Colección *Historia del Derecho y de las Instituciones*

Director

Javier Alvarado Planas, *Catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.*

Comité Científico

Feliciano Barrios, *Catedrático de Historia del Derecho de la Universidad de Castilla-La Mancha y Académico Secretario de la Real Academia de la Historia.*

Alberto de la Hera, *Catedrático de Historia de América de la Universidad Complutense de Madrid.*

Juan Carlos Domínguez Nafría, *Catedrático de Historia del Derecho de la Universidad CEU-San Pablo y Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.*

Miguel Ángel Martorell Linares, *Catedrático de Historia del Pensamiento y de los Movimientos Sociales y Políticos de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.*

José María Vallejo García-Hevia, *Catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.*

Historia del Derecho Penitenciario

Javier Alvarado Planas

Coordinador

Mario Bedera Bravo

Juan Carlos Domínguez Nafría

Francisco Balbar

Javier Alvarado Planas

María Concepción Gómez Roán

María Soledad Campos Díez

Beatriz Badorrey Martín

Carmen Bolaños Mejías

Isabel Ramos Vázquez

Jorge J. Montes Salguero

Alfonso Serrano Maíllo

Dykinson, S.L.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970/932720407

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase *www.dykinson.com/quienes_somos*

© Los autores

Imagen de la portada: La ronda de los presos, óleo de Vincent Van Gogh (1890)

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91544 28 46 – (+34) 91544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
http://www.dykinson.es
http://www.dykinson.com

ISBN: 978-84-1324-148-7
Depósito Legal: M-17366-2019

Preimpresión:
Besing Servicios Gráficos, S.L.
besingsg@gmail.com

Índice

INTRODUCCIÓN 13

Capítulo I. El Derecho Penitenciario en la Edad Antigua y Media. De la custodia preventiva a la pena de privación de libertad 19

Mario Bedera Bravo

I. EL DERECHO PENITENCIARIO EN EL MUNDO ANTIGUO 19
I.1. La prisión en el Derecho ateniense 19
I.2. El encarcelamiento en el mundo romano 20
A. La prisión pública 21
B. La prisión privada por deudas 23
I.3. La antigüedad tardía: La prisión en el reino visigodo de Toledo 23
II. EL DERECHO PENITENCIARIO EN LA EDAD MEDIA 26
II.1. La prisión por deudas *(pro debito)* 27
A. Alta Edad Media 27
B. Baja Edad Media 29
II.2 La prisión derivada del delito *(ex delicto)* 32
A. Alta Edad Media 32
B. Baja Edad Media 34
II.3. Antecedentes de la pena privativa de libertad 36
BIBLIOGRAFÍA BÁSICA 38

Capítulo II. El Derecho Penitenciario en el Antiguo Régimen 39

Juan Carlos Domínguez Nafría

I. PENAS Y MEDIDAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD 39
II. GOBIERNO Y RÉGIMEN DE LAS CÁRCELES 41

III. LOS MÁS DESFAVORECIDOS Y EL CONTROL DEL RÉGIMEN CARCELARIO 48
IV. CÁRCELES DE MUJERES 50
V. GALERAS, PRESIDIOS Y TRABAJOS FORZADOS 51
BIBLIOGRAFÍA 55

Capítulo III. Cárceles y jurisdicciones especiales. Iglesia (Inquisición) y Ejército 57

Francisco Baltar

I. CÁRCELES Y JURISDICCIÓN ECLESIÁSTICA 57
I.1. Las cárceles de la Inquisición 58
II. CÁRCELES Y JURISDICCIÓN MILITAR 60
II.1. La pena de galeras, las galeras como cárcel 61
II.2. Los arsenales de Marina y los presidios penales militares 62
BIBLIOGRAFÍA 68

Capítulo IV. El Derecho Penitenciario: de la Ilustración al Liberalismo 69

Javier Alvarado Planas

I. INTRODUCCIÓN 69
II. EL REFORMISMO PENITENCIARIO DE ENTRESIGLOS 71
a) La finalidad correccionalista y resocializadora de la pena 71
b) Limitación de arbitrio judicial y penitenciario 73
c) La proporcionalidad y graduación de las penas; la privación de libertad como pena basal: 74
d) La individualización de la pena y la clasificación del interno 75
e) La igualdad en el cumplimiento de las penas y en el trato penitenciario 77
f) Especialización de la administración penitenciaria 77
g) Espacio y arquitectura penitenciaria especifica 79
BIBLIOGRAFÍA BÁSICA 81

Capítulo V. Precursores de la ciencia penitenciaria 83

María Concepción Gómez Roán

I. INTRODUCCIÓN 83
II. TOMÁS CERDÁN DE TALLADA (1533-1614) 84
III. JOHN HOWARD (1726-1790) Y LA CRÍTICA DE LAS PRISIONES 86
IV. JEREMY BENTHAM (1748-1832) Y LA UTOPÍA CELULAR 90
V. ORIGEN DE LOS SISTEMAS PENITENCIARIOS 93
VI. MANUEL MONTESINOS MOLINA (1796-1862) 97
VII. LA CIENCIA PENITENCIARIA MODERNA: EL CONSENSO INTERNACIONAL SOBRE EL SISTEMA PROGRESIVO Y LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA 101
BIBLIOGRAFÍA BÁSICA 105

Capítulo VI. Las cárceles de mujeres en la Edad Moderna y Contemporánea 107

María Soledad Campos Díez

I. ASPECTOS GENERALES 107
II. CONCEPTO Y TIPOS DE CENTROS DE RECLUSIÓN PARA MUJERES 108
III. CÁRCELES DE MUJERES EN LA EDAD MODERNA 110
III.1. Precedentes históricos 110
III.2. Las cárceles de mujeres en la Edad Moderna. La Contrarreforma católica y sus efectos en materia penitenciaria 111
III.3. Regulación y reformas ilustradas 113
IV. CÁRCELES DE MUJERES EN EL SIGLO XIX 115
IV.1. Legislación decimonónica para las Casas de Corrección de mujeres 115
IV.2. Una mujer excepcional; Concepción Arenal, su trabajo en materia penitenciaria 116
IV.3. Reformas y continuidad en la Restauración borbónica 117
V. PRISIONES DE MUJERES EN EL SIGLO XX 118
V.1. Hacia una Reglamentación unificada y un aumento de centros penitenciarios para mujeres 119

V.2. La Segunda República y Victoria Kent, Directora General de Prisiones ... 120
V.3. Dictadura y prisiones de mujeres: salud y moral de las presas y sus hijos ... 121
V.4. Democracia, principio de igualdad ante la Ley, en la prisión para mujeres ... 122
BIBLIOGRAFÍA BÁSICA ... 124

Capítulo VII. El Derecho Penitenciario en los inicios del Liberalismo: el tránsito hacia la modernidad ... 125

Beatriz Badorrey Martín

I. INTRODUCCIÓN ... 125
II. LAS CORTES DE CÁDIZ Y LA REFORMA PENITENCIARIA ... 126
III. LA REFORMA LIBERAL: LA INFLUENCIA DE LA DOCTRINA ... 128
III.1. Primeros trabajos de Derecho penitenciario ... 128
III.2. El Proyecto de Ley de 1820 y el Código Penal de 1822 ... 130
IV. LA REFORMA PENITENCIARIA EN LA ESPAÑA MODERADA: LA DOCTRINA ESPAÑOLA Y EL MARCO NORMATIVO ... 132
IV.1. Marcial Antonio López ... 132
IV. 2. La Ordenanza General de Presidios de 1834 ... 134
IV. 3. Ramón de la Sagra ... 135
V. EL MARCO NORMATIVO A MEDIADOS DEL SIGLO XIX: EL CÓDIGO PENAL DE 1848 Y LA LEY DE PRISIONES DE 1849 ... 139
V. 1. El Código Penal de 1848: Debate parlamentario ... 139
V. 2. La Ley de Prisiones de 1849: Debate Parlamentario ... 141
BIBLIOGRAFÍA BASICA ... 148

Capítulo VIII. El reformismo penitenciario español en la segunda mitad del Siglo XIX ... 149

Carmen Bolaños Mejías

I. INTRODUCCIÓN ... 149
I.1. Criterios y objetivos ... 149
I. 2. Sistema y régimen penitenciario: Marco jurídico ... 149
II. LA LEY DE PRISIONES DE 1849: PRIMERAS MANIFESTACIONES DE LA REFORMA ... 150

III. LA CONTINUIDAD NORMATIVA DURANTE EL SEXENIO REVOLUCIONARIO 152

IV. RESTAURACIÓN BORBÓNICA Y REFORMA DEL RÉGIMEN PENITENCIARIO 154

IV. 1. Desmilitarización e innovación laboral: La creación de los funcionarios de prisiones 154

IV. 2. La cárcel modelo de Madrid: Mito y realidad 158

IV. 3. Las Casas de Corrección para jóvenes 159

IV. 4. La penitenciaría de mujeres de Alcalá de Henares 161

V. CONCLUSIONES 162

BIBLIOGRAFÍA 164

Capítulo IX. El Derecho Penitenciario en la primera mitad del Siglo XX 165

Isabel Ramos Vázquez

I. ANTECEDENTES: LA REAL ORDENANZA DE PRESIDIOS DE 1834 Y SU DESARROLLO A LO LARGO DEL SIGLO XIX 165

II. LA DEROGACIÓN DE LA REAL ORDENANZA DE PRESIDIOS DE 1834: NUEVOS MODELOS PENITENCIARIOS A PRINCIPIOS DEL SIGLO XX 168

III. EL CIERRE DE LOS PRESIDIOS NORTEAFRICANOS, LA CREACIÓN DE LA COLONIA PENITENCIARIA DE EL DUESO Y LA LEY DE LIBERTAD CONDICIONAL DE 1914 173

IV. EL CUERPO CIVIL DE FUNCIONARIOS DE PRISIONES Y LA ESCUELA DE CRIMINOLOGÍA 175

V. LAS REFORMAS ACOMETIDAS DURANTE LA DICTADURA DE PRIMO DE RIVERA (1923-1931) 176

VI. EL DERECHO PENITENCIARIO DURANTE LA SEGUNDA REPÚBLICA 179

BIBLIOGRAFÍA 185

Capítulo X. El regimen penitenciario del franquismo 187

Jorge J. Montes Salguero

I. EL CÓDIGO PENAL DE 1944 Y LA LEGISLACIÓN ESPECIAL 187

II. LEGISLACIÓN PENITENCIARIA: EL REGLAMENTO PENITENCIARIO DE 1948 189

II.1. Sus disposiciones 189
II.2. Prisiones de mujeres 193
II.3. Régimen de Redención de penas 196
BIBLIOGRAFÍA 200

Capítulo XI. Las prisiones españolas en el periodo democrático 201

Alfonso Serrano Maíllo

I. LA LEY GENERAL PENITENCIARIA DE 1979 Y EL REGLAMENTO DE 1996 201
II. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA LEGISLACIÓN PENITENCIARIA 204
III. ORGANIZACIÓN GENERAL DE LOS ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS 207
IV. RÉGIMEN PENITENCIARIO 209
V. EL TRATAMIENTO PENITENCIARIO 213
VI. ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS 217
VII. EL SISTEMA PENITENCIARIO MILITAR 218
BIBLIOGRAFÍA BÁSICA 219

Anexo documental. Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos 221

INTRODUCCIÓN

Me cabe el honor y placer de presentar los trabajos sobre la *Historia del Derecho Penitenciario* elaborados por un ilustre equipo de profesores universitarios. En aras de la claridad expositiva, hemos optado por presentar los capítulos según la tradicional periodificación de la Historia en Antigua y Medieval, Moderna (con el epígono de la Ilustración) y Contemporánea, diferenciando en ésta, a su vez, en varias fases que tuvieron personalidad propia: el arranque del sistema liberal, la recepción de nuevas corrientes europeas en la segunda mitad del XIX, el sistema penitenciario de la primera mitad del siglo XX, franquismo y, finalmente, el tránsito a la actualidad.

Hemos procurado establecer nítidamente las características específicas del *derecho penitenciario* de cada periodo histórico, conscientes de que, en ocasiones, tales divisiones tienen algo de convención artificiosa que no siempre refleja fielmente la realidad histórica. Vayan por delante nuestras excusas por los inevitables solapamientos y duplicidades en algunos temas. Con todo, la evolución cronológica adoptada en este libro nos ha parecido la más coherente y pedagógica para mostrar los principales rasgos del derecho histórico penitenciario. Así, puede seguirse un *iter* en cuatro periodos:

1º *Prisión de custodia*: Durante la Edad Antigua y Media (y parte de la Edad Moderna), la cárcel no es una pena en sí, sino un medio para asegurar la presencia del acusado en el juicio. Por tanto, tiene un carácter temporal y preventivo.

2º *Prisión como castigo*: En la Edad Moderna, la pena de privación de libertad no es solo *ad custodiam* sino sobre todo *ad punitionem* y, además, como no debe suponer un gasto al Estado, el condenado ha de emplearse en trabajos forzados, fundamentalmente de carácter militar (en la construcción de edificios o navíos, como galeotes, en minas y fábricas para la obtención y fabricación de los componentes necesarios para fabricar pólvora, y otros enseres militares, etc.).

3º *Prisión correccional*; Aunque la idea de que la pena de prisión había de cumplir también un fin correccional y moralista, lo cierto es que en la segunda mitad del XVIII, la Ilustración la elevó a la categoría de principio político y jurídico.

4º *Tratamiento individualizado de la pena*, fruto del liberalismo, el constitucionalismo y el desarrollo de la ciencia penitenciaria, que considera que la pena de

cárcel debe servir para reinsertar al delincuente mediante un estudio científico de su situación, caso por caso.

1º En efecto, buena parte del repertorio de penas conocidas en la Edad Moderna eran ya aplicadas en Grecia y Roma. Decía el jurista Ulpiano que «la cárcel debe servir no para el castigo de los hombres, sino para su guarda» (Digesto, 48, 19, 8, 9). Tenemos documentados los trabajos forzados en minas y en canteras, limpiado de alcantarillas, construcción o reparación de vías. En todo caso, la retención en la cárcel solo era concebida como medio de custodia del detenido antes de ir a juicio o como medio de presión para que pagara sus deudas.

También durante la Edad Media, la cárcel no era una pena en sí misma, sino que servía para custodiar al detenido en espera de juicio. La mera retención indefinida, o por un tiempo apreciable en un edificio habilitado al efecto, resultaba antieconómica y poco práctica. Por supuesto que, a las penas más utilizadas en aquellos tiempos, como la composición o indemnización pecuniaria, la muerte, mutilación, azotes, y otras infamantes (decalvación y marca en la piel), se unían otras que cumplían la función de privación perpetua o temporal de libertad tales como las de galeras o trabajos forzados en minas o edificaciones públicas. En este sentido, una pena ampliamente utilizada en el derecho romano y, sobre todo, en los derechos germánicos (incluido el derecho visigodo), fue la entrega del condenado a manos de la víctima o, si éste había fallecido, a manos de sus familiares, a fin de que estos le hicieran lo que quisieran (*traditio in potestatem* o *traditio ad libitum*), desde matarlo o, lo más frecuente, convertirlo en su esclavo. Esta pena cumplía la función retributiva y vengativa de privar de libertad al condenado y además le obligaba a trabajar en beneficio de la víctima en condiciones especialmente humillantes. Por tanto, la pena no pretendía la corrección del delincuente, sino que satisfacía el derecho de venganza de la víctima o de sus familiares en una sociedad que todavía otorgaba a los grupos familiares ciertas facultades de autotutela.

Por tanto, la cautividad implicaba la prisión preventiva y temporalmente limitada hasta que se sustanciara el proceso, o de custodia para aquellos que debían pagar una deuda o esperaban la aplicación de la pena de muerte. En el siglo XIII, las Partidas (VII, XXIX, 7) establecen que: "Guardado deve ser el preso en aquella prision, o en aquel lugar do el judgador mando que lo guardassen, fasta que lo judguen para justiciarlo, o para quitarlo. Otrosi mandamos que ningun pleyto criminal non pueda durar mas de dos años: e si en este medio non pudieren saber la verdad del acusado, tenemos por bien que sea sacado de la carcel en que esta preso, e dado por quito». Como la prisión preventiva era temporal, se creía que la breve estancia del detenido no merecía que se destinasen recursos a las condiciones materiales de las celdas. Además, para la mentalidad de la época, los acusados no eran meramente sospechosos, sino que ya estaban socialmente marcados con la tacha de la culpabilidad, de modo que la prisión preventiva se consideraba una forma de pena anticipada.

Se ha señalado que la consideración de la reclusión como pena autónoma se origina en el derecho canónico, concretamente, a la pena de clausura en

monasterio para cumplir penitencia. Las reglas de estos recintos *penitenciarios* nos ilustran sobre algunas de las medidas que delimitaban las condiciones de vida de los penitentes y la salubridad de las celdas. Así, por ejemplo, era importante que tuvieran suficiente luz natural para que pudieran leer la Biblia y otros libros religiosos que propiciaran el examen de conciencia y la reconciliación. La pena o penitencia de reclusión de los religiosos en monasterios o celdas (*detrusio in monasterium*) a causa de sus delitos o pecados graves fue luego imitada por la jurisdicción secular para aplicarla a miembros de la familia real o de la nobleza que habían cometido delitos de traición o que representaban un peligro para la seguridad del reino. Dado que el estatuto de la nobleza impedía que se les aplicasen determinadas penas corporales o infamantes, se les confinaba en un castillo, torre o fortaleza a la espera del perdón regio. También se ha afirmado que el sistema de reclusión penitencial aplicado por la Iglesia introdujo la idea de que la corrección del delincuente era posible no solo mediante medidas de fuerza o intimidación, sino también mediante la meditación, el examen de conciencia, la oración y el arrepentimiento. Sin embargo, lo cierto es que estas prácticas no lograron modificar el sistema eclesiástico penitenciario de la época. De hecho, también las propias autoridades eclesiásticas aplicaban la pena de cárcel utilizando mazmorras o sótanos oscuros y sin ventilación; por ejemplo, los llamados «plomos» (por su única trampilla de plomo situada en el techo).

2º En la Edad Moderna se generaliza el empleo de los condenados como mano de obra para fines militares, en las galeras, construcción de edificios militares, minas (de salitre para la pólvora), talleres de fabricación de enseres militares, arsenales para la construcción de navíos, etc. En España una de las primeras disposiciones en ese sentido fue la pragmática de 1530 de Carlos I por la que se conmutaban las penas corporales por las de trabajos en minas o galeras. Las necesidades militares de una Europa casi en perpetua guerra, hizo que los vagos tuvieran también esta consideración. A esta política penitenciaria fundamentalmente condicionada por las necesidades militares, hay que añadir la deficiente administración penitenciaria. En efecto, dado que frecuentemente el Estado otorgaba los cargos de dirección de las cárceles (alcaides) mediante venta o arrendamiento, los beneficiarios habían de sacar provecho de su gestión, lo cual se traducía en la institucionalización de abusos y corruptelas en todos los niveles dentro de la prisión. Por lo demás, la inexistencia de un marco normativo específico que regulara el régimen interno de las cárceles y de los presos, favorecía que los jueces y alcaides dispusieran de amplias facultades para modificar las penas de los condenados una vez dentro de la prisión.

Para el pensamiento Ilustrado, la riqueza de las naciones dependía del fomento de la educación, la industria y el trabajo de sus habitantes; a estos efectos, la enorme masa de delincuentes, vagos y mendigos no solo no contribuían en nada al progreso de su país, sino que eran además una carga para el Estado. Por eso, frente al principio político-penal seguido en el Antiguo Régimen de aplicar la «máxima severidad en el castigo», ahora primará el utilitarismo penal. Los penados y personas sospechosas (vagos y mendigos) debían ser útiles desempeñando trabajos forzados al servicio del Estado. Fruto de la concepción utilitaria del castigo,

penalistas como Beccaría o Bentham, entre otros, defenderían que la pena debe servir para reinsertar al preso, es decir, que la pena sea útil a la sociedad y al propio reo y que no solo sirviera de castigo. No solo en el siglo XVIII, sino que también durante buena parte del XIX el *utilitarismo* determinado por las necesidades militares del Estado continuará siendo la base del derecho penal. Los condenados son destinados a enrolarse en el ejército o a trabajar a su servicio (en las minas de Almadén, presidios en el Norte de África, arsenales de Cartagena, Cádiz, El Ferrol, etc.). Igualmente, las prisiones son fundamentalmente gestionadas y dirigidas por militares.

3º Sin embargo, el vindicativo discurso de algunos Ilustrados (el denominado *Iluminismo penal*), luego madurado por los ideólogos del liberalismo (la filosofía de los Derechos Humanos) partidarios de la dignificación y humanización de las penas, contribuyó decisivamente a emprender el camino de las reformas legislativas en defensa de la proporcionalidad de la pena, la supresión de las penas corporales e infamantes, el recurso a las penas de multas e indemnizaciones, y, sobre todo, de la postulación de la pena privativa de libertad como pena general y ordinaria. En este sentido, una de las críticas más comunes efectuada por el *iluminismo penal* se refería al abuso de la prisión preventiva. Así, se exigía una justicia rápida que evitase las dilaciones excesivas, especialmente cuando el acusado estaba en prisión provisional; «cuando la cárcel es sólo la simple custodia de un ciudadano hasta tanto que sea declarado reo; y esta custodia, siendo por su naturaleza penosa, debe durar el menos tiempo posible La prontitud de las penas es más útil porque cuanto es menor la distancia del tiempo que pasa entre la pena y el delito, tanto es más fuerte y durable en el ánimo la asociación de estas dos ideas *delito y pena*" (Beccaria, *Tratado de los Delitos y de las Penas*, capítulo XIX). Proponía Voltaire que no se pudiera encarcelar a un ciudadano sin formarle proceso ante sus jueces naturales (Voltaire, *Diálogos*) y denunciaba la excesiva duración de la prisión provisional que podía convertirse en una pena extralegal o peor aún, un medio de presionar al acusado encerrándole en un calabozo abandonado a su desesperación con el fin de interrogarle cuando su memoria está perturbada por las angustias del miedo; «¿no es como atraer un viajero a una cueva de ladrones para que lo asesinen?» (Voltaire, *Prix de la justice et de l´humanité*). Para combatir tal abuso, proponía que se multara a los jueces que se excedieran al aplicarla, tal y como sucedía en Inglaterra, donde un ministro de Estado que mandara encarcelar infundadamente a un hombre, era multado con cuatro guineas por la primera hora y dos guineas por cada una de las siguientes (Voltaire, *Prix de la justice et de l´humanité*). Gaetano Filangieri (1752-1788), autor de la notable e influyente obra *La Scienza della Legislazione* defendía «no recurrir en la citación a la captura sino en aquellos casos en que se pueda sospechar la fuga del acusado, procurar que aun en tales casos la custodia del acusado no sea indigna de un inocente" (Cayetano Filangieri, *Ciencia de la legislación*, traducción de Juan Ribera, tomo III, Madrid, 1821, p. 80).

4º A finales del siglo XVIII y durante el XIX la formulación político-administrativa de los derechos humanos propiciada por el primer liberalismo abrazó el principio de legalidad y desplegó diferentes Códigos por materias. Los Códigos

penales y procesales, cada vez más garantistas y preocupados por limitar el arbitrio judicial, impulsaron la ciencia penitenciaria y, más específicamente, los medios de individualización judicial y administrativa de la pena. Si bien en el Antiguo Régimen el arbitrio judicial pudo servir en ocasiones para moderar o suavizar los desproporcionados castigos previstos por el legislador, generalmente fueron cuna de feroces abusos que obraron en perjuicio del acusado, cuya situación quedaba a merced del juzgador, de modo que el primer liberalismo aspiró a erradicarlo casi por completo. Para ello, exigía que las sentencias estuvieran motivadas, que las penas estuvieran claramente determinadas y graduadas en función de una serie de elementos (intencionalidad del acusado, gravedad del hecho, daño causado, y otras circunstancias modificativas de la responsabilidad penal). En definitiva, este derecho liberal obligaba a los jueces a motivar la pena caso por caso. Pero lo cierto es que la eliminación del arbitrio judicial impidió que los tribunales matizaran y adaptaran las leyes al caso concreto. La rígida aplicación del principio de legalidad derivó en nuevos errores judiciales que originaron la aparición de nuevas voces partidarias de conciliar el principio de legalidad con la necesidad de individualizar la pena caso por caso.

No vamos a resumir aquí las doctrinas más influyentes en el desarrollo de la ciencia y legislación penitenciaria (la Escuela clásica, la Escuela positivista italiana, la Escuela sociológica francesa, la Escuela de la enmienda alemana, la Escuela correccionalista, etc.). O el destacado papel desempeñado por los congresos penitenciarios internacionales celebrados a finales del XIX y el XX en orden a establecer consensos sobre la adecuada práctica penitenciaria y que, finalmente llevaron a la hegemonía de la consideración de la pena como instrumento de reinserción social a través de un tratamiento individualizado.

No obstante, como en ocasiones el tratamiento individualizado de la pena llevaba consigo una aplicación desigual del derecho, ello llevó paradójicamente a situaciones de discriminación contrarias al principio de igualdad ante la ley. Así las cosas ¿cómo compatibilizar el tratamiento individualizado de la pena con el principio de igualdad ante la ley? A partir de la segunda mitad del siglo XX, las nuevas tendencias penitenciarias denominadas *neoclásicas* criticaron los excesos de las ideologías resocializadoras del derecho penal que abrían las puertas a la desigualdad, y propugnaron una cierta vuelta al modelo tradicional más preocupado por las garantías procesales, la proporcionalidad, la seguridad jurídica y la igualdad.

Y aunque todavía en nuestros días persiste este debate, lo cierto es que parece haberse alcanzado un acuerdo de mínimos. En efecto, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas aprobó el 31 de julio de 1957 y el 13 de mayo de 1977 las *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*, que luego fueron adaptadas al ámbito europeo en 1973 y 1987 por el Consejo de Europa.

Estos y otros problemas han sido abordados en el presente libro, y a él me remito para que el lector interesado pueda profundizar en la procelosa historia de los sistemas penitenciarios. A través de ella podrá comprobar cómo en este caso, y más que en otros, el derecho se ha abierto paso a costa de sangre, sudor y lágrimas, pues trata de legisladores más o menos afortunados, jueces y carceleros

justos o venales, infelices ajusticiados, delincuentes con o sin remedio y también de sus víctimas, casi siempre preteridas. En fin, de la lucha para que la justicia y el derecho se acerquen lo más posible.

Javier Alvarado Planas
Catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones
Universidad Nacional de Educación a Distancia

Capítulo IV

El Derecho Penitenciario: de la Ilustración al Liberalismo

Javier Alvarado Planas
Universidad Nacional de Educación a Distancia

I. INTRODUCCIÓN

En otra ocasión hemos explicado la influencia de la Ilustración en las reformas del derecho penal del Antiguo Régimen[1]. Algunas de las críticas medulares al antiguo sistema penal se referían a la *falta de imparcialidad del juez*, que instruía y a la vez sentenciaba en la misma causa, y además participaba económicamente en el reparto de las penas pecuniarias llegando en ocasiones a negociar con el reo una rebaja a cambio de que éste no recurriera el fallo y pudiera cobrar antes. Debido a la *inferioridad procesal del acusado*, no existía la presunción de inocencia, de modo que el sistema probatorio estaba orientado a conseguir la condena del acusado; la confesión arrancada en el tormento era prueba decisiva, pero la declaración de inocencia bajo tortura no era vinculante. Las garantías procesales eran escasas no solo por la evidente desigualdad ante la ley (por ejemplo, muchos delitos eran objeto de indulto mediante pago al Estado, lo que favorecía la impunidad de las clases pudientes), sino también por la inexistencia de un sistema de penas fijo y objetivo que dejaba a los jueces un excesivo margen de libertad para interpretar la ley o aplicar penas. Fraudulentamente, el tiempo de prisión provisional o de custodia era alargado abusivamente, incluso durante años, de modo que se había convertido en una pena adicional. Incluso, cumplida la condena, existían diversos procedimientos por los que los jueces y las autoridades penitenciarias tenían facultad para mantener en prisión al reo.

A partir de segunda mitad del siglo XVIII las reflexiones doctrinales y las propuestas de reformas legislativas inundaban Europa de la mano de italianos como Vierri, Filangieri, Romagnosi, Pagano o Beccaria; franceses como Brissot de Varbille, Pastoret, Marat, Lacretelle, Servan, Bexon; austro-alemanes como Sonnelfels y Feuerbach. Como se ha dicho, la Ilustración y sobre todo el liberalismo,

1 Javier ALVARADO, «La Ilustración y la humanización del Derecho penal», en *Historia del delito y del castigo en la Edad Contemporánea*, coord. por Javier Alvarado y Miguel Martorell, Madrid, 2017, pp. 19-41. Para el estudio del derecho penal del Antiguo Régimen en España vid. Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta (Siglos XVI, XVII y XVIII),* Salamanca, 1969; José Luis de LAS HERAS, *La Justicia penal de los Austrias en la Corona de Castilla*, Salamanca, 1991. Para su evolución en Francia vid. J. M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, París, 2000. Para el estudio del derecho penitenciario vid. Isabel RAMOS VÁZQUEZ, *La reforma penitenciaria en la historia contemporánea española*, Madrid, 2013.

supusieron una lenta pero imparable reforma de las antiguas concepciones penales que por su «natural e ingénita irregularidad» propiciaban la «opresión». La reforma pasaba por «derribar un coloso erigido durante muchos siglos»[2].

En la primera mitad del XIX el *liberalismo* se extendía lenta pero imparable por Europa. La idea esencial del liberalismo descansaba en la necesidad de reducir la intervención del gobierno a las funciones estrictamente necesarias para asegurar las libertades. A estos efectos, el dogma de la separación de poderes propuesto en su momento por Locke, desarrollado por Montesquieu y luego aplicado por Sieyés, fue un instrumento eficaz para delimitar el poder político. Pero ¿quién y cómo se establecen los límites? A la anterior conquista jurídica, hay que añadir otra revolucionaria conquista política; el principio de la soberanía nacional (o popular, para los más radicales). En su virtud, corresponde a los ciudadanos de cada país la redacción y aprobación de sus leyes, así como la decisión sobre la forma y sistema que ha de adoptar el Estado y el Gobierno (poder constituyente). En definitiva; soberanía nacional, representación política, respeto a los derechos y libertades civiles (de propiedad, de reunión, de expresión, de culto, prohibición de detenciones arbitrarias, etc.), división de poderes, imperio de la ley, Estado de Derecho, etc. son los principios jurídicos que contribuirán a transformar el viejo derecho y a alumbrar un nuevo Derecho público y privado (materializado generalmente en Constituciones y Códigos) que irá de la mano de una nueva generación de juristas.

En el campo del derecho penal, las ideas de la Ilustración y luego del liberalismo también recorrieron España. Se traducía y comentaba a Montesquieu, Voltaire, Beccaría, Filangieri, Howard, Bentham La recepción en España de las nuevas corrientes de la ciencia penal y penitenciaria se produjo lenta pero imparable de la mano de autores como Manuel de Lardizábal, Jovellanos, Meléndez Valdés, Torres Villarroel, José Marchena, León del Arroyal, Cabarrús, Ibáñez de la Rentería, Valentín de Foronda, Quintana, Martínez Marina, Ramón Salas, Toribio Núñez, Antonio López, Agustín de Argüelles, Calatrava[3]… En las Cortes de Cádiz quedó abolida la pena de horca por decreto de 24 de enero de 1812. La trascendencia penal se prohibía mediante el artículo 305 de la Constitución gaditana. También se suprimió, por Decreto de 17 de agosto de 1813, la pena de azotes por ser contraria al pudor y dignidad de hombres libres. La abolición de la tortura se llevó a cabo primero en el Estatuto de Bayona (art. 133) y más tarde por las Cortes de Cádiz (sesión del día 22 de abril de 1811) cuyo contenido quedó escuetamente recogido en el art. 303 del texto constitucional: «No se usará nunca del tormento ni de los apremios». En 1822 fue aprobado un nuevo Código Penal que fue redactado fundamentalmente por Calatrava como Ministro de Justicia que, según confesaba; «he tomado muchas cosas del Código penal francés, así como de las obras de Bentham, de Filangieri, de Bexon y de los demás que he tenido a mano». Las Actas de las sesiones reflejan la frecuente invocación a las doctrinas de Montesquieu, Voltaire, Beccaria, Benthan, Filangieri, Diderot, Lardizabal, etc. También allí quedó consagrada la *individualización de la pena* mediante un sistema tasado que obligaba a

2 Carta de Mario Pagano al Regio Consigliere Signor Cavaliere D. Luigi Medici dei Principi d'Ottiano, en *Consideraciones sobre el proceso penal*, Milán, 1801, p. III.

3 Aniceto MASFERRER DOMINGO, *Tradición y reformismo en la codificación penal española*, Jaén, 2003.

los jueces a imponer la pena en su grado máximo, medio o mínimo atendiendo a la existencia de circunstancias atenuantes o agravantes.

II. EL REFORMISMO PENITENCIARIO DE ENTRESIGLOS

Entre los siglos XVIII y XIX la doctrina penal, la ciencia penitenciaria y, finalmente, el legislador, darán paso a ciertas ideas y principios que sentarán las bases de un nuevo derecho penitenciario. Entre las características del nuevo derecho penitenciario liberal vamos a destacar las siguientes:

a) La finalidad correccionalista y resocializadora de la pena.

b) La limitación de arbitrio judicial y penitenciario.

c) La necesidad de proporcionalidad y graduación de las penas, siendo la privación de libertad la pena basal.

d) La individualización de la pena y la clasificación del interno.

e) La igualdad en el cumplimiento de las penas y en el trato penitenciario.

f) La profesionalidad y especialización de la administración penitenciaria.

g) La necesidad de un espacio y arquitectura penitenciaria especifica.

Comentaremos sucintamente cada una de ellas.

a) La finalidad correccionalista y resocializadora de la pena

La religión ha condicionado la evolución del derecho. En la medida en que el monarca era vicario de Dios en la tierra y actuaba por delegación suya, el derecho había de coincidir o al menos inspirarse en la ley religiosa. Si el derecho había de reflejar la ley moral, su desviación o incumplimiento era pecaminoso. Por tanto, para el derecho penal anterior a la Ilustración el delito constituía una forma de pecado de modo que la pena había de cumplir una función expiatoria o penitencial. Sin embargo, las tendencias secularizadoras del derecho propugnadas por ilustrados y liberales contribuyeron a que se dejara de considerar el delito como un pecado y el delincuente como un pecador, sino un “enfermo” moral, un ignorante o un inadaptado social. Ya en el siglo XVIII muchos juristas pensaban que ciertos delitos o bien competían solo a las autoridades religiosas, o eran absurdos, como por ejemplo la magia, pues «se podría probar que no existe» (Montesquieu, Espíritu de las Leyes, 12, 6). Gaetano Filangieri proponía destipificar varios delitos de contenido religioso como «los delitos de encantamiento, magia, sortilegio, hechicería, adivinación, agüeros, interpretación de sueños, incubismo, sucubismo, etc., nombres eternamente memorables en la historia de las desgracias, de los errores y de la superstición de los pueblos» (Ciencia de la legislación 3, 55). Por supuesto que tal separación nunca fue nítida, pues hubo ilícitos de contenido religioso que se siguieron considerando delitos, como la herejía o la blasfemia. De hecho,

ni siquiera el primer liberalismo llevó a cabo una total secularización del derecho. Recordemos que los primeros reformadores penitenciarios como Howard o Bentham basaban la reinserción del delincuente en la lectura de la Biblia. Pero además de esta consideración, la pena tenía una finalidad retributiva e intimidatoria; se pretendía castigar al culpable y disuadir a posibles delincuentes. En el siglo XIII, las leyes de Partidas de Alfonso X afirman que la pena se encamina a dos objetivos; «para que reciban escarmiento de los yerros que hicieron. La otra es porque todos los que oyeren o vieren, tomen exemplo o apercibimiento para guardarse que non yerren por miedo a las penas" (Partida 7, 31, 1).

No obstante, al primar el fin intimidatorio se alteraba la proporcionalidad del castigo. Así, si los delitos más leves se castigaban con excesiva severidad, los delitos más graves solo podían castigarse con la pena de muerte, de modo que la única forma de agravar esta pena era en el modo de ejecutarla sobreañadiendo el ensañamiento y otras crueldades (evisceración, empalamiento, descuartizamiento, exposición pública, etc.). Igualmente, a fines del siglo XVI el jurista Luis de Zapata explicaba que «las penas a dos partes atienden y miran: la una a castigar al culpado, y la otra a escarmentar a los hombres por venir".

Muy tempranamente, la Iglesia introdujo en el derecho penal la preocupación por la regeneración moral del condenado, lo que llevó a la aparición de un humanismo cristiano partidario de la finalidad correccional del castigo. La pena no solo había de castigar al delincuente e intimidar o disuadir a otros, sino que además debía ser *útil* al condenado, es decir, que sirviera para enmendarlo o corregirlo. Sin embargo, para el Estado, el sentido utilitarista de la pena se tradujo en que ésta había de ser *productiva*. No fueron solo las corrientes humanitarias las que contribuyeron a que el Estado trocase las penas de mutilación y amputación de miembros o de muerte por la pena de galeras. También hubo criterios de utilidad: mientras que los lisiados eran una carga para la sociedad, los condenados a trabajos forzados podían ser útiles al Estado.

Con todo, en el siglo XVIII ya se consolida la idea de que la pena, además de reparar el daño causado a la víctima, sus familiares o a la sociedad (mediante indemnizaciones o trabajo forzado en beneficio del Estado), e intimidar a posibles delincuentes, la pena servía a un fin verdaderamente correccional; se trataba de que el reo comprendiera lo errado de su conducta. Y ello era imposible si se aplicaban penas desproporcionadamente severas que solo buscaban la venganza o aterrorizar a los posibles delincuentes; «Las penas extremadas pueden corromper hasta el propio despotismo; echemos una ojeada al Japón. Allí se castigan con la muerte casi todos los delitos, porque la desobediencia a un emperador tan grande como el del Japón es un crimen enorme. No se trata de corregir al culpable, sino de vengar al príncipe. Estas ideas provienen de la servidumbre y de que, siendo el monarca dueño de todo, casi todos los delitos se cometen directamente contra sus intereses" (Montesquieu, *Espíritu de las Leyes*, 6, 13). En este sentido, los ilustrados se habían mostrado receptivos a la idea de la prevención del delito mediante la educación, ya sea en el ámbito privado-familiar o público (Montesquieu, *Del Espíritu de las Leyes*, Lib. IV, cap. I; Beccaria, *Tratado de los Delitos y de las Penas*, capítulo XLV). Algunos ilustrados consideraban que, al ser la pena la última medida a emplear y, en cierta

medida, el reconocimiento de un fracaso, la acción del Estado debe dirigirse principalmente a prevenir los delitos. Prolongando esta idea, penitenciaristas como Howard, Bentham o Montesinos mostraron su preocupación por la resocialización del interno y a tal fin, diseñaron modelos penitenciarios que propiciaran espacios para la práctica de una cierta pedagogía.

b) Limitación de arbitrio judicial y penitenciario[4]

Según un principio ya consagrado a fines del XVIII no existe delito ni puede imponerse una pena que no estén previamente contemplados en la ley: «*nullus crimen nulla poena sine lege*»[5]. Con ello se pretendía restringir el arbitrio judicial, es decir, la facultad de los jueces para interpretar lo que era delito y limitar el abusivo margen de discrecionalidad para imponer la pena. De esta manera, el denominado *principio de legalidad* obligaba al legislador a redactar leyes claras y precisas impidiendo que ningún magistrado pudiera aplicar penas distintas a las establecidas por la ley, ni considerara delictivas actuaciones no previstas por el legislador. Precisamente, el primer Código penal europeo que consagró el principio de legalidad prohibiendo expresamente el arbitrio judicial fue el *Código General de Delitos y Penas* de José II (1787) escrito principalmente por von Sonnenfels[6]. Siguiendo su estela, los legisladores de la primera mitad del XIX recurrirán a la denominada «aritmética penal», estableciendo una escala de penas y dividiendo estas en grados de modo que el juez se limitara a aplicarlas casi matemáticamente en función de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal (atenuanes, agravantes, eximentes).

Pero la arbitrariedad del castigo no terminaba solo con la sentencia judicial. También las autoridades penitenciarias disponían de un importante margen de arbitrariedad. Era el caso, por ejemplo, de la pena «*por tiempo indeterminado*", o de la denominada «*claúsula de retención*».

Respecto a la pena de cárcel por tiempo indeterminado, todavía en uso a finales del siglo XVIII (Pragmática de 1771), no implicaba la pena perpetua o una pena de larga duración, sino por el tiempo necesario para apreciar la corrección del

4 Para el desarrollo del principio de legalidad vid. Massimo MECCARELLI, *Arbitrium: un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, 1998. Su desarrollo en Europa ha sido tratado por Bernard DURAND, *Arbitraire du juge et consuetudo delinquendi. La doctrine pénale en Europe du XVIe au XVIIIe siècle,* Montpellier, 1993. Para su estudio específico en Francia, Bernard SCHNAPPER, «Les peines arbitraires su XIIIe au XVIIIe siécle (doctrines savantes et usages français)», *RHD*, 41 (1973), pp. 237-277 y 42 (1974), pp. 81-112.

5 J. BALLESTEROS LLOMPART, «La Historia y la Historicidad del principio jurídico *nulla poena sine lege*», *Estudios en honor al prof. José Corts Grau,* Valencia, 1977, I, pp. 521-537; Cristos DEDES, «Sobre el origen del principio "nullum crimen nulla pena sine lege"», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, 9 (2002), pp. 141-146; Agustín RUIZ ROBLEDO, «El principio de legalidad penal en la historia constitucional española», en *Revista de Derecho Político*, 42 (1997), pp. 137-169.

6 En relación con esto, también se criticaba la ausencia de motivación de las sentencias, lo cual dificultaba la defensa de los acusados en el momento de recurrir los fallos. Para remediar el exceso de pleitos y recursos judiciales, en 1778 el rey Carlos III había prohibido a los jueces motivar las sentencias dificultando a los abogados la fundamentación jurídica de sus recursos (Novísima Recopilación 11, 16, 8).

preso. Por tanto, teóricamente podía ser una pena de breve duración. Sin embargo, aunque no pretendía ser una pena dejada al arbitrio de la autoridad competente (jueces y alcaides), sino una pena determinada y condicionada por factores objetivos que demostrasen la enmienda del preso, lo cierto es que se prestó a abusos.

Por su parte, la denominada *claúsula de retención* consistía en que el condenado, una vez cumplida la pena, no obtenía automáticamente la libertad, sino que necesitaba una licencia del tribunal sentenciador y de las autoridades penitenciarias. Se justificaba la medida en que, para quedar en libertad, el reo había de demostrar su corrección, lo que solía implicar que el interno encontrara casa y oficio que le asegurase un modo de vida honesta. Para algunos autores tal medida fue un precedente del tratamiento individualizado de la pena. Para otros fue un instrumento arbitrario y temible por el que las autoridades podían prorrogar la pena de prisión o galeras por razones militares o de orden público (por ejemplo, si entendían que el preso no se había enmendado). En suma, la Ilustración y el primer Liberalismo criticaron no solo la arbitrariedad judicial, sino también esta clase de prácticas amparadas por la ley que otorgaban un amplio margen de discrecionalidad a las autoridades penitenciarias.

c) La proporcionalidad y graduación de las penas; la privación de libertad como pena basal:

En el derecho penal europeo, la finalidad intimidatoria de la pena había llevado a castigar simples hurtos con la muerte. Por citar un ejemplo referido a España, el libro XII de la *Novísima Recopilación* de 1805 titulado «De los delitos y sus penas y de los juicios criminales» recogía una pragmática de Felipe V que condenaba a muerte a quien hubiese cometido un hurto. Pues bien, el reformismo penal defendía desde hacía años la proporcionalidad entre el delito y la pena; «Es un grave mal entre nosotros imponer la misma pena al salteador que roba en despoblado y al que roba y asesina. Evidentemente habría de establecerse alguna diferencia en la pena, por la seguridad pública» (Montesquieu, *Espíritu de las Leyes*, 6, 16)[7]. Frente al sistema penal del Antiguo Régimen basado en los castigos crueles y desproporcionados (evisceración o aspamiento al ladrón), las penas corporales (mutilación, azotes) e infamantes (decalvación, marcar al rojo vivo, exposición pública), el

7 También Voltaire defendía la proporcionalidad entre delito y pena pues resulta injusto que robos insignificantes se castiguen con la muerte, como el caso de la joven de 18 años, Antoinette Toutan, ahorcada en Lyon en 1772 por la sustracción de unas servilletas a una tabernera (*Eloge historique de la raison*, 1774). Para Voltaire, una sentencia de muerte para un delito que no merece más que una simple corrección, no es más que un asesinato cometido con la cuchilla de la justicia (*Dictionnaire philosophique*). También Benjamín Franklin, se adhería al principio de proporcionalidad de la pena al escribir que «Leo en los últimos papeles de Londres que una mujer está condenada a muerte en *l´Old Bailey*, por haber robado en una tienda catorce chelines y tres pences de gasa: entonces ¿qué proporción guarda el daño hecho por robar catorce chelines, con el suplicio de una desgraciada criatura que expira en la horca? ¿No hubiera podido, con su trabajo, pagar el cuádruplo de esta cantidad, y por este medio, satisfacer a la expiación exigida por la ley de Dios? Además, el infligir una pena desproporcionada al delito ¿no es lo mismo que castigar a un inocente? Y considerando bien las cosas bajo este punto de vista, ¿Cuántas veces, todos los años, la inocencia, no sólo es castigada, pero también atormentada en casi todos los Estados civilizados de la Europa?».

nuevo sistema exigía un sistema de castigos más racionales y susceptibles de ser medidos en función de la gravedad del delito y grado de intencionalidad del autor. De esta manera, en buena medida por influencia del utilitarismo de Bentham, la privación de libertad fue colocada como clave de bóveda del nuevo edificio penal liberal. Como medida universal de todos los delitos, fue la *pena rectora* del nuevo sistema penitenciario debido a que:

— Era una pena más humana o «civilizada» porque respetaba la integridad corporal y la dignidad del condenado.

— Era una pena graduable. La duración de la pena podía graduarse en función de las circunstancias del delito[8].

— Era una pena más igualitaria. Al aplicarse a todos los condenados con independencia de su condición social y económica, respetaba el principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley.

— Facilitaba la reinserción del reo. A diferencia de otras penas privativas de libertad del Antiguo Régimen, como la de galeras u otros trabajos forzados en beneficio del Estado, ahora la pena de cárcel había de servir para corregir y rehabilitar al reo mediante programas específicos, y no solo para costear su estancia en prisión.

d) La individualización de la pena y la clasificación del interno

En las antiguas cárceles los presos vivían hacinados en recintos sin ventilación ni iluminación, sin las mínimas condiciones higiénicas, sin separación de hombres y mujeres, de adultos y niños, o entre sanos y enfermos contagiosos. En estas condiciones, la prisión era una escuela del crimen en la que los adultos presumían ante los menores de sus delitos o los reclutaban para sus fechorías. Ya en el siglo XVI se conocía el problema, aunque no había voluntad política ni medios para resolverlo. El juez visitador Cerdán de Tallada en su libro «La visita de la cárcel, y de los presos» (1574) defendía la necesidad de que las cárceles fueran construidas de manera específica para facilitar la higiene y la clasificación de los presos pues «es necesario que en ella haya algunos aposentos para recoger por separado tanta diversidad de delincuentes y de personas de diversas condiciones y estados». Y el jurista y político Jovellanos (1744-1811) opinaba que «la residencia en los presidios, lejos de servir de remedio a la frecuencia de los delitos, se ha convertido en un manantial de nuevos desórdenes los presidios corrompen el corazón y las costumbres de los que pasan por ellos; los perversos se consuman allí en su perversidad, y los que no lo son vuelven perversos». Igualmente, el jurista Lardizábal (1739-1820) defendía que la reforma comenzara por el propio sistema penitenciario pues «la experiencia acredita que todos o los más que van a presidios y arsenales vuelven peores, algunos enteramente incorregibles». Las tempranas críticas a esta promiscuidad en las prisiones desembocaron en un interés por la clasificación

8 Giovanni TARELLO, *Cultura jurídica y política del Derecho,* Granada, 2003, p. 54.

de los presos en aras a su mejor rehabilitación[9]. La ideología paternalista de la Ilustración y su preocupación por mejorar la riqueza y la educación de los súbditos, favorecieron el interés por conocer las causas que propiciaban la delincuencia y los remedios que podían llevarse a cabo. En suma, el delincuente comenzó a ser objeto de estudio científico. Significativamente, tales reflexiones llegaron de la mano de naturalistas que trataron de aplicar a la población reclusa los métodos de clasificación de las ciencias naturales (zoología, botánica, mineralogía) o de las ciencias experimentales (física, química) con el fin de hallar un método científico de clasificación que contribuyera a su mejor rehabilitación. De alguna manera, los internos eran considerados especímenes bajo observación dentro de un recinto cerrado o laboratorio en el que, mediante la recreación de adecuados ambientes y condiciones y bajo efectos de ciertas acciones y reacciones, se pretendía transmutar al interno y lograr el buscado efecto de su corrección moral y social. En España, sin ir más lejos, Ramón de la Sagra, autor del famoso *Atlas carcelario* (1843) en el que, tras su periplo viajero, exponía los principales sistemas y recintos penitenciarios del mundo, no era un jurista, sino un naturalista, autor de numerosas publicaciones sobre botánica y director del Jardín Botánico de La Habana.

Como ya se ha indicado, el principio de legalidad pretendía limitar el arbitrio judicial mediante la *aritmética penal*. Casi se trataba de una operación matemática; el juez se limitaba a calcular la pena teniendo en cuenta una serie de elementos previamente establecidos en el Código Penal tales como la división de la pena en fracciones, el grado de participación y ejecución del delito y la existencia de circunstancias atenuantes y agravantes. A su vez, ejecutada la sentencia, a esta *individualización judicial* de la pena seguía una *individualización administrativa o carcelaria* de la sanción[10]; el sistema penitenciario que recibía al condenado debía de hacer todo lo posible por lograr su reinserción social y para ello había de adaptarse a las circunstancias y necesidades peculiares de cada caso. Aquí entraban en juego los criterios de clasificación de los reos por sexos, edad, salud, gravedad del delito, etc. y las políticas penitenciarias encaminadas a su reinserción de modo que, para la concesión de ciertos beneficios penitenciarios, valoraban el grado de

9 Entre los primeros intentos europeos de clasificación de los reclusos suele citarse la Real Pragmática de 12 de marzo de 1771 de Carlos III que tuvo su origen en la crisis de la marina y ejército español de la segunda mitad del XVIII y la consecuente disminución del trabajo forzado de los presos destinados a los arsenales y presidios. Como era necesario dispersar y reubicar a los presos y proporcionarles nuevos trabajos, un *Informe fiscal* de 30 de junio de 1770 propuso habilitar nuevas cárceles en algunas capitales de provincia en las que se pudiera destinar a los reos a trabajar en salinas, obras públicas provinciales, fábricas de salitres y pólvora, arsenales, talleres de los hospicios, etc. Así se aprobó la Real Pragmática de 12 de marzo 1 de 1771 para evitar las «funestas consecuencias que hasta aquí se han experimentado [ ] y obviar la contagiosa mezcla de personas menos viciadas con los reos más abandonados, cuyo promiscuo trato los reduce a una absoluta incorregibilidad». Se establecía una doble división de los presos según la gravedad del delito: los condenados con delitos más graves «feos y denigrativos [con] un envilecimiento y baxeza de ánimo con total abandono del pundonor» habían de ser destinados a los arsenales del Ferrol, Cádiz y Cartagena. Por su parte, los condenados por delitos menos graves, es decir, aquellos que «no suponen en sus autores un ánimo absolutamente pervertido» podían destinarse a trabajos en determinadas guarniciones militares.

10 La distinción entre individualización legislativa, individualización judicial, e individualización administrativa (clasificación del penado y concesión de ciertos beneficios penitenciarios en función del comportamiento del recluso) fue acuñada por R. SAILLES, *L individualisation de la peine. Etude de criminalité sociale*, Paris, 1898.

cumplimiento de la disciplina penitenciaria y su compromiso con los talleres y trabajos carcelarios.

e) La igualdad en el cumplimiento de las penas y en el trato penitenciario

Surgido en una sociedad estamental, el antiguo derecho penal era esencialmente discriminatorio. Así por ejemplo, la mayoría de las penas podían ser conmutadas o redimidas mediante el pago de dinero, lo que beneficiaba a las clases más pudientes. Y no solo los castigos variaban según la condición social y económica del condenado, sino que, la vida en la cárcel se afrontaba de manera distinta en función de tales circunstancias personales. Aunque la severidad de la prisión dependía de la gravedad del delito (por ejemplo, los reos de delitos graves permanecían sujetos con cepos, grilletes o cadenas), podían ser liberados de ellos sobornando a los carceleros. En la cárcel, la comida, cama, mantas, luz, y otras comodidades solo estaban disponibles a quienes podían costearlas. Como explicaba un jurista de fines del XVIII, José Marcos Gutiérrez (Práctica Criminal., t. I, Cap. VI): «En las mismas cárceles… no es la nobleza, no es la ciencia, no es la profesión, no son los presos, lo que indica los miramientos que se les deben o lo que establece diferencias y distinciones en el modo de tratarles. Tan apreciable regalía sólo es propia y privativa del dinero». Finalmente, como es sabido, el artículo 1 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 afirmó la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, incluida la ley penal, sin distinción de clase o condición social, lo que fue recogido en la Constitución francesa de 1791 y en el Código Penal de 6 de 1791.

Pero además, el discurso de los liberales radicales defendía que el principio esencial de la igualdad ante la ley debía ser llevado también a las cárceles para garantizar un trato justo compatible con la dignidad humana. Por citar un ejemplo de lo que decimos, baste decir que, para el coronel Manuel Montesinos Molina (1796-1862), dado que la experiencia carcelaria había demostrado que el trato vejatorio y denigrante en la prisión alentaba el odio y el ansia de venganza, solo el respeto y el *trato igualitario* de los condenados (con independencia de su condición social y delito cometido) que rechazara los favoritismos y privilegios, lograrían que el reo recuperara la confianza en el sistema y facilitaría su reinserción social.

f) Especialización de la administración penitenciaria

La Ilustración pretendía llevar a cabo una reforma político-administrativa desde dentro. De hecho, el llamado *Despotismo ilustrado* fue una creación de las monarquías absolutas europeas para asumir algunos principios ilustrados sin tener que cambiar las bases del modelo político autoritario. Como reacción, el nacimiento y desarrollo del liberalismo se fundamentaba en la *radical desconfianza del ciudadano hacia sus gobernantes* y en la necesidad de establecer límites y contrapesos al ejercicio del poder. En este sentido, uno de los hallazgos más notables fue el principio político de la separación de poderes propuesto por Montesquieu al defender la separación entre los poderes ejecutivo, legislativo y judicial.

Concretamente, respecto a la autonomía del poder judicial: «Las sentencias dictadas por el príncipe serían una fuente inagotable de injusticias y de abusos pues no hay libertad si el poder judicial no está separado del legislativo ni del ejecutivo. Si va unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor» (Espíritu de la Leyes, 6, 5). Otro influyente penalista fue Jean-Paul Marat (1743-1793), autor del *Plan de Législation criminelle* defendía la independencia de los jueces frente a las órdenes o presiones del poder ejecutivo; «Sería un abuso indignante que los tribunales criminales procediesen del príncipe; deben ser completamente independientes» pues, de otro modo, «estarían siempre a las órdenes del patrón que les nombra, y jamás consultarían sino su voluntad»[11].

Pero lo cierto es que, en el siglo XVIII, dictada la sentencia, los jueces perdían las facultades de inspección y control de ejecución de las penas, que pasaban a manos de las autoridades penitenciarias, casi siempre oficiales militares, como responsables de las galeras, arsenales, presidios Por tanto, no eran los jueces, sino las autoridades gubernativas, las que acababan determinando la duración de las penas y el cumplimiento de las condenas. Ello suponía una intromisión del poder ejecutivo en las competencias del poder judicial.

El problema venía de lejos. Con el fin de recaudar fondos para la Hacienda Pública, durante la Edad Media y Moderna fue práctica general del Estado la de ceder, enajenar, arrendar o subastar determinados cargos públicos. Tal sucedía con los cargos municipales (regidores, alguaciles, jurados), los de carácter recaudatorio o fiscal (contadores, receptores, etc.). Como consecuencia de estos contratos, los beneficiarios tenían derecho a hacer suyos todos o parte de los ingresos derivados de su gestión. Este era también el caso de los cargos u oficios encargados de la dirección y administración de los recintos penitenciarios (alcaides y carceleros). Como la principal fuente de ingresos de tales funcionarios provenían de los derechos o tasas establecidas (por ejemplo el *carcelaje*), para obtener ingresos complementarios se impusieron otras tasas extralegales y abusivas a los presos que convirtieron el sistema penitenciario en uno de los ámbitos más dados a la corrupción.

Consistía el *carcelaje* en una tasa que pagaban los presos al ser liberados. Pero también se hizo extensiva a toda salida de la prisión, aunque fuera de un solo día. Igualmente, existía la «tasa» de «grilletes» (para no vivir encadenado), o las de «alquiler de celdas», de camas, mantas, etc. Para evitar algunos abusos de los funcionarios, ya desde la Edad Media se exigía a las autoridades carcelarias que llevasen un libro registro para consignar las fechas de entradas y salidas diarias de los internos, y autoridades que lo habían ordenado. También se disponían determinados protocolos para el cuidado y vigilancia de los internos[12]. Pero lo cierto

11 Jean Paul MARAT, *Principios de Legislación Penal*, Madrid, 1891, p. 166.

12 Según normativa del siglo XIII, a los presos «… non los deven sacar de aquel lugar donde se los mandaron tener, nin de la cárcel, nin de la otra prision, para llevarlos a otra parte en ninguna manera, sin mandamiento del Rey, o de aquel judgador que selos dio en guarda … Otrosí dezimos que deven ser acuciosos los que deven guardar los presos, para guardarlos todavia con gran recabado, e con gran

es que la administración penitenciaria se caracterizó por ser una las más venales. Influido por el programa reformista de la Ilustración, Carlos III abolió los derechos de carcelaje y dispuso que los gastos de manutención de los presos corrieran a costa del Estado.

Por otra parte, en el siglo XVIII se generalizó la militarización de los presidios. Recordemos que en la mayor parte de los países europeos, la gestión y administración de las prisiones dependía de las autoridades militares. En España, los capitanes generales, dentro de su circunscripción, eran la máxima autoridad militar, judicial (como presidentes de la Audiencia), política-administrativa y también lo eran en el ámbito penitenciario. El empleo de los vagos y condenados como mano de obra barata para trabajar en las galeras, minas, arsenales al servicio del ejército y de la marina, explica que los directores de prisiones fueran oficiales del ejército, y que también fueran militares buena parte del cuadro administrativo de la prisión. Sin embargo, a principios del XIX, la influencia de administrativistas liberales y afrancesados como López Ballesteros, Sainz de Andino o Javier de Burgos, sentaron las bases de la paulatina desmilitarización de la Administración. La Ordenanza general de Presidios de 1834 estableció por vez primera una administración penitenciaria de carácter civil a través del Ministerio de Fomento, que comenzó a desplazar a la encargada de las prisiones militarizadas.

En suma, frente al antiguo modelo, los reformadores abogaban por una administración penitenciaria civil, profesionalizada y sometida a normas objetivas y transparentes (conocidas).

g) Espacio y arquitectura penitenciaria especifica

Para facilitar la higiene, la clasificación, la seguridad, la eficacia y utilidad del sistema carcelario era necesario construir recintos específicamente adaptados a tales fines. Por lo general, las cárceles eran lugares más o menos improvisados que, en todo caso, no habían sido construidos al efecto y que no cumplían las mínimas condiciones de higiene. Solían utilizarse las zonas más incómodas e insalubres de los edificios públicos como lo bajos de los ayuntamientos, pósitos, torreones, fortalezas, etc. Por tanto, no se basaban en una arquitectura específicamente diseñada para los presos. Frente a este modelo de espacio carcelario improvisado, insalubre, oscuro, sin ventilación, que favorecía el contagio tanto físico como moral, la nueva arquitectura penitenciaria se preocupaba de los aspectos higiénicos (especialmente el acceso al agua), la ventilación, la luminosidad. Igualmente, frente a la antigua práctica de amontonar a los presos en grandes salas sin apenas habitaciones, los primeros reformadores, planteaban un diseño individualizado de la celda

femencia, e mayormente de noche que de dia. E de noche los deven guardar en esta manera, echandolos en cadenas, o en cepos, e cerrando las puertas de la carcel muy bien, e el carcelero mayor deve cerrar cada noche las cadenas, e los cepos, e las puertas de la carcel con su mano mesma, e guardar muy bien las llaves, dexando omes dentro con los presos, que los velen con candela toda la noche, de manera que non puedan limar las prisiones en que yoguieren, nin se puedan soltar en ninguna manera, e luego que sea de dia, e el sol salido, devenles abrir las puertas de la carcel, porque vean lumbre" (Partidas, VII, XXIX, 8).

que fuese compatible con las necesidades de vigilancia al menor costo posible. De entre estos primeros precursores de la ciencia y de la arquitectura penitenciaria cabe citar a Howard y a sobre todo a Bentham, cuyo sistema celular, *Panopticón*, en el que todos los presos observan y a la vez todos son observados[13], derivó en la aplicación de varios sistemas penitenciarios (filadélfico, Auburn, progresivo y de individualización científica).

En España la influencia de Bentham se dejó sentir en una orden de las Cortes de 12 de octubre de 1820 que prohibió la utilización de calabozos subterráneos y estableció que todas las prisiones cumplieran unas mínimas condiciones de salubridad e higiene. En este sentido, el jurista Marcial Antonio López destacaba de las propuestas de Bentham y de Howard, «el aseo y salubridad; la ocupación, la separación y clasificación, la instrucción, la disciplina y la inspección, a lo que debe agregarse, no solo la conveniente extensión del edificio para que todo esto pueda practicarse, su forma arquitectónica, de la cual depende el que la inspección pueda también ejecutarse más o menos cómoda, económica y generalmente».

Estos postulados fueron vívidamente defendidos por los precursores de la moderna ciencia penitenciaria, enunciados por las doctrinas más influyentes (la Escuela clásica, la Escuela positivista italiana, la Escuela sociológica francesa, la Escuela de la enmienda alemana, la Escuela correccionalista, etc.), debatidos en los congresos penitenciarios internacionales celebrados en los siglos XIX y XX, y finalmente plasmados en leyes y reglamentos que abrieron la puerta a la consideración de la pena como instrumento de reinserción social a través de un tratamiento individualizado.

13 Ejemplos precursores de edificios construidos específicamente para servir de prisión fueron el Hospicio de San Michele en Roma en 1704 y la prisión de Gante en 1773. La prisión de San Michele, erigida por el papa Clemente XI para alojar a delincuentes jóvenes, se inspiró en el tradicional sistema de galerías con celdas individuales de los monasterios. Con ello se pretendía compatibilizar un régimen de separación nocturna de los presos con el trabajo diurno en común. Por su parte, La Maison de force en Gante fundada por el burgomaestre de la ciudad Jean Vilain XIV, también se basaba en un régimen de separación nocturna de los presos y de trabajo diurno en común. El edificio se elevaba en torno a un patio central de modo que los distintos pisos daban paso a las celdas, comedores, almacenes y talleres de trabajo, fundamentalmente cardar, hilar, tejer, hacer zapatos, etc.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

ALEJANDRE GARCÍA, J. A., «La crítica de los ilustrados a la Administración de Justicia del Antiguo Régimen», en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 26, 2 (1993), pp. 442 y ss.

ALVARADO PLANAS, Javier, «La Ilustración y la humanización del Derecho penal", en *Historia del delito y del castigo en la Edad Contemporánea*, coord. por Javier ALVARADO y Miguel MARTORELL, Madrid, 2017, pp. 19-41.

BALLESTEROS LLOMPART, J., «La Historia y la Historicidad del principio jurídico *nulla poena sine lege*", en *Estudios en honor al prof. José Corts Grau*. Valencia 1977, I, pp. 521-537.

BENTHAM, Jeremías, *Panóptico*, Madrid, 1791.

BETEGÓN, J., «Los precedentes intelectuales de la humanización del Derecho penal y procesal en los siglos XVI y XVII», en G. Peces-Barba y E. Fernández (dir.), *Historia de los derechos fundamentales*, vol. I, Madrid, 1998.

DEDES, Cristos, "Sobre el origen del principio "nullum crimen nulla pena sine lege", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª Época, 9 (2002), pp. 141-146.

FIGUEROA NAVARRO, Mª C., *Los orígenes del penitenciarismo español*, Madrid, 2000.

FRAILE PÉREZ DE MENDIGUREN, Pedro, *Un espacio para castigar. La cárcel y la ciencia penitenciaria en España (siglos XVIII-XIX),* Barcelona, 1987.

GARCIA VALDES, Carlos, "El nacimiento de la pena privativa de Libertad", en *Temas de Derecho Penal (penología, Parte especial. Proyectos de Reforma),* Madrid, 1992, pp. 71-75.

HOWARD, J., *El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales*, trad. de J. E. Calderón, México, 2003.

LAS HERAS, José Luis de, *La Justicia penal de los Austrias en la Corona de Castilla*, Salamanca, 1991.

MASFERRER, Aniceto, *Tradición y reformismo en la codificación penal española*, Jaén, 2003.

MELOSSI, D. y PAVARINI, M., *Cárcel y fábrica: los orígenes del sistema penitenciario. Siglos XVI-XIX*, Madrid, 2005.

NEUMAN, E., *Evolución de la pena privativa de libertad*, Buenos Aires, 1971.

PRIETO SANCHÍS, L., «Ideas fundamentales de la filosofía penal ilustrada», en *Anuario de Derechos Humanos,* 3 (1985), pp. 31-83.

RAMOS VÁZQUEZ, Isabel, «El Derecho Penal de la Ilustración», en *Estudios de Historia de las Ciencias Criminales en España*, en Javier ALVARADO y Alfonso SERRANO (coords.), Madrid, 2007, pp. 43-68.

RAMOS VAZQUEZ, Isabel, *La reforma penitenciaria en la historia contemporánea española,* Madrid, 2013.

RAMOS VÁZQUEZ, Isabel, «La individualización judicial de la pena en la primera codificación francesa y española», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 84 (2014), pp. 329-363.

SÁEZ CAPEL, José, «Influencia de las ideas de la Ilustración y la revolución en el Derecho penal», en José Luis GUZMÁN DALBORA (coord.)*, El penalista liberal (Homenaje Manuel de Rivacoba y Rivacoba)*, Buenos Aires, 2004, pp. 245-256.

SANZ DELGADO, E., *El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*, Madrid, 2003.

TELLEZ AGUILERA, A., *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones. Derecho y realidad,* Madrid, 1998.