayan sido miembros de las fuerzas de seguridad o del sistema penitenciario. En este caso, el régimen F.I.E.S. se les aplica para protegerlos del resto de presos y evitar peleas o agresiones.
- FIES 5 CE (Características Especiales). En esta categoría se incluyen diversos tipos de interno: internos vinculados a la delincuencia común de tipo internacional; autores de delitos muy graves que hayan generado una importante alarma social; los reclusos pertenecientes o vinculados a grupos violentos de carácter racista o xenófobo; internos que, sin estar procesados o condenados por terrorismo islamista, destaquen por su fanatismo radical afín al ideario terrorista, y por liderar o integrar grupos de presión o captación en el Centro penitenciario; también aquellos internos condenados por el Tribunal Penal Internacional y los que colaboraron con la justicia contra bandas terroristas u otras organizaciones criminales. También se incluían en este fichero hasta el 2006 los internos del FIES 1 que evolucionaban favorablemente y los condenados por negarse a cumplir el Servicio Militar o la Prestación Social Sustitutoria⁷.

Hago mención régimen de FIES de “Alfon”, antes de ser condenado por llevar gasolina y otros efectos en su mochila en una manifestación. En todo momento negé haberlos llevado. Se le condenó pese a haberse roto la cadena de custodia de la mochila donde presuntamente los portaba. Antes de ser condenado, se le puso en éste régimen. Para que pudiese estar en éste régimen, el reglamento habla de personas que tengan un historial penitenciario violento, pero Alfonso no había estado nunca en prisión; que perteneciese a grupos islamistas, lo cual tampoco se da; que haya ayudado a organizar grupos terroristas, que tampoco es así; o que haya cometido un delito grave de los que crean alarma social. Pero eso último tampoco se daba, porque Alfonso aún no había sido juzgado⁸.

4.2. Privaciones indebidas

Otra de las conductas que sanciona el 533 es privar indebidamente a un interno de una prestación a la que tiene derecho. Si además con estas privaciones se menoscaba otro derecho del recluso, se planteará un concurso de normas con tipos penales específicos: discriminación, interceptación de comunicaciones, coacciones, etc.

⁷ Fin de los módulos de aislamiento, Asaple. Disponible online: <http://www.asaple.com>

⁸ Íñigo Aduriz (2012), “El régimen penitenciario de “Anfon” implica una tortura psicológica”, Diario Público. Disponible online: <http://www.publico.es>

Sigo en la línea del 25.2, no se le puede privar al recluso de más derechos que aquellos que se vean expresamente limitados por el fallo condenatorio, sentido de la pena y la ley penitenciaria.

Habrà que distinguir entre los derechos constitucionales reconocidos al interno pese a su privaci3n de libertad y los derechos penitenciarios que surgen de la especial relaci3n jur3dica que obliga a la Administraci3n penitenciaria a velar por la vida, integridad, seguridad del interno y de la finalidad constitucional de la pena.

El art3culo 3 de la LGP dispone que la actividad penitenciaria se llevarà a cabo respetando los derechos del preso no menoscabados por la condena, sin que quepa discriminaci3n, por lo que podràn ejercitar derechos civiles, pol3ticos, sociales y econ3micos. Tiene derecho a preservar su intimidad, tambi3n en recuentos, registros, cacheos y traslados; a ser designado por su propio nombre; a que su condici3n sea reservada ante terceros sin que el funcionario pueda permitir el acceso de otras personas a los datos personales que se encuentren en ficheros penitenciarios prohibi3ndose ademàs a los funcionarios desvelar datos personales contenidos en los expedientes o protocolos de los internos; que no se vean obligados a vestir trajes que los identifiquen como reclusos; el derecho a una buena alimentaci3n; a la higiene personal; a una asistencia sanitaria adecuada; a comunicarse en su propia lengua; a los derechos culturales; al tratamiento penitenciario; a las relaciones con el exterior; a un trabajo remunerado; aunque no tengas los derechos bàsicos de sindicaci3n, huelga o negociaci3n colectiva.

Tambi3n pueden acceder a prestaciones p3blicas, a los beneficios penitenciarios, participar en actividades del centro, formular peticiones y quejas ante las autoridades penitenciarias y judiciales, a recibir informaci3n personal y actualizada de su situaci3n procesal y penitenciaria. Tienen, con limitaciones, derechos pol3ticos como los de asociaci3n y reuni3n, derechos civiles como el de propiedad, del que se desprende que el interno tiene derecho a adquirir algunos art3culos del economato (reconocidos en el art3culo 33 de la Constituci3n y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Uni3n, Constituci3n Europea).

Todos los anteriores son derechos constitucionales, pero tambi3n los presos cuentan de otra categor3a de derechos vinculada al r3gimen penitenciario (4.2 y 52.1 RP, 15.2 de la LGP):

deber de ser informados, sobre el horario del establecimiento, qué órganos lo gobiernan, cómo pueden dirigirse a ellos, de qué medios disponen para hacerlo real y para lograr determinadas prestaciones penitenciarias, cómo se puede elaborar y formular cualquier tipo de queja o recurso, a que les sean entregadas las normas de régimen interior del establecimiento.

También tienen derecho (artículos 41, 50, 55, 60 y 61 del Reglamento) a comunicarse con sus familiares, amigos y representantes acreditados; a participar en las actividades de orden educativo, recreativo, religioso, laboral, cultural o deportivo, así como en el desenvolvimiento de los servicios alimenticios, confección del racionado y control de calidad y precios de los productos vendidos en el economato; a participar en las distintas actividades existentes en el establecimiento, así como elegir y ser elegido como miembro en las comisiones de partición previstas legalmente.

A los internos habrá que proporcionarles información para que conozcan todas aquellas normas relacionadas con la disciplina penitenciaria y el procedimiento sancionador (44.1 LOGP y 59 de las Nuevas Normas Penitenciarias Europeas). Los derechos de los menores en los centros de corrección se encuentran en los artículos 40 a 53 del Reglamento de 2004.

Cuando el funcionario prive al interno de alguno de estos derechos u omite prestarlos, siempre que el preso no tenga alguno de estos derechos limitados por las circunstancias que expone el 25.2 de la Constitución y siempre que lo recoja la legislación penitenciaria, incurrirá en un delito de privaciones indebidas del 533⁹.

Como digo, estos derechos pueden verse limitados, como en el régimen de FIES que expuse anteriormente, en el que los internos se encuentran en un modelo especial con estas garantías, constitucionales y penitenciarias, restringidas.

4.3. Uso de un rigor innecesario

El Código Penal no nos da una definición de qué es “rigor innecesario”, lo cual falta al principio de taxatividad del artículo 15 de la Constitución. Al igual que el concepto de integridad moral, es un concepto que se ha tenido que definir a partir de la jurisprudencia. Jurisprudencia que es escasa sobre este delito, además.

9

El Reglamento penitenciario recoge en el artículo 4.2, a) “Derecho a que la Administración penitenciaria vele por sus vidas, su integridad y su salud, sin que puedan, en ningún caso, ser sometidos a torturas, a malos tratos de palabra o de obra, ni ser objeto de un rigor innecesario en la aplicación de las normas.”

El Tribunal Supremo, interpreta como rigor innecesario “la utilización de una dureza y severidad desproporcionada con la normativa de régimen penitenciario, por lo que es imprescindible para poderse apreciar esta figura del delito, que esta severidad o dureza esté en conexión con la actividad desarrollada por los presos o sentenciados, del que se deriva el carácter teleológico de esta figura o transgresión jurídica que exige que la acción, que realiza el funcionario o funcionarios de prisiones, sea ejecutada con el fin de mantener el régimen del establecimiento en el que se realizan los hechos”¹⁰.

Hay que diferenciar entre el rigor lícito o “necesario”, justificado por la aplicación de las normas penitenciarias, y el rigor innecesario, prohibido por el ordenamiento jurídico. Cuando sepamos que el rigor utilizado es ilícito, entonces habrá que ver si es un delito contra la integridad moral o contra los derechos de los internos. En ese momento, ubicaremos el delito dentro del delito de torturas, del 174 siempre que cumpla los elementos subjetivos del tipo o 175 si se trata de tortura gratuita, o si estamos ante un delito de rigor innecesario del 533, siempre que se pretenda mantener el régimen disciplinario y no en humillar al interno.

El artículo 45 del Reglamento establece un listado de causas en las que está permitido el uso de los medios coercitivos (los permitidos). El rigor utilizado en esos supuestos será lícito o necesario. El 72.1 del Reglamento alude a los medios coercitivos reglamentarios: “aislamiento provisional, fuerza, defensas de goma, aerosoles y esposas”. Es una lista cerrada, el uso de otros medios coercitivos supondrían el uso de un rigor innecesario¹¹.

Una Circular del Ministerio del Interior, I18/2007, permitía el uso de sujeciones mecánicas, refiriéndose a la posibilidad de inmovilizar mecánicamente a un interno mediante

¹⁰ STS de 5 de julio, TOL2.314.257.

¹¹ Portilla Contreras, Guillermo, (En prensa), “Delito de sanciones y privaciones indebidas y rigor innecesario”, Tratado de Derecho Penal español, Volumen IV, Tirant Lo Blanch.

elementos menos lesivos que unas esposas, con las correas de sujeción mecánica que se han diseñado para el ámbito sanitario, demostrándose constituir un medio menos lesivo. Esta posibilidad de del uso de la sujeción mecánica se da cuando el interno presenta una actitud violenta y agresiva, de manera que haya causado o pueda causar un daño, o siempre que concurren motivos sanitarios. Aunque la sujeción mecánica sí está permitida en el Reglamento de 2004 en centros de internamiento de menores, reconocida en el artículo 55.

Pero los principales problemas respecto de su aplicación surgen a la hora de diferenciarlo del delito de torturas. Para ello, explico las diferencias sustanciales en el apartado 9.

4.3.1. La integridad moral como bien jurídico

El rigor innecesario constituye un delito contra la integridad moral y contra las garantías de los presos. Pero, ¿qué es la integridad moral? La integridad moral es un concepto indeterminado por el código penal, que cuando hace mención a él se refiere a su menoscabo leve o grave. Por tanto es un concepto sujeto a medición, ¿pero cómo se mide el mayor o menor daño a la integridad moral? Es un concepto que se define en la jurisprudencia, pero su valoración por el juez será siempre subjetiva.

Una sentencia del Supremo¹² sobre delitos contra la integridad moral resolviendo un recurso de la Audiencia Nacional, figura que la tesis que acoge la Audiencia aprecia que sólo es típico el trato degradante cuando produzca menoscabo grave de la integridad moral. Afirma también, a través de jurisprudencia, que cuando el atentado sea cometido por un funcionario podría darse también el supuesto de atentados menos graves contra la integridad moral.

Ésta sentencia, en su fundamento cuarto, hace referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para aclarar cuál es el contenido jurídico del concepto de integridad moral. La jurisprudencia del TEDH lo viene definiendo como aquellos tratos que pueden “crear en las víctimas sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad, susceptibles

¹² STS 2100/2013 de

de humillarles, de envilecerles y de quebrantar en su caso su resistencia física y moral”¹³. Estos comportamientos violan el artículo 3 del Convenio Europeo, que dice que “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

El Tribunal Constitucional, sobre el artículo 15 que prohíbe de forma absoluta las torturas, los tratos inhumanos y tratos degradantes al determinar las palabras “en ningún caso” para la comisión de estos actos, con la pretensión de que no exista justificación legal que pueda salvar este precepto, afirma que esos tres actos se caracterizan por la irrogación de “padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infringidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente”¹⁴. Cada tipo de conducta prohibida se distingue por “la diferente intensidad del sufrimiento causado en una escala gradual cuyo último nivel estaría constituido por la pena o trato degradante”¹⁵. Para esta apreciación debe de concurrir “un umbral mínimo de severidad” conforme al TEDH.

Estas conductas constituyen un atentado “frontal y radical” a la dignidad humana, “bien porque cosifican al individuo, rebajándolo a un nivel material o animal, bien porque lo mediatizan o instrumentalizan, olvidándose de que toda persona es un fin en sí mismo”.

En cuanto al bien jurídico de la integridad moral, la doctrina viene conceptuándolo como el derecho de la persona a no sufrir sensaciones de dolor o sufrimientos físicos o psíquicos humillantes, vejatorios o envilecedores. El Tribunal Supremo ha venido señalando que la integridad moral se identifica con las nociones de dignidad e inviolabilidad de la persona, matizando que con el castigo de las conductas atentatorias a la integridad moral se pretende reafirmar la idea de que el ser humano es siempre un fin en sí mismo, sin que quepa la opción de cosificarlo, circunstancia que obliga a distinguir los simples ataques a la integridad física o psíquica de aquellos otros con repercusión directa en la dignidad humana. La integridad moral se configura como una categoría conceptual propia, independiente del derecho a la vida, la integridad física, la libertad o el honor.

¹³ SSTEDH de Irlanda c. El Reino Unido e Irlanda del Norte, de 18 de enero de 1978; caso Soering c. Reino Unido de 7 de julio de 1989; caso Tomasi c. Francia, de 27 de agosto de 1992; Caso Price c. Reino Unido e Irlanda del Norte, de 10 de julio de 2001.

¹⁴ SSTC 120/1990, de 27 de junio; 57/1994, de 28 de febrero; 196/2006, de 3 de julio; y 34/2008, de 25 de febrero.

¹⁵ SSTC 137/1990, de 19 de julio; 215/1994, de 14 de julio; y 34/2008, de 25 de febrero.

La Constitución y el Código Penal configuran la integridad moral como una realidad axiológica, independiente, tanto que se castigan en el código penal en concurso y separadamente las lesiones a estos bienes y a la integridad moral.

No cabe, afirma el Supremo, identificar la integridad moral con la dignidad humana, ya que viene reiterándose por la doctrina que la dignidad humana, más que un bien jurídico autónomo, constituye una síntesis de la totalidad de las dimensiones físicas y espirituales específicas de la persona humana que inspira y fundamenta todos los derechos fundamentales.

Un sector de la doctrina ha entendido que la integridad moral, tal y como se puso de manifiesto en el debate parlamentario, es un bien jurídico evanescente y abierto que presenta ciertos peligros para la seguridad jurídica. Es un bien jurídico difuso. Pero a pesar de ello, la integridad moral no es sólo un bien jurídico susceptible de delimitación de los bienes tradicionales, sino que como señalan algunos autores, en un Estado de Derecho no pueden admitirse con el argumento de su indeterminación, la existencia de zonas oscuras cuando el objeto de protección es un bien jurídico reconocido en la Constitución¹⁶.

Así, los delitos contra la integridad moral atentan contra la dignidad humana, cuando al sujeto se le niega su condición de persona y se le convierte en un simple objeto, se le degrada y se le somete a la voluntad de un tercero. De este modo, el Tribunal Supremo¹⁷ condenó a un vigilante de seguridad de un centro de menores que arrojó a una menor al suelo y le puso un pie encima de la cabeza al tiempo que la llamaba “chivata”. La menor acosada y en situación de refugio terminó suicidándose. No se calificó el hecho como grave, pero se calificó como rigor innecesario. Se fijó una indemnización en base del sufrimiento moral de la menor, llevándola al suicidio. No se toma como una razón de ser del importe sino como referencia para medir la entidad del daño moral.

¹⁶ R. Rebollo Vargas, (2007), *Los delitos contra la integridad moral y la tipificación del acoso psicológico u hostilidad en el proyecto de reforma del Código Penal*. Págs. 208-214.

¹⁷ STS (Sala de lo Penal) 718/2013 de 1 octubre. RJ 2013\6457.

5. SUJETOS

5.1. Sujeto activo

Es un delito especial propio en el que los posibles autores son los funcionarios de prisiones y los funcionarios de los centros de internamiento de menores. No entran en este tipo los vigilantes de seguridad de los centros de internamiento de menores, al ser estos centros pertenecientes a empresas privadas y no a la administración en un sentido estricto, como expongo más adelante en el apartado 6.

5.2. Sujeto pasivo

Sólo pueden ser sujetos pasivos los internos en centros penitenciarios o centros de internamiento de menores. Los extranjeros reclusos en centros de internamiento de extranjeros no podrían ser sujetos pasivos.

6. CENTROS DE INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS

Los reclusos en centros de internamiento de extranjeros a espera de su expulsión no gozan de los mismos derechos y garantías que los reclusos en centros penitenciarios. Es por esto que algunas veces se han pronunciado a favor de que estos extranjeros pasen a centros penitenciarios para pasar también a estar bajo estas mismas coberturas legales.

El problema que se plantea, y que impide que esto suceda, constituye un tema muy controvertido. Controvertido por su desproporcionalidad, ya que el inmigrante en situación irregular va a sufrir una privación de libertad de hasta 60 días por la comisión, no de un ilícito, sino de una infracción administrativa.

Las fases por las que un inmigrante en situación irregular pasa por las siguientes fases:

En primer lugar los Cuerpos de Seguridad realizan redadas migratorias. Ya en comisaría, el Instructor de Policía emite informe de situación de irregularidad para lo cual posee 48 horas. Tras esto, Subdelegación del Gobierno emite la orden de expulsión. El Juez de Instrucción de lo penal emite orden de internamiento en el plazo de 24 horas. Tras esto, el inmigrante pasa a los CIE, en el que se le aplicará el Reglamento Interno y en el cual puede perdurar un máximo de 60 días (pasó de 40 días a 60 días de máximo con la reforma de 2009 de la Ley de Extranjería). Un abogado de oficio interpondrá recursos para evitar su internamiento y su expulsión, a lo que el Juez de lo Contencioso Administrativo gestionará los

recursos interpuesto por el abogado. Por último, los Consulados se encargarán del reconocimiento de sus connacionales a lo que ya se hará definitiva la expulsión.¹⁸

Los puntos controvertidos que llevan a esta propuesta de que los internos en los CIE pasen a centros de internamiento de menores o prisiones son los siguientes:

En cuanto a la tutela judicial efectiva:

La tutela judicial efectiva se dificulta en el ámbito de los reclusos en centros de internamiento de extranjeros. Esto es así porque la persona detenida tiene tanto a su abogado como al juez del que depende dicho internamiento en localidades donde se han realizado las detenciones, por lo que existe un distanciamiento geográfico que imposibilita la tutela de las condiciones del internamiento.

Además, la asistencia letrada con la que cuentan no garantiza en muchos casos el derecho a la defensa, sino que suele restringirse a la autorización judicial del internamiento y a las alegaciones de 48 horas en el procedimiento administrativo, no siendo recurridas en muchos casos las resoluciones de expulsión en vía contencioso-administrativa. Ante esta escasa cobertura, los internos en centros de internamiento de extranjeros quedan muchas veces desconocedores de su situación jurídica y de los trámites sociales y penales de los que disponen y del periodo máximo en el que pueden estar internados.

Otra cuestión importante es que cuando la persona extranjera –notificada o no- es detenida y puesta a disposición judicial solicitando internamiento, en esa vista le asiste un abogado del turno de oficio distinto del que le asistió en la incoación, cuando sólo el de la incoación puede tener documentación acreditada de la situación de esa persona y de las actuaciones administrativas y judiciales que hubiera llevado a cabo. En estos casos, la indefensión es enorme pues el abogado que le asiste la petición de CIE no tiene la información suficiente de su defendido y a veces ni tan siquiera tiempo material para conseguirla¹⁹.

¹⁸ VVAA, (2009), *Voces desde y contra el internamiento de extranjeros*, págs. 23 a 33.

¹⁹ Adriana Jarrín Morán, Dan Rodríguez García, Javier de Lucas, *Centros de internamiento de extranjeros en España: Origen, funcionamiento e implicaciones jurídico-sociales*.

En cuanto a la intervención de intérpretes:

Los internos de centros penitenciarios gozan del derecho a que se refieran a ellos en su lengua o al menos de tener un intérprete a tal efecto. Pues a pesar de que este derecho también se recoge en la Orden Ministerial sobre CIE, en muchas ocasiones no se goza de intérpretes, a pesar de que gran parte de los internos no hablan español. Sin intérprete se imposibilita la posibilidad de ejercer su derecho a asistencia jurídica e incluso de conocer sus derechos y deberes en la situación que se encuentra. Ni tan siquiera la entrega de documentación alguna sobre régimen interior o su situación en el idioma de la persona internada.

En cuanto a la protección penal:

Al no ser los centros de internamiento de extranjeros centros penitenciarios -aunque son centros análogos donde los internos se encuentran privados de libertad hasta su expulsión- no se gozan en éstos de la protección que el Código Penal ofrece a los internos en centros de internamiento de menores y centros penitenciarios, como son los delitos de tortura o de rigor innecesario.

Esto da lugar a una protección penal escasamente garantista de sus bienes jurídicos como internos privados de libertad pero que se encuentran especialmente sujetos a estos centros de internamiento de extranjeros. Se trata de delitos especiales propios cometidos por funcionarios de prisiones o de centros de internamiento de menores, por lo que intentar aplicar estos delitos para los funcionarios de centros de internamientos de extranjeros sería una aplicación de los preceptos in malam partem.

Otras carencias:

No se permite en estos centros la intervención de los servicios sociales de las ONGs. Al contraste con los centros penitenciarios en los que las celdas por norma son de un máximo de dos personas, en los CIEs son de ocho. No disponen de mesita, lugar donde depositar su ropa, urinario o biblioteca. Además no disponen, como sí es así en prisiones o en los centros de internamiento de menores, de un sistema sanitario en condiciones. Es un sistema a base de ibuprofenos por lo que se pudo observar a partir del caso de Samba Martín, una congoleña que falleció en un CIE de Madrid donde no fue tratada de su criptococosis derivada del sida. La

criptococosis es una infección en los pulmones que debe tratarse para que no se extienda. Samba sólo fue atendida por un intérprete una de las diez veces que pidió asistencia médica, y en ninguna de esas ocasiones pese a presentar síntomas que evidenciaban una enfermedad grave se le realizó ningún análisis de sangre²⁰.

Según el Juez Ramiro García de Dios, Juez de vigilancia del CIE de Aluche, Madrid, los centros de internamiento de extranjeros son “espacios de gran opacidad, gran arbitrariedad y con una fuerte impunidad policial”. El papel de un juez de control de CIEs es el de un juez de garantía de los internos e internas. El único derecho que se pierde a la entrada en uno de estos centros es la privación de libertad, el resto de derechos que no son incompatibles con esta privación permanecen.

Un Juez de Instrucción no sabe dónde envía a un interno, a qué centro de internamiento. Según García de Dios, los jueces de instrucción, por lo general, no saben qué es un CIE. Esto no entra dentro de los planes de formación y no interesa mucho que se conozca. Un Juez de Vigilancia Penitenciaria, al contrario que un Juez de garantía, visita con frecuencia los centros de prisiones. Un preso tiene más garantías que un interno en un CIE. Tiene más garantías quien ha cometido un delito que quien está privado de libertad por una falta administrativa.

Según el Juez García, se trata de un sistema acusadamente policial. Hay gente armada, lo cual genera tensión, porque al más mínimo conflicto el interno tiene delante a una persona con un arma. Al ser 60 días el máximo de estancia del interno en un CIE, la impunidad se da por el pequeño espacio de tiempo del que se dispone para la resolución de conflictos ante situaciones complejas. Si el juez recibe una queja de maltrato, al día siguiente tendrá una entrevista con el interno. Al tercer día debe averiguar quién es y se lo pide al director del CIE, que puede tardar en contestar una semana. Mientras, han podido expulsar al interno. El director del CIE tiene la facultad de poner en libertad al interno, mientras que el juez, a rápido que actúe, depende de otros organismos. Ante la instrucción de un delito de tortura punitiva, el juez recoge el material y ha de mandarlo al decanato a reparto²¹.

²⁰ Altozano, Manuel, (2014), “La muerte de Samba Martine se podía haber evitado”, El País. Disponible online: <http://www.elpais.com>

²¹ Martín, Toni (2015), “García de Dios denuncia que un preso tiene más garantías que un interno del CIE”, La Marea. Disponible online: <http://www.lamarea.com>

7. CENTROS DE INTERNAMIENTO DE MENORES

Desde 2007 se viene denunciando que sobre el 70% de las cárceles de menores están en manos de fundaciones privadas sin ánimo de lucro que sin embargo sí perciben cada día por cada menor entre 300 y 500 euros diarios. Sólo Cataluña y el País Vasco han estado manteniendo cárceles exclusivamente públicas.

Félix Pantoja, fiscal del Tribunal Supremo que participó en la redacción de la Ley de Responsabilidad del Menor, dijo haber leído ya en 2001 (año en el que esta ley entró en vigor) un anuncio en prensa que rezaba “Empresa en expansión necesita educadores”. Se trataba de una cadena de empresas que ya controlan entorno al 70% de las cárceles de menores.

La abogada de la Coordinadora de Barrios de Madrid, Patuca Fernández, señalaba en 2012 que existe diversidad de tratamiento en los menores en un contexto de negocio. La privatización aleja la posibilidad de control que es esencial en las cárceles, pues “la ejecución de una medida de prisión implica una medida de contención. Toda nuestra configuración legal está prevista para que las personas que están privadas de libertad dispongan de mecanismos de protección, como es la posibilidad de denunciar torturas o rigor innecesario. Esto no se puede garantizar cuando los centros son privados”.

Voces de la Coordinadora para la Prevención de la Tortura advierten que la gestión privada de las cárceles aumenta la opacidad de forma exponencial en un contexto de negocio. Los casos se tornan difíciles de documentar, pues el secretismo en los centros y la vaguedad, como apunta la Coordinadora, con la que los menores de 14 a 16 años redactan las denuncias de los tratos que sufren dificulta su documentación.

Estas torturas, como clasifica Del Cura, se clasifica en tres tipos: insultos, tratos de tipo sexual y “sanciones arbitrarias”, que según su consideración podrían tratarse de torturas o rigor innecesario, yendo desde la privación de la comida hasta el aislamiento o los maltratos físicos.

La Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía recogió un informe en 2008 con 70 quejas relativas a centros de menores, donde el rigor innecesario, las privaciones y sanciones indebidas eran algo cotidiano. Como “la obligación de permanecer sentado en una silla mirando a la pared sin poder moverse lo más mínimo” o encierros en una habitación que podían prologarse desde una semana hasta 40 días en algunos casos.

En el caso del grupo empresarial DIAGRAMA, las denuncias le han llevado a cerrar algunos centros, como “Los Robles”, en Madrid. Pero la cadena sigue funcionando²².

8. LA PRIVATIZACIÓN DE LA SEGURIDAD EN CENTROS DE INTERNAMIENTO

Argumentan algunos artículos²³ que el fin de la violencia terrorista de ETA llevó al desempleo de muchos agentes de seguridad privada que escoltaban a políticos amenazados. Al verse prescindidos de estos servicios, se generó un plan de privatización desde el Gobierno de centros de menores y centros de internamiento de extranjeros. La empresa Ombuds, denuncia el CSIF, es una empresa que ha estado recibiendo varios encargos desde el Ministerio de Defensa. Fue esta empresa la beneficiaria del primer paquete de privatizaciones que incluyen la vigilancia en varias cárceles, como Logro, Castellón y Huelva entre otras.

El artículo 63 del Reglamento Penitenciario prevé que “la seguridad exterior de los Establecimientos corresponde a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o, en su caso, a los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas”. Hasta el momento, de ésta labor se ha estado encargando la Guardia Civil y, en algunas ocasiones como en los accesos principales, comparten labor con los funcionarios de prisiones. El año pasado se aprobó finalmente esta ley que llevaba en debate parlamentario desde 2012, la Ley 5/2014 de Seguridad Privada. Esta ley prevé en su artículo 41 de Servicios y Vigilancia de Protección que “En cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes, podrán prestarse los siguientes servicios de vigilancia y protección: a) Vigilancia perimetral de centros penitenciarios; b) Vigilancia perimetral de centros de internamiento de extranjeros; c) Vigilancia de otros edificios o instalaciones de organismos públicos”. Además, el artículo 40 prevé que los servicios de vigilancia y protección de perimetral en centros penitenciarios y de internamiento de extranjeros se harán obligatoriamente con armas de fuego.

Denuncian sindicatos como el CSIF, UGT y CCOO la privatización del servicio, que se llevó a cabo sin ninguna negociación con los sindicatos, y que la Ley de Seguridad Privada

²² (2012), “Cárceles de menores: el Estado se inhibe”, Diagonalperiódico. Disponible online: <http://www.diagonalperiódico.es>

²³ Marcos Paradinas, (2013), “El Gobierno prepara la privatización de la vigilancia en cárceles y centros de menores”, El Plural. Disponible online: <http://www.elplural.es>

contradice a la Ley General Penitenciaria. Advierte Adolfo Fernández, portavoz del CSIF, que la contratación de seguridad privada no sólo es más barata, es que además es susceptible de despido, mientras que esto no es así para un funcionario.

Con todo esto, nos explicamos las razones gubernamentales para haber planteado la seguridad privada de los centros de internamiento. Lo que no justifica que esta regulación sea contraria a una ley orgánica, la Ley Orgánica General Penitenciaria. Debería haberse reformado para la redacción de la Ley 5/2014. Aunque ya de por sí, la obra del legislador es torpe, ya que como mencioné con anterioridad, ya que el Reglamento Penitenciario desarrolla conductas que deberían encontrarse reguladas en la ley orgánica y no en un reglamento.

9. DELIMITACIÓN CON RESPECTO DEL DELITO DE TORTURAS

Es la diferenciación del tipo de tortura con respecto al delito de rigor innecesario lo que en la práctica judicial suele llevar a la aplicación residual del 533. La jurisprudencia ha seguido un criterio de diferenciación teleológico, la diferencia descansaría en la finalidad de la conducta, consistente en el deseo de rigor que resulta innecesario para mantener el régimen disciplinario cuando hablamos de rigor innecesario, y la finalidad de aumentar o agravar el estado de los reclusos en el delito de torturas.

Éste criterio de diferenciación teleológica no ha sido aceptado por la doctrina, los autores han dispuesto tres criterios diferentes de diferenciación:

Una opción doctrinal atiende a la diferente naturaleza de los delitos. Para Vives Antón, en el delito de rigor innecesario estamos ante una detención ilegal, que se caracteriza porque el internamiento del sentenciado tiene lugar bajo un régimen excesivamente riguroso, mientras que en el delito de tortura se regulan supuestos distintos de comisión de determinados hechos punibles con un determinado fin.

Otro sector de la doctrina delimita las dos figuras en función de los hechos cometidos por el funcionario. Señala Queralt que si los hechos no son por sí solos punibles o si el resultado se produce por imprudencia se aplicaría entonces el 533 y no el delito de torturas.

Otra dirección doctrinal, basándose en la legislación penitenciaria, liga el tipo de rigor innecesario a la aplicación de las normas penitenciarias, de modo que el 533 recogería aquellos supuestos de aplicación de las normas penitencias por los funcionarios que dolosamente causen

al recluso lesiones de los bienes jurídicos del interno en grado superior a lo permitido por las leyes penitenciarias, así como las privaciones indebidas de cualquier otro derecho que legítimamente le corresponda²⁴.

Siguiendo estas líneas doctrinales, el ámbito de aplicación de la tortura penitenciaria serían los atentados contra la integridad moral cometidos con el fin de castigar o de intentar obtener una información o confesión, mientras que el 533 se aplicaría a los supuestos de infracción de las garantías que la legislación penitenciaria establece para los reclusos. Si la infracción de estas garantías supusiera ya un atentado contra la integridad moral, cabe plantarse concurso con el apartado 2º del artículo 174 o con el artículo 175 si se realizasen estas conductas con otra finalidad. En todo caso, el delito de privaciones y sanciones indebidas y el uso de un rigor innecesario queda dentro de los delitos contra la integridad moral.

Es habitual en la práctica judicial hacer una distinción cuantitativa respecto del menoscabo a la integridad moral. Desde mi punto de vista se debe hacer una diferenciación cualitativa y no cuantitativa, ya que a la hora de encajar el daño a la integridad moral, si se hace una distinción cuantitativa toda lesión pueden entrar en el tipo de torturas. Siguiendo la línea de la diferenciación cuantitativa, se “cuantifica” el daño moral. Pero, ¿cuánto ha sido el daño moral que ha sufrido la víctima de estos tratos? En el ámbito moral, “cuantificar el daño” es algo que queda a la apreciación subjetiva de cada juez. En aras de una mayor protección del sujeto y pudiendo seguir en esta línea, se tiende a apreciar el delito de mayor gravedad, o sea, el delito de torturas. Así, en la práctica queda relegado el 533 a un uso residual en el cual se ha apreciado que el daño moral era de menor gravedad o menos lesivo al bien jurídico de la integridad moral.

Pero, desde el punto de vista de la diferenciación “cualitativa”, diferenciaríamos los dos tipos de un modo más adecuado. Podría entenderse que, cuando el legislador tipificó por separado el delito de tortura y el de rigor innecesario, es que pretendía que el rigor innecesario fuera de aplicación con otra finalidad y no la misma en diferentes grados del menoscabo a la integridad moral. Lo complicado es distinguirlos cuando la línea que los separa es tan fina y la práctica jurisprudencial tiende hacia la aplicación del delito de torturas, dejando al rigor innecesario en una especie de limbo doctrinal.

²⁴ Juan Muñoz Sánchez, (1999), *Los delitos contra la integridad moral*, Tirant lo Blanch, Valencia.

La diferenciación principal es la intención de los funcionarios o la parte subjetiva en ambos tipos. En el delito de torturas, el funcionario abusa deliberadamente de su cargo para ejercer tratos degradantes, mientras que en el delito de rigor innecesario el funcionario vulnera los derechos y garantías que ofrece la legislación penitenciaria y la Constitución al interno, pero esta vez desde el desconocimiento de sus facultades o incurriendo en un error en cuanto a sus capacidades para desempeñar sus funciones. En ambos casos, los funcionarios siempre son garantes de estos derechos de los funcionarios, pero en el 533 podríamos entender que la intención del funcionario no es la de incumplir estos derechos y garantías deliberadamente, incurriendo en un ilícito penal sino que, por propio desconocimiento, comete tal ilícito. Por tanto, lo que pretendería castigar el 533 es el desconocimiento de las facultades del funcionario de prisiones o el mal uso dado a estas. Pero también sería aplicable el 533 en aquellos casos en los que el funcionario cometa excesos dolosos con la intención de hacer cumplir la legislación penitenciaria²⁵.

10. ELEMENTO SUBJETIVO

Es un delito que sólo admite la modalidad dolosa. El funcionario ha de conocer que la medida aplicada, la sanción, la obstrucción al acceso o la privación de una prestación a la que el interno tiene derecho y el uso de un rigor desproporcionado no tienen amparo en la legislación penitenciaria.

Si el funcionario cree que tiene derecho a ejercer esa conducta, puede alegar un error de prohibición, que en este caso será vencible. Vencible en el sentido de que el funcionario debe, por su especial labor, conocer sus funciones y sus límites. Este error vencible actuará como un atenuante de la pena.

11. CONSUMACIÓN

Hay dos posibles posiciones, una que es un delito de simple actividad, se consuma en el instante en el que se impone la sanción indebida, se niega al interno un derecho que le corresponde o se emplea rigor innecesario. No requiere que se inicie el cumplimiento de la sanción, no se pueda hacer uso del derecho o que se padezcan las consecuencias del rigor innecesario. Aunque hay quien considera que es un delito de resultado, en el que la

²⁵ Portilla Contreras, Guillermo, (En prensa), “Delito de sanciones y privaciones indebidas y rigor innecesario”, Tratado de Derecho Penal español, Volumen IV, Tirant Lo Blanch.

consumación precisa que se lesione el derecho individual del interno a través de una acción u omisión idóneas. Considero que con la mera disposición de la sanción indebida se estaría cometiendo el delito, pero que para que se consumen los de privaciones indebidas y el uso de un rigor innecesario sí que debe desplegarse un resultado, una lesión a un derecho que tiene el preso o sufrir la imposición del rigor innecesario.

Si lo calificas como delito de simple actividad no podrá considerarse la tentativa ni la comisión por omisión. Me parece fundamental poder considerarlas, porque la intención dolosa del funcionario de cometer un exceso con la intención de hacer cumplir la legislación penitenciaria también debería sancionarse si esta conducta cesó por circunstancias ajenas a la voluntad del funcionario. Es más exacto además conocer del uso de un rigor innecesario o de la privación de un derecho cuando se está cumpliendo o cuando el preso comienza a sufrir las consecuencias. El TSJ de Andalucía mantuvo en una sentencia²⁶ que el 533 se consuma desde el momento en el que se realiza el mal trato al recluso. Esta línea de delito de simple actividad no deja lugar a la aplicación, como indico, de la tentativa.

12. JUSTIFICACIÓN DEL USO DE UN RIGOR NECESARIO

El art.15 de la Constitución española establece que “todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.”

Con la expresión “en ningún caso” se procura evitar que exista cualquier tipo de “excusa jurídica” por la que se permitan estos tratos. Hay que entender esta expresión en un sentido amplio, en cuanto a que el uso por parte del funcionario de la tortura u otros tratos degradantes no podrá considerarse idóneo ni en circunstancias políticas de normalidad ni de excepcionalidad como medio de solucionar conflictos por muy trascendentes que sean los intereses privados o estatales en juego²⁷.

La expresión “en ningún caso” viene prevista en el artículo 15 de la Constitución, por lo que es de fuerza normativa directa, de naturaleza imperativa e inderogable, incluso en situaciones de excepción o guerra.

²⁶ STSJ (Sala de lo Civil y Penal) 37/1999 de 9 de julio.

²⁷ Maqueda Abreu, *La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes*, cit. págs. 471 y ss.

Distintos Convenios internacionales, que versan principalmente de las torturas, vienen recogiendo que no podrán estar justificados estos actos en ningún caso, tampoco en cumplimiento de un deber ni en obediencia debida a un superior jerárquico.

Se entiende que la intención de la Constitución es una prohibición de estos tratos con carácter absoluto y sin que ninguna justificación jurídica pueda limitar esta prohibición tajante. Sin embargo, desde la perspectiva del Derecho penal, el rechazo a que exista alguna causa de exclusión de la responsabilidad penal en el delito de tortura o trato degradante no ha encontrado respuesta unánime. Hay autores, que defienden que un derecho no puede renunciar a sus principios por cuestiones de excepcionalidad de la situación del momento, y otros autores que exploran la posibilidad de excepcionar el castigo de estas conductas ante casos de legítima defensa, estado de necesidad o cumplimiento de un deber.

Es, en el delito de tortura, el principio de presunción de inocencia el que debería ser el freno a una justificación del delito. Pero qué principio puede poner freno al uso del rigor innecesario tal como lo entendíamos cuando hacíamos con anterioridad una delimitación del tipo con respecto al delito de tortura. En estos casos, toda respuesta excesiva o no prevista en el Reglamento Penitenciario se entenderá que de un rigor innecesario. Pero cabe una interpretación restrictiva, por la que la expresión “en ningún caso” no supondría la exclusión de las causas de justificación propias del derecho penal²⁸.

Cumplimiento de un deber y obediencia debida:

El uso de la violencia por parte de los funcionarios de prisiones y de centros de internamiento de menores debe ser racionalmente necesario y, además, debe obrarse sin extralimitación.

El Tribunal Supremo ha sostenido en varias sentencias²⁹ que cuando se trata de actuaciones de agentes de autoridad éstos tienen no sólo la facultad sino también el deber de

²⁸ María José Rodríguez Mesa. (2000) *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Comares.

²⁹ Entre otras: STS 1401/2005 de 23 de noviembre, STS 778/2007 de 19 de octubre y STS 1010/2009 de 27 de octubre.

actuar en el ejercicio de su cargo utilizando medios violentos, incluso las armas que reglamentariamente tengan asignadas, en su misión de garantizar la paz y el orden con la decisión necesaria y sin demora cuando de ello dependa evitar un gran daño, inmediato e irreparable, pero al mismo tiempo mediando los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad.

Debe existir necesidad en abstracto para que opere la eximente, es decir, que en el tiempo que transcurre hasta que el funcionario decida actuar conforme al cumplimiento de un deber, ha de realizar un juicio reflexionado, cuidadoso y legal. Cuando se rebase la racional legitimidad del medio utilizado, o sea, ante la ausencia de proporcionalidad, en vez de actuar ésta como eximente actuará como eximente incompleta.

13. PENA

La pena es de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años. Una sanción puede considerarse leve, pero no puede responder la pena de igual modo que en el delito de torturas que en el de rigor innecesario, que responde a un exceso en la actuación del funcionario de prisiones o del centro de internamiento de menores dentro del ámbito de lo que establecen la ley y el reglamento penitenciarios.

14. CONCURSOS

Cabe el concurso con los delitos de torturas, en concurso de normas. Cuando se efectúe una vulneración a integridad moral del interno, una de mayor y otra menor calado, entonces se hace imposible distinguirlo del 175. Si del uso de un rigor innecesario se derivan otros resultados como lesiones, la muerte, ataques a la integridad moral, etc, estaremos ante un concurso ideal de delitos, condenándose por el 533 más el delito que encaje en el resultado que se origine del uso de un rigor innecesario.

También cabe concurso de normas con el 530 y 531, cuando mediando causa por delito se prolongan los plazos o cuando se comunica indebidamente. Por especialidad se deberá optar. Sin embargo sí podrían aún entrar en concurso con el uso de un rigor innecesario³⁰.

³⁰ Portilla Contreras, Guillermo, (En prensa), "Delito de sanciones y privaciones indebidas y rigor innecesario", Tratado de Derecho Penal español, Volumen IV, Tirant Lo Blanch.

15. CONCLUSIONES

I

El hecho de que la rama de Derecho penitenciario no esté dentro de los planes de Derecho actuales nos hace a los juristas desconocedores de éste derecho. Queda al conocimiento casi exclusivo de los funcionarios de prisiones, lo cual facilita la opacidad de lo que ocurre en prisiones. Sí se imparte, sin embargo, en el plan de Trabajo Social, siendo su enseñanza tan importante o incluso más para los juristas, en aras de proteger a los internos ante posibles vulneraciones de sus derechos y con el fin, además, de saber interpretar éste derecho y la legislación penitenciaria. Además, hoy día no se llega a estudiar rúbrica de Delitos contra la Constitución, que es donde se estudiaba en el plan anterior éste delito del 533 y que es, a mi juicio, verdaderamente importante.

II

Dentro de las sanciones sí permitidas por la legislación penitenciaria nos encontramos numerosas vulneraciones a principios penales y constitucionales que el legislador no ha llegado a resolver, como la vulneración al principio de legalidad, encontrándose el elenco de sanciones en el Reglamento penitenciario y no en la Ley Orgánica General Penitencia al aludir a derechos fundamentales. Una de las sanciones más polémicas, como ya mencioné, es la del régimen de FIES, tan discutida por la doctrina. Es un régimen que en sí mismo supone una vulneración de la integridad moral, al apartar al hombre de su dignidad. Pero además lo aparta de la finalidad constitucional de la pena, que supone su reinserción. Es un régimen que el Supremo consideró nulo pero por encontrarse en el Reglamento y no en la LOGP, y que en 2011 se le volvió a conceder pese a todo pronóstico legitimidad. Es un modo de volver a penar al ya penado, por lo que desde mi punto de vista es un sistema que debería verse resuelto y que no es compatible con nuestro Estado de Derecho en la actualidad.

III

El legislador, a la hora de la redacción del artículo 533 excluyó de su redacción los centros de internamiento de extranjeros, por lo que los extranjeros que se encuentran en estos centros se ven desprotegidos de este tipo penal. Se ha argumentado hasta ahora en el hecho de que los CIEs no son estrictamente centros públicos, sino son más bien centros privados que dependen del Estado. Esto no es justificación, ya que más del 70% de los centros de internamiento de menores también son centros privados y sí cuentan con esta cobertura legal.

Al estar los internos de los centros de internamiento de extranjeros privados de libertad, debería equipararse a las prisiones y a los centros de internamiento de menores.

IV

La privatización de los centros de internamiento de menores lleva a un trato desigual de los menores y a un oscurantismo sobre lo que pasa dentro de estos centros. Por otro lado, la privatización de la seguridad exterior prisiones y de centros de internamiento de extranjeros recogida en la Ley de Seguridad Privada de 2014 contradice a lo dispuesto en el artículo 63 del Reglamento penitenciario, por lo que antes de ser aplicable lo dispuesto en la Ley de Seguridad Privada debería ser modificado el Reglamento penitenciario.

V

Es fundamental hacer una delimitación con respecto al delito de tortura, ya que debido a que se suele hacer una delimitación cuantitativa el delito de rigor innecesario queda relegado a un uso excepcional. La delimitación del delito de rigor innecesario con respecto al delito de tortura no debe ser cuantitativa, es decir, en función de la gravedad del daño al bien jurídico, sino cualitativa, es decir, en función de la intención o parte subjetiva. Mientras que en el delito de torturas el funcionario abusa deliberadamente de las funciones de su cargo en el delito de rigor innecesario el funcionario, bien por propio desconocimiento de los límites de la legislación penitenciaria comete el ilícito, o bien comete un exceso doloso con intención de hacer cumplir la legislación penitenciaria. Si realizásemos una distinción cuantitativa no se llegaría a utilizar el rigor innecesario, ya que en función de la gravedad puede encajar siempre dentro del delito de tortura.

16. BIBLIOGRAFÍA

- Adriana Jarrín Morán, Dan Rodríguez García, Javier de Lucas. Centros de internamiento de extranjeros en España: Origen, funcionamiento e implicaciones jurídico-sociales.
- Altozano, Manuel, (2014), “La muerte de Samba Martine se podía haber evitado”, El País. Disponible online: <http://www.elpais.com>
- Fernández Torres, María José, (2013), *El Delito de Tortura y su relación con Otros Atentados Contra la Integridad Moral*, págs. 34 a 47.

- Íñigo Aduriz (2012), “El régimen penitenciario de “Anfon” implica una tortura psicológica”, Diario Público. Disponible online: <http://www.publico.es>
- Juan Muñoz Sánchez, (1999), *Los delitos contra la integridad moral*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Landrove Díaz, (2004), *Introducción al Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 6º edición, págs. 55 y ss.
- Maqueda Abreu, *La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes*, cit. págs. 471 y ss.
- Marcos Paradinas, (2013), “El Gobierno prepara la privatización de la vigilancia en cárceles y centros de menores”, El Plural. Disponible online: <http://www.elplural.es>
- María José Rodríguez Mesa. (2000) *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Comares.
- Martín, Toni (2015), “García de Dios denuncia que un preso tiene más garantías que un interno del CIE”, La Marea. Disponible online: <http://www.lamarea.com>
- Portilla Contreras, Guillermo, (En prensa), “Delito de sanciones y privaciones indebidas y rigor innecesario”, Tratado de Derecho Penal español, Volumen IV, Tirant Lo Blanch.
- R. Rebollo Vargas, (2007), *Los delitos contra la integridad moral y la tipificación del acoso psicológico u hostilidad en el proyecto de reforma del Código Penal*. Págs. 208-214.
- VVAA, (2009), *Voces desde y contra el internamiento de extranjeros* Edición octubre 2009 (págs. 23 a 33). (2012), “Cárceles de menores: el Estado se inhibe”, Diagonalperiódico. Disponible online: <http://www.diagonalperiódico.es>
- Fin de los módulos de aislamiento, Asaple. Disponible online: <http://www.asaple.com>

17. JURISPRUDENCIA

- SSTEDH de Irlanda c. El Reino Unido e Irlanda del Norte, de 18 de enero de 1978.
- SSTEDH caso Soering c. Reino Unido de 7 de julio de 1989.
- SSTEDH caso Tomasi c. Francia, de 27 de agosto de 1992.
- SSTEDH caso Price c. Reino Unido e Irlanda del Norte, de 10 de julio de 2001.
- SSTC 137/1990, de 19 de julio.
- SSTC 120/1990, de 27 de junio.
- SSTC 57/1994, de 28 de febrero.
- SSTC 215/1994, de 14 de julio.

- SSTC 196/2006, de 3 de julio.
- SSTC 34/2008, de 25 de febrero.
- STS de 26 de octubre de 1989, RJ 1989/7752.
- STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 17 de marzo de 2009, RJ/2009/3085.
- STS 1401/2005 de 23 de noviembre, STS 778/2007 de 19 de octubre y STS 1010/2009 de 27 de octubre.
- STS (Sala de lo Penal) 718/2013 de 1 octubre. RJ 2013\6457.
- STS 2100/2013.
- STS de 5 de julio, TOL2.314.257.
- Sentencia de 1 de marzo de 2004 de la Sala Contencioso-Administrativa de la Audiencia Nacional.
- STSJ (Sala de lo Civil y Penal) 37/1999 de 9 de julio.