



⊞

UNIVERSITAS
ALTERNITATIS ET
FRATERNITATIS
SANCTI SEBASTIANI



EGUZKILORE

(Flor protectora contra las fuerzas negativas)

Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología
San Sebastián, N.º 12 Extraordinario - Diciembre 1998.

IV Coloquio Internacional

“Interrogantes penitenciarios en el quincuagésimo aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos”

• A. Beristain. Desde el C.E.D.H.	7
ACTO DE APERTURA	
• F. Egea. Derechos fundamentales en prisión.....	17
• M. M.^a Zorrilla. Consideración yushumanista del 25.2 C.E. ...	21
• F. Racionero Carmona. El Juez de vigilancia penitenciaria ...	37
• I. Sánchez Guiu. Descentralización y competencias	63
• D. Szabo. Le système carcéral canadien	67
• G. Picca. Derechos Humanos y Sistema Penal	81
• B. Mapelli. Contenido y límites de la privación de libertad	87
• J. A. Sampedro. Resocialización en el sistema colombiano ...	107
• B. del Rosal Blasco. La “privatización” de las prisiones	115
• M. Lezertua. Los derechos de los reclusos en el C.E.D.H.	135
• I. J. Subijana. Los derechos fundamentales y el T.C.	167
• A. Giménez Pericás. Por qué castigar y cómo castigar	189
• R. Parés i Gallés. Sobre la pena de arresto de fin de semana ...	197
• J. Valverde Molina. Retos penitenciarios al final del S. XX ...	219
ACTO SOLEMNE DE CLAUSURA	
• A. Gurrutxaga Abad. Los nuevos retos de los DD.HH.	229
ANEXOS	
• M. Ch. Bassiouni. El Tribunal Penal Internacional	239
• Mensaje del Director de la prisión de Schwalmstadt (Alemania)	241

**Centro Internacional de Investigación
sobre la delincuencia, la marginalidad
y las relaciones sociales**

**“INTERROGANTES PENITENCIARIOS
EN EL QUINCUAGÉSIMO ANIVERSARIO
DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL
DE LOS DERECHOS HUMANOS”**

A. Beristain y J. L. de la Cuesta (Comps.)

EGUZKILORE

Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología

N.º 12 Extraordinario - San Sebastián, 1998

EGUZKILORE Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología

Portada: emblema del Centro Internacional, de Eduardo Chillida.

Contraportada: Emblema de la UPV/EHU, de Eduardo Chillida. Emblema del IVAC-KREI, de Rafael Ruiz Balerdi, y Emblema de la Sociedad Internacional de Criminología.

Consejo Directivo

Beristain Ipiña, Antonio (Director). De la Cuesta Arzamendi, José Luis (Subdirector). Maeso Ventureira, Augusto (Secretario Técnico). Etxeberria Gabilondo, Francisco (Vicesecretario). Germán Mancebo, Isabel (Coordinación).

Consejo de Redacción

Miguel Alonso Belza, Cristina Antón, Alfonso Aya Onsalo,
Pedro Ayerbe, Robert Cario, Jocelyne Castaignède, Juan Bautista Cremades,
Iñaki Dendaluce Seguro, Enrique Echeburúa Odriozola, Alfredo Espinet Rubio,
Francisco Etxeberria Gabilondo, Carlos Fdz. de Casadevante, Joaquín Giménez García,
Antonio Giménez Pericás, Manuel Glz. Audicana, Reyes Goenaga Olaizola,
José María Gondra Rezola, Julio González Abascal, José Guimón Ugartechea,
Jean Charles Heraut, José Luis Jiménez, Pedro Larrañaga Múgica, Ignacio Lizari Gómez,
Carlos Lizarraga, M.^a Angeles Mtz. de Pancorbo, Virginia Mayordomo, Ana Messuti,
José Luis Munoa, Luis Navajas Ramos, Reynald Ottenhof, Joaquín de Paul Ochotorena,
Jean Pinatel, Francisco Javier Quel López, M.^a José Sakara, Begoña San Martín Larrinoa,
Iñaki Subijana Zunzunegui, Germán Tamayo Salaberria, Hilario Urbieta Garagorri,
Amando Vega Fuente, Sagrario Yarnoz Yaben

Extracto de las normas de publicación para los autores

* Los trabajos que se remitan para su publicación en *Eguzkilo*, deberán ser inéditos, y no estar pendientes de publicación en otra revista.

* Los trabajos se remitirán mecanografiados a doble espacio, por una sola cara, en papel DIN A 4. Se acompañará en soporte de disquete 3'5", indicando el sistema y el procesador utilizados, preferentemente Word Perfect 5.1 para PC.

* Los trabajos se presentarán por duplicado, precedidos por una hoja en la que se hagan constar: título del trabajo, nombre del autor (o autores), dirección, número de teléfono y de fax, situación académica y nombre de la institución científica a la que pertenece. El trabajo mismo irá encabezado por su título, nombre del autor o autores, profesiones o cargos que deberán figurar en la publicación e institución a la que pertenezcan.

Bases de datos

Las bases de datos ISOC (Ciencias Sociales y Humanidades), del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, ILANUD (Instituto Latinoamericano de NN.UU.), PSICODOC '98 del Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, y CRIMINOLOGY, PENOLOGY AND POLICE SCIENCE ABSTRACTS (Amsterdam) recogen de forma sistemática los trabajos originales publicados en *Eguzkilo*.

© Ed. Instituto Vasco de Criminología
Villa Soroa. Avd.^a Ategorrieta, 22
Tels.: 943 - 32 14 11 / 32 14 12; Fax: 943-321272
E-mail: szoivac@sz.ehu.es
<http://www.sc.ehu.es/scrwwwiv/ivac.html>
20013 SAN SEBASTIAN

I.S.S.N. 0210-9700

D.L. 368/99

Fotocomposición e impresión:

MICHELENA - artes gráficas, s.l.

Polígono 27 (Martutene)

Astigarraga - Gipuzkoa.

ÍNDICE

Dedicatoria	5
• Antonio Beristain. Presentación desde el Convenio europeo de Derechos Humanos - Oinarrizko eskubideei buruzko Europar hitzarmenetik, aurkezpena	7
ACTO DE APERTURA	
• Francisco Egea. Derechos fundamentales en prisión: respeto a la dignidad humana	17
• Manuel M.^a Zorrilla. Consideración yushumanista del artículo 25.2 de la Constitución	21
1ª MESA REDONDA: “Minorías y prisión”; “El Juez de Vigilancia penitenciaria, historia de un afán”	
• Francisco Racionero Carmona. El Juez de vigilancia penitenciaria: historia de una afán. Minorías y Prisión	37
2ª MESA REDONDA: “Descentralización y competencias penitenciarias”	
• Iñaki Sánchez Guiu. Descentralización y competencias penitenciarias	63
• Denis Szabo. Le système carcéral canadien et le respect (ou l’irrespect) des Droits de l’homme	67
3ª MESA REDONDA: “Derechos Humanos y sistema penitenciario”	
• Georges Picca. Derechos Humanos y Sistema Penal	81
• Borja Mapelli Caffarena. Contenido y límites de la privación de libertad. (Sobre la constitucionalidad de las sanciones disciplinarias de aislamiento)	87
• Julio Andrés Sampedro. Apuntes sobre la resocialización en el sistema penitenciario colombiano	107

4ª MESA REDONDA: “Cárceles privadas y programas innovadores en el ámbito penitenciario”; “Seguridad exterior e interior de los establecimientos; conducciones y traslados”; “Exceso de población carcelaria”

• **Bernardo del Rosal Blasco.**

La “privatización” de las prisiones: una huida hacia la pena de privación de libertad 115

5ª MESA REDONDA: “Derecho penitenciario y normativa nacional e internacional”; “La educación en la prisión y la educación acerca de la prisión”; “Convenio europeo de Derechos Humanos”

• **Manuel Lezertua Rodríguez.**

Los derechos de los reclusos en virtud del Convenio europeo de Derechos Humanos 135

• **Ignacio José Subijana Zunzunegui.**

Los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad y la doctrina del Tribunal Constitucional 167

6ª MESA REDONDA: “Retos penitenciarios de finales de siglo”

• **Antonio Giménez Pericás.**

Por qué castigar y cómo castigar. Como reto penitenciario del próximo milenio 189

• **Ramón Parés i Gallés.**

Apuntes para una discusión sobre la pena de arresto de fin de semana 197

• **Jesús Valverde Molina.**

Retos penitenciarios al final del S. XX 219

ACTO SOLEMNE DE CLAUSURA

• **Ander Gurrutxaga Abad.**

Los nuevos retos de los Derechos Humanos 229

ANEXOS

• **M. Cherif Bassiouni.**

Comunicado presentado en la Ceremonia de apertura para la firma del Convenio para la Constitución de un Tribunal Penal Internacional (Roma, “Il Campidoglio”, 18 de julio de 1998) 239

• Mensaje del Director de la prisión de Schwalmstadt (Alemania), en la revista de los internos 241

DEDICATORIA:

*A D. Manuel Zamarreño (y a sus familiares y amigos),
vilmente asesinado por ETA el día 25 de junio de 1998,
cuando se estaba celebrando la Conferencia inaugural
de este Coloquio Internacional
sobre la Declaración Universal de Derechos Humanos,
y el derecho fundamental de no asesinar.*

ESKAINZA:

*Manuel Zamarreño jaunari (bere sendia eta lagunei),
1998-ko ekainaren 25-ean, Oinarrizko
Eskubideen Deklarazio Unibertsala
eta oinarrizkoa den ez hiltzearen eskubideari buruzko
Nazioarteko Solasaldiko inaugurazio hitzaldia
ospatzen zen bitartean,
ETA-k doilorkiz hil zuenari.*

EGUZKILORE

Número Extraordinario 12.
San Sebastián
Diciembre 1998
7 - 14

PRESENTACION DESDE EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Antonio BERISTAIN

Miembro del Consejo Directivo
del Centro Internacional de Investigación
sobre la delincuencia, la marginalidad
y las relaciones sociales

Este año 1998, el *Centro Internacional de Investigación sobre la Delincuencia, la Marginalidad y las Relaciones Sociales* ha organizado su Cuarto Coloquio Internacional sobre “Interrogantes penitenciarios en el quincuagésimo aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos”, para abordar cuestiones de gran interés criminológico, social, penitenciario, victimológico y humano.

Uno de los problemas más preocupantes para las Democracias en la postmodernidad es el respeto y el desarrollo de los Derechos Humanos dentro de los muros carcelarios. El hodierno reto axiológico pide romper las barreras entre la sociedad y la cárcel, buscando alternativas más dignas de la fraternidad, que proclama el artículo 1º de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Para ello, parece necesario promover la concepción de los derechos como substanciales y prioritarios en la teoría y la praxis penitenciaria. Este IV Coloquio Internacional se concibió como un foro donde debatir en favor de la reestructuración radical de la prevención y las respuestas a la criminalidad individual y organizada. A continuación se transcribe el programa de dicho Coloquio:

PROGRAMA

24 de junio, miércoles

- 19'00 a 20'30 h. Reunión del Consejo de Dirección del Centro Internacional de Investigación sobre la delincuencia, la marginalidad y las relaciones sociales.

25 de junio, jueves

- 9'30 a 10'00 h. Entrega de documentos.
- 10'00 a 11'00 h. Intervenciones solemnes de apertura.
 - Ilmo. Sr. D. José Luis de la CUESTA, Vicerrector del Campus de Gipuzkoa.
 - Prof. Dr. D. Denis SZABO, ex-Director del Centro Internacional de Criminología Comparada. Montreal.

Conferencia: Excmo. Sr. D. Manuel M^a ZORRILLA, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la C.A.P.V.
- 11'30 a 13'00 h. **1^a Mesa Redonda**

“Minorías y prisión”. “El juez de Vigilancia Penitenciaria, historia de un afán”.

Moderadora: Sr^a. D^a. Gema VARONA MARTINEZ, Doctora en Derecho, Programa de Formación de Investigadores del Gobierno Vasco.

Ponentes:

 - Prof. Dr. D. Antonio BERISTAIN, Director del Instituto Vasco de Criminología.
 - Ilmo. Sr. D. Francisco RACIONERO, Magistrado. Juez de Vigilancia Penitenciaria.
- 13'30 h. **Recepción en el Excmo. Ayuntamiento de San Sebastián**
- 16'30 a 18'00 h. **2^a Mesa Redonda**

“Descentralización y competencias penitenciarias”

Moderador: Ilmo. Sr. D. Iñaki SANCHEZ, Viceconsejero de Justicia del Gobierno Vasco.

Ponentes:

 - Prof. Dr. D. Tony PETERS, Catedrático de Criminología y Derecho penal. Universidad Católica de Lovaina.
 - Prof. Dr. D. Denis SZABO, Ex-Director del Centro Internacional de Criminología Comparada. Montreal.
- 18'30 a 20'00 h. **3^a Mesa Redonda**

“Derechos humanos y sistema penitenciario”

Moderadora: Ilma. Sr^a. D^a. M^a Jesús CONDE, Directora de Derechos Humanos y Cooperación con la Justicia. Gobierno Vasco.

Ponentes:

 - Prof. Dr. D. Jesús VALVERDE, Profesor Titular de Psicología Diferencial. Universidad Complutense de Madrid.
 - Prof. Dr. D. Borja MAPELLI, Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Sevilla.

26 de junio, viernes

• 9'00 a 10'30 h. **4ª Mesa Redonda**

“Cárceles privadas y programas innovadores en el ámbito penitenciario”.
“Seguridad exterior e interior de los establecimientos: conducciones y traslados”.
“Exceso de población carcelaria”.

Moderador: Prof. Dr. D. Antonio BERISTAIN, Director del Instituto Vasco de Criminología.

Ponentes:

- Prof. Dr. D. Reynald OTTENHOF, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nantes.
- Prof. Dr. D. Bernardo del ROSAL, Director del Instituto de Criminología de Alicante, Catedrático de Derecho penal.

• 11'00 a 12'30 h. **5ª Mesa Redonda**

“Derecho penitenciario y normativa nacional e internacional”. “La educación en la prisión y la educación acerca de la prisión”. “Convenio europeo de Derechos Humanos”.

Moderador: Ilmo. Sr. D. José Luis de la CUESTA ARZAMENDI, Catedrático de Derecho penal, UPV/EHU.

Ponentes:

- Ilmo. Sr. D. Manuel LEZERTUA, Dirección de Asuntos Jurídicos del Consejo de Europa.
- Ilmo. Sr. D. Ignacio SUBIJANA, Magistrado. Audiencia Provincial de Gipuzkoa.

• 13'00h. **Solemne Acto Académico en favor de los Derechos Humanos**

(Salón del Trono de la Excma. Diputación Foral de Gipuzkoa)

Intervenciones:

- Prof. Dr. D. Antonio BERISTAIN IPIÑA, Director del Instituto Vasco de Criminología.
- Ilmo. Sr. D. José Luis de la CUESTA, Catedrático de Derecho penal, Vicerrector del Campus de Gipuzkoa.
- Prof. Dr. D. Denis SZABO, Ex-Director del Centro Internacional de Criminología Comparada. Montreal.
- Ilmo. Sr. D. Manuel LEZERTUA, Dirección de Asuntos Jurídicos del Consejo de Europa.
- Prof. Dr. D. Tony PETERS, Catedrático de Criminología y Derecho penal. Universidad Católica de Lovaina.
- Excmo. Sr. D. Xabier MARKIEGI, Ararteko.
- Ilma. Sr^a. D^a. Koruko AIZARNA, Diputada de Cultura y Euskera de la Excma. Diputación Foral de Gipuzkoa.

- 17'00 a 18'30 h. **6ª Mesa Redonda**

“Retos penitenciarios de finales de siglo”.

Moderador: Prof. Dr. D. Francisco ETXEBERRIA, Profesor de Medicina Legal de la UPV/EHU.

Ponentes:

- Sr. D. Ramón PARES i GALLES, Director del Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Generalitat de Catalunya.
- Sr. D. Antonio GIMENEZ PERICAS, Magistrado. Audiencia Provincial de Bilbao.

- 19'00 a 20'00 h. **Acto Solemne de Clausura y Entrega de Diplomas**

Conferencia de clausura:

- Ilmo. Sr. D. Ander GURRUTXAGA, Viceconsejero de Universidades e Investigación del Gobierno Vasco.

Intervenciones solemnes de clausura:

- Prof. Dr. D. Francisco ETXEBERRIA, Profesor de Medicina Legal de la UPV/EHU.
- Prof. Dr. D. Reynald OTTENHOF, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nantes.
- Prof. Dr. D. Antonio BERISTAIN, Director del Instituto Vasco de Criminología.
- Ilmo. Sr. D. Ignacio SUBIJANA, Magistrado. Audiencia Provincial de Gipuzkoa.
- Ilmo. Sr. D. José Luis de la CUESTA, Catedrático de Derecho penal y Vicerrector de la UPV/EHU.

Entrega de Diplomas.

Nuestro número 12 extraordinario de *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología* recoge las ponencias expuestas en las diferentes Mesas Redondas que tuvieron lugar durante las tres Jornadas. A lo largo de esta reunión pudimos escuchar y debatir con especialistas en los diversos temas, provenientes tanto del mundo universitario, profesores, investigadores, como del ámbito institucional penitenciario, en España, en Europa y en América. Cabe destacar la conferencia inaugural del Excmo. Sr. D. Manuel M^º Zorrilla, Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y diversas aportaciones, entre otras, la del Ilmo. Sr. D. Manuel Lezertua, de la Dirección de Asuntos Jurídicos del Consejo de Europa.

A lo largo del Coloquio las ponencias magistrales subrayaron las situaciones de vulnerabilidad, pero también de potencialidades (no olvidemos que El Quijote nació en una cárcel, como lo afirma Cervantes en su “Prólogo”) que conciernen a las distintas administraciones, personal, voluntariado y a la sociedad en su conjunto.

Especial atención se prestó al Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 8: “Derecho al respeto de la vida privada y familiar”) y a la doble primordial finalidad de las Instituciones Penitenciarias: la reeducación-reinserción de los internos y la no menos fundamental-difícil (con frecuencia olvidada-menospreciada) seguridad-

retención-custodia de los internos, a tenor del artículo 1º de la Ley Orgánica General Penitenciaria, de 26 de septiembre de 1979 y de las normas internacionales. El artículo 8º del Convenio Europeo motiva, pero también limita, el ideal de que los internos cumplan su sanción cerca, en cuanto sea posible, de su entorno familiar, si esto les facilita su reinserción (lo cual no siempre acontece) y si no impide la seguridad y el orden dentro del establecimiento, lo cual tampoco siempre acontece, por ejemplo en los casos de autores de crímenes terroristas, como los de ETA. Así lo reconoce y proclama el Parlamento Europeo en la petición número 2 de su atinada *Resolución sobre las condiciones carcelarias en la Unión Europea: reorganización y penas de sustitución*, Acta del 17/12/1998, pide que se favorezca “el encarcelamiento en un lugar próximo al domicilio de su familia”, del condenado, pero inmediatamente añade amplias limitaciones y excepciones muy dignas de tenerse en cuenta en el País Vasco y en el resto de España: “a no ser que existan motivos justificados y precisos en contra (posible complicidad en los delitos, asociaciones de tipo mafioso, formas especiales de terrorismo, etc.)”.

Por desgracia, este terrorismo ensangrentó el Curso Internacional. Mientras se estaba celebrando el Acto Solemne de apertura, un comando de ETA asesinaba a don Manuel Zamarreño, elegido democráticamente concejal del Partido Popular en el Ayuntamiento de Rentería, villa de 40.000 habitantes próxima a San Sebastián. Muchas personas e instituciones no condenaron el atentado. Mientras tanto, Vladimir Jankelevitch, en el último capítulo de su libro *El perdón*, demuestra que “el arrepentimiento del criminal, y sobre todo su remordimiento, es lo único que da sentido al perdón”.

Parece de justicia que dediquemos este número de *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, a don Manuel y a sus familiares y muchos amigos, víctimas todos ellos del acto terrorista. Y todos ellos merecedores, en justicia, de una mayor o menor reparación-indemnización, a la luz de la ciencia victimológica todavía no suficientemente conocida y aplicada. Con esta ocasión, manifestamos una vez más nuestra petición de que en Bilbao, San Sebastián y Vitoria se erijan públicos monumentos en memoria de las víctimas del terrorismo de ETA.

Para finalizar, hemos de expresar con agrado, en nombre del Instituto Vasco de Criminología-Kriminologiaren Euskal Institutoa y en nombre propio, nuestra gratitud al profesorado, al alumnado, al personal de administración y servicios, a los becarios y a todas las personas e instituciones que con su contribución inteligente y generosa hacen posible el desarrollo de nuestra labor universitaria.

Gaudeamus, igitur...

OINARRIZKO ESKUBIDEEI BURUZKO EUROPAR HITZARMENETIK, AURKEZPENA

Antonio BERISTAIN

Delikuentziari, Marginaltasunari
eta Gizarte-harremanei buruzko
Nazioarteko Ikerkuntza Zentruko
Zuzendaritza Kontseiluko Kidea

1998. Urte honetan, *Delinkuentziari, Marginaltasunari eta Gizarte-harremanei buruzko Nazioarteko Ikerkuntza Zentruak*, bere IV. Nazioarteko Solasaldi Internazionala antolatu du, "Baitegi Galdetzaileak Oinarrizko Eskubideen Deklarazio Unibertsalaren 50. Urtemugan", kriminologiako, sozial, baitegi, biktimologiako eta gizatiar intereseko gaiak tratatzeko.

Kriminologiarentzako arazorik garrantzitsuenetako bat gartzelen horma barruan Oinarrizko Eskubideen begirunea eta garapena izan da, eta da. Gaur erronka kriminologikoak, gizartea eta gartzelaren artean dauden hesiak apurtzea eskatzen du, 1948-ko Oinarrizko Eskubideen Deklarazio Unibertsalaren lehenengo artikuluan azaltzen den anaitasunari alternatiba duinagoak bilatzeko. Horretarako, beharrezkoa da eskubi-deak ezinbestekotzat hartzea. IV. Nazioarteko Solasaldi hau, prebentzioaren berres- trukturatze eta kriminalitatearen erantzunen aldeko foro bat bezala sortu zen, lehenago traskribatutako solasaldiko egitarauaren arabera.

Eguzkilore. Kriminologiaren Euskal Institutoaren Kuadernoaren 12. ohizkanpo- ko zerbaki honek, Solasaldi Internazionalako Mahai Borobil ezberdinetan azaldu ziren txostenak jasotzen ditu. Bileran honetan bai Unibertsitate mundutik etorritako irakasle eta ikertzaileekin eta baita Espainiako, Europako eta Ameriketako Baitegi Erakundeetako adituekin eztabaidatzeko aukera izan genuen. Nabarmendu beharra dago Euskal Herriko Auzitegi Nagusiko buru den Manuel M^a Zorrilla Jaun Txit Agurgarriak emandako inau- gurazio hitzaldia eta beste zenbait ekarpen, hoiien artean Europar Kontseiluko Lege Gaietako Zuzendaritzako Manuel Lezertua Jaun Agurgarriarena.

Solasaldian zehar, ekarpen ezberdinen ahuldade egoerak azpimarratu ziren, baina baita ahalmen egoerak (Quijote gartzela batetan jaio zen) ere, ardularitza ezberdinetako pertsona, borondatezko pertsona eta gizartearen esku bait daude.

Oinarrizko Eskubideen Europar Konbenioari arreta berezia eman zitzaion (8. Artikulua: "Bizitza pribatua eta familiari begirune eskubidea") baita Baitegi Erakundeen helburu bikoitzari: presoan berredukatze eta bergizarteratzea eta seguritatea-atxikipena-zaintza (1979-ko irailaren 26-eko Baitegi Lege Organikoa).

Bukatzeko, atseginez, gure eskerrak adierazi nahi ditugu, Instituto Vasco de Criminología-Kriminologiaren Euskal Institutoaren eta izen propioan, irakasle eta ikasleei, ardularitzako eta zerbitzuko pertsoneri, bekarioei eta gainerako pertsona eta erakundeei beraien argi eta borondatezko kontribuzioarekin gure unibertsitate lana garatzen laguntzen digutelako.

ACTO DE APERTURA

EGUZKILORE

Número Extraordinario 12.
San Sebastián
Diciembre 1998
17 - 20

DERECHOS FUNDAMENTALES EN PRISIÓN: RESPECTO A LA DIGNIDAD HUMANA*

Excmo. Sr. D. Francisco EGEA

*Consejero de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad
Social del Gobierno Vasco*

Resumen: Las medidas alternativas y los sistemas de mediación y conciliación facilitan el proceso de recuperación de las personas condenadas y permiten ofrecer algún tipo de satisfacción a las víctimas. Ahora bien, al existir infracciones que afectan gravemente los intereses individuales y colectivos, hay que asumir las cárceles como una exigencia imprescindible. Pero, no por ello hay que olvidar a las personas que sufren en prisión, siendo necesario garantizar las condiciones materiales y morales para el respeto a la dignidad humana, tanto de los privados de libertad como de los agentes penitenciarios.

Laburpena: Neurri alternatiboak eta bitartekotasun eta arartekotasun sistemek, pertsona zigortuen errekupeazio prozesua errazten dute eta kaltetuei nolabaiteko ordainketa eskeintzen diete. Hala ere, interes pertsonal eta kolektiboak gaitzesten dituzten lege-hausteak daudenez, gartzelak ezinbesteko neurri bezala onartu behar dira. Baina, arrazoi horregatik, ezin dira gartzelan sufritzen ari diren pertsonak ahaztu, eta ezinbestekoa da beraz giza duintasunaren begirunerako baldintza material eta moralak babestea, bai gartzela zigorra jasaten ari direnenak baita baitegi-ordezkarienak ere.

Résumé: Les mesures alternatives et les systèmes de médiation et conciliation procurent la récupération des personnes condamnées et permettent d'offrir une sorte de satisfaction aux victimes. Malheureusement, puisque les infractions existent et menacent profondément les intérêts individuels et collectifs, il faut assumer les prisons comme une exigence indispensable. Nous ne pouvons pas pourtant oublier les personnes qui souffrent en prison, ce qui rend nécessaire la garantie des conditions matérielles et morales du respect à la dignité humaine, tant de la part des privés de liberté comme des agents pénitenciers.

Summary: The alternative measures and the systems of mediation and conciliation facilitate the process of recuperation of condemned people and permit to offer some type of satisfaction to the victims. Now well, the existence of infractions affects seriously the individual and collective interest; prisons must be assumed as an indispensable exigency. There is not to forget to the people who suffer in prison, it's necessary to guarantee the material and moral conditions and the respect to the human dignity, so by those who are private of liberty as by the penitentiary agents.

Palabras clave: Instituciones Penitenciarias, Derechos Humanos, Alternativas a la prisión.

Hitzik garrantzizkoenak: Baitegi Erakundeak, Giza Eskubideak, Gartzel neurrien alternatibak.

Mots clef: Institutions pénitentiaires, droits humains, Alternative à la prison.

Key words: Penitentiary institutions, human rights, Alternative to the prison.

* Texto leído en el Solemne Acto de Apertura, el día 25 de junio de 1998, del IV Coloquio Internacional sobre "Interrogantes penitenciarios en el cincuenta aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos", celebrado en San Sebastián.

Deseo felicitar al Profesor Antonio Beristain y al Instituto Vasco de Criminología por la organización de este Cuarto Coloquio Internacional del Centro de Investigación sobre la delincuencia, la marginalidad y las relaciones sociales, y expresarles mi sincera admiración y respeto por su compromiso intelectual y moral con los derechos humanos.

Me hubiese gustado participar con todos Uds., como tenía previsto, en esta jornada de reflexión, pero la celebración hoy de un Pleno en el Parlamento Vasco en el que se debaten el Proyecto de Ley del Voluntariado y el Proyecto de Ley de Drogodependencias, elaborados por el Departamento que dirijo y con una importante incidencia en el ámbito de los derechos humanos, me lo impiden. Espero que sepan comprenderme y disculparme.

La conmemoración este año del quincuagésimo aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos nos brinda una excelente oportunidad para hacer balance y recapacitar sobre los logros alcanzados durante estos cincuenta años de reivindicaciones y desarrollo de instrumentos jurídicos internacionales, sobre los nuevos retos que la globalización económica, la superación de las estructuras nacionales y el multiculturalismo plantean, así como para destapar esas zonas oscuras en las que el disfrute pleno de los derechos humanos está sujeto a limitaciones, cuando no sigue siendo una vaga ilusión.

Amnistía Internacional en su reciente informe de 1997 denuncia que todavía para la mayoría de los hombres y mujeres del mundo los derechos proclamados en la Declaración Universal son una promesa incumplida: "Mil trescientos millones de personas luchan por sobrevivir diariamente con menos de un dólar estadounidense; 35.000 niños mueren a diario por desnutrición y enfermedades que podrían evitarse; miles de millones de adultos, en su mayoría mujeres, no saben leer ni escribir; los presos y presas de conciencia se consumen en cárceles de todos los rincones del mundo y un elevado número de personas sufre tortura en un tercio de los países de la Tierra".

Según este informe, en nuestro País a lo largo de 1997 los abusos contra los derechos humanos han provenido fundamentalmente de ETA, de funcionarios y agentes encargados de hacer cumplir la ley, por agresiones y torturas en centros de detención y prisiones, y de algunos grupos organizados de jóvenes por actos de discriminación y xenofobia hacia los inmigrantes, de forma especial con los que se encuentran en situación ilegal.

Centrándonos en el tema del Coloquio, quiero decirles en primer lugar que soy firme partidario de las medidas alternativas y de los sistemas de mediación y conciliación porque, tal y como hemos comprobado en la Justicia Juvenil, facilitan el proceso de recuperación de las personas condenadas y permiten ofrecer algún tipo de satisfacción a las víctimas. Ahora bien, como siempre habrá infracciones intolerables que afecten gravemente a los intereses individuales y colectivos, no nos queda más remedio que asumir las cárceles como una exigencia amarga, pero imprescindible.

Por eso, éste es un buen momento para recordar a las personas que sufren en prisión, hacer un llamamiento a la solidaridad e instar a las Administraciones responsables la creación de todas las condiciones materiales y morales que garanticen el res-

peto a la dignidad humana tanto de las personas privadas de libertad como de los agentes penitenciarios.

Las personas internas en prisiones siguen formando parte de la sociedad, conservan los derechos fundamentales de los que no han sido privados legalmente por la condena y deben disponer de una serie de garantías y medios de reclamación para hacerlos efectivos.

Esta convicción, unida a la ventaja que para la consecución de la finalidad constitucional de reeducación y reinserción social tendría la proximidad de los órganos de gestión y planificación, motivó mi decisión de solicitar en noviembre del pasado año al Ministro de Interior una reunión para tratar los contenidos de esta materia y acordar un calendario de negociación que nos permitiera avanzar en el proceso de transferencia de los servicios penitenciarios a la Comunidad Autónoma. Mi decisión fue refrendada en un Acuerdo del Consejo de Gobierno sin que hasta la fecha hayamos recibido respuesta alguna.

Mientras tanto, continuaremos desarrollando el Convenio Marco para mejorar la calidad de vida de los internos e internas y hacer llegar a los Centros, en la medida que sea posible, los programas y servicios que el Gobierno Vasco pone en funcionamiento para las demás personas que viven en libertad.



De izda. a dcha.: F. Racionero, D. Szabo, M. M.^a Zorrilla, J.L. de la Cuesta, T. Peters y A. Beristain.

No quisiera terminar sin felicitar de nuevo al Instituto por la excelente labor que está realizando en la preparación de los futuros funcionarios de Instituciones Penitenciarias becados por la Dirección de Derechos Humanos y Cooperación con la Justicia de mi Departamento. Gracias a su labor estamos contando ya con unos funcionarios con sólidos conocimientos teóricos y formación humanista que van a contribuir a transformar desde dentro el sistema penitenciario.

A todos Uds. mi afecto y agradecimiento por reunirse para reflexionar sobre cómo mejorar las condiciones de las penas privativas de libertad. Sus conclusiones, sin duda, van a ayudarnos en el ejercicio de nuestras responsabilidades y van a tener una repercusión muy positiva en nuestra sociedad.

EGUZKILORE

Número Extraordinario 12.
San Sebastián
Diciembre 1998
21 - 33

CONSIDERACIÓN YUSHUMANISTA DEL ARTÍCULO 25.2 DE LA CONSTITUCIÓN*

Excmo. Sr. D. Manuel M^a ZORRILLA
*Presidente del Tribunal Superior de Justicia
del País Vasco*

Resumen: Para interpretar el sentido de la función reeducativa de las penas privativas de libertad, tal y como indica el artículo 25.2 de la Constitución Española, debe conectarse con el art. 27.2 de dicho texto fundamental que recoge el derecho a la educación. Partiendo de esta afirmación, se realiza un exhaustivo análisis del significado del artículo 25.2 CE, deteniéndose en los conceptos de desarrollo de la personalidad, convivencia democrática o derechos y deberes fundamentales, entre otros, para terminar explicando el contenido social específico de este precepto y las actitudes interpretativas al respecto.

Laburpena: Konstituzio Espainoleko 25.2 artikulua adierazten duen bezala, askatasunaren aurkako zigorren helburu hezitzailearen zentzua interpretatzeko, hezkuntza eskubidea azaltzen den oinarrizko testuaren 27.2 artikuluekin konektatu behar da. Hau baieztatu ondoren K.E. 25.2 artikulua analisi zehatz bat egiten da, pertsonalitatearen garatze, elkarbizitza demokratiko edo oinarrizko eskubide eta betebeharren kontzeptuetan geldituz, bere edukin soziala eta jarrera interpretatiboekin amaitzeko.

Résumé: Pour interpréter le sens de la fonction rééducative des peines privatives de liberté, tel qu'il est indiqué dans l'article 25.2 de la Constitution Espagnole, on doit le mettre en rapport avec l'article 27.2 de ce texte fondamental où le droit à l'éducation est concrétisé. En partant de cette affirmation, on fait un exhaustif analyse de la signification de l'article 25.2 CE, en s'arrêtant dans les concepts de développement de la personnalité, de cohabitation démocratique ou des droits et devoirs fondamentaux, entre autres, pour finir avec l'exposé du contenu social spécifique de ce précepte et les attitudes interprétatives à ce sujet.

Summary: To interpret the sense of the reeducational function of the privative of liberty penalties, such as the article 25.2 of the Spanish Constitution indicates, it must be in touch with the article 27.2 of this fundamental text where the right to education is stated. Starting from this assertion, it is made an exhaustive analysis of the meaning of the article 25.2 CE, explaining the concepts of the personlity development, the democratic cohabitation or the fundamental rights and duties, amongst other things, and the specific social content of this precept and the interpretatives positions in the matter are seted out.

Palabras clave: Constitución Española, Penas Privativas de Libertad, Derechos Fundamentales, Reinserción Social.

Hitzik garrantzizkoenak: Espainiako Konstituzioa, Askatasunaren Aurkako Zigorak, Oinarrizko Eskubideak, Bergizarteratzea.

Mots clef: Constitution Espagnole, Peines Privatives de Liberté, Droits Fondamentaux, Réinsertion Sociale.

Key words: Spanish Constitution, Privative of Liberty Penalties, Fundamental Rights, Social Reinsertion.

* Conferencia inaugural.

1. FUNCIÓN REEDUCATIVA DE LAS PENAS DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD

El art. 25.2 CE cuida de proclamar –sin propósito de exhaustividad ni exclusión de otras finalidades concurrentes o complementarias– que uno de los objetivos a que tienden y *estarán orientadas*, con toda la carga imperativa de este giro, *las penas privativas de libertad*, consiste en la *reeducación* de las personas condenadas por aquellas acciones que, al tiempo de producirse, eran constitutivas de una infracción penal. La declaración se relaciona y debe conectarse –por exigirlo así el recurso a los criterios contextual y sistemático de interpretación– con la diversidad y densidad de aspectos que el art. 27.2 CE asigna al *derecho a la educación* que –bajo el rótulo de la sec. 1.ª, cap. 2.º, tit. I CE– el constituyente incluye en su inventario de *derechos fundamentales y libertades públicas*. Un extremo que, de acuerdo con el art. 10.2 CE, se beneficia de la fórmula con que el art. 26.2 DUDH insiste en favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y comunidades, y promover las actividades necesarias para el mantenimiento de la paz.

La *función reeducativa* de las penas de privación de libertad presupone que las conductas acreedoras a una sanción de este carácter, provocan una descalificación que inquieta al legislador constituyente y le mueve a advertir al legislador ordinario de la necesidad de enmendar lo que de negativo encierra para la integridad y estima del ser personal. Deben, a tal fin, delimitarse los campos de juricidad y de valor en que ese desmerecimiento está latente y puede, antes o después, hacer acto de presencia.

Quiere decirse algo más. La *reeducación* equivale al rescate –que el cumplimiento de la pena de privación de libertad pretende conseguir– de todos o parte de los objetivos que enuncia el art. 27.2 CE y de las actitudes –de generosidad y concordia multilaterales– que también encarece el art. 26.2 DUDH, porque la experiencia social acredita que la conducta delictiva despoja al condenado de unas cualidades que el proceso de rehabilitación trata de reconstruir y devolver. La *reinserción* implica, en cambio, que –recobradas esas aptitudes y alcanzada la regeneración de los valores corrompidos o desintegrados– el sujeto está en condiciones de incorporarse a la comunidad o comunidades en que, como compartimentos o células de la sociedad pluralista, puede asentarse y circular por títulos distintos de pertenencia y adscripción. Le urge el comportamiento que el art. 29.1 DUDH –al que, de nuevo envía, el art. 10.2 CE– impone, cuando, para desautorizar el programa marxista del *fin de la historia*, recuerda que *toda persona individual contrae obligaciones frente a la comunidad de la que forma parte*. Todo, pues, lo contrario de *dar a cada uno según sus necesidades y recibir de él conforme a sus posibilidades*.

El deber de participar en el proceso –saludable y creativo– de la vida social resulta de que gracias a la *faena edificante* de los grupos en que se integra la persona humana, como el art. 9.2 CE tiene la oportunidad de poner de relieve, se perfilan y adquieren fisonomía propia las múltiples *situaciones de interés general*. Ello es así, ni más ni menos, porque ninguna de esas comunidades intermedias puede permitirse la *ostentación antisocial* de renunciar al rescate de uno solo de sus componentes y abandonarle a la aventura de su destino insolidario. El *interés general* –del que abundantemente hacen mérito los arts. 30.3, 34.1, 44.2, 47 I, 128.1 y 2, 149.1

núms. 20.º y 24.º, 150.3 y 155.1 CE– se erige en la *versión secular* del hallazgo aristotélicotomista en que se hizo consistir el *bien común*, obediente a los *requerimientos de la coexistencia, la colaboración y la participación*.

La reeducación se alimenta de la serie de actividades que, gracias al cumplimiento de la pena de privación de libertad, *tratan de devolver al condenado –que se ha empobrecido con su pérdida– el acervo de bienes jurídicos imprescindibles para su retorno, significativo y eficiente, a la vida de la comunidad en la que está llamado a ser realmente igual y libre*. Nadie ignora que las, más que previsiones racionales y lúcidas, *predicciones idílicas* que adornaron la aparición del art. 25.2 CE no han llegado a cumplirse y, lejos de ello, se han visto sucedidas por un *estado de cosas penológico* desalentador y deprimente, que resta buena parte de su esperanza y su grandeza al propósito constitucional, y engendra una lectura dominada por una buena dosis de *pesimismo evolutivo*.

Esta objeción socioestadística no es óbice para que, con conciencia de los inconvenientes que denuncia, se discurra acerca del alcance dogmático de la reinserción.

2. CORRELACIONES CONCEPTUALES

La reinserción parte de que, tras haberse logrado la *finalidad reeducativa*, el sujeto –cuya personalidad, de nuevo, está planificada– se encuentra en condiciones de cumplir los deberes que, por imperio del art. 29.1 DUDH, le competen en el seno de la comunidad que le acoge, y de procurar las oportunidades llevaderas al pleno y libre desarrollo de su cualidad individual. Tanto la *reeducación* –exigente de la cooperación directa y constructiva que, en materia propia de la *legislación penitenciaria* viene de las atribuciones conferidas por el art. 149.1 n.º 6.º CE– como la *subsiguiente reinserción* –necesitada del apoyo de los poderes públicos para su control y perfección– constituyen el *haz de prestaciones* destinadas a que el condenado se beneficie de una de las garantías inherentes al proceso judicial en que, según el art. 24.2 CE, debe satisfacerse uno de los derechos públicos fundamentales e inherentes, como reza el art. 10.1 CE, al *fuerro de su dignidad personal*.

Cae de su peso que, no obstante el parecer contrario de algunas posturas reductoras o minimalistas, los *deberes de cooperación comunitaria* de la persona ex-condenada –reconciliada con los *valores de la educación* que ha perdido y que, a su tiempo, recupera con éxito– se corresponden con un *derecho colectivo*, de carácter también fundamental, que asumen y ejercitan los grupos sociales a que se refieren los arts. 9.2 y 20.4 CE, al abonar las fórmulas del esfuerzo de transformación e invocar el pluralismo en que sus operaciones surgen y adquieren eficacia. No sólo se requiere el cumplimiento de las obligaciones impuestas al sujeto que ha de reinsertarse y las atiende en la medida, más o menos amplia, de sus posibilidades, sino que, a falta de la contribución esperada y exigida de la comunidad, hay una especie de *constitución en mora* de cuantos, así urgidos, no le ofrecen los medios o le escatiman las oportunidades necesarias para la perfección satisfactoria de un deber muy complejo. El grupo o los grupos sociales en cuestión son también titulares de un derecho público fundamental a reclamar y obtener de los poderes públicos la actividad

y auxilio indispensables para la resocialización –acomodo o ajuste del ex-condenado a los hábitos de la comunidad y coparticipación en sus compromisos y cargas– tenga lugar en condiciones que, lejos de entorpecerle lo más mínimo, aceleren el término del *proceso de incorporación* en que consiste.

La urgencia de *la intervención reeducativa* se explica porque, tras haber delinquido e incurrir en la consiguiente responsabilidad de orden penal, quien realiza la conducta típica de la *figura rectora*, definida por el legislador, se halla en trance de desencadenar –con efectos de multiplicación imprevisibles– muy perniciosas consecuencias, salvo si se sensibiliza a la necesidad de corregir su producción y ejercitar sus aptitudes para, de nuevo, vivir en sociedad. Concorre siempre el riesgo de que, yéndose de lo menos malo a lo pésimo, se pongan en peligro, se erosionen, se menoscaben, se perviertan o –como el deletéreo resultado de un *ciclo de malevolencia*– se inutilicen las valiosas adquisiciones de la evolución interminable que acorta distancias con la plenitud del desarrollo de la personalidad. Un hito que, sin ser un imposible metafísico, sólo es accesible cuando se llega a comulgar –¿en qué momento y cómo?– con el todo refulgente de la *verdad liberadora* (Jn., 11., 23).

3. SIGNIFICADO DEL DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

Adquieren, pues, relieve unos conceptos –sociales, psicológicos y jurídicos– indeterminados que, cuales el *libre desarrollo* y el *pleno desarrollo de la personalidad*, los arts. 10.1, 27.2 y 45.1 CE toman directamente a préstamo, con un criterio selectivo, del art. 26.2 DUDH, cuya regla es la de que la educación tendrá por objeto el *pleno desarrollo de la personalidad* y el *fortalecimiento del respeto* –modelo de acción transformadora– *a los derechos humanos y a las libertades fundamentales*. Un defecto de las proposiciones axiológicas del constituyente –de que, por citar una muestra, es ejemplo la enumeración de los valores superiores del ordenamiento jurídico y la presentación que hace el art. 1.1 CE, del *género próximo*, la justicia, de las dos especies que se sintetizan en ella, la igualdad y la libertad, y de una *subespecie* de la segunda de éstas, el pluralismo político– está en la parquedad de rigor metodológico con que realiza ciertas operaciones de clasificación y de enunciado. Mezcla, a veces, la cita indistinta de lo genéricamente conceptual y lo específico, como si esta correlación no existiese, o maneja como nociones independientes algunas que comparten caracteres comunes o se interfieren mutuamente. Acaso no sea censurable la tentativa de evitar que un exceso de pulcritud metódica dé lugar a lagunas o espacios vacíos y dificulte, en su caso, la aplicación de las normas jurídicas que dicen beneficiarse de esa pretendida excelencia.

Viene ello a cuento de lo que significan el *libre desarrollo* y *pleno desarrollo de la personalidad*. La *plenitud de algo* designa un óptimo de perfección del estado de cosas que destaca su insuperabilidad cualitativa. El pleno desarrollo de la personalidad sufre la servidumbre de que la libertad –cuyo concurso es preciso para alcanzar sus metas– no vive ausente de las circunstancias del tiempo y del lugar que jalonan los pasos hacia esa plenitud o, por mejor decir, acompañan a la presencia de sus luces y al desvanecimiento de sus sombras. Otro tanto cabe afirmar del *libre desarrollo de la personalidad*, porque, sólo cuando se ganan las cotas más altas de la libertad a que aspiran las personas individuales y/o los grupos sociales, se consuman la *perfección* y

la satisfacción del proyecto en que esa clase de beatitud se materializa. El desarrollo pleno nada distinto dice del desarrollo libre de la personalidad beneficiada por las operaciones de la educación de origen o la reeducación sobrevenida, pues la plenitud embebe la libertad que la posibilita, y la libertad termina siendo un aspecto o variante de la plenitud que va perfeccionando. No hace falta yuxtaponer los adjetivos pleno y libre para describir la realidad que uno u otro sintetizan convincentemente.

El daño que la comisión del delito irroga al *desarrollo libre o pleno de la personalidad del condenado* –expresión de uno de los *intereses legítimos* que, a la luz del art. 24.1 CE acampan en los pagos de la efectiva tutela judicial– no representa, ni mucho menos, un perjuicio irreparable, sino que puede y debe restaurarse en forma específica, usando del tratamiento penal a que, en virtud de la sentencia de condena, tiene derecho la persona. Resuena aquí el principio –tan caramente sugestivo, como arreglado a la verdad intelectualmente objetiva y desapasionada– de que, al ser de esencia distinguir entre el *maleficio del error* y la *flaqueza del sujeto errante*, éste aparece, siempre y ante todo, como un ser humano que conserva y se aferra al sentimiento de su dignidad personal. Debe entonces ser considerado y tratado como conviene a tan grande dignidad, que, por cierto, incluye una tendencia congénita a la naturaleza humana y de la que, para su bien y su fortuna, el hombre nunca se libera porque acompaña a su existencia como la sombra sigue al cuerpo. Quien ha delinquido es, sorprendentemente, el mejor cooperador a este proceso de liberación, porque, lo quiera o no, *sufre el asedio sano de las tentaciones de romper sus compromisos con el error, que debilita o destruye su personalidad, y abrirse a los caminos de la verdad, que la regenera y robustece.*

El libre o pleno desarrollo de la personalidad individual no viene a ser objeto de un específico derecho constitucional, significado por la pretensión de ejercitarlo y hacerlo valer frente a un poder público que adeude las correspondientes prestaciones de satisfacción. Equivale, en cambio, al *resultado* –que se persigue tenazmente y no siempre se alcanza– de la entrada en poder y posesión del denominado *sentimiento constitucional*, y del ejercicio –normalizado social e individualmente– de los derechos constitucionales que, con la vista puesta en esa plenitud, acorta las distancias entre lo que hay de inaccesible en ella y los niveles o grados de mejora que acusa el desarrollo de la personalidad.

Si las funciones reeducativas de la pena de privación de libertad consiguen liquidar, en más o en menos, las anomalías que cercenan o reducen el libre o pleno desarrollo de la personalidad demeritada, sobreviene el efecto –augurado en la consideración que el art. 10.1 CE dedica a encomiar la dignidad de la persona humana– de haberse ganado una de las batallas emprendidas y libradas para mantener el *orden político* y la *paz social*. Componentes, ambos, de la idea de orden público –protegido incondicionalmente por la ley (art. 16.1 CE)– y dependientes de la intangibilidad de aquel valor. El rescate de una *personalidad suficientemente prometedora y desenvuelta* –a que el cumplimiento adecuado de la pena debe dar lugar– se convierte en elemento central para obtener una armoniosa relación entre el *Estado-ordenamiento* –disposición justa y eficaz de los poderes públicos– y el *Estado-comunidad*, en el interior de cuyo pluralismo social se residerian los procesos de habitación, crecimiento y transmigración individuales.

El cumplimiento de las penas de privación de libertad restituye asimismo las condiciones propicias a que esa *personalidad en desarrollo inacabable* –que se rehace y recupera para la causa propia y la de la sociedad que media en su rescate– pase a participar de cuantas perspectivas y proyectos se ocupan de los *intereses generales*, cuyas exigencias de *coexistencia, colaboración y participación* –definidoras de la noción tradicional de *bien común*– reclaman el concurso de quienes multiplican su empeño en afianzar una *personalidad que, al desenvolverse en plenitud, gana en calidad y agranda su espacio de ejemplo e influencia*.

4. RESPETO A LAS ORIENTACIONES DE UNA CONVIVENCIA DEMOCRÁTICA

La degradación o el retroceso educativo puede surgir –como insinúa la lectura del art. 27.2 CE– de la *pérdida del respeto debido a los principios democráticos de la convivencia*. El constituyente ha entendido –con base en la experiencia ofrecida por la lesión de ciertos bienes y/o valores protegidos por el Derecho Penal– que la realización del tipo delictivo castigado con una pena de privación de libertad, no sólo consume su agresión contra los intereses generales cuya especial defensa compromete la inquietud y la técnica del legislador ordinario, sino que, de modo instrumental o derivado, conmueve la estabilidad de alguno de los *principios democráticos* que, según el art. 10.1 CE, hacen posible una *vida en dignidad* avalada por la solidez del *orden político* y la serenidad de la *paz social*.

Esos principios pueden ser –sin perjuicio de otros entendimientos o lecturas que el valor superior del *pluralismo político*, propenso a la diversidad legítima de conclusiones interpretativas, autoriza respecto a la mención que de ellos hace el art. 27.2 CE– los que, asistidos de la experiencia y el testimonio de la Historia, denotan el mínimo de condiciones requeridas para acceder a la *existencia justa* que es clave de la razón de ser y el enriquecimiento –político, social, cultural y económico– de cualquier sociedad democrática. Entendiendo por tal aquella en que se reconoce un elenco actualizado y dinámico de derechos constitucionales, y se asegura una independencia de poderes públicos sin la que, como cuidó de predecir el art. 16 DDHC, *una sociedad carece de constitución*. Los *principios democráticos de la convivencia* propugnan el acatamiento de las decisiones presumiblemente legítimas de los poderes públicos, compatible con la disidencia edificante y reflexiva, la aceptación de la validez y obligatoriedad de las normas del ordenamiento jurídico del Estado, en vez de su contestación incivil, la acogida del pluralismo social y político, con las arriesgadas y estimulantes consecuencias de tal actitud, y, amén de otras variantes, el cultivo –irrenunciable y sistemático– de los conceptos de comprensión y tolerancia, como *pautas humanizantes* de acción y de reacción.

También se ha recordado que, desde otros enfoques, los principios en cuestión abarcan, además del respeto a la *voluntad de las mayorías* predeterminadas por el Derecho objetivo, la definición, de la *estructura constitucional* del Estado, la dimensión de la *voluntad general* que adquiere relevancia, la *sujeción de todos al ordenamiento jurídico* y, en función de estos datos, el respeto adecuado de los *derechos de las minorías*. Un examen de los arts. 1.1 y 2, 9.1 y 2, y 66.1 CE da idea de cómo.

5. REEDUCACIÓN RELATIVA A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LAS LIBERTADES PÚBLICAS

Cabe, en fin, que la infracción penal tenga lugar con desprecio o violación directa de cualesquiera derechos fundamentales y/o libertades públicas –a los que, usando de un movedizo léxico, se refiere el art. 27.2 CE con el nombre de *derechos y libertades fundamentales*– y que, en tal caso, el delimitar la reeducación perseguida por la imposición y el cumplimiento de la pena de privación de libertad devenga un objetivo de especial delicadeza.

Se afronta, con toda su singularidad y envergadura, un verdadero *compromiso pedagógico* que requiere nada más y nada menos que transmitir a título originario, o restituir, algo así como derivativamente, a quien ha delinquido, la sólida y valiosa actitud sicológica que se denomina *sentimiento constitucional*. Es ésta, una de las más espinosas tareas confiadas a la función reeducativa de la pena, puesto que su dificultad reconocida la separa de los demás objetivos, accesibles y no tan problemáticos. No se pretende reconciliar consigo mismo al individuo, como sucede cuando se salvan los defectos o se colman las lagunas de una *personalidad fracasada* o incompleta que clama por volver a los cauces de *su libre y pleno desarrollo*. No se piensa en adoptar posturas de cumplimiento externo, como acontece con la existencia personal que, a fuerza de tenacidad y disciplina, puede acomodarse a los dictados de los principios democráticos de convivencia, por proteica y metodológicamente profusos que parezcan su hallazgo y su cultivo.

La adquisición o la devolución del *sentimiento constitucional* representa una *forma de participación cuasiafectiva en la ordenación de la vida del Estado-comunidad*, corresponde a la más ambiciosa modalidad reeducativa y, sin duda, desencadena el óptimo de consecuencias positivas para madurar y concluir los procesos de rehabilitación social e incorporación a las tareas de la comunidad.

6. DECISIONISMO POLITICOLEGISLATIVO

Del art. 1.1 CE se infiere que el *pluralismo político* –especie caracterizada del valor superior del ordenamiento jurídico en que estriba la idea capital de *libertad*– puede y debe incentivar la movilidad o *elasticidad decisionista* del poder legislativo –que opta por soluciones razonables y únicas, en el entendimiento de que *una cosa no puede ser y dejar de ser al mismo tiempo*, ni compartir su identidad y sus notas diferenciales con otra que la suplanta o pretende confundirse con ella– para dar a los problemas de interés general soluciones que, si no pueden tildarse de categóricamente justas, si que se consideran de alguna excelencia y se atemperan, con bastante pulcritud, al Derecho objetivo cuyas normas controlan su legitimidad. De ahí, las presunciones que, en pro de la misma legitimidad, se establecen. Lo cual no excluye que, predeterminando una concreta referencia, el constituyente limite o enderece aquel decisionismo, como hace cuando no renuncia a señalar el cometido reeducativo de las penas de privación de libertad.

El art. 25.2 CE ha cursado al legislador ordinario un mensaje que, al margen de toda opacidad o aspectos discutibles, insiste en que la finalidad educativa se logra con la sanción penal de las *conductas que han degradado o destruido el contenido*

esencial o núcleo invulnerable del concepto constitucional de educación. Condensa su esfuerzo en cerrar un tupido frente de valores que –como los listados, sin exhaustividad ni excesivo rigor metodológico en el art. 28.2 CE– sitúan el *espectro de vulnerabilidad* a que puede abocar la acción delictiva. Sin olvidar que *educar* significa algo tan complejo y múltiple como perfeccionar, con la disciplina y el ejemplo, los sentimientos, los hábitos y la inteligencia de las personas que se encuentran en trance de maduración, o bien ilustrar la razón del sujeto con los retos y conocimientos que completan sus oportunidades reflexivas.

El *desarrollo de la personalidad* es una utopía –zona de bienestar a cuyo acondicionamiento y habitabilidad se aspira– o un designio de consecución de bienes indefinidamente perfectibles. Sus interrogantes, a cual más indescifrables y crecientes, acampan en los ámbitos del pensamiento teológico, de la Moral, de la Filosofía, de las ciencias sociales y de la pesquisa psicológica. Los *principios democráticos de convivencia* –más omnicomprendivos que los *principios inferidos de la voluntad y el mensaje del legislador constituyente*, aunque, en más o en menos, se les superpongan e incluso coincidan con algunos de ellos– se extraen de la experiencia y el vigor constructivo que, empujadas por el aleccionamiento de la Historia, han mostrado –a la hora de levantar sus edificios propios– la Teoría del Derecho y el Estado, y la Ciencia Política. Los llamados *derechos fundamentales y libertades políticas* provienen de trasladar al Derecho positivo situaciones de reconocimiento inconfundible e inmunes a cualquier arbitrio constitucional que intente empequeñecer o desvirtuar sus manifestaciones inequívocas. Trátase de exigencias que se anudan a la naturaleza de las cosas –de ahí que se etiqueten como *derechos y libertades emanados del orden natural*– y, a causa de esta circunstancia, están en el haber de la persona, individualizada como tal o en virtud de su pertenencia a una comunidad portadora de intereses colectivos. Por ello, son inalienables, inviolables y anteriores –una vez descubiertos y localizados en el horizonte constitutivamente histórico de la razón práctica– a una ley humana positiva que debe limitarse a aceptarlos y proveerlos de la regulación más conveniente a la efectividad que de su ejercicio se predica.

7. CONCLUSIÓN COMPLEMENTARIA

Hay que hacer notar –siempre a la luz de los arts. 25.2 y 27.2 CE– que no es constitucionalmente preceptivo difundir la tutela penal, que propugna la *orientación reeducativa* de las penas de privación de libertad, al campo de situaciones jurídicas no fundamentales –como ocurre con los denominados *derechos y deberes de los ciudadanos* en la sec. 2ª, cap. 2º, tit. I CE– y de los llamados *principios rectores de la política social y económica*, que enumera el cap. 3º, tit. I CE. Lo prueba el que, por así entenderlo excepcionalmente, sólo el art. 45.3 CE obliga a definir y sancionar en vía penal la infracción de los *derechos de solidaridad colectiva* que atañen al uso racional de los recursos naturales para proteger y mejorar la calidad de vida, y defender y restaurar el medio ambiente, a la par que el art. 46 CE prevé la penalización de los atentados contra el *patrimonio histórico, cultural y artístico* de los pueblos de España, incluido, por mandato del art. 3.3 CE, el depósito de riqueza lingüística. Por lo demás, incumbe al *albedrío decisorio* del legislador ordinario la adopción de iniciativas políticolegislativas que, ponderadas las necesidades y

particularidades del caso, elevan la cualidad de un *bien* o de un *valor* a la categoría de penalmente tutelado. La lectura del art. 45.3 CE da a entender que ese legislador es libre para optar entre la cobertura jurídicopenal y la meramente administrativa del estado de cosas que se considera.

Un reflexivo examen del art. 25.2 CE exige conectar los conceptos –a saber, el de *reeducción* y el de *reinserción*– a que consecutivamente se dicen orientadas las penas de privación de libertad. La *reeducción* describe y delimita el objeto de la prestación en que consiste la actividad de los poderes públicos urgidos a devolver al condenado todos o parte de los valores que, conforme a los objetivos del art. 27.2 CE, deben recobrase para recomponer la integridad de una personalidad que incesantemente reivindica su libre y pleno desarrollo. El *ser uno mismo y su circunstancia* significa algo más que un atractivo hallazgo filosófico y el eco permanente de una verdad interesante, porque, como definición digna de análisis, avisa de los riesgos de desnaturalización y agresión que sin tasa ni tregua, corre el *todo personal* de cada ser humano que afronta el destino de transformarse y vivir socialmente. La *reinserción* equivale a la consecuencia –gratificante y positiva– de que, satisfecha la *deuda pública de reeducación*, el ex-penado logra acondicionarse en el grupo o subgrupos de la sociedad pluralista que han dejado de contar temporalmente con su contribución, que son titulares de un derecho fundamental a obtener su reincorporación y recabar del individuo reeducado el cumplimiento de los deberes que le son exigibles en el seno de la comunidad que le recibe. La remisión del art. 10.2 CE al art. 29.1 DUDH viene a respaldar todas y cada una de estas conclusiones.

De ello no se desprende que, inexorablemente, la *acción taumatúrgica* de los poderes públicos –expuesta a los imponderables y peligros que arrastran las acciones y reacciones de la conducta humana– constituya al sujeto en un *estado de reinserción beatífica* que no registra frustraciones ni fracasos. La *obligación de reeducar* –impuesta a esos poderes para contraprestar el ejercicio del derecho público subjetivo al que, como deudores, tienen que dar respuesta– entraña, según una distinción conceptual útilmente importada del Derecho Privado, una *obligación de medios* o de simple actividad, que se contrapone a la figura de las *obligaciones de fines* o de resultado. El deber se entiende cumplido en tal caso, aun cuando el acreedor no llegue a hacer suya la utilidad del resultado inherente al tenor de la obligación exigida, si el deudor pone a contribución toda la dosis de solicitud y diligencia que, en las circunstancias propias de su capacidad de ejecución, del tiempo y del lugar, cabe razonablemente esperar de la actividad a que se entrega. Ello es así porque, gracias a una sensata previsión, *ese tanto de atención y cuidado* basta, las más de las veces, para consumir el efecto satisfactorio del cumplimiento de la prestación debida, si bien el deudor no ha de soportar, con desproporción evidente, la insuperabilidad de ciertos obstáculos o entorpecimientos interpuestos entre la que, a todas luces, esta revestida del carácter de *actividad diligente* y solícita, y el resultado que no siempre acierta a procurar.

8. OBLIGACIÓN DE MEDIOS DE LOS PODERES PÚBLICOS

El art. 28.2 CE viene a reconocer, en suma, que las penas privativas de libertad se cumplen a través de *prestaciones positivas del poder público*, y que la actitud

–suficientemente atenta y cuidadosa– del mismo puede tropezar con la falta de colaboración –intencional o involuntaria– del sujeto que, introduciendo en el proceso de reeducación un componente ineludible y hostil, inutiliza con su inadaptabilidad, tal objetivo y *cierra el acceso al estado de resocialización que condiciona y determina su reinserción social*. No es casual y sí muy atinado el empleo del verbo *orientar*, que denota el hecho de enderezarse, pretender o aspirar a la consecución de un fin buscado, el cual depende de las circunstancias que acompañan a los episodios de la reeducación y, a causa de esta concurrencia, puede lograrse felizmente o desembocar en el fracaso. El constituyente hace de aquel concepto –el de *orientar*– un uso selectivo, hasta el punto de que sólo el art. 40.1 CE ha reincidido en él para realzar lo *inasequible de la plena ocupación* que la política estatal de empleo desiste de intentar en un punto y hora marcados por el impacto de la *crisis económica* y la exigencia de *flexibilidad* en el tratamiento de relaciones de trabajo. El Estado emprende su *actividad orientadora* por medio de las operaciones materiales, jurídicas y técnicas que, a la vista de referentes provechosos para la individualización de la pena, se estiman aptas para advenir, en la mayoría de los casos, al *resultado reeducativo*, que precede al *juicio favorable de resocialización*, y a la *reinserción social* que ha de tener lugar en su virtud.

Orientar no sólo significa admitir, a todos los efectos, la interposición de riesgos o acaecimientos que, pese al despliegue de la diligencia requerida por la *operación reeducativa*, debilitan o hacen fracasar el pleno objetivo de la reinserción social que se persigue. A falta de ella, brillan por su ausencia los éxitos de un *esfuerzo de transformación* con que el art. 9.2 CE pretende asegurar la indemnidad e integridad de los grupos sociales que sólo se beneficien de la libertad real y efectiva cuando –una vez agotada la faena de la reeducación de esos condenados, efectuada su valoración como sujetos sociables y restituidos a la comunidad o comunidades de origen– se incorporan al proyecto específico de la parte de la sociedad pluralista que, para defender y amparar los intereses generales, precisa inaplazablemente de su cooperación.

Orientar quiere decir también que, además de los designios constitucionales indicados, las penas de privación de libertad pueden enderezarse a otras *finalidades compatibles y complementarias* que, a estímulos de la excitación y sugerencia del valor superior del pluralismo político, el legislador ordinario –actuando en el ejercicio legítimo de su decisionismo– añade a las ya examinadas. Se ha de tener en cuenta siempre la *cláusula de templanza* que, estampada en el art. 10.2 CE, se remite al *Derecho de gentes* –integrado por los textos internacionales de carácter fundacional y los acuerdos bilaterales concluidos entre Estados soberanos– para esclarecer y completar, desvaneciendo oscuridades interpretativas y colmando lagunas, los preceptos reconocedores de derechos fundamentales, incluido el propio art. 25.2 CE. Ciertamente que el pluralismo político supone un incentivo suficiente para predecir diversos fines razonables que, además del mínimo anunciado en el art. 25.2 CE, convienen al cumplimiento de las penas de privación de libertad, pero –junto a esta reflexión expansiva o de creatividad– es de advertir que ninguno de los programas del *albedrío legislativo* –limitado en no menor medida que respecto de otros poderes públicos por la regla de interdicción de su arbitrariedad que establece el art. 9.3 CE– puede contradecir los postulados y preceptos que, emanados de aquel *depósito supranacional de Derecho de los pueblos*, pertenecen a un intangible acervo cultural

–ni más ni menos que el *orden público de la civilización occidental*– que, al moderar los eventuales desaciertos o excesos de tales soluciones, garantiza sus ingredientes de ortodoxia y sus necesidades de equilibrio.

9. CONTENIDO SOCIAL ESPECÍFICO

El examen del art. 25.2 CE permanece incompleto si no se presta atención ni se razona acerca del papel que ciertos *derechos subjetivos sociales* –de rango y traza excepcionales– juegan en el *ciclo resocializador* de la persona condenada al cumplimiento de una pena de privación de libertad. Sorprende, ante todo que –sin perjuicio del reconocimiento general que el art 35.1 CE dedica *al derecho al trabajo* y a las expresiones primordiales de su contenido esencial o núcleo invulnerable– el art. 25.2 CE se anticipe, a su vez, a proclamar el *derecho de los penados a un trabajo remunerado y a los correspondientes beneficios de la Seguridad Social*. Es obligado preguntarse por el sentido de esta declaración y el alcance que cabe asignarle en el contexto constitucional.

Debe descartarse –porque un criterio básico de interpretación enseña que carece de significado y de provecho el dar por buena la *reiteración inútil*, en distintos pasajes de un cuerpo legal, de la misma proposición o norma jurídica– la tesis de que aquel reconocimiento adelantado equivale a una repetición, neutral e inofensiva, del mensaje central del art. 35.1 CE. Sentado ello, dos entendimientos –simplemente declarativo el uno y constitutivo el otro– se disputan la dilucidación de la novedad que ofrece la lectura del art. 25.2 CE.

10. ACTITUDES INTERPRETATIVAS AL RESPECTO

La primera de ambas posiciones presupone la conexión de los arts. 14, 25.2 y 35.1 CE, partiendo de la cual se acepta la tesis de que la cualidad de condenado al cumplimiento de una pena de privación de libertad *lleva sólo consigo las limitaciones inherentes a la finalidad reeducativa de la sanción impuesta al delito cometido*, pero no demerita ni restringe los derechos sociales consignados en los arts. 35.1 y 41 CE. La circunstancia de la sujeción a la pena recaída –cuya traza está obstando a la presencia competitiva del sujeto en el mercado de empleo y a la posibilidad real de acudir, como demandante de trabajo, a los ámbitos del mismo en que se entabla el contacto con los oferentes– no ha de suponer un impedimento insalvable para la satisfacción del derecho constitucional correspondiente. Lo contrario es implantar una diferencia de trato que en cuanto desprovista de justificación objetiva y razonable, da paso a un *estado de cosas discriminatorio*. Merced a esta lectura, la referencia del art. 25.2 CE a los derechos de contenido social cuyo reconocimiento parece adelantar, tiene un *alcance estrictamente declarativo* que, sin designio innovador alguno, sirve a la interpretación contextual de otros preceptos constitucionales. No puede hablarse entonces del acceso del penado a los beneficios de un derecho fundamental que, según dicho razonamiento, deja de concernir al trabajo y al régimen público de Seguridad Social. Sólo se pone de relieve que la condición del sujeto que cumple la condena, no le coloca depresivamente al margen de las situaciones jurídicas que –en punto a ambos derechos, no fundamental el primero y resultante el segundo, del desarrollo del criterio

programático correspondiente– contemplan respectivamente la sec. 2ª, cap. 2º y el cap. 3º, tit. I CE, de los que se predicen las rúbricas consecutivas, *De los derechos y deberes de los ciudadanos* y *De los principios rectores de la política social y económica*.

El otro enfoque del art. 25.2 CE se ensaya con la vista puesta, no ya en la identidad o fisonomía de los derechos sociales mencionados, sino del contenido esencial o núcleo invulnerable del *derecho a la reeducación* que el cumplimiento de la pena debe satisfacer. Además de la diligencia que se les exige para perfeccionar dicho efecto, justificar el juicio positivo de resocialización y situar al condenado en condiciones de reinserción social, los poderes públicos han de prestar, de acuerdo con las circunstancias, cuantos auxilios complementarios favorezcan el acercamiento a ese resultado final. Asistencia de la que –superando la morigeración con que la *cultura de la flexibilidad* y los imperativos de la *crisis económica* han redefinido *el derecho al trabajo* y apurando la medida justa de sus expresiones en el art. 35.1 CE– forma parte la elevación a la categoría de *derecho público subjetivo* que es dable ejercitar frente al Estado, deudor de los actos conducentes a constituir o procurar la formación de una relación individual de trabajo que entonces liga al condenado con su eventual empleador. La diferencia de trato explícita en esta solución, la separa del entendimiento ahora pacífico del art. 35.1 CE, pues el concepto común *derecho al trabajo* –lejos de designar la titularidad y el ejercicio de pretensiones directamente deducibles para obtener una ocupación determinada– sólo abarca las posibilidades de demandar empleo en el mercado de libre competencia, mantener conversaciones previas con los empresarios oferentes, celebrar contratos de trabajo exentos de manifiesto abuso de derecho por parte de los empleadores, disponer de actividad real y adecuada en el curso de la relación contractual, no verse injustamente despedido y apartarse, en cualquier momento, libremente de vínculo así configurado.

Parece que, en cambio, el art. 25.2 CE pasa a reconocer –novedosa y constitutivamente, es decir, sumando un elemento más a la constelación del orden que trae causa de la carta política– *un derecho fundamental del penado* que, junto a los objetivos de reeducación que señala el art. 27.2 CE, se juzga indispensable para contribuir eficazmente al logro de éstos, facilitando, en suma, las condiciones adicionales que desembocan en un juicio favorable de resocialización. Semejante diferencia de trato –que, puesta en comparación con la fórmula del art. 35.1 CE, es muy sensible– se basa en una justificación objetiva y razonable que, así las cosas, descarta la tacha de discriminación. Quienes conviven libremente en sociedad y son titulares de uno de los derechos cobijados bajo el giro *De los derechos y deberes de los ciudadanos*, han conseguido un tanto de adaptación suficiente para afrontar los desafíos y los riesgos que acompañan a su cualidad de componentes de la población activa, y a las vicisitudes que, como trabajadores por cuenta ajena o desempleados, deben sufrir en vista de esta presuposición. De ahí que, en circunstancias de crisis económica y de escasez del empleo necesitado de un equitativo reparto, el art. 35.1 CE requiera una lectura consecuente con los datos de unas realidades sociales que, a la hora de redefinir el derecho constitucional al trabajo, no asignan a los poderes públicos –como lúcidamente cuida de apuntar el art. 40.1 CE– otro papel que el –específico del cumplimiento de una *obligación colectiva de medios* o de simple actividad– de *realizar una política orientada al pleno empleo*.

Muy otra es la consideración suscitada por el cumplimiento de una pena de privación de libertad y el acceso a los campos en que se perfecciona su aptitud reeducativa. El *derecho a un trabajo remunerado* –supuesto en el que excepcionalmente es la ley y no el contrato, el título de origen de la relación individual considerada– ha de satisfacerse como una más de las prestaciones integrantes del proceso de reeducación, sumándose así a las que contextualmente ha señalado el art. 27.2 CE. No se trata de privilegiar o favorecer, con cierta gratuidad, la condición de un grupo determinado de demandantes de empleo, sino de convertir éste en un elemento necesario y optimista de aquella acción reeducativa, para transmitir el convencimiento, en vez de la decepción o el desaliento, de que *la persona condenada –luego de verse reinsertada en el grupo social al que regresa– puede, entre otros valores o contribuciones, aportar al mismo la utilidad y el enriquecimiento de su probada capacidad profesional*. Si la comunidad es acreedor expectante de las obras y la cooperación del sujeto resocializado, mal puede el segundo cumplir las obligaciones que, en provecho de la sociedad y servicio de los intereses generales, datan del art. 29.1 DUDH, si, por excepción, su derecho al trabajo no cuenta con un régimen animado por el espíritu del *esfuerzo de transformación*.

La desigualación de la suerte de los condenados a una pena de privación de libertad, con relación al resto de los pobladores de la sociedad, entraña la promoción y realce de las condiciones encaminadas a evitar que el rescate a cargo de la comunidad –que les acoge y necesita de ellos– tenga lugar como si se tratase de *sujetos sociales de segunda zona*.

ABREVIATURAS Y SIGLAS

art.	artículo
cap.	capítulo
CE.....	Constitución Española de 27.12.78
DDHC	Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 5.10.(7)89
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos de 10.12.48
Jn.	Evangelio de San Juan
sec.....	sección
tit.	título

**1ª MESA REDONDA: “MINORÍAS Y PRISIÓN”;
“EL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA,
HISTORIA DE UN AFÁN”**

EGUZKILORE

Número Extraordinario 12.
 San Sebastián
 Diciembre 1998
 37 - 59

EL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA: HISTORIA DE UN AFÁN. MINORÍAS Y PRISIÓN

Ilmo. Sr. D. Francisco RACIONERO CARMONA

*Fiscal de Vigilancia Penitenciaria
 Madrid*

Resumen: Tras comentar la especificidad de las relaciones entre la Administración penitenciaria y la Jurisdicción de Vigilancia, se describe la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria, realizando un repaso histórico de la figura, estudiando su configuración actual y deteniéndose en el análisis de sus competencias a la luz de la legislación al respecto, para conocer la realidad normativa y comentar las dificultades a que el Juez de Vigilancia debe enfrentarse en su actuación diaria. Para terminar se realiza una especial mención al fenómeno de las minorías, de los extranjeros, dentro de este contexto.

Laburpena: Baitegi Ardularitza eta Zaintze Auzipidearen arteko erlazioak komentatu eta gero, Baitegi Zaintzeko Epailearen irudia deskribatzen da, berari dagokion errepasso historikoa eginez, oraingo irudia eta bere esku dauden konpetentziak aztertuz, dagokion legegideen bidez araupidetza ezagutu eta bere eguneroko zereginetan dituen zailtasunak komentatuz. Bukatzeko, kontestu horren barruan, gutxiengoari eta atzerritarrei buruzko aipamen berezia egiten da.

Résumé: Le texte expose d'abord la spécificité des rapports entre l'Administration pénitentiaire et la Jurisdiction de Surveillance, ensuite, il décrit la figure du Juge de Surveillance Pénitentiaire et en réalise une révision historique qui aboutit finalement à sa configuration actuelle et qui permet de faire l'analyse de ses compétences à l'égard de la législation. On peut connaître ainsi les difficultés que le Juge de Surveillance doit surmonter jour après jour. Sous cet encadrement, le texte fait mention spéciale aux minorités et aux étrangers.

Summary: The text explains the specificity of the relationships between the penitentiary Administration and the Jurisdiction of Surveillance. The Judge of Penitentiary Surveillance is described through an historical review, analysing his current configuration and his competitions by the light of the legislation in this respect. In that way, we can know the normative reality and comment the difficulties that the Judge of Surveillance must face in his daily performance. To end, the text carries out a special mention to the subject of the minorities, of the foreigners, inside this context.

Palabras clave: Administración Penitenciaria, Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria, Juez de Vigilancia Penitenciaria, Extranjeros.

Hitzik garrantzizkoenak: Baitegi Ardularitza, Zaintzeko Baitegi Auzipidea, Zaintzeko Baitegi Epailea, Atzerritarrak.

Mots clef: Administration pénitentiaire, Jurisdiction de Surveillance Pénitentiaire, Juge de Surveillance Pénitentiaire, étrangers.

Key words: Penitentiary administration, Jurisdiction of Penitentiary Surveillance, Judge of Penitentiary Surveillance, Foreigners.

SUMARIO

I. EL MARCO REFERENCIAL

- A. El punto de partida: sobre la separación de poderes y la colaboración institucional. Incidencia competencial
- B. El Peligro: la relación Jurídico Penitenciaria como relación de sujeción especial
- C. La Esperanza: “Excursus” sobre la Utopía

II. LA DESCRIPCIÓN. LA JURISDICCIÓN DE VIGILANCIA PENITENCIARIA

- A. Creación. Primer intento de judicialización de la fase ejecutiva de la pena privativa de libertad
- B. Configuración
- C. Competencias

III. EL AFÁN

- A. “Las dificultades a que debe enfrentarse”
- B. “También sus integrantes son responsables”
- C. “Otras, en fin, no tienen solución”

IV. MINORÍAS Y PRISIÓN

- A. Libertad condicional
- B. Los permisos de salida

I. EL MARCO REFERENCIAL

Cualquier aproximación que se pretenda al ámbito de “lo penitenciario”, de “lo carcelario” si se prefiere, y a la Jurisdicción especializada encargada de su control –en España denominada de Vigilancia Penitenciaria– debe pasar, necesariamente, por una suerte de declaración de principios, de referentes, que sirvan de marco y justifiquen las manifestaciones e, incluso, las opiniones que después se han de verter.

A. El Punto de partida: sobre la separación de poderes y la colaboración institucional. Incidencia competencial

1. Mucho se ha hablado ya, y no siempre atinadamente, sobre este principio. Sería, desde luego, impertinente insistir sobre ello, faltándome además títulos específicos para ello. Pero sí quiero resaltar tres ideas, fijar unos puntos de partida que justifiquen, en primer lugar, la especificidad de las relaciones entre Administración Penitenciaria y Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria.

La primera es que la separación de poderes, en su origen, en el modelo que diseñó el Marqués de Secondat, no es un principio místico, no es tanto un sistema de organización del Estado cuanto una receta práctica para la protección de la libertad, para evitar que el poder adquiera un carácter totalitario. Y esa separación –palabra que, por cierto, jamás usó Montesquieu– no implicaba que hubiera de ser rígida de modo que cada Poder del Estado haya de estar aislado sino que tales Poderes “se verán forzados a concertarse”, es decir, habrán de colaborar, tender lazos entre sí.

La segunda es que la Justicia no es un mero servicio público, no es una prestación más de las exigibles por el ciudadano a la organización política, llámese Estado, Administración o Ejecutivo, que eso es ahora lo menos importante. Es un Poder, parigual a los restantes, en el ámbito de su función, que en lo nuclear no es otra que la conservación del principio de legalidad.

Y la tercera es que existe un reducto constitucionalmente protegido en el que las intervenciones y decisiones de la Justicia, y no de los demás Poderes del Estado, resultan legítimas. Este núcleo se protege con la técnica de la “reserva constitucional”, que consiste precisamente en que determinadas decisiones, por razón de la materia o por la forma que deben revestir, corresponden sólo a los Jueces y Magistrados, lo que constituye una exigencia de la separación de poderes.

Pero, naturalmente, la reserva así defendida tiene como contrapartida que cuantas materias no queden afectadas por ella, están fuera del ámbito de lo judicial; es decir, que no todo lo socialmente pensable, y aun controvertible, es por esa y única razón justiciable. La norma, por ejemplo, que es la herramienta del Juez, la hace otro y, cuando ha pasado todos los crisoles de la constitucionalidad y, en su caso, de legalidad, no queda más que, lisa y llanamente, aplicarla. Con todos los matices interpretativos, pero sólo interpretativos, que se quieran, no corresponde a los órganos de la Justicia hacer operaciones de ajuste de las normas a las convicciones propias.

Pues bien, resulta que en el objeto de nuestro análisis Jurisdicción y Administración se hallan en una especialísima relación de asociación; de tal modo que resultaría imposible el funcionamiento de la máquina penitenciaria de no existir una suerte de “colaboración institucional” sobre la base de la lealtad recíproca. Esta colaboración, desde luego, debe ser exigida en todos los ámbitos de la Administración Pública –coordinación frente al caos y al derroche de medios–, pero más aún en este sector que tiene como destinatarios a ciudadanos privados de libertad en unos centros que constituyen el modelo más complejo de “instituciones totales”, aquellas que regulan, en su integridad temporal y espacial, al ser humano. Tanto más cuanto que, como veremos, las competencias se entremezclan de modo no siempre fácilmente discernible.

Baste, pues, esta apelación a la colaboración, que no es otra cosa que una llamada al buen sentido recíproco.

B. El Peligro: la relación Jurídico Penitenciaria como relación de sujeción especial

La existencia del Derecho penitenciario con autonomía dentro del ordenamiento –autonomía que es tanto sustancial, por su contenido específico, como formal, por la competencia exclusiva en esta materia de una Jurisdicción especializada– tiene una consecuencia inmediata: la relación entre la Administración Penitenciaria y los internos es una relación jurídica –la “relación jurídica penitenciaria”–, y como tal, constituye un haz de derechos y obligaciones en que las dos partes interesadas aparecen recíprocamente como sujetos activos y pasivos de poderes y responsabilidades de naturaleza jurídica.

Pues bien, esta relación se califica, doctrinalmente –y así es admitido también por la Jurisprudencia europea– como relación de sujeción especial –si se contempla desde el administrado– o de supremacía especial –si desde la Administración–. Esta referencia no es, en absoluto, una disquisición teórica, carente de interés para quienes no sean especialistas en Derecho administrativo, sino que tiene consecuencias y no de trascendencia menor.

La Administración Pública dispone de “**Potestades**”, que no son más que poderes de acción para la satisfacción de los intereses públicos que las normas atribuyen a aquélla y que implican sujeción jurídica para los administrados destinatarios de los actos dictados en el ejercicio de esas potestades. La doctrina ius-administrativista ofrece múltiples clasificaciones y clases: reglamentaria, sancionadora, organizatoria, etc. Pues bien, una de esas clasificaciones responde al criterio del grado de incidencia que la potestad tiene en la esfera jurídica de los ciudadanos y distingue entre potestades:

- a) *De supremacía - o sujeción - general*, que deviene de la condición general de ciudadano y en las que éste tiene, frente a la Administración, todas las garantías que se deducen del marco de derechos que le otorga la Constitución y las leyes.
- b) *De supremacía - o sujeción - especial*. En éstas el administrado se encuentra frente a aquélla en una situación de especial dependencia, que permite a la Administración unos títulos de intervención más amplios en su esfera jurídica, para la más adecuada prestación o ejercicio de una actividad o servicio público que, en cuanto tales, son de especial relevancia pública, y exigen, además, una inserción duradera del administrado en la organización administrativa. Los ejemplos típicos de este tipo de relaciones son los funcionarios públicos, militares, estudiantes y presos, si bien la fuerza expansiva y voracidad de la Administración ha pretendido extenderlas, de manera intolerable, a situaciones que ni de lejos lo son: por ejemplo, a los titulares de una licencia.

Esta construcción jurídica, en definitiva, no sirve más que para que la Administración Pública tenga, sobre determinados grupos, mayores poderes, si bien con el límite de que esos poderes se ejerzan “en función de las necesidades indispensables para el cumplimiento de los fines que son inherentes a la actividad calificada como de supremacía especial”.

Expresión de esa “supremacía” es que el Reglamento tiene mayor virtualidad y permite que, en sede de derecho sancionador, la tipificación de las faltas –conductas sancionables– se haga por esta vía y no por ley (formal). En el ámbito penitenciario español ello es paladino. Mientras la LOGP regula sólo las sanciones, se deja en manos del RP –es decir, de la Administración– la de aquéllas (arts. 108, 109 y 110 RP de 1981).

C. La Esperanza: “Excursus” sobre la Utopía

Una norma penitenciaria es, me atrevería a decir que casi por definición, una norma utópica. No tanto en su sentido más primario, como ideal que se supone máximamente deseable pero que muchas veces se considera inalcanzable, cuanto en el secundario de constituir “una verdad prematura”, una “expresión de la esperanza”. Como una teoría sobre la sociedad humana puede modificar la realidad existente en el momento en que se formula, una utopía puede también, y a mayor abundamiento, ejercer influencia sobre el curso de los acontecimientos.

Desde la consolidación y expansión en el cuarto de siglo posterior a la Segunda Guerra Mundial del modelo de organización estatal denominado “Welfare State” o Estado de Bienestar, los sistemas estatales tienden a no ser meros árbitros de las rela-

ciones sociales, de las fuerzas productivas, en suma, a superar el viejo lema ilustrado “laissez faire, laissez passer, le monde va de lui même”. De modo que el Estado es, ahora, por un lado, el mayor productor, el mayor empleador, el mayor empresario, y, por otro, se cuenta entre sus funciones la de atender, cada vez en mayor proporción, las necesidades de sus ciudadanos. Pero ello conduce, a su vez, a una expansión creciente de las de éste produciéndose una espiral imparable: los ciudadanos “necesitan” –requieren, demandan– más prestaciones y el Estado más y más medios para cubrirlas.

A este proceso no es ajeno –más bien está imbricado en él– el de positivización y expansión de los Derechos Fundamentales en las tres oleadas ya clásicas: de los derechos de libertad-autonomía, se pasa a los de libertad-participación y de éstos a los de libertad-prestación; estos últimos determinan la pérdida definitiva del carácter arbitral del Estado.

Así las cosas, es evidente que el poder político ha de marcarse prioridades en su actuar, en la asignación de medios –que, obvio es decirlo, son objetivamente limitados, sin perjuicio de los fenómenos, más o menos generalizados, de corrupción– a cada una de las funciones que debe cumplir. Pues bien, no es aventurado en absoluto afirmar que entre las prioridades estatales no se encuentra, o no en su justa medida, el sistema penitenciario considerado en su conjunto: edificaciones, personal a su servicio, prestaciones a los reclusos –atención sanitaria, alimentación, enseñanza, ...–, medios tratamentales y un etcétera tan largo como fácilmente constatable. Y ello, incluso, en los países coloquialmente denominados “ricos” ...

El diseño del estatuto de los privados de libertad que se hace en tantas legislaciones penitenciarias, y conviene insistir en ello, responde tanto a la concepción utópica que señalábamos al principio –expresión de una esperanza– como a la realidad que acabamos de describir. Es la plasmación de la diferencia, tan propia del Derecho, entre el ser y el deber ser, entre el texto legal y las posibilidades de su aplicación real. La ambición –¿utopía?– con que se conciben supone no sólo un esfuerzo ingente, tanto de las personas que asumen la tarea de su implantación como de asignación de medios, sino, además, precisamente por las reflexiones que hemos venido haciendo, una enorme prudencia, un gran “sentido común”, para que la esperanza que se abre con la norma no se quebre al enfrentarse con la realidad.

Como ilustración de cuanto se ha expuesto permítaseme traer aquí un ejemplo de la realidad penitenciaria española. Se trata de una doctrina acuñada por el Tribunal Constitucional –que es el máximo intérprete y garante de la Constitución– que se refiere a aquellos derechos que, aun estando plasmados en la Ley, incluso en la Constitución –de nuevo, la utopía–, no pueden razonablemente ejercerse por falta de medios. Por ejemplo, el derecho al trabajo y a los beneficios de la seguridad social o el derecho a intérprete –este último tiene connotaciones especiales al ser reivindicado normalmente por españoles que pretenden hablar en la lengua de su Comunidad Autónoma–. Pues bien, dicho Tribunal acuñó el término de “derechos de aplicación progresiva” (STC 82/86, de 26 de Junio, 2/87, de 21 de Enero, y 172/89, de 19 de Octubre): “Es cierto que la Constitución reconoce el derecho... pero... se trata de un derecho de aplicación progresiva, en función de las posibilidades de la Administración en cada momento, y no puede ser exigido en su totalidad de forma inmediata”. “...es un derecho de aplicación sucesiva, cuya efectividad se encuentra condicionada a los

medios de que disponga la Administración en cada momento, no pudiendo pretenderse, conforme a su naturaleza, su total exigencia de forma inmediata"... "la Administración Penitenciaria debe superar gradualmente las situaciones de carencia o de imposibilidad de proporcionar a todos los internos un... arbitrando las medidas necesarias a su alcance..."

Esta doctrina se impone por la fuerza de los hechos. Por un lado, la Administración Penitenciaria dispone sólo de los medios presupuestarios que le asigna otro poder del Estado y, por otro, debe marcarse las prioridades que considere oportunas. Pero, a la vez, ello no puede justificar la inaplicación indefinida de las leyes. Esta dificultad y complejidad es la razón de la llamada a la prudencia y al sentido común que antes se hizo. En este largo y comprometido camino, sembrado de riesgos, es decisiva la Jurisdicción de Vigilancia que, por ejercer el control de la actividad administrativa, debe conducir, siempre desde su ámbito competencial, el proceso de asentamiento y desarrollo de la legislación penitenciaria.

II. LA DESCRIPCIÓN. LA JURISDICCIÓN DE VIGILANCIA PENITENCIARIA

Parece que fue Brasil el primer país que reguló la figura del Juez de Ejecución de Penas en su ya lejana Ley Federal de 1922 y después en el Código de Procedimiento Penal de 1940 y disposiciones ulteriores. Fue concebido no sólo como el encargado de la ejecución de la pena –desarrollo del fallo condenatorio–, ni siquiera como controlador de la legalidad de la actuación administrativa, sino que, además, podía cursar instrucciones generales a la Administración Penitenciaria. En el otro extremo, en Portugal, el Tribunal de Ejecución de Penas –Ley de 16 de Mayo de 1944 y Decretos de 27 y 30 de Abril de 1945– quedó circunscrito, pese a su denominación, a las medidas de seguridad. En Francia, las Comisiones de Vigilancia, creadas en 1810, han evolucionado hasta el Juez de Aplicación o Ejecución de Penas –Leyes de 1970, 1972 y 1978 y Código de Procedimiento Penal–. En Italia, el Juez de Vigilancia aparece por primera vez en el Código Penal de 1930, ampliando sus competencias hasta llegar a la Ley Penitenciaria de 1975.

En todo caso, los ejemplos citados no dejan de ser minoritarios en un panorama internacional donde estos órganos jurisdiccionales, sea en su vertiente de ejecución, sea de vigilancia, es generalmente desconocido. Ni los países anglosajones, ni los escandinavos ni, por ahora, los nacidos como consecuencia de la desvertebración de la Europa del Este han introducido esta figura en sus legislaciones.

En sentido estricto, la Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria es la formada por los JVP –incardinados en el orden jurisdiccional penal– y las Audiencias Provinciales en tanto que órganos de Apelación de aquéllos. Pero también son jurisdicción de vigilancia, en el ámbito de sus competencias, el tribunal sentenciador –sea Juzgado de Instrucción o de lo Penal y las Audiencias Provinciales–, el Tribunal Supremo –tanto su Sala II, como el Tribunal y Sala de Conflictos Jurisdiccionales– el Constitucional y, en su caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Finalmente, también tienen competencia sobre determinados aspectos penitenciarios los órdenes jurisdiccionales laboral –en cuanto conocen de los conflictos que se deriven de la relación laboral especial penitenciaria (Título V, Capítulo cuarto RP)– y contencioso-administrativo –en todas

aquellas materias no expresamente sometidas a los JVP y que tengan que ver con los actos de la Administración sujetos al Derecho administrativo y con las disposiciones de categoría inferior a la ley.

Naturalmente, sólo nos ocuparemos de los JVP, pues los demás órganos y órdenes jurisdiccionales no tienen, en el ámbito penitenciario, ninguna especialidad respecto de su teoría general, salvo el derecho material que aplican.

A. Creación. Primer intento de judicialización de la fase ejecutiva de la pena privativa de libertad

Como es notorio, la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979 fue saludada como el primer paso hacia la judicialización de la ejecución de las penas y medidas de seguridad, circunscribiéndose las primeras a las privativas de libertad, como veremos enseguida, y habiendo sido reguladas *ex novo* las segundas por el Código Penal de 1995 –tras la derogación práctica de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970 por el Tribunal Constitucional en Sentencias de 1985, 1986 y 1987–. A tal fin, y aunque con severas deficiencias que no es posible desgranar aquí, la norma creó unos órganos judiciales específicos –los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria– incardinados en el orden penal y especializados, que iniciaron su andadura en 1981. Con esfuerzo, se ha ido conformando, incluso jurisprudencialmente, toda una doctrina en torno a la configuración y naturaleza de estos órganos a las que también tendremos oportunidad de referirnos.

De modo que a partir de la LOGP –y de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) de 1985– es posible hablar de tres fases en la persecución judicial del delito: la de instrucción –ahora en situación de adaptación merced a la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado–, la de enjuiciamiento y la de ejecución, cada una de las cuales está atribuida a un órgano judicial distinto, correspondiendo la última –ejecución– a los citados JVP en cuanto a las penas privativas de libertad y medidas de seguridad.

Pues bien, este modelo que, a pesar de sus deficiencias, estaba razonablemente claro y asumido, ha venido a descomponerse con el nuevo CP y su correlato, el Reglamento Penitenciario aprobado por R.D. 190/1996 de 9 de Febrero. En efecto, la nueva norma penal supone un retroceso en el diseño del JVP como Juez de ejecución de penas privativas de libertad –que era su vocación primaria– para convertirse, como veremos, unas veces en trabajador social cualificado, otras en delegado del Tribunal sentenciador a quien se entrega ahora el control de la ejecución de las penas y medidas de seguridad, y otras atribuyéndole tal control sobre penas y medidas de nueva creación sin la más mínima posibilidad de ejercitarse racionalmente. Sin embargo, todo esto no se produce del todo, creándose una confusión de competencias difícilmente comprensible que, dicho sea con el debido respeto, dice muy poco de la reflexión –y conocimiento– del legislador.

B. Configuración

1. El soporte constitucional de estos órganos es, obviamente, el art. 117.2 CE (“El ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado,

corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales”). No el 25.2, que no exige su existencia, al limitarse a señalar la orientación –reeducación y reinserción social– que deben tener las penas privativas de libertad y que puede alcanzarse por distintos medios.

2. Pueden pensarse al menos tres modelos a los que ajustar los JVP:

- Delegado del Tribunal sentenciador
- Controlador de la pena
- Juez contencioso administrativo, mero revisor de los actos administrativos emanados de esa singular Administración Pública que es la Administración Penitenciaria.

Pues bien, ninguna de estas tres concepciones conviene al modelo de JVP diseñado en el ordenamiento español, extraordinariamente parco en su regulación, tanto que, en realidad, le dedica un solo precepto –el art. 76 de la LOGP–.

3. En un intento de definir el perfil de los JVP, se pueden señalar algunas características tanto *positivas* –lo que son–, como *negativas* –lo que no son–.

En cuanto a las positivas:

- *Tienen carácter jurisdiccional.* Es decir, el JVP no es un órgano híbrido ni, menos aún, administrativo sino que participa de esa función, emanación de la soberanía del Estado, con la que éste, a través de órganos especialmente instituidos realiza su poder y cumple su deber de otorgar justicia. Esto es, cabalmente, la jurisdicción.

Para despejar las dudas a que la interpretación –interesada– de la LOGP dio lugar, a causa del art. 77, la LOPJ en su art. 94.1 vino a ratificar este carácter rotundamente (“...tendrán las *funciones jurisdiccionales* previstas ...”). Y como consecuencia del mismo, el propio Tribunal Constitucional –Vid., por todas, STC de 26 Abril 1993– le ha ido dotando de los rasgos que le definen –al menos hasta ahora, como ya señalé–: calificándolo de pieza clave del sistema penitenciario y exigiendo su intervención como requisito imprescindible para el acceso al recurso de amparo, es decir, a los efectos del art. 43.1 de la LOTC (“... una vez que se haya agotado la vía judicial procedente ...”).

- Esta jurisdicción es tuitiva, al tener como uno de sus cometidos esenciales, aunque no único, la protección y tutela de los derechos, fundamentales y ordinarios, de los internos en Centro Penitenciario, y es también permanente, prolongándose durante toda la vigencia de la relación jurídica penitenciaria, si bien, claro es, con arreglo a las normas de competencia territorial.
- Tiene competencia propia, exclusiva y excluyente, naturalmente en su ámbito; es decir, no delegada del Tribunal sentenciador con, de nuevo, las distorsiones que ha introducido el CP de 1995.

En cuanto a las negativas:

- No es un “superdirector” del Establecimiento Penitenciario, no puede inmiscuirse en la gestión de los Centros ni puede presidir comisiones.

- Tampoco puede evacuar las consultas que le haga la Administración Penitenciaria, en el sentido de que no es un órgano de consulta o asesoramiento. Cuestión distinta es que, ante problemas específicos, el Centro los plantee y el JVP manifieste su criterio sobre los mismos si bien, obvio es decirlo, tal criterio no es vinculante hasta que se dicta la resolución. Por cierto, el JVP sólo dicta Autos o Providencias, jamás Sentencias, porque no juzga, se limita a ejecutar lo juzgado, como vimos antes.
- No es un Defensor del Pueblo del interno. De ahí que el art. 77, al que antes hice referencia y me volveré a referir después, sólo pueda ser interpretado en sus propios términos, sin reconducir las materias del 76 a la mera facultad de propuesta que aquel precepto establece. Este fue la ya aludida inicial e interesada interpretación que la Administración Penitenciaria pretendió imponer.

C. Competencias

He aludido, quizá con insistencia, a la confusión que ha venido a implantar el CP de 1995 en la figura del JVP. Trataré ahora de justificar aquella crítica, con la descripción pormenorizada de sus competencias, en la medida en que ello es posible.

1. El Marco General

Su competencia se limita a:

- a) Penas privativas de libertad, arresto de fin de semana y medidas de seguridad.
- b) Arresto sustitutorio por impago de multa.
- c) Revocación de la suspensión de la condena –prevista en el art. 80 CP de 1995–.
- d) Revocación de la sustitución de la pena –prevista en el art. 88 CP de 1995–.

En los tres últimos casos, naturalmente, a partir del ingreso en prisión.

No le corresponden, pues, las penas –sí las medidas de seguridad equivalentes–, principales o accesorias, de: inhabilitación, suspensión de empleo o cargo público, privación del derecho a conducir vehículos o ciclomotores, privación del derecho a la tenencia y porte de armas, privación del derecho a residir en determinados lugares y los trabajos en beneficio de la comunidad.

2. Competencias derivadas de la LOGP

a) *Artículo 76, apartado primero.*

- **Atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta.** Y ya sabemos cuáles le están atribuidas.
- *Resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar la pena con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos.* Es ésta, sorprendentemente, una facultad inaplicada. En efecto, se trata del supuesto típico de una modificación legislativa que suponga la revisión de las condenas para hallar la ley más favorable. Pues bien, tal revisión, a pesar de la claridad del pre-

cepto la han venido realizando los Tribunales sentenciadores. Y más palmariamente en el Derecho Transitorio del CP de 1995 se atribuye esta facultad, como veremos, en contradicción flagrante con la LOGP, a dichos Tribunales.

Otras posibles modificaciones de la pena, señaladamente la Libertad condicional y Redención de penas por el trabajo, si son de la competencia –éstas sí ejercidas– de los JVP.

- **Salvaguardar los derechos de los internos.** Se refiere tanto a los Derechos Fundamentales no limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y el ordenamiento penitenciario (ex art. 25.2 CE), como a los ordinarios, dispersos a todo lo largo y ancho de la LOGP y del RP. Por ejemplo, permisos de salida, formular peticiones y quejas, vestir sus propias ropas, limitación legal en el uso de medios coercitivos y un etcétera tan largo como imposible de resumir o sistematizar ahora.
- **Corrección de abusos y desviaciones** en el cumplimiento de preceptos reglamentarios. La corrección se limita a los abusos y desviaciones que puedan producirse en el régimen penitenciario. Por tanto, es una facultad amplísima, pues el “régimen” es, nada menos, que el conjunto de normas que regulan la convivencia y custodia de los internos y el orden dentro de los establecimientos penitenciarios, determinando los derechos y prestaciones que corresponden al recluso por su condición general de ciudadano del Estado. Es decir, comprende la organización general, trabajo, asistencia sanitaria, régimen disciplinario, recompensas, permisos de salida, información, quejas y recursos, comunicaciones y visitas, asistencia religiosa e instrucción y educación. En resumen, el Título II de la LOGP.

Dentro de esta corrección, en fin, no se integra la potestad disciplinaria sobre los funcionarios de prisiones, expresamente excluida de la competencia de los JVP.

b) Artículo 76, apartado segundo.

- Adoptar todas las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo *asumiendo las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores*.

Esta cláusula, junto con los dos primeros párrafos del apartado primero, constituyen lo que era el JVP en la mente del legislador de 1979: un verdadero Juez de ejecución de la pena privativa de libertad, de tal modo que, y la dicción de la norma es literal, a efectos de la ejecución, aquél asume las funciones de los Tribunales sentenciadores, de todas, salvo aquella que por mandato expreso de la propia Ley se reserva a aquellos Tribunales: el licenciamiento definitivo –ex art. 17.3 LOGP–. En efecto, no parece dudoso que el sentido gramatical o letra de la ley es el medio interpretativo más inmediato, de tal modo que cuando aquéllos son claros no hay necesidad de buscar más; por ello, desde antiguo la Jurisprudencia afirma que “no hay lugar a la interpretación cuando el precepto

no ofrece duda (STS 19-11-1891, 6-11-1895, 8-5-1926), debiendo entenderse este aserto en el sentido de que “no se debe desnaturalizar bajo ningún pretexto el texto claro de una disposición” (STS 2-3-1908, 4-3-1929). Jurisprudencia que se ha mantenido hasta la actualidad: “es principio de Derecho que las leyes claras no son susceptibles de interpretación” (STS 25-9-1985). “A los Tribunales compete administrar Justicia, aplicando las normas del ordenamiento jurídico al que están sujetos y, por ello, cuando los términos de una norma sean totalmente claros y no dejen dudas sobre el contenido de aquélla, se estará a su sentido literal, no siéndole permitido a los Tribunales en tal caso modificar la norma, dando a lo en ella dispuesto un sentido y alcance distinto de lo que resulte de sus propios términos, al estar atribuida la modificación de una norma legal ... a otros poderes del Estado” (STS. 3ª. 17-10-1990).

Pues bien, ya he citado literalmente la norma. No es extraño, pues, que el propio Tribunal Supremo califique de “llano” que la competencia para aplicar una prisión preventiva a causa distinta, la aplicación del art. 70.2 del CP de 1973 y otros temas similares corresponde a los JVP porque, además, exceden “de una ejecución concreta y se proyectan de manera multidireccional” (Auto TS 7-5-1991).

No es, sin embargo, ésta la tesis que ha prevalecido en la Jurisprudencia, especialmente en lo que se refiere a la aplicación del art. 70.2 CP derogado, actual art. 76.2, defiriéndose la competencia al último Tribunal sentenciador con fundamento, se dice, en el art. 988 LECr. Se olvida, sin embargo, que la LOGP es, obviamente, posterior a la Rituaria y, por tanto, conforme a lo ordenado por el art. 2.2 del Código civil, las referencias que la ley procesal hace al Tribunal sentenciador han quedado derogadas por aquélla.

En resumen, y aunque como digo no haya prevalecido esta opinión –erróneamente a mi juicio, dicho sea “en términos de defensa”– tanto por mandato directo –art. 76 LOGP– como por derogación implícita –ex art. 2.2 Código civil– la Jurisdicción penitenciaria ha sustituido en su integridad, salvo en el supuesto, ya citado, del licenciamiento definitivo, a la sentenciadora.

- **Aprobar - y revocar, suspender y ampliar - la Libertad condicional** en sus cuatro variantes: normal (al cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena), anticipada (a los dos tercios), a los septuagenarios y a los enfermos muy graves con padecimientos incurables (sin límite temporal en ambos casos).
- Aprobar los **beneficios penitenciarios** que supongan acortamiento de la condena, que no son otros, en la nueva regulación, que: 1. el adelantamiento de la Libertad condicional, ya citada en el apartado anterior, como una de las formas posibles de dicho instituto; y 2. el indulto particular, no en el sentido, obvio es decirlo, de que el JVP pueda concederlo directamente, sino en el de que puede tramitarlo conforme a las normas vigentes sobre el Derecho de Gracia, señaladamente la ya vetusta Ley de 18 de Junio de 1870.

Lamentablemente, el CP de 1995 (Disposición Transitoria 2ª) y, por tanto, el RP de 1996 también han suprimido el beneficio –derecho, más bien– penitenciario por excelencia: la redención de penas por el trabajo. Esta supresión es, y no sólo

en mi opinión, uno más, pero quizá el mayor, de los errores cometidos en la no por profunda menos equivocada reforma de todo el sistema represivo, que se ha llevado a cabo, además, en brevísimo plazo, todo a la vez y de modo desbocado: las normas procesales (con especial incidencia, aunque no única, de la Ley del Tribunal del Jurado), sustantivas (CP de 1995, que modifica sustancialmente el régimen de penas, algunas novedosas) y de ejecución (RP de 1996).

- **Aprobar las sanciones de aislamiento en celda, superiores a catorce días.** El órgano sancionador era la Junta de Régimen y Administración del establecimiento penitenciario, hoy sustituida, en el nuevo RP, a estos efectos, por la llamada Comisión Disciplinaria, que ya nos es conocida. De tal manera que el JVP sólo conoce de las sanciones en vía de recurso, dealzada primero y de reforma después, y además sin posibilidad de Apelación a la Audiencia. Pues bien, ello es así excepto en la sanción que comentamos, sea por una única falta, sea por acumulación. En este caso, el órgano sancionador en primera instancia es el JVP, que aprueba la sanción y, por tanto, sí cabe recurso de Apelación.
- Resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias, excepto las referidas en el apartado anterior –aislamiento en celda superior a catorce días–, cuyo régimen jurídico ya se ha expuesto.
- Resolver los **recursos sobre clasificación inicial, progresiones y regresiones**, sea en primero, segundo o tercer grado de tratamiento. Todo ello con modulaciones importantes que, sin duda, ya habrán sido objeto de otras partes de este curso.
- Acordar lo que proceda sobre *peticiones o quejas* de los internos en relación con el régimen y tratamiento de preventivos –en el RP de 1981 los detenidos y presos estaban explícitamente excluidos del tratamiento– y penados, en cuanto afecte a los derechos fundamentales, derechos penitenciarios ordinarios y beneficios.

Esta es la mayor fuente de conflicto en el estado de “paz armada” en el que perpetuamente viven los Centros y el JVP. En efecto, en la frase “acordar lo que proceda” cabe todo, desde ordenar que se ponga un espejo en una celda hasta cerrar un módulo entero de un Centro. Y naturalmente estas peticiones y quejas dan de sí cuanto puede hacerlo la imaginación humana. Ello exige por parte de los JVP elevadas dosis de prudencia y la plena asunción de que tienen competencia sobre algunas materias, pero no sobre todas las materias. En suma, y como ya dijimos, han de tener un cuidado exquisito y un alto grado de ponderación para no convertirse en los superdirectores de la prisión.

- Realizar **visitas a los Centros Penitenciarios**. Obligación, a mi juicio, inexcusable, que tiene un contenido o finalidad doble: a) conocer el estado de la prisión y de sus servicios; y b) entrevistarse con los internos, escuchar sus quejas, peticiones –e incluso, a mi juicio, admitir la interposición de recursos– o denuncias, practicar pruebas y recibir declaraciones, etc. A veces basta sólo con “oír” sus problemas.

En cuanto al procedimiento, carece de dificultad: basta una simple solicitud escrita del interno –o, en su caso, resolución del JVP–. Naturalmente, la visita puede realizarse sin previo aviso y a cualquier hora.

La LOGP, sin embargo, no establece periodicidad alguna por lo que ha de entenderse queda a la prudencia del Juez, a la vista de la demanda.

Naturalmente que esta labor es no sólo ingrata –ahí se constata no sólo la dureza de la vida en prisión sino fuera de ella– sino muy difícil de realizar con diligencia, mientras cada Juzgado de los tres que hay en la Comunidad Autónoma de Madrid tenga bajo su jurisdicción unos dos mil quinientos internos ... ahora, que después de la apertura del CP de Aranjuez y de haberse iniciado el cumplimiento, en el Cp o depósito municipal, de los arrestos de fin de semana, con todos los problemas que están generando –y no es el menor el de no saber cuantos depósitos municipales hay disponibles para el cumplimiento de esta pena– y de las medidas de seguridad, será, lisa y llanamente, imposible.

- Autorizar los *permisos ordinarios de salida* de duración superior a dos días a internos penados clasificados en segundo grado y los extraordinarios de los clasificados en primer grado.
- Conocer del ***paso a los establecimientos de régimen cerrado***. Regulados en los arts. 89 y ss. del RP de 1996, son los de régimen más duro, correspondiendo a internos clasificados en primer grado.

c) *Artículo 77.*

Establece la posibilidad de que el JVP formule propuestas al órgano administrativo superior de dirección de las prisiones, la ya citada DGIP.

Estas propuestas pueden referirse a todas aquellas materias que, no siendo de la competencia –jurisdiccional– de los JVP, pertenecen a la Administración Penitenciaria, es decir, organización, vigilancia, talleres, escuelas, asistencia médica y religiosa, etc. Ni que decir tiene que tales propuestas no son vinculantes para dicha Administración pública.

Por último, este precepto fue el que justificó, como veíamos, el que al principio de la andadura de los JVP fueran tenidos –naturalmente que por la Administración– sólo como órganos de recomendación o de asesoramiento y no propiamente jurisdiccionales.

3. Competencias derivadas de la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 94

Además de las referencias que ya hemos hecho respecto a la ratificación del carácter jurisdiccional de los JVP, este precepto solventa las dudas iniciales sobre la atribución a estos órganos también de la ejecución de las medidas de seguridad. Por lo demás, se limita a ratificar las competencias contenidas en la LOGP: control de la potestad disciplinaria de las autoridades penitenciarias, amparo de los derechos y beneficios de los internos y demás que señale la ley.

4. Competencias derivadas del Código Penal de 1995

Realizada ya al principio de esta exposición la crítica rotundamente negativa que me merece la atribución de competencias que este cuerpo legal hace a los JVP –y, por extensión, a los Tribunales sentenciadores– ha llegado el momento de aportar las pruebas necesarias.

El nuevo CP mantiene en el JVP –es decir, no modifica– la competencia sobre la ejecución de las penas privativas de libertad y la atribuye, pero sólo parcial y de manera absolutamente equivocada, sobre las medidas de seguridad.

a) Penas privativas de libertad.

a) Crea el texto legal una nueva pena, el arresto de fin de semana, que tiene vocación de ser la pena reina de la delincuencia menor ... y no tan menor (V., por ejemplo, art. 147.2, delito de lesiones). Pues bien, dada la velocidad vertiginosa con que se han ido aprobando las reformas resulta que el desarrollo reglamentario de esta pena –y de la de trabajos en beneficio de la comunidad, también creación novedosa– se ha realizado fuera del RP, a través del Real Decreto 690/1996 de 26 de Abril, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y arresto de fin de semana. Por desgracia, no es posible desmenuzar aquí este engendro, y pido disculpas por lo fuerte de la expresión, pero sobran razones para utilizarla. Basten, pues, unas pinceladas:

- La pena se ha de cumplir en régimen de aislamiento, que es la máxima sanción del ordenamiento penitenciario. No tiene el interno derecho a las comunicaciones ni a las visitas.
- Ha de cumplirse en los Centros Penitenciarios o en los de Inserción Social. ¿Y si no caben?.
- Si se cumplen en los depósitos municipales, ¿quién es el órgano sancionador, el policía local encargado de depósito? ¿Cómo se van a cumplir las sanciones? ¿Y si el interno enferma? ¿Qué JVP es el competente, con que criterios se van a “repartir” los depósitos? ¿Tiene el interno derecho a formular peticiones y quejas y a ser visitado por el JVP? ¿Reúnen los depósitos las condiciones mínimas de habitabilidad, incluso de higiene, que exige nuestra legislación penitenciaria? Nada de esto, ni otras mil cuestiones, tiene respuesta.

En fin, de esta pena, la única competencia que se atribuye al JVP en el CP de 1995 es que si el arrestado tiene dos ausencias injustificadas, sin perjuicio de deducir testimonio por quebrantamiento de condena, podrá ordenar el cumplimiento ininterrumpido (art. 37.3 CP).

Por su parte, el R.D. 690/1996 le otorga dos competencias que no se contemplaban en el Anteproyecto. Una, acertada, es que sea dicho órgano judicial quien apruebe la propuesta de ejecución, es decir, el plan de ejecución de la pena –art. 13.4 R.D.–. La otra es sencillamente ilegal. En efecto, inopinadamente se atribuye al JVP el licenciamiento definitivo de la pena –liquidación definitiva de la pena lo llama el Real

Decreto, art. 24– en flagrante contradicción con lo establecido, como ya hemos señalado, en el art. 17. 3 de la LOGP que otorga la competencia para tales licenciamientos a los Tribunales sentenciadores. Nueva evidencia de la confusión en que está sumido, también, el titular de la potestad reglamentaria.

- b) El art. 78 de la LOGP le atribuye una competencia nada desdeñable: si como consecuencia de los límites establecidos en el art. 76 –a saber, 20, 25 ó 30 años, o triple de la mayor pena impuesta, según los casos– la pena a cumplir resulte menor que la mitad de la pena total impuesta, el Tribunal sentenciador puede acordar que el cómputo del tiempo para disfrutar de los beneficios penitenciarios y de la libertad condicional se realice sobre la totalidad de aquélla. Pues bien, en tal caso, el JVP puede acordar, valorando las circunstancias del penado y su evolución, que tal pronunciamiento quede sin efecto, es decir, que el penado cumpla conforme al régimen general del art. 76.

b) Medidas de seguridad.

No corresponde explicar ahora el régimen jurídico de las medidas de seguridad, ni la regulación sustantiva que de ellas hace el nuevo CP. Me limitaré, pues, a exponer las funciones –mejor que competencias, por lo que diré a continuación– que el texto legal atribuye a los JVP en relación con estas medidas.

Si hasta ahora he vertido críticas acerbas respecto de la reforma, la regulación que el CP de 1995 hace de las medidas de seguridad es el paradigma de la confusión, carente de un mínimo criterio estructural, de medios y de fines, que no otra cosa es la eficacia, que irremediamente está abocado al fracaso o, lo que es todavía peor, a la burocratización, ocultándose la realidad llana y las posibilidades de incidir en ella, bajo una montaña de papeles inútiles como, por cierto, tantas veces hemos logrado en nuestra Historia.

Como se recordará, el art. 94.1 de la LOPJ encomendaba a los JVP la ejecución de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad. El CP, por el contrario, atribuye a estos Juzgados funciones que hasta ahora no habían sido las propias de los órganos jurisdiccionales ya que les priva de la facultad de decidir y les otorga únicamente la de proponer, como si se tratara de un Juzgado adjunto –o de un Asistente Social más o menos cualificado– al servicio del Juzgado o Tribunal sentenciador que es quien conserva o retiene las funciones propias de un órgano decisorio.

En efecto, el Tribunal sentenciador (art. 97. pár.1º CP) puede acordar el cese, sustitución o suspensión de las medidas acordadas en la sentencia –cualquiera que éstas sean, privativas o no privativas de libertad– mediante un procedimiento contradictorio, previa propuesta del JVP. Cuál sea el carácter de esa propuesta –vinculante o no–, cuál sea ese procedimiento, quién lo inicia, cómo conoce el JVP la conveniencia de elevar esa propuesta, quién sea el competente para elevarla –¿cabe pensar que el Tribunal sentenciador pueda “escoger” el JVP que considere oportuno?–, éstos y otros múltiples interrogantes, es algo que permanece en el arcano más absoluto.

Pero hay más; el JVP está obligado a elevar a dicho Tribunal, anualmente, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de las medidas que sean privativas de libertad. Tal obligación entraña una especie de sometimiento, lo que es absolutamente inadmisibile en el caso de tratarse de un Juzgado de lo Penal, ya que son órganos de idéntica jerarquía.

Otra cuestión que se plantea es de qué medios va a disponer para contrastar los informes que le vengan dados por los facultativos que asistan al sometido a la medida. El art. 98 del Código penal se refiere, es cierto, a que el JVP podrá ordenar otras actuaciones, pero en tal caso ¿quién satisfará los costes de las que ordene?

Otro enigma sin resolver radica en las instituciones que deberán acoger a los sometidos a medidas privativas de libertad (art. 96.1 y 101 a 104 CP). No se ha determinado si los JVP tendrán facultades de control o inspección sobre estas instituciones, cuestión que se complica si se trata de centros privados.

Otrosí digo, por si no fuera bastante, el JVP –o los servicios correspondientes del Ministerio de Justicia e Interior o de la Administración autonómica y, por supuesto, nadie se ha ocupado de decir cuándo debe actuar aquél o éstos– tiene que informar al Tribunal sentenciador también sobre el cumplimiento de las medidas no privativas de libertad (art. 105 in fine).

Y para concluir con el mismo nivel de desvarío con el que empezó el CP la regulación de la fase ejecutiva de las medidas de seguridad, respecto de una concreta medida no privativa de libertad, la denominada “custodia familiar”, de nueva creación, se dice que se ejercerá por el familiar “en relación con el JVP”. No se me alcanza en qué pueda consistir esa relación, de modo que sea útil.

Porque ésa es la cuestión. La utilidad, la eficacia que pueda tener para sus destinatarios, que son los únicos que importan, el inmenso tinglado que se ha creado.

Por todo ello, las únicas conclusiones de las “Jornadas de Vigilancia Penitenciaria” celebradas en Madrid los días 27 y 28 de Enero del año en curso, respecto de las Medidas de Seguridad, fueron éstas:

“Primera. Solicitar la modificación de las normas reguladoras de las competencias atribuidas por el CP 95 al JVP y, en general, de la intervención de dicho órgano jurisdiccional en la ejecución de las Medidas de Seguridad. Se adoptó por unanimidad.

Segunda. En todo caso, solicitar la supresión de las competencias de los JVP en las Medidas de Seguridad no privativas de libertad. Se adoptó por unanimidad”.

5. Competencias derivadas del Reglamento Penitenciario de 1996

Se hallan dispersas a todo lo largo y ancho de su articulado –el JVP es citado en 46 artículos– y se recogen tanto las citadas en la LOGP como otras diferentes, por ejemplo, todo lo relativo a la intervención de comunicaciones, la aplicación de los medios coercitivos, la aplicación de tratamiento penitenciario mixto, etc. Y se regula la intensidad de su intervención o competencia de modo distinto y bajo distintas denomi-

naciones: al JVP se le da cuenta, se le comunica, se pone en su conocimiento, se le remite y también el JVP autoriza, aprueba, etc. Cualquiera que sea la categoría jurídica o la denominación que se dé a su intervención, ésta puede ser siempre activa en la medida que supone la fiscalización del acto administrativo. No hay, pues, ningún momento de la intervención del JVP en el que no pueda reaccionar mediante la resolución oportuna.

6. Competencias derivadas del Derecho Transitorio del Código Penal y del Reglamento Penitenciario

a) Disposiciones Transitorias del Código Penal.

En poco afectan al JVP. Estas disposiciones encomiendan la revisión de las sentencias, en la comparación del derecho derogado y el nuevo, para hallar la ley más favorable –D. Tª Primera– a los Tribunales sentenciadores, “los que estén conociendo de la ejecutoria”, que deberán hacerlo, en el caso de un penado con varias causas, uno por uno, desenlazando las condenas enlazadas por el art. 70.2 del CP derogado o del art. 59 c) del RP de 1981, aplicando a cada una de ellas todas sus vicisitudes –indultos parciales y redención de penas, ignorándose si en la liquidación provisional que han de realizar los Directores de prisión (D. Tª Tercera CP) se ha de incluir la extraordinaria o sólo la ordinaria–. Ello no obstante, entiendo –en contra de lo que he sostenido en anterior ocasión– que las reclamaciones que los internos formulen sobre la aplicación de las redenciones deberán ser resueltas por los JVP, y sólo sobre la base de las resoluciones que éstos dicten podrán actuar los sentenciadores. Naturalmente que esto complica aún más la situación, pero otra interpretación conduciría al dislate de que el órgano competente para proveer sobre las redenciones –el JVP– sufriría una baja temporal en sus competencias, para reasumirlas después si el Tribunal sentenciador opta por la aplicación al penado del CP derogado.

Menor problema crean las medidas de seguridad en el transitorio –D. Transitoria 10ª–. Dada la derogación práctica de la Ley de 1970 por las Sentencias del Tribunal Constitucional que indiqué antes no hay en España nadie sometido a medidas de seguridad, al menos privativa de libertad.

b) Disposiciones Transitorias del Reglamento Penitenciario de 1996.

El apartado Cuarto de la D. Tª Primera del texto definitivo del RP contiene la única referencia expresa al JVP. Se trata de un párrafo nuevo, que no se contemplaba en el Anteproyecto, y es que, para general sorpresa, una vez establecido el orden de cumplimiento de las distintas condenas –que se establece en el mismo apartado Cuarto: primero se cumplirán las que hayan de ejecutarse conforme al CP derogado y después las del nuevo, en ambos casos por el orden de su respectiva gravedad– el Director del Establecimiento “lo pondrá en conocimiento del JVP a los efectos oportunos”. Y como siempre, se desconoce cuáles sean tales “efectos oportunos”. ¿Ha de entenderse que sólo para conocimiento o también para su aprobación o rechazo?. ¿Cabe recurso del interno ante este órgano judicial? Si cabe, ¿cuál será su ámbito objetivo?

7. Competencias excluidas

Para concluir, una referencia a aquellas materias excluidas de la competencia de los JVP.

- a) El licenciamiento definitivo, a tenor del art. 17 LOGP, que corresponde al Tribunal sentenciador, excepto, como vimos más atrás, en la pena de arresto de fin de semana.
- b) La liquidación de condena, que corresponde también al órgano citado.
- c) La aplicación del art. 76 CP (antiguo art. 70.2), es decir la refundición de condenas, que corresponde, según la Jurisprudencia más reiterada, como dije, al último Tribunal sentenciador.
- d) La clasificación en grado de tratamiento, la clasificación de los internos en el interior del Establecimiento, los destinos y traslados de Centro.
- e) Revisión de los actos de la Administración Penitenciaria no expresamente atribuidos a la Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria, que correspondería a la Contencioso-administrativa.
- f) Las cuestiones relativas a la “relación laboral especial penitenciaria”, regulada pormenorizadamente en el RP (arts. 132 y ss. especialmente el 134.4 y 5), que corresponden a la Jurisdicción Social.
- g) La ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad que, si bien su gestión se encomienda, sorprendentemente, a la Administración Penitenciaria, se sustrae, sin embargo, de la Jurisdicción de Vigilancia, para residenciar el control de su ejecución en el Tribunal sentenciador.

III. EL AFÁN

Hasta aquí, se ha procurado describir la realidad normativa. Pero es a partir de aquí, de esa descripción de la legalidad, cuando empieza lo que hemos denominado el “afán” y su contrario, el “desaliento”.

Y, en efecto, la actuación diaria del titular de un Juzgado de Vigilancia Penitenciaria –al menos, de quien esto escribe– vive en esa tensión. Porque son muchas, y de clase absolutamente diversa, **las dificultades a que debe enfrentarse**.

- Es cierto que, en sus competencias, es omnímodo, pero ¿cómo decidir?, o mejor dicho, ¿cuál es el proceso de toma de decisiones que debe seguir?, en definitiva ¿cómo “acertar”, entendiendo por tal el proporcionar el mayor bien posible al privado de libertad y, a la vez, provocando el menor riesgo social? Porque resulta que, en el fondo, sus decisiones son meramente voluntaristas, el producto de su voluntad: carece no sólo de una formación profesional –técnica– específica para resolver, y aun para abordar, las cuestiones que se le someten; es que no dispone tampoco de peritos que le ilustren, que le auxilien, en definitiva, que sometan a contradicción las opiniones de los órganos propios de la Administración Penitenciaria, señaladamente las Juntas de Tratamiento. Continúa dependiendo, pues, de los criterios de tales órganos, viviendo en una

espiral diabólica: si resuelve conforme a lo propuesto, ¿para qué sirve?; si no lo hace, ¿por qué y con qué criterios?

- Sobre esta dificultad “pericial” planea, además, la dificultad de ejercer las funciones de control de la Administración y de garantía de derechos con unos referentes normativos que, por un lado, no trazan una línea clara entre las competencias administrativas y las judiciales y, por otro, están preñados de potestades discrecionales en sentido estricto, conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidades técnicas, no siempre fácilmente discernibles ni siquiera con las ya depuradas técnicas iusadministrativistas de control tanto de los elementos reglados de la potestad –desviación de poder y control de los hechos determinantes– como de los discrecionales –interdicción de la arbitrariedad y sumisión a los principios generales del derecho–. Y ello cuando no se pretende del Juez que actúe bajo una suerte de criterio adivinatorio: repárese en que buena parte de la actuación jurisdiccional se refiere a la previsión de conductas futuras (“probable quebrantamiento o comisión de nuevos delitos” y “repercusión negativa” respecto de los permisos de salida, cfr. art. 156 RP; “pronóstico favorable de reinserción social” en sede de libertad condicional, cfr. art. 90.3ª CP, etc.).

Aunque bien pensado, qué mayor perplejidad que no disponer de una norma procesal diecinueve años después de promulgada la LOGP.

- No facilita en manera alguna este panorama el hecho de que corresponda a la Administración la ejecución de las resoluciones judiciales –con la ya advertida maleable frontera competencial– con las subsiguientes consecuencias si no de desobediencia frontal sí, al menos, de “reticencia”: traslado de internos, retrasos en la remisión de lo pedido o en la ejecución de lo acordado, extravíos inevitables, y un etcétera tan largo como sencillo de advertir (me apresuro a afirmar que, en general, no es ésa mi experiencia personal, pero la mera posibilidad es suficiente). Mucho menos lo hace la errática jurisprudencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, cuyos criterios de atribución competencial permanecen, a mi juicio desde luego, en el arcano absoluto, sin posibilidad alguna de establecer una línea segura de pensamiento.

Pero no siempre la “culpa” de todos los males que aquejan a la Jurisdicción de Vigilancia es “del otro”. **También sus integrantes son responsables.** En efecto,

- La Jurisdicción no tiene capacidad para dar respuesta a todos los problemas que se plantean a los privados de libertad: los sin duda abundantes aprietos de todo orden –económicos, asistenciales, prestacionales, sanitarios, educativos, etc.– que se plantean a su entorno familiar no pueden ser siquiera abordados por órganos que tienen como misión la aplicación del Derecho al caso concreto. Son otros órganos y servicios del Estado, cualquiera que sea su nivel –Central, Autonómico o Local–, incluida desde luego la asistencia social penitenciaria, quienes deberán atender y solventar tales necesidades.
- En íntima relación con lo anteriormente expuesto, esta Jurisdicción ha sufrido –sería mejor decir fomentado– una suerte de exacerbación de peticiones y quejas y, por ende, una expansión de la propia competencia que no está

justificada. En efecto, una cosa es el control de legalidad y la tutela de derechos y otra, muy diferente, que cualquier acto, situación, decisión o manifestación que se produzca intramuros de una prisión, cualquiera que sea su contenido y relación con el ejercicio de un derecho, requiera examen primero y respuesta después de un órgano jurisdiccional: fuera de las prisiones, múltiples actos de cualquiera de las Administraciones Públicas por su escasa, nula o irrelevante afectación de la esfera jurídica de los administrados, queda sin aquel examen y respuesta.

Otras, en fin, no tienen solución

- La reiterada falta de pruebas, derivada tanto del denominado “Código del recluso” como del carácter cerrado de las Instituciones Penitenciarias.

Ciertamente, se hace muy difícil formar convicción de un hecho –tanto si es verdadero como si es rotundamente falso– cuando frente a la investigación judicial se alza un muro de silencio difícilmente franqueable.

- Y, en fin, el fracaso: la libertad condicional, incluso por enfermedad, que hay que revocar, los permisos que hay que suspender, las sanciones que hay que ratificar, las regresiones de grado que no se pueden corregir, los contratos conductuales, que han podido servir de base para una decisión que se creyó positiva, incumplidos; y, en el extremo, la reincidencia ... y hasta la muerte. Esta es, sin lugar a dudas, la cara menos amable, más descarnada del sistema penitenciario.

IV. MINORIAS Y PRISIÓN

En el contexto legal y real, del deber ser y del ser que acabamos de describir, especial consideración merece el fenómeno de las **minorías** precisamente porque sus integrantes son “los más débiles entre los débiles”, los más vulnerables.

Sin pretensiones de científicidad –de nuevo, carezco de títulos para ello– entiendo por Grupo Minoritario aquel que, dentro de una comunidad o grupo social con mayor poder coactivo, desarrolla o intenta desarrollar su personalidad con unidad de comportamiento por una tendencia cultural, étnica, religiosa, idiomática o política, y en torno a la cual organizan y constituyen una interpretación de la existencia.

Dos notas distinguen estos Grupos. La primera, que no son inocuos o neutrales: las relaciones con el grupo dominante son con frecuencia tirantes, pudiendo degenerar en fuertes conflictos. Y, la segunda, que, como consecuencia de lo anterior, frente al conjunto de actitudes consistentes en la identificación de grupo por parte de los que pertenecen a él, se alza el prejuicio y la correspondiente discriminación en el comportamiento por parte de los que no pertenecen a él. Discriminación que en el ordenamiento constitucional español, obviamente, se rechaza con rotundidad: arts. 1, 9.2, 10, 13 y 14 CE. y, desde luego, el 25.2, regulador de la pena privativa de libertad, no la admite.

¿Quién puede merecer el calificativo de **minoría** en un centro penitenciario? A mi juicio, que reúnan las características señaladas y respondan a la definición expuesta, sólo un grupo, el de **extranjeros**.

Ciertamente, hay otras posibilidades de agrupamiento y, por ende, de discriminación. Sin embargo, y hablo exclusivamente desde mi experiencia personal, estas otras formas no se producen o, por mejor decir, si se producen no se anudan a ellas consecuencias desfavorables.

En efecto, el *hecho religioso* está a cubierto no sólo legal –cfr. art. 54 LOGP– y reglamentariamente –cfr., por ej., art. 118 (formación y educación), 226 (alimentación) y 230 (libertad religiosa) RP– sino en el plano de la realidad; del mismo modo, el *sexual*, si bien con algunas vacilaciones referidas al vestido en los transexuales, que también reivindicar que los tratamientos hormonales les sean facilitados gratuitamente –tal pretensión es, hoy, inaceptable, por no estar cubiertos por el sistema público de salud–. En todo caso, se permiten tanto las visitas íntimas homosexuales, como la convivencia intracelular en la medida que no se produzcan alteraciones del orden. En cuanto a *la raza*, nos remitimos a cuanto se expone a continuación, con excepción de la etnia gitana. La idiosincrasia peculiar de este Grupo, su modo de vida, permite afirmar que no sufren mayor discriminación –o autoexclusión del Grupo dominante– que la que padece fuera de la prisión.

El único grupo minoritario es, pues, el de “*extranjeros*” en general, sin perjuicio de que algunos lógicamente se agrupen en etnias o por grandes sectores geográficos. Señaladamente se pueden establecer tres grupos: magrebíes, sudamericanos y con menor cohesión interna, los internos de raza negra (subsaharianos).

Pues bien, a esta situación de extranjería sí se anudan consecuencias desfavorables por parte de la Administración Penitenciaria.

- a) En primer lugar, respecto de la **libertad condicional**. La Administración Penitenciaria es muy remisa a la hora de proponer el ejercicio de este derecho a extranjeros, prefiriendo en todo caso el cumplimiento de este periodo en el país de residencia. Preferencia que se convierte en unanimidad cuando se trata de extranjeros sin residencia legal en España, concurra o no el decreto gubernativo de expulsión.

En mi opinión, sin embargo, no existe dificultad alguna en concederla, si el extranjero reúne los requisitos necesarios para ello, aun cuando se halle en situación de ilegalidad en territorio español y se encuentre en trámite o ya decretada la expulsión gubernativa. Y ello por entender que, por hallarse condenado y estar cumpliendo condena, su estancia en territorio español es legal. Al menos, la Audiencia Provincial de Madrid, en el Auto de la Sección Cuarta, de 21 de Junio de 1996, parece seguir el mismo criterio.

La posible colisión con la resolución de expulsión adoptada por un Juzgado o Tribunal sentenciador, dictada en aplicación del art. 89 CP, debe resolverse, también en mi opinión, de modo que dichos órganos sólo podrán acordar eficazmente la expulsión en tres casos: 1. que la acuerde en la sentencia como medida sustitutiva de la pena; 2. que no exista un pronunciamiento previo del JVP autorizando el cumplimiento de la LC en España; y 3. que aun existiendo tal pronunciamiento el JVP autorice la expulsión en virtud de causas sobrevenidas que no hayan supuesto la revocación.

La prevalencia de la resolución del JVP se justifica en la configuración de este órgano como Juez de ejecución de penas y, consiguientemente, más próximo

a la realidad personal del penado y a la evolución y resultados del tratamiento penitenciario, extremos todos ellos absolutamente desconocidos de los órganos sentenciadores. Por la misma razón entiendo que incluso el pronunciamiento del JVP, en el sentido indicado, posterior a la resolución del sentenciador, al amparo del art. 89, debería enervar ésta.

Por último, me permito hacer una llamada especial de atención sobre este tema por cuanto, desde la vigencia del Convenio de Schengen, la expulsión de España supone la de todo el espacio afectado por dicho Convenio, que es la práctica totalidad de la Europa comunitaria.

Y en cuanto a la modalidad de Libertad condicional anticipada ex art. 91 CP, tampoco debe entrañar ninguna dificultad por todas las razones expuestas. El problema puede plantearse, sin embargo, porque el art. 89.1 CP se refiere exclusivamente a las 3/4 partes de cumplimiento y no a los 2/3, que es el límite de la anticipada. Entiendo, sin embargo, que es posible a pesar del art. 4.1 CP porque, en primer lugar, esta clase de Libertad Condicional no es más que una modalidad, un subgénero de la general, de modo que puede entenderse, a estos efectos, subsumida en aquélla y, en segundo, porque esta suerte de analogía no sería odiosa al reo.

b) Los permisos de salida

No es pertinente explicar aquí su régimen jurídico. Baste, pues, señalar que pueden denegarse por diversos motivos, entre otros, cuando resulte probable que el interno vaya a quebrantar la condena o a cometer nuevos delitos.

Y tal probabilidad resulte de: su peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o existan "*variables*" cualitativas desfavorables.

Son estas últimas las que merecen un comentario especial.

Tras un trabajo estadístico y sociológico de la entonces Secretaría de Estado y la Universidad Complutense, ciertamente encomiable, dictó aquélla la Circular 1/1995 que derogó todas las anteriores –entre ellas la de 3 de Noviembre de 1988, de triste memoria–. Pues bien, en esta Circular se establece una serie de circunstancias, la denominada **Tabla de Variables de Riesgo –T.V.R.–**, validadas estadísticamente, que influyen o pueden incidir en el éxito o fracaso de un permiso de salida que se complementa con la **Tabla de Concurrencia de Circunstancias Peculiares –T.C.C.P.–**, asimismo validadas y que no afectan a objeto de estas páginas. Son las siguientes:

T.V.R.

- 1º. Extranjería.
- 2º. Drogodependencia.
- 3º. Profesionalidad.
- 4º. Reincidencia.
- 5º. Quebrantamientos.

6º. Artículo 10 LOGP.

7º. Ausencia de permisos.

8º. Deficiencia convivencial.

9º. Lejanía del lugar de residencia.

10º. Presiones internas.

Cada una de estas variables, que se definen en la Circular, se puntúan en función de su presencia o ausencia, cuya suma arroja un resultado numérico porcentual.

Sin perjuicio de su validación estadística, fiable sin duda, en mi opinión dos son profundamente injustas, y otra que introduce una discriminación no razonable. Las dos primeras son la ausencia de permisos y la lejanía del lugar de residencia porque ninguna de las dos dependen, durante el cumplimiento de toda su condena, de la voluntad del interno, y no parece razonable poner en su “debe” algo que le es ajeno y que podría evitarse por una decisión de la Administración que se las imputa como circunstancia negativa. La discriminatoria es la de extranjería. Ni la LOGP ni el RP contemplan esta circunstancia del penado como un desvalor o como causa de denegación de permisos. Y de aplicarse a sangre y fuego, como de hecho se aplica, muy pocos extranjeros podrían salir de permiso. Hay que decir, sin embargo, que el índice de quebrantamientos de extranjeros es muy elevado –y mi experiencia personal es muy amarga–, pero ello no hace sino complicar la decisión última, no tanto de la DGIP que como órgano administrativo cumple con aplicar el criterio de oportunidad, cuanto la del JVP o de la Audiencia Provincial, que por imperativo constitucional deben aplicar el principio de legalidad.

FRANCESCO CARRARA

El mundo jurídico viene conmemorando el centenario de la muerte de Francesco Carrara, “El sumo maestro del Derecho Penal”. Ni antes, ni después de él, esa área jurídica llegó a alcanzar las dimensiones que le dio el sabio profesor de Pisa. Lo que él legó a la humanidad en ese campo constituye la mayor riqueza de pensamiento recibida por la ciencia de los delitos y de las penas. Por ello quedó su nombre grabado en la conciencia universal con caracteres eternos de veneración y culto a su memoria...

...Por lo que se refiere a su obra científica, ella tiene toda la majestuosidad de una obra de arte. Apasiona al jurista, por la profundidad y vigor del pensamiento, por la armonía de las ideas, por la esbeltez y claridad del estilo, aflora en ella unas veces el filósofo, en otras el penalista consumado, siempre el solícito pensador sobre los grandes problemas de las disciplinas jurídicas y criminológicas. Por eso, Zanardelli, el ministro de justicia de Italia, dijo al inaugurar su monumento en el cementerio de Pisa refiriéndose a su “Programa de Derecho Criminal”: “Y este edificio, por su solidez, por la armónica proporción de sus partes, por su exacta correspondencia a las necesidades de la vida social, se impone a la admiración de todos y constituye tributo precioso aportado por él a la obra de la civilización”...

...A un siglo de su muerte sigue iluminando los ásperos caminos del derecho penal, porque hizo derivar el fundamento de sus postulados, en la ley eterna del orden y en el respeto por la libertad y dignidad de la persona humana. Con razón la posteridad le otorgó el honroso título de ser el Miguel Ángel del derecho penal.

Hernando Londoño Jiménez, *Los inmortales*, Grafoprint, Medellín (Colombia), 1998, pp. 81 s.

**2ª MESA REDONDA: “DESCENTRALIZACIÓN
Y COMPETENCIAS PENITENCIARIAS”**

EGUZKILORE

Número Extraordinario 12.
San Sebastián
Diciembre 1998
63 - 66

DESCENTRALIZACIÓN Y COMPETENCIAS PENITENCIARIAS

Ilmo. Sr. D. Iñaki SÁNCHEZ GUIU

*Viceconsejero de Justicia
Gobierno Vasco*

Resumen: Se estudia la cuestión de la atribución de competencias, en materia de ejecución de la legislación penitenciaria, a la Comunidad Autónoma Vasca, deteniéndose en el examen del Estatuto de Autonomía. Asimismo se comentan las ventajas y desventajas, teóricas y prácticas, de la transferencia de competencias penitenciarias a esta Comunidad Autónoma

Laburpena: Autonomi Estatutoan gelditurik, Baitegi Legepediko egitarapenean, Euskal Autonomi Elkarteari dagozkion konpetentziak aztertzen dira. Abantail eta kalte teoriko eta praktikokoak aztertzen dira. Abantail eta kalte teoriko eta praktikoko horiek komentatzeaz gain, Autonomi Elkarre honi egokituako zaizkien konpetentzien transferentziak ere aipatzen dira.

Résumé: La question de l'attribution de compétences en matière d'exécution de la législation pénitentiaire à la Communauté Autonome du Pays Basque est ici exposée, sur l'appui de l'examen du Statut d'Autonomie. Les avantages et désavantages, théoriques et pratiques, de la transférence de compétences pénitentiaires a cette Communauté Autonome sont également mises au clair.

Summary: The question of the attribution to the Basque Autonomous Community of competitions in the matter of execution of the penitentiary legislation is studied and the Statute of Autonomy is also examined. Likewise the advantages and disadvantages, theoretical and practical, of this transfer of penitentiary competitions are commented.

Palabras clave: Instituciones Penitenciarias, Legislación Penitenciaria, Competencias Penitenciarias, Comunidades Autónomas.

Hitzik garrantzizkoenak: Baitegi Erakundeak, Baitegi Legepedea, Baitegi Konpetentziak, Autonomi Elkarreak.

Mots clef: Institutions pénitentiaires, Législation Pénitentiaire, Compétences Pénitentiaires, Communautés Autonomes.

Key words: Penitentiary administration, Jurisdiction of Penitentiary Surveillance, Judge of Penitentiary Surveillance, Foreigners.

Dentro del reparto competencial que desarrolla nuestra Constitución se viene a atribuir la ejecución de la legislación penitenciaria a las CC.AA. que así lo tengan recogido en sus respectivos Estatutos de Autonomía.

Por lo que se refiere a nuestra Comunidad Autónoma, el Estatuto de Autonomía del País Vasco establece en sus artículos 10.14 y 12.1 la competencia exclusiva en materia de “organización, régimen y funcionamiento de las Instituciones y establecimientos de protección y tutela de menores, penitenciarios y de reinserción social, conforme a la legislación general en materia civil, penal y penitenciaria”, y el artículo 12 dice que corresponde a la Comunidad Autónoma del País Vasco la ejecución de la legislación del Estado en materia penitenciaria.

El fundamento para la transferencia no parte sólo del mencionado título, sino que debe entenderse también como la responsabilidad política de las Comunidades Autónomas a la hora de asumir las competencias “incómodas” o menos gratas con la misma diligencia que las que resultan más rentables política y económicamente. Insistiendo en este argumento, creemos que, finalizados ya el despliegue de la policía autónoma y el traspaso de medios personales y humanos al servicio de la Administración de Justicia, la transferencia penitenciaria vendría a completar un espacio penal autonómico coherente. Máxime cuando hay una gran coincidencia, si no unanimidad, en que la prevención es fundamental, a la vista del gran porcentaje de reclusos que comienzan su actividad delictiva a edad temprana; así como de la extracción social de una gran parte de los presos. Por ello, habiendo asumido las Instituciones de la Comunidad Autónoma las actuaciones en materia de protección de menores, la ejecución de las medidas acordadas sobre menores que realicen actos delictivos, las políticas sociales, las competencias en materia de seguridad, resulta obligada la culminación de este proceso con la asunción de las competencias penitenciarias.

Las ventajas teóricas y prácticas de la proximidad de los órganos de gestión y planificación en los mismos términos territoriales y sociales parecen evidentes en una materia particularmente sensible como es la penitenciaria. La finalidad de “reeducación y reinserción social” y el “derecho al desarrollo integral de su personalidad” que el artículo 25.2 de la Constitución Española atribuye respectivamente a las penas privativas de libertad y a los penados podrán hacerse efectivas en mejores condiciones cuanto más se integren la Administración de Justicia y la Penitenciaria y postpenitenciaria en el medio al que pertenece el penado. Así se desprende el artículo 12.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y del Reglamento Penitenciario, según el cual la ubicación de los establecimientos en las diversas áreas territoriales debe “satisfacer las necesidades penitenciarias y evitar el desarraigo social de los penados”.

Por otra parte creemos que en los momentos actuales hay razones para intuir que la sociedad vasca puede preferir que la administración de los beneficios penitenciarios y de las soluciones personales que puedan ser aplicables se ejerzan desde la Comunidad Autónoma.

El tiempo que llevamos interviniendo desde este Departamento en el medio penitenciario nos hace acreedores de un apreciable bagaje en estos asuntos, pudiendo enumerar una serie de factores característicos de nuestra Comunidad que van a incidir positivamente a la hora de ejecutar las funciones propias de esta Institución:

- el actual desarrollo de un amplio Convenio Marco entre el Gobierno Vasco y el Ministerio con objeto de ofrecer a los internos/as atención sanitaria, educativa, formativa, social, etc., lo más normalizada posible,
- el número de internos/as, que no es elevado a pesar de las deficiencias en infraestructuras que efectivamente padecemos,
- la amplia red de servicios públicos ordinarios,
- la proximidad, integración y talante de la Administración de Justicia en el País Vasco, y
- la importantísima colaboración de colectivos y organizaciones de voluntarios en los tres centros vascos.

Como un mero dato cuantitativo de nuestra intervención permítanme indicarles que entre 1987 y 1997 llevamos invertidos 1.125.789.774 pts (mil ciento veinticinco millones setecientas ochenta y nueve mil setecientas setenta y cuatro pesetas).

La privación de libertad debe producirse en unas condiciones materiales y morales que garanticen el respeto a la dignidad humana, tanto de los vigilantes como de los vigilados. No podemos olvidar que las personas incluidas en prisiones, siguen formando parte de la sociedad y conservan los derechos fundamentales de los que no han sido legalmente privados en la sentencia condenatoria.

Las evidentes dificultades presupuestarias por las que atraviesa la Institución Penitenciaria del Estado condicionan el cumplimiento no sólo de los compromisos adquiridos en los convenios suscritos entre la Administración Central y la Vasca, sino una gran parte de sus responsabilidades directas. Las graves deficiencias en infraestructura, recursos humanos y servicios destinados a los internos obligan a que éstos vivan con limitaciones en cuanto a intimidad, tratamiento individualizado, espacios y programas adecuados y suficientes para una digna atención sanitaria, actividades educativas, formación, talleres, etc. Estas carencias imponen limitaciones a que en el País Vasco a un colectivo de unas 1.300 personas se les garantice el disfrute efectivo de sus Derechos Fundamentales, algo que viene siendo constatado por los Departamentos del Gobierno que regularmente intervienen en los CCPP –Justicia y Sanidad–, se ha denunciado en el informe del Ararteko y son el fundamento de las continuas quejas vertidas desde los diferentes grupos políticos, las asociaciones de voluntarios y desde los mismos internos/as y sus familiares.

Los problemas más graves que afectan a la población reclusa se centran en las áreas de *sanidad* (toxicomanías, sida, tuberculosis, hepatitis, higiene, alimentación, etc.), *formación* (reducidísimo número de talleres productivos, escasez de formación ocupacional, etc.), *educación* (insuficiencia de recursos para atender a una población con un elevado índice de analfabetismo), *alternativas a la prisión* (pisos o unidades para la excarcelación de enfermos incurables, para tratamiento de toxicómanos, etc.) y a la propia *organización interna* (relaciones entre funcionarios/as e internos/as, denegación de permisos, lentitud de trámites burocráticos, falta de profesionales, insuficiencia de medios, etc.)

Si ello no fuera suficiente, la publicación de un nuevo Código penal, en cuya exposición de motivos y a la hora de destacar las novedades que introduce, dice literalmente:

“En primer lugar, se propone una reforma total del actual sistema de penas, de modo que permita alcanzar, en lo posible, los objetivos de resocialización que la Constitución asigna. El sistema que se propone implica, de una parte, la regulación de las penas privativas de libertad, ampliando, a la vez, las posibilidades de sustituirlas por otras que afecten a bienes jurídicos menos básicos, y de otra, introduce cambios en las penas pecuniarias, adoptando el sistema de días-multa y añade los trabajos en beneficio de la comunidad”.

Pues bien, una de las críticas más importantes que ha recibido el nuevo sistema de penas es precisamente que pueden resultar inviables por la ausencia de una infraestructura y medios adecuados para su aplicación. Y realmente resulta muy difícil, en tanto exista la actual centralización, la ejecución de determinadas penas, como el trabajo en beneficio de la comunidad.

Estas y otras razones llevaron al Gobierno Vasco, al elaborar el informe sobre transferencias pendientes y grado de prioridad, a incluir las penitenciarias en el primer grupo.

Para el cumplimiento de este Acuerdo y a finales de ese mismo año se iniciaron las conversaciones entre la, entonces, Secretaría General de Servicios Penitenciarios y la Viceconsejería de Justicia. Así se fijó un calendario de trabajo, se inició el intercambio de información y documentación, etc.

El adelanto de las elecciones generales a marzo de 1996 impidió que este proceso culminase, no habiéndose reiniciado el mismo con el actual Gobierno, a pesar de haberlo interesado así.

Próxima ya la finalización de la actual legislatura autonómica, necesariamente quedará pendiente para el próximo Gobierno, al que desde ahora mismo deseamos éxito y acierto, porque estamos convencidos de que la descentralización en esta materia conllevará, sin duda, una mejora de la actual situación, claramente insatisfactoria.

EGUZKILORE

Número Extraordinario 12.
 San Sebastián
 Diciembre 1998
 67 - 78

LE SYSTÈME CARCÉRAL CANADIEN ET LE RESPECT (OU L'IRRESPECT) DES DROITS DE L'HOMME¹

Prof. Dr. D. Denis SZABO

*Centre International de Criminologie Comparée
 Université de Montréal (Canada)*

Resumen: La resistencia por parte de la institución penitenciaria hacia los cambios que restauran la libertad y la responsabilidad de los privados de libertad, así como la falta de aprovechamiento de la población penal, son los principales obstáculos para el respeto de los derechos humanos en la gestión del mundo carcelario. Después de presentar el sistema correccional federal canadiense, se examina la situación y las tensiones que provoca la aplicación de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, y se analiza el papel del "ombudsman" correccional a la luz de los graves conflictos que tuvieron lugar en algunas prisiones de ese país.

Laburpena: Gartzela munduko jardunean, trabarik garrantzitsuenak giza eskubideen begirunerako, askatasuna eta askatasun gabekoan ardura berritzen dituzten aldaketei buruz, Baitegi Erakundeek jartzen duten erresistentzia, eta poblazio penalean dagoen aprobetxamendu falta dira. Kanadako zentzagarri sistema federala aurkeztu ondoren, Giza Eskubideen Karta Kanadienseak eragiten dituen tentsioak aztertzen dira eta "ombudsman"-ek gartzela batzuetan erakarri zituen arazo guztiak azaltzen dira.

Résumé: La résistance de l'institution pénitentiaire aux changements qui restaurent la liberté et la responsabilité des gens privées de liberté, ainsi que le manque de mise en valeur de la population pénale, sont les obstacles principaux pour le respect des droits humains dans l'administration du monde de la prison. Après avoir présenté le système correctionnel fédéral canadien, le texte examine tant la situation et les tensions suscitées par l'application de la Charte Canadienne de Droits et Libertés que le rôle du "ombudsman" correctionnel dans certains conflits sérieux qui ont eu lieu dans quelques prisons de ce pays.

Summary: The resistance on the part of the penitentiary institution towards the changes that restore the freedom and the responsibility to imprisoned, as well as the wasting of penal population, are the main obstacles for the respect of the human rights in the administration of the prisons world. After presenting the Canadian federal correctional system, this author explains the situation and the tensions that the application of the Canadian Charter of Rights and Freedom produces. He analyses the role of the correctional "ombudsman" by the light of the serious conflicts that took place in some prisons of that country.

Palabras clave: Instituciones Penitenciarias, Población Penitenciaria, Sistema Correccional de Canadá, Derechos Humanos.

Hitzik garrantzikoan: Baitegi Erakundeak, Baitegi Poblazioa, Kanadako Zentzagarri Sistema, Giza Eskubideak.

Mots clev: Institutions pénitentiaires, Population Pénitentiaire, Système Correctionnel du Canada, droits humains.

Key words: Penitentiary institutions, Penitentiary Population, Correctional System of Canada, Human Rights.

1. Communication présentée au Colloque organisé à l'occasion du 50ème Anniversaire de la Déclaration Universelle des droits de l'homme par l'Institut basque de criminologie, Université du Pays Basque, San Sebastian, de 24, 25 et 26 juin 1998.

INTRODUCTION

Il n'y a plus de genres de vie, de styles de vie –d'odeurs!– qui se ressemblent plus entre eux que ceux qui prévalent en prisons. Don Manuel López-Rey, qui, si je ne m'abuse, a visité toutes les prisons du monde, de l'Extrême Orient à l'Amérique du Sud et du Nord, a apporté ce témoignage il y a plus de 30 ans. Cela n'a pas beaucoup changé depuis lors.

La prison est une institution sociale totale. Elle a un penchant "naturel" vers le totalitaire, comme en a fait la démonstration, brillamment, Irving Goffman dont les écrits ont influencé profondément les sciences humaines, postérieurement à 1950/60. Les asyles, pour les fous comme pour les pauvres et les sans abri, émergent du même système, partageant la même culture ou sous-culture. Toutes ces institutions se maintiennent par la contrainte parfois violente qu'elles exercent sur leur clientèle.

Il ne faut donc pas s'étonner à ce que la modernité, basée sur le déploiement du libre initiative sur l'esprit d'entreprise, sur la responsabilité se trouva en porte à faux par rapport au système carcéral. Ce dernier fut basé sur la négation de ces principes! Son organisation même réduisait les détenus à l'état d'enfances irresponsables, dont chaque geste, chaque minute fut soumis à une réglementation des plus strictes, soumis aux contrôles de surveillance constants. L'esprit pos-moderne, qui pose le désir, en principe d'organisation de la vie et qui veut façonner la société en vue de la satisfaction maximale de ses aspirations, de ses désirs, considère le système carcéral comme la négociation même de la vie.

Les criminologues, en tant qu'intellectuels, étaient profondément influencés par l'esprit moderne et pos-moderne –en gros du milieu du XVIII siècle à la fin du XXème– et leurs recherches, leurs écrits furent largement inspirés par un esprit critique qui allait d'un réformisme tout azimuth jusqu'à chercher à réduire au maximum la population carcérale au point même de l'abolition pure et simple de la prison comme sanction acceptable –exceptée en tout dernier recours– dans une société civilisée.

Il est utile de se rappeler de tout cela, lorsqu'on aborde l'étude d'un sujet aussi délicat que le respect ou le non respect des droits de l'homme en milieu carcéral. Insistons sur le fait qu'un technicien de la gestion administrative des populations carcérales s'inspirera de tout autres principes lorsqu'il s'agit de "gérer" les droits de l'homme dans le cadre de la vie quotidienne de la réalité carcérale.

Dans la suite de cette communication, nous traiterons du système correctionnel canadien, des tensions et des conflits qui y surgissent lors de l'application de la Charte canadienne des droits et des libertés, en vigueur depuis près d'un quart de siècle. L'application des dispositions de la Charte a bouleversé et continue à le faire le système juridique dans sa totalité ainsi que les pratiques sociales dans ce vaste pays de près de 30 millions d'âmes, dont les rives sont entourées par trois océans –l'Atlantique, le Pacifique et l'Arctique–.

Voici le plan que nous suivrons: I) Brève description statistique, sorte de photographie de la criminalité de ses mouvements et de ses taux II) Ensuite nous esquisserons l'organisation du système correctionnel du Canada. C'est bien ainsi qu'on le nomme, concédant un anglicisme en français dans ce pays bilingue. En effet, le terme reflète bien la philosophie du service qui relève du Solliciteur général du Canada

Ce ministère – dont les fonctions recourent plusieurs responsabilités des ministères de l'intérieur du continent européen et celles du Home office britannique – contrôle la sécurité publique ainsi que l'exécution des sanctions. Cette dernière, avec le Parquet (le procureur général et ses substituts) relève du ministre de la justice qui est, simultanément, Procureur Général.

La même division des fonctions se retrouve dans l'administration de la justice des 10 provinces composant le Canada. La législation comme le Code pénal sont de juridiction fédérales: elles s'appliquent sur l'ensemble du territoire. Son administration, la mise en oeuvre de ses dispositions relèvent toutefois des provinces. Là, certaines variations ont été inévitables bien que mineures. Les sentences dépassant 24 mois, sont purgées dans des pénitenciers fédéraux. Les condamnés à moins de 2 ans purgent leurs peines dans les prisons provinciales. III) Par la suite, nous évaluerons critiquement les objectifs que se sont fixés les autorités des Services pénitentiaires canadiens et nous marquerons les limites. IV) Dans une dernière partie nous allons faire état de deux conflits d'une grande gravité qui surgiront lors de l'application de la Charte canadienne des droits et des libertés. Nous soulignerons les rôles majeurs joués par les ONG, telles que l'Amnésie internationale, la Ligue internationale des droits de l'homme, l'Office québécoise des droits des détenus, pour ne mentionner que quelques unes. Leur rôle ne se limita pas seulement à des investigations des plaintes. Elles participèrent aussi à la recherche d'une résolution des conflits.

I. APERÇU STATISTIQUE

Par rapport aux normes internationales, le taux d'incarcération enregistré au Canada est élevé, à 133 personnes par 100.000 h., le taux canadien est plus élevé que celui de la plupart des démocraties occidentales. Bien qu'il soit dépassé par les taux de la Russie (694) et des États Unies (600); il est très supérieur à ceux des pays européens comme le Royaume Uni (99), la France (89), l'Allemagne (81) ou la Norvège (56).

Le nombre des détenus sous responsabilité fédérale s'est accru au 19% au cours des dernières cinq années. En moyenne, la population des prisons provinciales a augmenté au 4% au cours de la même période.

Les pénitenciers fédéraux se trouvent, par conséquent, devant un grave problème de surpeuplement. Actuellement, un détenu de sexe masculin sur quatre doit partager avec un autre prisonnier une cellule conçue à l'origine pour une seule personne.

Voici certaines causes de la croissance de la population carcérale fédérale: a) imposition des sentences plus longues; b) diminution de l'octroi de la libération conditionnelle; c) recours accru au maintien en incarcération – un plus grand nombre de détenus sont gardés en prison durant la totalité de leurs peines –; d) accumulation du nombre des condamnés à des peines incompressibles (à perpétuité ou à 25 ans), conséquence de l'abolition de la peine de mort; e) existence d'un nombre accru de délinquants plus difficiles (par exemple les délinquants sexuels) qui ont des besoins complexes en matière de traitements et pour lesquels il existe moins de programmes de libération sous condition.

À cause du surpeuplement des pénitenciers canadiens, les ressources existantes (personnel, budget, programmes et installations) suffisent à peine. L'incarcération coûte chère au contribuable. Aussi est-il important d'envisager d'autres formes de sanctions pour les délinquants présentant des faibles risques en cette période où les prisons sont de plus en plus bondées. L'incarcération d'un adulte dans un pénitencier fédérale coûte, en moyenne, près de 46.000 \$Can par an contre environ 28.000 \$Can pour l'hébergement d'un délinquant dans un foyer de transition et de 9000 \$Can pour la surveillance d'un libéré conditionnel.

Le Service Canadien des pénitenciers vise, principalement, la protection du public lorsqu'il cherche des solutions à la surpopulation carcérale. Il admet, cependant, que l'incarcération n'est pas la solution la plus efficace ni pour le délinquant ni pour la société. L'incarcération doit être réservée aux auteurs des crimes les plus graves. Construire de nouvelles prisons pour y enfermer plus longtemps le plus de délinquants possibles ne constitue pas une réponse efficace à la criminalité, ni une meilleure protection pour la société.

Dans le document officiel, le Commissaire du Service Correctionnel précise les valeurs fondamentales qui inspirent l'activité de son personnel. Elles sont en nombre de 5. Les voici: A) nous respectons la dignité des individus, les droits de tous les membres de la société et le potentiel de croissance personnelle et le développement des êtres humains. B) nous reconnaissons que le délinquant a le potentiel de vivre en tant que citoyen respectueux des lois. C) nous estimons que le personnel du Service constitue sa force et sa ressource principale dans la réalisation de ses objectifs et nous croyons que la qualité des rapports humains est la pierre angulaire de sa mission. D) nous croyons que le partage des idées, des connaissances, des valeurs et des expériences, tant sur le plan national qu'international est essentiel à l'accomplissement de notre mission. E) nous croyons à la gestion d'un Service caractérisé par une attitude ouverte et intègre.

On constate donc que le Service vise, essentiellement à la préparation des délinquants vers la réinsertion sociale.

Les délinquants conservent tous leurs droits, à l'exception de ceux qu'il s'agit de suspendre ou de restreindre en raison de leur peine. La Mission accorde une égale importance à l'aide et au contrôle. Celui-ci doit être conçu et appliqué en vue de la réinsertion sociale.

Voici maintenant les "Faits et les Chiffres" publiés par les Services Correctionnels du Gouvernement fédéral², leur examen nous donne le profil socio-culturel et pénologique de la population carcérale.

2. "Au Canada, le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux et territoriaux se partagent la responsabilité des services correctionnels. Les gouvernements des provinces et des territoires assument la responsabilité des détenus purgeant une peine d'emprisonnement inférieure à deux ans. C'est d'eux seuls que relèvent les délinquants en probation, de même que les jeunes contrevenants.

Le Service correctionnel du Canada (SCC) et la Commission nationale des libérations conditionnelles (CNLC) font partie du ministère du Solliciteur général. Le Service voit à administrer les peines d'emprisonnement de deux ans et plus. Son rôle consiste à assurer la gestion des établissements correctionnels et à surveiller les délinquants libérés sous condition par la CNLC, ainsi que ceux qui bénéficient d'une libération d'office aux termes de la loi.

Cinq bureaux régionaux administrent les opérations des établissements correctionnels et assurent la surveillance des délinquants. Le SCC administre des pénitenciers, des centres correctionnels communautaires, des bureaux de libération conditionnelle et des bureaux de district. Toute information présentée dans Faits et chiffres porte sur les services correctionnels pour adultes et a trait à la période allant du 1 avril 1996 au 31 mars 1997".

• **Quel est le nombre quotidien moyen d'adultes incarcérés au Canada?**

33 785 adultes

Services correctionnels pour adultes au Canada, Centre Canadien de la statistique juridique, 1995-96. Ce chiffre comprend tous les adultes incarcérés dans des établissements correctionnels fédéraux et provinciaux pour y purger leur peine, attendre leur procès ou qui sont détenus dans un poste de police.

• **Au Canada, combien de personnes ont été condamnées en 1995-1996?**

Prisons provinciales et territoriales 114 562

Pénitenciers fédéraux 4 402

Total 118 964

Services correctionnels pour adultes au Canada, Centre canadien de la statistique juridique, 1995-1996.

• **Quel était le taux de détention des adultes au Canada?**

151 personnes pour 100 000 adultes

Services correctionnels pour adultes au Canada, Centre canadien de la statistique juridique, 1995-1996. Ce chiffre comprend tous les adultes incarcérés dans des établissements correctionnels fédéraux et provinciaux pour y purger leur peine, attendre leur procès ou qui sont détenus dans un poste de police. Le taux est calculé pour 100 000 adultes à partir d'une population de 22,4 millions d'adultes et non d'une population totale de 29,6 millions d'habitants.

• **Combien de délinquants étaient incarcérés au 31 mars 1997?**

Hommes 14 091 (97,5%)

Femmes 357 (2,5 %)

Total* 14 448 (100 %)

* Ce chiffre exclut les délinquants en détention temporaire dont la surveillance a été interrompue et les délinquants expulsés, mais comprend les délinquants évadés, libérés sous caution ou en semi-liberté.

Système de gestion des détenus, SCC, 31 mars 1997.

• **Quel était le profil de la population carcérale autochtone au 31 mars 1997?**

Caractéristique	Nombre de détenus*	%
Âgés de 20 à 34 ans	1 228	(58,4)
Célibataires**	1 182	(56,2)
Conjoints de fait	727	(34,6)
Mariés	175	(8,3)
Purgent une première peine d'emprisonnement	1 126	(53,5)
Purgent une peine de moins de six ans	1 231	(58,5)

Purgent une peine pour:

Meurtre	271	(12,9)
Infraction visée à l'annexe I	1 549	(73,7)
Infraction visée à l'annexe II	29	(1,4)
Infraction non visée aux annexes	254	(12,1)

* Le profil a été établi pour une population carcérale autochtone de 2103 détenus.

** En comptant les détenus séparés, divorcés, veufs ou dont la situation n'est pas précisée.

Système de gestion des détenus, SCC, 31 mars 1997

• Quelle était la répartition, par région, de la population carcérale au 31 mars 1997?

	Hommes	%	Femmes	%
Atlantique	1 349	(9,6)	36	(10,1)
Québec	3 846	(27,3)	62	(17,4)
Ontario	3 607	(25,6)	143	(40,1)
Prairies	3 362	(23,9)	81	(22,7)
Pacifique	1 927	(13,7)	35	(9,8)
Total	14 091	(100)	357	(100)

Système de gestion des détenus, SCC, 31 mars 1997.

• Quelle était la répartition, selon l'origine raciale, de la population carcérale au 31 mars 1997?

Race	Hommes	%	Femmes	%
Blanche	10 329	(73,3)	205	(57,4)
Autochtone	2 037	(14,5)	66	(18,5)
Noire	840	(6,0)	36	(10,1)
Asiatique	334	(2,4)	9	(2,5)
Autre	352	(2,5)	8	(2,2)
Non mentionnée	199	(1,4)	33	(9,2)
Total	14 091	(100)	357	(100)

Système de gestion des détenus, SCC, 31 mars 1997.

• Combien d'admissions et de mises en liberté y a-t-il eu au total en 1996-1997?

	Hommes	Femmes	Total
Admissions	7 905	283	8 188
Mises en liberté	7 791	252	8 043

Ces chiffres tiennent compte de toutes les admissions et les mises en liberté

Système de gestion des détenus, SCC, 31 mars 1997.

On précise également l'organigramme du Service. Si les Tribunaux pouvoient à la population carcérale l'entrée dans le système, la sortie est assurée par la libération conditionnelle³.

• **Mise en liberté temporaire**

En vertu de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, il y a trois types de permissions de sortir: la permission de sortir avec surveillance, la permission de sortir sans surveillance et le placement à l'extérieur. Une permission de sortir peut être autorisée lorsqu'une récidive du délinquant pendant la sortie ne présentera pas un risque inacceptable pour la société. De plus, la permission de sortir doit s'inscrire dans le cadre du plan correctionnel du délinquant.

Une **permission de sortir avec surveillance** est un cas où le détenu quitte l'établissement seul ou au sein d'un groupe, accompagné par un ou plusieurs agents.

Une **permission de sortir sans surveillance** est une mise en liberté, de durée limitée, accordée aux détenus pour des raisons médicales, administratives, ou en vue d'un service à la collectivité, ou du perfectionnement personnel lié à la réadaptation du délinquant, ou encore pour lui permettre d'établir ou d'entretenir des rapports familiaux notamment en ce qui touche ses responsabilités parentales.

Le **placement à l'extérieur** est un programme structuré de libération pour une période déterminée permettant aux détenus d'être employés en dehors du pénitencier à des travaux ou des services à la collectivité, sous la surveillance d'une personne-agent ou autre ou d'un organisme habilités à cet effet par le directeur du pénitencier.

• **Mise en liberté sous condition**

La Commission nationale des libérations conditionnelles a le pouvoir exclusif d'accorder deux autres types de mise en liberté -la semi-liberté et la libération conditionnelle totale- en se fondant sur les renseignements et les évaluations que lui transmet le personnel pénitentiaire et communautaire du SCC. Avant d'autoriser de telles mises en liberté, les commissaires doivent être convaincus que le délinquant ne présentera pas un risque inacceptable pour la société et qu'il respectera certaines conditions.

Au Canada, on a recours aux types de mise en liberté sous condition qui suivent:

La **libération conditionnelle totale** est une forme de mise en liberté sous condition qui permet à un délinquant de purger une partie de sa peine d'emprisonnement dans la collectivité. Le délinquant est placé sous surveillance et il doit respecter des conditions conçues pour réduire le risque de récidive et favoriser sa réinsertion sociale. Le détenu bénéficiant de la libération conditionnelle totale n'est pas tenu de rentrer chaque nuit dans un établissement, mais il doit se présenter régulièrement à un surveillant de liberté conditionnelle et, dans certains cas, à la police.

La **semi-liberté** donne aux délinquants l'occasion de participer à des activités continues dans la collectivité. D'ordinaire, le délinquant est hébergé dans un établissement

3. Énoncé de mission de la Commission Nationale des libérations conditionnelles: "La Commission nationale des libérations conditionnelles, en tant que partie intégrante du système de justice pénale, prend en toute indépendance des décisions judicieuses sur la mise en liberté sous condition et sur la réhabilitation et formule des recommandations en matière de clémence. Elle contribue à la protection de la société en favorisant la réintégration en temps opportun des délinquants comme citoyens respectueux des lois".

correctionnel ou un centre résidentiel communautaire. La semi-liberté sert également à préparer les délinquants à la libération conditionnelle totale et à la liberté d'office.

Selon le régime de **libération d'office**, les détenus sous responsabilité fédérale doivent purger le dernier tiers de leur peine sous surveillance dans la collectivité et dans des conditions de mise en liberté semblables à celles qui sont imposées aux délinquants qui bénéficient de la libération conditionnelle totale. Les détenus qui purgent des peines d'emprisonnement à perpétuité ou d'une durée indéterminée n'y ont pas droit.

Les délinquants bénéficiant de la libération d'office sont donc des détenus qui n'ont pas demandé de libération conditionnelle ou qui ont essuyé un refus. La libération d'office peut être refusée si une audience en vue d'un éventuel maintien en incarcération détermine que le délinquant commettra probablement une infraction causant un dommage grave ou la mort, une infraction sexuelle à l'égard d'enfants ou une infraction grave liée à la drogue.

La libération à l'expiration de la peine: Il ne s'agit plus ici d'une mise en liberté sous condition, mais bien de la liberté totale que le délinquant retrouve une fois qu'il a fini de purger sa peine. Elle s'applique aux délinquants qui ont été considéré comme trop dangereux pour pouvoir retourner dans la collectivité en vertu de la libération d'office, ainsi qu'à certains délinquants, admissibles à la libération sous condition, qui choisissent de rester en prison jusqu'à la fin de leur peine.

Surveillance

L'objet de la surveillance des délinquants en liberté sous condition est de protéger la société en aidant les délinquants à devenir des citoyens respectueux de la loi, et ce, en exerçant un contrôle et en leur fournissant une aide et des programmes visant à réduire au minimum le risque de perpétration de nouvelles infractions.

II. ORGANISATION DU SYSTÈME CORRECTIONNEL

Si c'est l'image que le Service Correctionnel se plaît de donner, la réalité apparaît un peu différente pour le chercheur-criminologue Pierre Landreville. Il introduit des correctifs importants. Nous suivrons par la suite la démonstration qu'il fait de sa position critique. D'après lui, même dans les meilleures conditions, les programmes prévus ne touchent qu'une faible partie des détenus. Les réalisations concrètes sont souvent très loin des descriptions idéales qui empreignent les discours des administrateurs. Les débats théoriques sur la "mission" ou la "resocialisation" détournent l'attention de la réalité carcérale souvent inacceptable à la lumière même des valeurs proclamées. Les conditions de détention sont souvent déplorables, aussi bien pour les condamnés que pour les gardiens. La question se pose: comment se présente la réalité de la vie quotidienne carcérale par rapport aux "valeurs", les "principes" énoncés plus haut?

Il faut bien dire que dans la plupart des pays du monde la pratique et la tradition des pénitenciers sont peu respectueuses des personnes incarcérées. Les conditions de vie sont souvent inhumaines, le manque d'hygiène élémentaire, les châtements cruels et arbitraires, le travail pénible et souvent inutile, les cérémonies de dégradation, l'absence totale des règles de droit ont prévalu longtemps et subsistent encore dans les

pays qui ont souscrit les principes des droits de l'homme dans leurs propres constitutions.

L'opprobre attaché à la sanction pénale, la stigmatisation des criminels, la volonté d'en faire des parias de la société, joint à l'ignorance concernant les prisons, ont favorisé ces abus, ces exploitations, ces humiliations.

Le pouvoir discrétionnaire du directeur de la prison, en particulier en matière disciplinaire, est parfois absolu, ce qui favorise également l'autoritarisme et les tentations de l'abus de pouvoir. Les prisons modèles, en petit nombre, ne doivent pas cacher la réalité carcérale que la surpopulation rend au Canada comme ailleurs, dégradant et contraire à la dignité de l'homme pourtant hautement proclamée.

III. ÉVALUATION CRITIQUE DES OBJECTIFS

Le problème clef, aujourd'hui, concerne le contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Il y a encore une dizaine d'années, au Québec, il n'existait aucun règlement encadrant le pouvoir discrétionnaire de l'administration. La liste des infractions était vague comme celle des punitions. On manquait aussi d'une procédure officielle, préconisant le contrôle de l'application de ces mesures. Finalement, une récente loi fédérale remédiait cette déplorable situation, profondément ancrée dans la culture et la pratique carcérales. Cette nouvelle loi fédérale précise, "qu'il est interdit d'user des moyens de contrainte à titre de sanction contre le détenu". Ceux-ci peuvent être assistés d'une personne de leur choix, y compris un avocat, lors d'une audition d'une infraction disciplinaire grave et avant la prise d'une décision. Tous les renseignements pertinents doivent être versés dans le dossier. Cette procédure s'applique, entre autres, au transfert d'un détenu contre son gré ainsi que dans le cas d'isolement préventif. Les fouilles ont été traditionnellement les plus arbitraires et les plus dégradantes. La nouvelle loi, en précise, enfin, les conditions: les fouilles par palpation, les fouilles à nu et les examens des cavités corporelles sont soumis, dorénavant, à des règles d'application précises.

On assure aussi l'exercice de certaines libertés, telles que celle de l'association et de réunion, de religion, de participation à des décisions.

L'administration a reçu l'instruction de mettre en oeuvre les dispositions de cette nouvelle loi. Celle-ci constitue, d'après Pierre Landreville, un important pas en avant dans le respect des dispositions de la Charte canadienne des Libertés et des Droits au milieu carcéral.

L'alphabétisation, la formation professionnelle, le travail productif rémunéré appartiennent aussi au droit, assurant effectivement la dignité des personnes incarcérées. L'alcoolisme et la toxicomanie sont fréquents au milieu carcéral. Les programmes de réhabilitation sont encore peu nombreux. Les absences temporaires, assez largement pratiquées, contribuent aussi à la résocialisation.

Landreville conclut qu'il faut rendre le milieu carcéral le plus "normal" possible. Le pouvoir arbitraire des administrateurs et des gardiens doivent être réduits au maximum. Enfin, la surpopulation carcérale, déjà mentionnée, constitue la plus grave

menace à l'exercice et au respect des droits de l'homme. La prison ne fut jamais lieu d'apprentissage de la liberté; on doit, restreindre, au maximum, l'usage de ce recours.

IV. EXAMEN DES CONFLITS GRAVES

Dans cette dernière partie de notre exposé, nous examinerons deux scandales résultant de deux conflits majeurs qui ont eu lieu au Canada. Ils illustrent que, même dans un pays relativement paisible comme le Canada, le milieu carcéral peut produire des graves abus contre les droits de l'homme.

Nous suivrons par la suite la présentation et l'analyse qu'en fait Jean Claude Bernbeim, responsable de L'Office des Droits des détenus au Québec.

D'abord un mot sur le rôle capital des ONG dans la lutte pour le respect des droits de la personne. Elles existent sur le plan national comme sur le plan international. Pour notre sujet, il en existe trois principales: la Croix Rouge Internationale, l'Amnistie Internationale et la Fédération Internationale des Droits de l'Homme. Chacune se propose de défendre les droits et les libertés des personnes contre les abus du pouvoir commis par les pouvoirs publics, essentiellement par l'État. Leur crédibilité dépend de la solidité des preuves présentées devant les tribunaux –et non seulement devant l'opinion publique–, de l'absence d'engagement politique partisan et du courage de leurs dirigeants pour confronter les puissants gouvernements accusés ou soupçonnés d'abus de pouvoir. Rien d'étonnant, par conséquent, que l'administration de la justice, en particulier le régime des prisons, constitue un champ d'intérêt privilégié de ces ONG.

Voici donc les trois cas qui illustrent à la fois les abus de pouvoir des États –en ce cas l'état fédéral canadien– et le rôle des ONG, en particulier l'Office des droits des détenus au Québec.

Le premier cas (A) concerne l'exercice du droit de vote des détenus. Le second, (B) l'affaire Archambault: prise d'otage avec assassinat et le suicide de l'agresseur. Le troisième, (C) le plus récent, est basé sur le rapport de la Commission Arbour, relatif à l'intervention d'une unité spéciale, composée d'hommes dans une émeute qui a éclaté dans la prison de femmes de Kingston.

A) L'exercice des droits politiques est synonyme de la reconnaissance du status de citoyen à part entière. Jusqu'aux années 1970 au Québec, comme au Canada, comme d'ailleurs dans la majorité des pays du monde occidental, dépouillait le droit de vote de tous ceux qui furent condamnés à des peines de plus de deux ans. Les pays scandinaves et la Finland constituaient l'exception: des dispositions spéciales furent votées pour assurer l'exercice du droit de vote des détenus. Dès 1973, l'Office des droits des détenus entreprenait des démarches pour réclamer l'exercice du droit de vote pour les détenus canadiens. Après des années de tergiversation, ce droit fut accordé aux détenus québécois en 1979. Quelque temps après la mesure fut étendue sur l'ensemble du Canada. Voici donc un bel exemple de réussite d'une ONG devant les résistances –surtout de la bureaucratie fédérale pour obtenir un droit qui contribue puissamment à la réintégration d'un détenu libéré au sein de la société.

B) L'affaire du pénitencier Archambault dans la banlieue de Montréal commence le 25 juillet 1982, à 22'30. Deux détenus de ce pénitencier à sécurité maximum

prennent trois gardiens en otage pour tenter de s'évader. Finalement coincés, les deux détenus, condamnés à des peines incompressibles de 25 ans, massacrèrent les trois otages: ils venaient d'apprendre que la Cour d'appel avait rejeté leurs requêtes. Il se sont donné la mort.

Redoutant les représailles des gardiens, l'Office des droits des détenus réclamait l'évacuation de l'institution et le remplacement de l'équipe de gardiens. L'Office dénonçait aussi l'absence d'avocats à l'intention des accusés. Sur l'initiative de l'Office, plusieurs ONG, comme celle de l'Église Unie du Canada, ont fait enquête et rapport. Elles ont dénoncé la situation de "non-droit" qui fut instauré dans le pénitencier sous l'autorité du Solliciteur Général du Canada, Robert Caplan.

L'Office lui-même fut accusée d'outrage au tribunal, par mesure d'intimidation. Le Procureur Général du Québec a fini par faire annuler les procédures et déclarer un "non lieu". Relevons toutefois que les syndicats des gardiens, ceux des policiers, exercèrent des pressions pour que la subvention versée à l'Office soit coupée ou diminuée. Finalement, l'enquêteur officiel, nommé par le gouvernement fédéral, du admettre qu'il y eut mauvais traitement infligé aux détenus, sans pouvoir (vouloir?) en déterminer ni l'ampleur ni la gravité.

C) Le vendredi 22 avril 1994, vers 18'00, une brève mais violente altercation se produit entre six détenues et plusieurs agentes du Service Correctionnel du Canada. Une fois l'ordre rétabli, les six détenues furent transférées dans l'Unité d'isolement du pénitencier: la tension restait vive. Plusieurs tentatives d'automutilation eurent lieu et les foyers d'incendies furent allumés. C'est dans ces conditions de grande nervosité, d'inécurité croissante tant pour les détenues que pour les gardiennes, que la Directrice de l'établissement demanda l'intervention de l'équipe pénitentiaire d'intervention en cas d'urgence (EPIU), constitué exclusivement d'hommes. L'intervention eut lieu vers 23'30 dans le quartier d'isolement. L'intervention musclée, prise en vidéo, représentait une confrontation violente entre les détenues déchainées et les hommes qui tentaient de les maîtriser en les deshabillant de force pour les revêtir des entraves prescrites en pareilles circonstances. Le rapport de l'enquêteur correctionnel comme celui de la Commission Arbour nommée par le gouvernement fédéral, concluait "Qu'il y avait un déploiement de force maximale face à une quasi absence de résistance. Cette force excessive avait été déployée durant l'opération d'intervention qui fut dégradante et déshumanisante pour les femmes carcérees", à la suite de ce rapport, la directrice du pénitencier a démissionné.

Grace à l'enregistrement sur vidéo de l'intervention effectuée par les hommes sur les détenues, on a pu constater concrètement la violence dégradante de cet acte. La fouille à nue, l'examen des cavités corporelles, fut particulièrement dégradante et humiliante. L'exposition sans défense des détenues privées de toute protection –que ce soit un témoin ou leur propre vêtement– révèle dans toute sa brutalité la condition de non droit des détenues dans l'espace pénitentiaire.

La torture dans les pays démocratiques est rarement envisagée comme une possibilité réelle et concrète. Il suffit, pour s'en convaincre, d'examiner la jurisprudence des Cours européennes. Quand les représentants des états démocratiques sont mises en cause pour des agissements abusifs, l'analyse des Cours est fortement teintée par l'aspect politique. Sudre conclut: "Ces Cours prennent en compte une proportionnalité entre la menace pesant sur les régimes démocratiques et les atteintes aux

droits de l'homme: plus cette menace est perçue comme grave –c'est le cas du terrorisme– plus est élevé le seuil de tolérance des atteintes aux droits fondamentaux et plus est rendu difficile la qualification de traitement inhumain. Regrettons que de telles limites n'aient pas été fixées pour les traitements pénitentiaires modernes. Ce tassement vers le haut réduit pratiquement le champ d'application de la torture aux violations massives des droits de l'homme pratiquées par un régime dictatorial”.

CONCLUSIONS

Ce rapide survol de la situation des droits de l'homme dans le système pénitentiaire canadien n'est pas très encourageant. Dès qu'il surgissent des tensions graves ou des conflits violents, l'espace pénitentiaire devient rapidement un terrain de non-droit où tout peut arriver.

Les remèdes: accès rapide des média, campagnes publicitaires, activité inlassable, couragieuse des ONG...

La criminologie, science empirique, doit réléver les faits, reconstituer les événements tel qu'il se sont produits, évaluer les pratiques réelles par rapport aux objectifs proclamés en mettant tous les acteurs du système en face de leur responsabilité. Le rappel inlassable des faits, l'évolution constante des résultats à l'aune des droits de l'homme et de l'intérêt et les biens publics, voici des armes redoutables dans nos démocraties ouvertes, pluralistes et soumises aux Constitutions garantissant à chacun ses droits et ses libertés.

Le criminologue informe donc les citoyens qui en tirent des leçons, dans leurs âmes et conscience. C'est là qui gît la limite de leur intervention, dans le respect rigoureux de la séparation entre connaissance et action, entre science et politique. Nous ne devons jamais l'oublier.

BIBLIOGRAPHIE

- J.C. BERNBEIM, “L'État et la violence de l'État”. *Communication présentée à l'Association Canadienne de Justice Pénale*, Ottawa, le 23 sept. 1997.
- IBID. “Le rôle des organisations non-gouvernementales dans la mise en oeuvre du droit international des droits de la personne au Canada et au Québec” in *Revue québécoise de droit internationale*. 1985.
- IBID. “Le droit de vote des détenus” in *Criminologie*, XXIV, n°1, 1991.
- P. LANDREVILLE, “Les objectifs et les limites des programmes correctionnels. Montréal - CICC 1993” *Communication présentée au Colloque International “Contemporary Experience on Penitentiaryism”* 26-27 juillet 1993. Mexico.
- SOLLICITEUR GÉNÉRAL DU CANADA, *Enoncé de prisons*. Publication du Gouvernement du Canada. Ottawa, 1998.
- IBID. *La surpopulation carcérale*. Publication du Gouvernement du Canada. Ottawa, 1998.
- ENQUÊTEUR CORRECTIONNEL DU CANADA, *Rapport spécial au sujet de l'enquête sur certains incidents survenus à la prison de femmes en avril 1994 et du traitement des détenues par la suite*. Gouvernement canadien. Ottawa, 1995.
- GOVERNEMENT DU CANADA, *Rapport de la Commission ARBOUR*. 1996.

**3ª MESA REDONDA: “DERECHOS HUMANOS
Y SISTEMA PENITENCIARIO”**

EGUZKILORE

Número Extraordinario 12.
San Sebastián
Diciembre 1998
81 - 86

DERECHOS HUMANOS Y SISTEMA PENAL*

Prof. Dr. D. Georges PICCA

*Secretario General de la Sociedad Internacional
de Criminología*

Resumen: Actualmente, los sistemas de justicia penal se enfrentan a la necesidad de garantizar una conciliación entre los derechos de los delincuentes y los derechos de las víctimas. Así, dentro de las legislaciones nacionales hay una evolución de los modos de sanción. Tras exponer algunas dudas y críticas sobre la eficacia de las penas y el tratamiento, se comentan los principios comunes en materia de política penal establecidos por los Estados miembros del Consejo de Europa. Asimismo, se subraya la atención de la Sociedad Internacional de Criminología a la aplicación y respeto de los Derechos Humanos.

Laburpena: Gaur egun, justizia penaleko sistemak, lege-hauslearen eta kaltetuaren eskubideen arteko arartekotasuna garantizatu beharrean aurkitzen dira. Hau hala izanik, legegide nazionalak zigortzeko duten eran, aldaketa bat dagoela esan daiteke. Zigorrak eta beraien jardunen balioaz zalantza eta irizpideak azaldu ondoren, Europako Kontseiluko parte diren Estatuak jarri dituzten politika penalaren arau bateratuak komentatzen dira. Horrela, Kriminologiako Erakunde Internazionalak, Giza Eskubideen aplikazio eta begirunearen gain jartzen duten arreta, azpimarratzen dira.

Résumé: À l'heure actuelle, les systèmes de justice pénal font face à la nécessité de garantir une réconciliation entre les droits des délinquants et les droits des victimes. C'est ainsi qu'il y a eu une évolution des sanctions dans les législations nationales. Le texte expose d'abord quelques doutes et critiques sur l'efficacité des peines et du traitement et avance aussi les principes communs en matière de politique pénal établis par les États du Conseil d'Europe. Finalement, on souligne de même l'attention de la Société Internationale de Criminologie à l'application et le respect des Droits de l'Homme.

Summary: At the moment, the systems of penal justice face the necessity of guaranteeing a reconciliation between the rights of the criminals and the rights of the victims. Therefore, there is an evolution in the sanction ways inside the national legislations. After exposing some doubts and critics on the effectiveness of the hardships and the treatment, this author analyses the common principles of penal politics settled down by the States members of the council of Europe. Also, he underlines the attention to application and respect of human rights on the part of the International Society of Criminology.

Palabras clave: Derechos Humanos, Justicia Penal, Penología, Política Criminal.

Hitzik garrantzizkoenak: Giza Eskubideak, Justizia Penala, Penología, Politika Kriminala.

Mots clef: Droits humains, Justice Pénale, Penologie, Politique Criminelle.

Key words: Human Rights, Penal Law, Penology, Criminal Politics.

* Traducción de Isabel GERMÁN, Licenciada en Derecho, Master en Criminología.

1. La disuasión de los delincuentes potenciales por medio de la amenaza de la sanción persiste como uno de los objetivos esenciales del Derecho penal de la mayoría de los Estados. Frente a ello, desde hace varios decenios la creciente influencia de la noción de los derechos humanos ha contribuido en gran manera a la evolución, dentro de las legislaciones nacionales, de diferentes modos de sanción corporal o privativa de libertad. La supresión progresiva de la pena de muerte es ilustrativa de una evolución hacia la humanización de las penas.

Este movimiento se ha visto favorecido paralelamente por la adopción, desde los gobiernos, de instrumentos jurídicos internacionales inspirados en consideraciones humanitarias. Esto es así, principalmente, gracias a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1948, el Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos adoptado por Naciones Unidas en 1966, el Convenio de Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (1984), y el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales (1950).

Aunque en la actualidad los principios de esta evolución no se discuten, no por ello ésta deja de cuestionarse al manifestarse la violencia criminal, y sus consecuencias se enfrentan a la opinión pública. Además, frente a la extensión de la noción de los derechos humanos de los criminales, considerados como seres humanos y a este título beneficiarios de los derechos individuales, asistimos a la emergencia de otra noción, con una gran connotación, la de los derechos de las víctimas, que adquiere cada vez más importancia. De tal forma que actualmente los sistemas de justicia penal se enfrentan a la necesidad de garantizar una conciliación entre estas dos nociones.

2. La amenaza de la sanción considerada como un medio de prevenir el delito tiene un origen muy antiguo. Para los criminalistas romanos, la pena era infligida *ut exemplo deteriti* (Ulpiano Digesto). También es bien sabido que en la legislación penal francesa anterior a 1789, “las penas se dictan para atemorizar, aterrorizar y dar ejemplo a todos” (Edicto de Francisco I).

No se pone en duda que los principios que inspiran la prevención del delito por medio de la amenaza de la sanción están muy condicionados por un contexto histórico más o menos antiguo, pero también cultural. La evolución de la legislación y de la filosofía que inspiran el Derecho penal y dictan sus orientaciones son, efectivamente, producto directo de la historia política y reflejan las costumbres, las relaciones obligadas económicas y sociales, la influencia de las religiones o de las ideologías. Entonces, este conjunto de datos no puede situarse en un marco geográfico regional limitado con alguna posibilidad de éxito. Es difícil admitir que en esta materia existan unos principios de valor universal, hoy menos que ayer, cuando las legislaciones penales y las políticas criminales evolucionan, en gran medida, en función de las tendencias locales o regionales de la criminalidad, siendo aquéllas consecuencia de la evolución de las costumbres o del desarrollo.

Hay que recordar que durante mucho tiempo –hasta el siglo XVIII en Europa– las legislaciones penales han permanecido prácticamente apartadas de las corrientes de pensamiento que podían afectar a la sociedad. Es en este momento cuando se van a

manifestar las nuevas ideas inspiradas por diferentes corrientes filosóficas que cambiarán completamente los datos de la reacción social contra la delincuencia.

Más tarde, en este movimiento de ideas nacerán algunas doctrinas que jugarán un papel esencial en la reducción del número y la severidad de las sanciones.

Esta vuelta a la discusión de los procedimientos de la reacción social frente al delito ha experimentado un nuevo impulso con los movimientos filosóficos que, a partir de los años 60, han influido en las sociedades desarrolladas. Pero, esta crítica del sistema penal se nutre también de las dificultades encontradas por éste a la hora de hacer frente a las transformaciones contemporáneas de la criminalidad. El “discurso penal”, tal y como era elaborado en el siglo pasado, se adapta mal en la actualidad a la evolución moderna de la sociedad, y de la criminalidad. En ocasiones contribuye a hacer un poco más teórica la estrategia de los sistemas penales. La importancia de la delincuencia económica y de “cuello blanco”, el terrorismo, el tráfico de estupefacientes y sus enormes beneficios han conferido a la criminalidad contemporánea una nueva fisonomía.

Siguiendo el discurso clásico, la pena tiene al mismo tiempo una función punitiva e intimidatoria, proporcional al delito, y se convierte, en cierta manera, en una contrapartida jurídica, y se utiliza como arma de disuasión frente a los delincuentes virtuales: “La eficacia de la pena se mide menos por su rigor que por el miedo que inspira” escribía Target en sus célebres “Observaciones”, que precedieron al Código penal francés de 1810 y que, como sabemos, ha inspirado numerosas legislaciones europeas.

La ley penal y su prolongación natural que es la sanción, supuestamente en esta concepción, mantenían un equilibrio suficientemente proporcionado entre el beneficio del delito y el miedo a la pena para que el delincuente en potencia fuera disuadido de actuar. Pero, ¿es posible evaluar si los delincuentes virtuales realizan una estimación de los riesgos a los que se enfrentan, que se vea afectada por la amenaza de las penas? Según algunos autores, podemos pensar que los delincuentes tienen una percepción de los riesgos más exacta que la de los no-delincuentes (Cusson). Pero como señala Kinberg, el término riesgo tiene dos sentidos. Puede designar el *riesgo objetivo* real de ser perseguido. Este riesgo está determinado por un número de circunstancias desconocidas del sujeto, difíciles de apreciar. Resulta que este riesgo, en su mayor parte desconocido para los ciudadanos, no puede influenciarles en contra de las ideas que pueden tener sobre el riesgo de ser castigados, es decir, el *riesgo subjetivo de sanción*. Pero esto supone, igualmente, que se conoce la amenaza de la pena, lo que, más allá de la proclamación del principio de legalidad de los delitos y de las penas en el Código penal, no es evidente, tal y como demuestran las investigaciones más recientes.

Además, cuando se trata de crímenes cuyo beneficio es enorme (tráfico de estupefacientes), estos análisis parecen muy teóricos, incluso marcados por una cierta ingenuidad; la experiencia demuestra que en este caso el provecho esperado merece correr el riesgo (objetivo o subjetivo).

“Las penas –escribía Enrico Ferri, en su ‘Sociología criminal’ (1893)– no tienen en ningún modo la eficacia que se les atribuye; porque los delitos aumentan y disminuyen en razón de un conjunto de causas muy diferentes a las penas”. Después se ha confirmado efectivamente que la reducción de las penas vinculadas a algunos delitos,

debilitando al mismo tiempo la represión, no conlleva necesariamente como consecuencia el aumento de estos delitos.

Podrían encontrarse nuevos argumentos para estas dudas y críticas con el desarrollo de investigaciones sobre la eficacia de las penas y tratamiento. Además, es necesario señalar que la mayoría de estas investigaciones se propone establecer en qué proporción las medidas penales son ineficaces contra la reincidencia y evaluar las razones de este fracaso. No se han preocupado por medir más que uno de los objetivos de la sanción, pero, por el contrario no existen conclusiones notables que sirvan para aclarar la eficacia de las penas como medio de disuasión de los delinquentes virtuales.

A falta de datos concretos sobre la eficacia real de las penas, hace tiempo se pensó que, para ser eficaz, la disuasión debía fundamentarse en la existencia de penas atroces destinadas a aterrorizar al delincuente virtual. Podemos pensar, en efecto, que en este desequilibrio deliberado entre el delito y la pena reside la esencia misma de la disuasión. Pero, ¿cómo podemos pensar en fundamentar una disuasión eficaz en penas “proporcionadas” al delito?

Este era el fundamento del sistema penal anterior a 1789, y sigue siendo todavía igual en algunos otros sistemas penales contemporáneos. Por el contrario, la tendencia de los Estados democráticos liberales se orienta claramente hacia una humanización, incluso una reducción de las penas. Pero esta evolución de las costumbres y de las instituciones ¿no refleja un debilitamiento del control social?

3. Los Estados miembros del Consejo de Europa han establecido unos principios comunes en materia de política penal. En primer lugar, se ha afirmado la necesidad de respetar la dignidad humana en las condiciones materiales y morales de privación de libertad. En segundo lugar, el tratamiento debe ser imparcial y no se hará distinción alguna fundada en la raza, el color, el sexo, la lengua, la religión, la opinión política, el origen, el nacimiento o la situación económica, mientras que las creencias religiosas y los principios morales deben ser respetados, si no conllevan ningún perjuicio para los demás. En tercer lugar, el tratamiento debe tener como objetivo preservar la salud del privado de libertad, salvaguardar su dignidad, desarrollar el sentido de la responsabilidad, y garantizarle la capacidad necesaria para su reintegración en la sociedad. En otros términos, el tratamiento debe dirigirse a la reinserción en la sociedad. En cuarto lugar, los establecimientos deben ser inspeccionados regularmente. En quinto lugar, deben ser controlados por una seguridad que sea plenamente independiente, es decir, que sea exterior a la Administración. Por último, las reglas deben darse a conocer al personal y ser accesibles para el privado de libertad.

Además, existen disposiciones relativas a los locales y al personal. Los locales deben permitir el aislamiento durante la noche, y deben responder a las exigencias de higiene, teniendo en cuenta el ambiente, especialmente la medición del volumen de aire, la superficie mínima, la iluminación, la calefacción y la ventilación. Las ventanas de las celdas deberán presentar, en su dimensión, ubicación y construcción “una apariencia lo más normal posible”. El personal debe ser elegido con cuidado y tener la cualificación de funcionario penitenciario profesional. La remuneración debe ser suficiente para contratar a hombres y mujeres. Debe garantizarse la formación en el

momento de ser contratados y, posteriormente, a través de cursos de perfeccionamiento. Pueden también designarse especialistas, particularmente psiquiatras, psicólogos, trabajadores sociales, maestros o instructores técnicos. Salvo circunstancias excepcionales, el personal no debe estar armado, no puede recurrir a la fuerza más que en caso de legítima defensa, intento de evasión o resistencia por la fuerza o inercia física, en base a una orden fundamentada en la ley o los reglamentos.

Los privados de libertad no deben ser sometidos a experiencias que puedan atentar contra su integridad, y tampoco pueden ser objeto de castigos crueles, inhumanos o degradantes. El encarcelamiento es un castigo en sí mismo, y las condiciones de la privación de libertad no deben agravar el sufrimiento. El régimen penitenciario debe recurrir a todos los medios curativos, educativos, morales, espirituales y demás, y a todas las formas de asistencia de que pueda disponer. Las comunicaciones entre los privados de libertad y el personal deben facilitarse para impedir tensiones. Deben dictarse disposiciones específicas relativas al trabajo, la enseñanza, los servicios médicos, la alimentación, así como la disciplina y las sanciones. Los reglamentos deben determinar las conductas constitutivas de infracciones disciplinarias, así como el tipo y duración de las posibles sanciones, la autoridad que deba pronunciarlas y los posibles recursos. Algunas sanciones están prohibidas, como el calabozo oscuro, las penas colectivas y los castigos corporales.

Estas diferentes medidas constituyen las reglas que los Estados miembros del Consejo de Europa deben esforzarse por llevar a la práctica, algunas de ellas expresan un deseo más que una obligación. Sólo resta que puedan ser invocadas por los que creen que son ignoradas. Algunas pueden ser consideradas como una prolongación de los artículos del Convenio Europeo y, entonces, podrían invocarse ante la Comisión Europea y el Tribunal de Derechos Humanos.

Sin embargo, no podemos ocultar que estos principios distan mucho de ser aplicados en la práctica por las Administraciones penales. ¿Dificultades materiales de organización? Sin duda alguna. Falta de voluntad, igualmente.

Pero sobre todo los derechos humanos aplicados a los privados de libertad, y más en general a los delincuentes, son sobre todo “standards”, reglas necesarias de alcance universal o regional, que constituyen los objetivos cuya realización es deseable pero que depende de la voluntad de los Estados, y se inscriben, como consecuencia, entre otras prioridades. Lo que significa que no es necesariamente una de las prioridades principales dentro del presupuesto del tratamiento de la criminalidad del Estado.

Pero es necesario ir más lejos.

4. Existe una problemática en relación a los derechos humanos. En primer lugar hay que distinguir entre la declaración de los derechos, por un parte, y su protección. En efecto, la afirmación de los derechos en actos solemnes (Constituciones, Declaraciones) no constituye en sí misma una garantía de estos derechos. Ahora bien, la protección de los derechos supone concebir un sistema jurídico que es difícil llevar a cabo, y, como consecuencia, a menudo va a faltar en las legislaciones. En la mayoría de los casos nos contentamos con la afirmación de los derechos sin que por ello se organice su protección.

Por último, más allá de esta constatación, los derechos humanos no pueden ser absolutos. Están destinados a conciliarse con otras exigencias de la vida en sociedad cuya responsabilidad reside en los Estados. No existen, en efecto, derechos absolutos y los derechos humanos en un sistema jurídico no escapan a esto, al igual que otros derechos. Además, como los derechos son reconocidos por el Poder, sucede lo mismo con su protección. Pero sobre todo, se impone al Poder la necesaria conciliación de una gran diversidad de derechos individuales.

Los derechos humanos se encuentran al mismo tiempo con una gran dificultad. Una parte de la problemática de los derechos humanos reside en esta contradicción de organizar una protección de los derechos individuales, reivindicados en nombre del “derecho natural” contra el poder autorizado, frente a un derecho positivo cuya legitimidad democrática sin embargo no se pone en duda. Tal problemática se agrava más todavía al tratarse de la aplicación de los derechos humanos a aquellos que han respondido por un delito de orden social.

5. La Sociedad Internacional de Criminología atiende especialmente la cuestión de la aplicación y respeto de los Derechos Humanos en el proceso penal y en la ejecución de las penas. Desde 1949 se han dedicado tres Cursos Internacionales al examen de estas cuestiones.

En primer lugar en Atenas (1989), se trató sobre “La privación de libertad en el sistema penal según la óptica de los Derechos Humanos”. En 1990, en Miskolc (Hungría), se abordó la cuestión de “Los Derechos Humanos y la Justicia penal: un enfoque comparado de la aplicación de los Derechos Humanos en la Justicia penal”. Por fin, en 1992, en Salvador de Bahía, “Los Derechos Humanos y el proceso penal” fue objeto de un tercer Curso Internacional.

Es esencial que no sólo los jueces y las Administraciones penales se impliquen en estas cuestiones y respeten las Recomendaciones de las Organizaciones internacionales. También los criminólogos y los investigadores deben igualmente contribuir a estas acciones con vistas a conseguir, precisamente, el progreso en la aplicación de estos principios en las legislaciones nacionales.

EGUZKILORE

Número Extraordinario 12.

San Sebastián

Diciembre 1998

87 - 105

CONTENIDO Y LÍMITES DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD (Sobre la constitucionalidad de las sanciones disciplinarias de aislamiento)

Prof. Dr. D. Borja MAPELLI CAFFARENA

*Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Sevilla*

Resumen: El art. 25.3 de la Constitución Española prohíbe a la Administración imponer sanciones que “directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad”. Desde el primer momento se planteó la constitucionalidad de las sanciones de aislamiento impuestas por un órgano administrativo. El Tribunal Constitucional ha entendido que dicha potestad sancionadora no lesiona aquel mandato, sin embargo, los argumentos que emplea cohesionan escasamente con los principios que inspiran nuestro Derecho penitenciario. Así, se plantean los límites y contenidos de la libertad ambulatoria en el ámbito penitenciario.

Laburpena: Konstituzio Espainoleko 25.3 artikulua, Ardularitzari askatasuna zuzen edo zeharbidez murrizten dituzten zigorrak ezartzea galerazen dio. Lehen momentuan, Herri Ardularitzako organu batek ezarritako bakartze neurrien konstituzionalitatea planteatu zen. Auzitegi Konstituzionalak esan duenez, zigortze ahalmen hark ez du agindu hura makesten, hala eta guztiz ere, erabiltzen dituen argumentuak, gure Baitegi Zuzenbidea argitzen duten jarraipideekin ez dira gehiegi zurikatzen. Horrela, Baitegi inguruan, askatasun bidekariaren muga eta edukiak, planteatzen dira.

Résumé: L'article 25.3 de la Constitution Espagnole interdit l'Administration d'imposer de sanctions que “directement ou subsidiairement impliquent privation de liberté”. Dès le début, la constitutionnalité des sanctions d'isolement imposées par un organe administratif a été mise en question. Le Tribunal Constitutionnel a compris que cette capacité de sanction ne blesse pas ce mandat, même si les arguments qu'il y utilise n'emboîtent pas tout à fait dans les principes dégagés de notre Droit pénitentier. C'est ainsi que les limites et contenus de la liberté ambulante sont envisagés dans l'encadrement pénitentiaire.

Summary: The art. 25.3 of the Spanish Constitution forbids to the Administration to impose sanctions that “imply directly or subsidiarily the privation of freedom”. From the first moment it was debated about the constitutionality of the isolation sanctions, imposed by an administrative organ. The Constitutional Tribunal has understood that this punisher power doesn't injure this order but the employed reasonings fit scarcely into the principles that inspire our criminal law. This way, the limits and contents of the ambulatory freedom in the penitentiary environment are questioned.

Palabras clave: Penas Privativas de Libertad, Derecho Penitenciario, Derechos Humanos, Instituciones Penitenciarias.

Hitzik garrantzizkoenak: Askatasunik Gabeko Zigorrak, Baitegi Zuzenbidea, Giza Eskubideak, Baitegi Erakundeak.

Mots clef: Peines privatives de liberté, Droit Pénitentiaire, Droits humains, Institutions Pénitentiaires.

Key words: Private Punishment of Freedom, Penitentiary Law, Human Rights, Penitentiary Institutions.

I. LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. La evolución del Estado absoluto al Estado moderno tuvo su inmediata reflexión en la pena privativa de libertad como en tantas otras instituciones jurídico-penales. El reconocimiento del condenado como sujeto revestido de los mismos derechos que el resto de las personas, independientemente del contenido de la pena impuesta, significó una auténtica revolución penitenciaria. El propio reconocimiento de su condición de persona, las garantías proyectadas a la situación penitenciaria, los controles eficaces para verificar las mismas, incluso, un nuevo lenguaje desconocido en esos espacios del control estatal, todo ello se encuentra directamente vinculado con ese cambio en el modelo de Estado. Por encima de todas estas destacadas novedades habría aún que señalar la nueva configuración de los fines de la pena vinculados a las ideas preventivas.

Pero en el reconocimiento del condenado como miembro de pleno derecho de la comunidad jurídica (“gozará de los derechos fundamentales de este capítulo” art. 25. 2 CE) hay todavía grandes dosis de formalidad. Cuando los principios generales pasan a ser desarrollados por las normas especiales e interpretados por los tribunales se observa cómo sufren un proceso de debilitamiento que, en el mejor de los casos, sólo permite afianzar los aspectos más esenciales de esos derechos.

Es probablemente en el tema de los límites y contenidos de la privación de libertad donde se precisa una mayor atención para dar materialmente por superada aquella tesis vigente durante mucho tiempo, según la cual la condición de condenado a prisión representaba para el sujeto entrar en un campo oscuro para el derecho y para el control judicial, donde la administración podía hacer y deshacer a su antojo sin necesidad de dar cuenta a nadie, asegurando tan sólo el fiel cumplimiento de la sentencia.

¿Qué significado tiene en términos constitucionales estar privado de libertad? Sabemos que a una persona condenada a prisión no se le puede privar de la vida, ni someterlo a tortura. También se reconoce la prohibición de someterlo a tratos inhumanos y degradantes. Pero más allá de estas convenciones a nadie extraña que un condenado pueda ver gravemente mermado su acceso a otros derechos (intimidad, no discriminación, inviolabilidad de domicilio, educación, propia imagen, libertad ideológica y religiosa, seguridad, secreto de las comunicaciones, reunión y asociación, participación, etc.), aunque poco o nada tengan que ver con la privación de libertad.

La pena de prisión presenta –en comparación con el resto de las penas– como una de sus características más definitorias la fuerza expansiva de sus efectos represivos. La dinámica ejecutiva hace muy difícil reconducirla a su justa medida para hacerla coincidir con su naturaleza. Es sencillamente inimaginable que un condenado a una pena de multa sea, como consecuencia de ello, inhabilitado profesionalmente, ni que al condenado a una inhabilitación profesional se le imponga en la fase de ejecución de la pena, como un plus punitivo, una limitación pecuniaria, porque constituiría un grave atentado al principio de legalidad; no es, en cambio, difícil de asumir que quien tiene por domicilio (“lugar de residencia habitual” art. 40 Cc) la celda, pueda ser constantemente lesionado en su derecho a la inviolabilidad de la misma, sin necesidad de que dicho atentado requiera ni siquiera de una mínima

fundamentación. O que el derecho a participar en asuntos públicos (art. 23 CE), núcleo de la configuración democrática del Estado, no haya conseguido aún traspasar el muro de la prisión. O que, finalmente, el derecho a un trabajo remunerado, que aparece recogido como un derecho fundamental de los condenados a penas privativas de libertad (art. 25.2 CE), se haya considerado por reiterada jurisprudencia constitucional como un derecho de “progresiva aplicación” (STC 19.10.1989) pese a que los índices de desempleo dentro de las prisiones no sólo no decrecen, sino que alcanzan cotas históricas y es previsible que siga aumentando si se obstina la administración penitenciaria en promocionar los nuevos establecimientos con una población en torno a los mil quinientos internos.

Estos y otros ejemplos de desmesura penitenciaria no sólo llaman la atención porque se hacen contra la propia ley, sino porque lejos de toda lógica jurídica, se hacen contra aquellos mismos derechos que se pretenden promocionar para asegurar las metas de la institución.

Por lo común, semejantes restricciones se imponen amparadas por un general y presumible conflicto entre los derechos del condenado como persona y la necesidad de limitarlo debido al interés superior de ejecutar la pena de acuerdo con el fallo condenatorio. Pero lo cierto es que en la mayoría de las ocasiones la administración penitenciaria sitúa al interno en una permanente presunción de peligrosidad penitenciaria (externa, como peligro de fuga, e interna, como peligro de ocasionar un deterioro en la convivencia ordenada del establecimiento).

La administración penitenciaria encuentra en la subjetivización de la fase de ejecución de la pena un aliado y un instrumento para difuminar los auténticos argumentos que inspiran las referidas restricciones. Criterios como la buena marcha del tratamiento o un pronóstico favorable no sólo son cómodos por su indefinición, sino que hacen difícil un control judicial eficaz.

2. La pena de prisión priva de una manifestación de la libertad personal, concretamente aquella que permite el desplazamiento de la persona como resultado de exteriorizar una decisión libremente asumida por su voluntad. Este constreñimiento no es sólo de carácter físico, aunque sea esta dimensión la que más se visualiza. La pérdida de esa libertad ambulatoria es también un obstáculo para el desarrollo integral de la personalidad, de donde inevitablemente irradian otros derechos fundamentales. Ciertamente, la vida en la sociedad moderna está lejos de garantizar el derecho a la libertad ni siquiera en un plano estrictamente ambulatorio. Cualquier ciudadano por el hecho de serlo ve cómo cotidianamente es objeto de fuertes restricciones que le obligan a desplazamientos no deseados o a retenciones involuntarias. No por ello vamos a considerar a la totalidad de la población como privada de libertad, pero sí destacar que la misma ni se suele perder en términos absolutos, ni tampoco disfrutar sin injerencias. Se trata de un derecho que puede medirse, y se mide, dentro de una escala de la que los extremos superior e inferior o son inimaginables o se encuentran proscritos por constituir un trato degradante. Así que si quisiéramos ser respetuosos con el sentido de las palabras la pena privativa de libertad debería pasar a llamarse pena restrictiva de libertad. Se trata de la forma de restringir la libertad más intensa de las que contempla la legislación.

Ahora bien, la pérdida de la libertad material entraña –como hemos ya señalado– la restricción de otros derechos cuya protección resulta igualmente valiosa. Así, podemos distinguir derechos necesariamente afectados, derechos eventualmente afectados y derechos que en ningún caso pueden ser afectados por la pérdida de la libertad. Entre los primeros destaca la propia libertad ambulatoria y aquellos otros que aparecen indisolublemente vinculados a ellos, como son los derechos a elegir residencia, a desplazarse libremente, a reunirse, a disfrutar de la propiedad, o al trabajo.

Un segundo grupo de derechos se ven eventualmente limitados dependiendo de determinadas situaciones o de determinados modelos penitenciarios. A diferencia de los anteriores, preservarlos para quienes sufren pena de prisión sería posible garantizando ciertas condiciones penitenciarias. Así, la intimidad que no está vinculada necesariamente a la restricción de libertad se ve afectada cuando se obliga a un interno a compartir con otro la celda. El derecho a la educación también se verá más constreñido si la administración penitenciaria no oferta cursos o facilita al interno que pueda acceder a estudios en el exterior.

Existen, finalmente, otros derechos que constituyen un núcleo infranqueable. La vida, la integridad o la salud no pueden sufrir merma por el hecho de estar privado de libertad. Este mandato exige de la administración penitenciaria algo más que una actitud de no injerencia. La conocida fragilidad de la salud de la población penitenciaria y la estrecha convivencia que se genera en las celdas compartidas o en los dormitorios colectivos traducen esa obligación de velar por la vida y la salud de los internos en un comportamiento activo de prevención por medio de programas sanitarios adecuados.

La realidad penitenciaria dibuja un panorama sombrío para los derechos de los internos. Las restricciones de libertad terminan afectando a derechos que nada tienen que ver con ella. Especial gravedad revisten los casos en los que dichas restricciones sólo encuentran justificación en las carencias y abandonos propios de las instituciones penitenciarias, como es el caso del derecho al trabajo remunerado. Si en los establecimientos no se da un índice de ocupación aceptable en sintonía con el mandato constitucional ello se debe al desinterés de la administración. La tesis de la jurisprudencia constitucional de los derechos de “progresiva aplicación” resulta inaceptable cuando nos estamos refiriendo a derechos fundamentales.

Esta devaluación hace más que recomendable huir de teorías confusas e indeterminadas como es la teoría de las relaciones especiales de sujeción, a la que reiteradamente acude el Tribunal Constitucional, como fuente de limitación de los derechos de los condenados. Y, en su lugar, procurar que cualquier limitación de los mismos se pueda explicar exclusivamente por la naturaleza de la prisión. Idea que quiere acentuar el referido Tribunal cuando, más allá de las relaciones especiales de sujeción, señala que las eventuales intervenciones administrativas limitando ciertos derechos se hacen “por razón del mismo condicionamiento material de la libertad” (STC 25 de marzo de 1996).

Es, entonces, la estricta necesidad de cumplir con el fallo condenatorio (dimensión temporal) y con el sentido de la pena (privación de libertad) bajo la cobertura de la ley (garantía de legalidad) la única fuente que justifica las limitaciones de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad.

Pero con ser mucho lo dicho no es suficiente como criterio rector si no se tienen en cuenta además las siguientes circunstancias:

a) Las normas que contienen los derechos fundamentales deben ser interpretadas extensivamente. En palabras del propio Tribunal Constitucional: “Se produce, en definitiva, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, de tal modo que tanto las normas que regulan la libertad como las que establecen los límites al ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Como resultado de esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo, de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos (STC 159/1986 de 12 de diciembre. En el mismo sentido, SSTC 34/1983 de 6 de Mayo y 57/1985 de 29 de abril)

b) La dinámica penitenciaria se caracteriza por proyectar sobre el interno una presunción de que se trata de un sujeto inestable, con cierta peligrosidad criminal y tendencia constante al quebrantamiento de la condena. Es conveniente recordar que entre los derechos fundamentales no afectados por la pena de prisión está el derecho a la presunción de inocencia. La culpabilidad del condenado se restringe al hecho juzgado y no puede hacerse extensiva ni a la conducta pasada y futura del reo, ni tampoco a la conducta penitenciaria. La sospecha que inspira el penado sólo en ocasiones se corresponde con la realidad y, sin embargo, favorece una hiperdisciplina y una estructura jerarquizada. La cárcel se resiste a evolucionar de acuerdo con las experiencias realizadas que demuestran lo infundado de aquellas sospechas. Bien al contrario, se observa una coincidencia que puede expresarse en la siguiente ecuación: las cárceles más flexibles y con una mejor dotación de medios se corresponden con las menos problemáticas.

c) Por último, nuestra Constitución resulta especialmente clarificadora y contundente a la hora de fijar los límites a las restricciones de los derechos fundamentales. No hay, en efecto, derechos absolutos, pero cuando una resolución administrativa sacrifica uno de ellos no sólo debe estar amparada por una ley, sino que además deben concurrir otros presupuestos que pasamos a exponer tomando de nuevo literalmente una resolución del alto tribunal: “Persecución de un fin constitucionalmente legítimo y que esté previsto por la ley; que la medida sea adoptada mediante una resolución especialmente motivada y notificada al interesado y que sea notificada al juez para que éste pueda ejercer el control de la misma. Asimismo la intervención ha de ser idónea, necesaria y proporcionada en relación con el fin perseguido” (SSTC 207/1996; 128/1997).

Pero aun con esas garantías la intervención de los citados derechos no puede afectar al núcleo esencial de los mismos, ni siquiera reducir “de forma esencial el ya mermado *status libertatis* del penado” (STC 15 de septiembre de 1997). Y aunque la cuestión no guarde una relación con el tema que nos ocupa, no está de más recordar la reiterada jurisprudencia constitucional obligando a la administración penitenciaria no sólo a cumplir con una mera inhibición respetuosa, negativa pues, sino que le es exigible una función activa para esos derechos (STC 25 de marzo de 1996).

II. LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD EN LA SOCIEDAD LIBRE

La libertad ambulatoria forma parte de la libertad personal, que abarca dentro de sí una amplia gama de contenidos¹. Su regulación constitucional se encuentra en el art. 17.1² donde sin excepciones se reconoce el derecho de todos a la libertad, sin que, en consecuencia, se pueda privar de ella a nadie sino en los casos y en la forma previstos en la Ley, y junto con la Justicia, la igualdad y el pluralismo político forma los valores fundamentales que sirven de presupuesto para el ordenamiento jurídico. Aun arrancando de un mismo concepto jurídico de libertad, inexplicablemente el desarrollo posterior para la sociedad libre y para la sociedad carcelaria presentan contenidos distintos. Por esta razón entendemos conveniente fijar el concepto común de libertad ambulatoria.

El propio TC ha definido en algunas ocasiones qué debe entenderse como privación de libertad a los efectos del art. 17.1 CE. Se encuentra en esta situación la persona que “se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita” (STC 98/1986). Se trata de una definición referida sólo al aspecto material o ambulatorio de la libertad ajena a los conceptos más generales de la libertad personal, que es, como ya vimos, un valor superior del ordenamiento jurídico. Además se trata de una definición valorada jurídicamente, ya que tratándose de un impedimento de una conducta ilícita no es que no se prive de libertad, sino que la misma está justificada.

En términos más precisos la libertad personal ha sido descrita por Sánchez Agesta³ con tres contenidos distintos. Por una parte, la independencia que permite construir una esfera personal privada protegida frente a terceros, por otra, capacidad de realizar las decisiones personales y, finalmente, poder elegir entre el hacer y el no hacer. También Bobbio⁴ destaca los aspectos negativo y positivo de la libertad. Los primeros de ellos hacen referencia a la posibilidad de actuar sin ser perturbado por los demás, los segundos, los positivos, presentan la dimensión interna de la libertad verificando que los comportamientos están motivados por una decisión libre del propio sujeto que actúa.

Semejantes conceptos de libertad han dado lugar a una rica jurisprudencia constitucional en defensa de las personas, frente a ataques a la misma, que pone de relieve una posición particularmente sensible a las injerencias de terceros o del propio Estado.

1. Lucas Verdú (*Vox libertad personal*. En NEJ. T. XV. Barcelona, 1974) entiende por libertad personal “la inmunidad de todo hombre frente a cualquier arbitrariedad o abuso que afecte a su vida, integridad física y moral, en la espontánea determinación de su persona considerando las condiciones materiales y jurídico-sociales que fundamentan y encauzan dicha inmunidad (inviolabilidad de domicilio y de correspondencia, secreto de la misma, libertad de circulación, de emigración y repatriamiento, garantías procesales, iniciativa económica y política)”.

2. Este precepto encuentra su correspondencia con la declaración del art. 5.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, suscrito en Roma en 1950.

3. Sánchez Agesta. *Sistema político de la Constitución española de 1978*. Madrid. 1985. Pág. 118.

4. Bobbio, *Estudios de historia de la filosofía: de Hobbes a Gramsci*. Madrid. 1985. Págs. 197 y ss.

Es lógico que ello sea así, ya que la libertad ambulatoria es un presupuesto fáctico imprescindible para ejercitar otros derechos.

Sin ánimo de exhaustividad, el TC ha considerado atentados a la libertad ambulatoria supuestos como internamientos psiquiátricos, detenciones, medidas predelictuales, tratamientos terapéuticos, etc. Es conocida la importante resolución 98/1986 en la que el Alto Tribunal declaró que no existen zonas intermedias entre la libertad y la detención, entendiendo acertadamente que no es constitucionalmente tolerable que situaciones que significan privación de libertad “queden sustraídas a la protección que a la libertad dispensa la Constitución a consecuencia de una formal restricción de la categorías que dentro de ella deben encuadrarse”.

Esta jurisprudencia reiterada contrasta fuertemente con el supuesto que va a ser objeto de estudio en nuestro trabajo, en donde una serie de resoluciones del TC niegan esa valoración fáctica –y, no formal– del sentido de la restricción de la libertad y dan lugar con ello a que las garantías constitucionales previstas no se apliquen o se apliquen insuficientemente.

III. LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD EN LA SOCIEDAD CARCELARIA

El art. 25. 3 CE señala que la administración no podrá imponer sanciones que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad. Semejante declaración permitía aventurar una interesante y rica polémica en nuestro país, que salía de una larga dictadura caracterizada, como tantas otras, por una administración con una sobresaliente capacidad sancionadora –v.gr. legislación de orden público–. En no pocas ocasiones la legislación predemocrática contemplaba la posibilidad de que la administración pudiera imponer sanciones privativas de libertad. Era necesario en aras a un mayor respeto al principio de legalidad y a los propios basamentos del Estado de Derecho reservar la potestad sancionadora, al menos, en sus expresiones más graves al poder judicial. La mayoría de estas disposiciones fueron consiguientemente derogadas; sin embargo, algunas situaciones hubieron de ser posteriormente corregidas mediante la intervención del Tribunal Constitucional. Tal es el caso de los arrestos sustitutorios por impagos de multas administrativas (STC 19/1988). Únicamente la administración militar, por su singularidad, se entendía que quedaba excluida de esta disposición (STC 21/1981)⁵.

Pero poco tiempo después de entrar en vigor la Constitución lo hacía la Ley Orgánica General Penitenciaria (1/1979) que expresamente contemplaba en su art. 42.2, entre otras, las siguientes sanciones: a) aislamiento en celda, que no podrá exceder de catorce días y b) aislamiento de hasta siete fines de semana. La potestad sancionadora se residencia en un órgano colegiado (hoy Comisión disciplinaria, art. 232 Reglamento Penitenciario) de naturaleza administrativa. No obstante, la sanción de aislamiento viene revestida de una serie de garantías en su ejecución. Así, se cumple previo informe y control médico posterior (art. 43.1), queda suspendida su ejecución

5. Precisamente nuestro país hizo una sola reserva a los arts. 5 y 6 en relación con este tema al Convenio de Roma para hacerlo compatible con el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas.

en caso de enfermedad del sancionado o cuando se trate de una interna embarazada (art. 43.2), el sancionado debe cumplir el aislamiento en su propia celda o, de lo contrario, en una celda de similares condiciones (art. 43.4) y, por encima de todas estas garantías, destaca el desplazamiento de la competencia sancionadora de la sanción de aislamiento en celdas, cuando ésta supera los catorce días, al Juez de Vigilancia Penitenciaria (art. 76.2 d)⁶.

A la vista de todas estas circunstancias resulta evidente la voluntad del legislador a favor de considerar la sanción de aislamiento en celda como una sanción excepcional, que, como el propio art. 42.4 señala, sólo “será de aplicación en los casos en que se manifieste una evidente agresividad o violencia por parte del interno o, cuando éste reiterada y gravemente altere la normal convivencia del centro”. Lamentablemente la práctica ha demostrado que todas estas precauciones de excepcionalidad no han servido para que la sanción de aislamiento se aplique menos que las demás. Bien al contrario, hasta donde alcanzamos a conocer a través de la escuálida información estadística oficial, es la sanción más frecuentemente empleada. Por ejemplo, en el año 1984 las sanciones graves y muy graves, que se corresponde por lo común con las distintas formas de aislamiento, alcanzaron en total la cantidad de 21.440 frente a las 4.277 leves.

Pero, con todo, ese tratamiento de excepcionalidad a nivel legislativo se explica tan sólo por las lógicas garantías que debe revestir la imposición de la sanción más grave de cuantas recoge la legislación penitenciaria. Quedan por resolver las dudas de constitucionalidad que suscita esta potestad administrativa de imponer sanciones que directamente implican privación de libertad.

Nuestro Tribunal Constitucional aborda por vez primera esta cuestión en la conocida sentencia de 21 de enero de 1987 (2/87). No es la primera vez que el Alto Tribunal acude a la teoría de la relación especial de sujeción como fuente de restricción de ciertas garantías de los reclusos. Con anterioridad lo había hecho en la sentencia 74/1985 para fundamentar la potestad sancionadora disciplinaria, pero sí es la primera vez que lo hace para resolver la constitucionalidad de la sanción de aislamiento en celda. En los Fundamentos Jurídicos comienza señalando que el principio de legalidad y la reserva absoluta de ley pierde, en el marco de esas relaciones, parte de su fundamentación material, por lo que una remisión como la que hace la ley al reglamento para que sea aquí donde se determine la especificación y gradación de las infracciones, no constituye –en este marco– una lesión del principio de legalidad.

El argumento central en torno a la constitucionalidad de las sanciones de aislamiento arranca de la idea del *status libertatis*. Al respecto entiende el TC lo siguiente:

“Tal *status* queda modificado en el seno de una situación especial de sujeción como la presente, de tal manera que en el ámbito de la institución penitenciaria, la ordenación del régimen al que quedan sometidos los internos no queda limitada por el ámbito de un derecho fundamental que ha perdido ya, en ese ámbito específico, su contenido propio, según

6. Como quiera que la LOGP otorga al Juez la competencia de aprobar y no la de imponer, es decir, que se aprueba la decisión de la Comisión Disciplinaria de aplicar una sanción superior a los catorce días, el art. 253, bastante confuso en su contenido, ha procurado que la administración penitenciaria no pierda del todo la posibilidad de ejecutar las sanciones de aislamiento, incluso, antes de la aprobación.

claramente se deriva, por lo demás, de lo dispuesto en el apartado segundo de este citado art. 25. La libertad que es objeto del derecho fundamental resultó ya legítimamente negada por el contenido del fallo de condena, fallo que, por lo mismo, determinó la restricción temporal del derecho fundamental que aquí se invoca”.

Y continúa:

“Al estar ya privado de su libertad en la prisión, no puede considerarse la sanción como una privación de libertad, sino meramente como un cambio en las condiciones de su prisión; como ha dicho nuestra doctrina no es sino una mera restricción de la libertad de movimientos dentro del establecimiento añadida a una privación de libertad impuesta exclusivamente por Sentencia judicial”.

La importante repercusión de estos argumentos tanto en la jurisprudencia constitucional, como en la penitenciaria, como en la propia vida de la prisión, aconseja detenerse en ellos. La misma se puede desglosar en tres puntos:

1º La existencia de una relación especial de sujeción.

2º La pérdida del *status libertatis*.

3º El aislamiento en una celda es tan sólo un cambio en las condiciones de la prisión.

1º La existencia de una relación especial de sujeción

En otras ocasiones hemos tenido la oportunidad de referirnos críticamente a la teoría de las relaciones especiales de sujeción⁷. Su utilización como argumento en esta resolución sorprende por partida doble. En primer lugar, por sí mismo, es decir, por considerar que la relación de los penados con la administración penitenciaria es de esta naturaleza y, en segundo lugar, por considerar que la misma tiene fuerza suficiente para modificar el *status libertatis* de las personas.

Desde sus orígenes el TC hace un uso confuso de la mencionada teoría, la emplea más para describir una relación que para justificar una serie de limitaciones. En ningún momento se aclara por qué esas relaciones determinan unas ciertas restricciones en los derechos de los internos. También podría argumentarse en sentido inverso y afirmar que son las referidas limitaciones las que originan las relaciones especiales de sujeción. Pero, en cualquier caso, el argumento más sólido es que en todo Estado democrático de Derecho las decisiones sustanciales sobre los derechos fundamentales de los condenados y la organización penitenciaria de las garantías legales no pueden hacerse por la propia administración en el ámbito de la autotutela. La relaciones especiales de sujeción corren el peligro de convertirse en una especie de legitimación global que puede emplearse por la administración penitenciaria tanto para resolver según sus propias necesidades aspectos no contemplados por las normas penitenciarias como hacer de ellas interpretaciones más estrictas o extensivas. Su propia indetermi-

7. Mapelli Caffarena, “Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario”. En *Estudios penales y criminológicos*. (T. XVI). Santiago de Compostela. 1993. Págs. 281 y ss. Vid. También, Ladrón Pijuán, “Principio de legalidad y relaciones de sujeción especial”. En *Revista de Ciencias Penales*. Vol. 1. Nº 1. Semestre 1998. Págs. 145 y ss.

nación favorece su uso como una auténtica teoría del poder en un ámbito particularmente frágil y en donde los riesgos de lesiones graves e irreversibles a los derechos fundamentales son evidentes.

Además, pretender que las relaciones especiales de sujeción puedan constituir una fuente de restricción de los derechos fundamentales choca hoy de forma expresa con la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, cuyo art. 127.3 sólo reconoce la existencia de esas relaciones, y consiguientemente excepciones en el régimen de la potestad disciplinaria de la Administración para “el personal a su servicio y de quienes estén vinculados a ella por una relación contractual”. Es evidente que la población penitenciaria no se encuentra en ninguno de esos dos grupos.

Estas objeciones han dado lugar a un cambio sustancial en la interpretación de esta teoría por parte del TC. Sin llegar a abandonarla del todo las sentencias más recientes la han vaciado paulatinamente de contenido. Ya la propia sentencia que comentamos dejaba claro, en plena contradicción con la propia teoría, que asumir las relaciones especiales de sujeción no significaba que la administración penitenciaria estuviese fuera de un control judicial. “La potestad sancionadora de la Administración, dice la sentencia, está subordinada a la autoridad judicial, de ahí el necesario control *a posteriori* por la autoridad judicial de los actos administrativos”. Sin embargo, cuando se elaboró por Jellinek la referida teoría fue para buscar un fundamento conceptual que justificara por qué ciertos sectores de la sociedad afectados por estas relaciones estaban ajenos al control legal y judicial y sometidos tan sólo a un ámbito estrictamente doméstico con la administración.

Las primeras diferencias con el planteamiento originario de la resolución 2/87 surgen en una serie de sentencias que se sitúan en la década de los años noventa. Son precisamente dos SSTC de 1990 (61/1990 y 120/1990) las que reflejan con cierta timidez el inicio de una nueva posición jurisprudencial. La segunda de ellas deja claro que la idea de la relación especial de sujeción, aunque no puede ponerse en duda en el ámbito penitenciario, resulta imprecisa y debe ser entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente que corresponde a los derechos fundamentales. Además se muestra tajante al señalar que la auténtica fuente de limitaciones de esos derechos no es la relación entre el condenado y la administración, sino el propio art. 25.2 de la CE “en atención al estado de reclusión en que se encuentran las personas que cumplen penas privativas de libertad”. Sin embargo esta Sentencia termina autorizando en base a esta especial sujeción nada menos que la alimentación forzosa en los casos de huelgas de hambre reivindicativas.

Mayores distancias se observan en los pronunciamientos de la STC 97/1995, en donde con motivo de un recurso de amparo por falta de garantías en el procedimiento disciplinario y menoscabo del principio de presunción de inocencia se señala que “es claro que la situación de sujeción especial de un interno en un establecimiento penitenciario no puede implicar la eliminación de sus derechos fundamentales”⁸. En el mismo año aparece nuevamente la misma tendencia reforzada con nuevos argumentos en otra importante resolución (STC 143/1995) la cual lejos de reconocer límites

8. En el mismo sentido la STC 127/1996.

fundados en las relaciones especiales de sujeción viene a afirmar que “tratándose de sanción disciplinaria impuesta a internos penitenciarios el conjunto de garantías se aplican con *especial rigor, al considerar que la sanción impone una grave restricción a la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de la pena*”. (La cursiva es nuestra).

Todas estas resoluciones coinciden de forma resumida en la misma idea de que “la situación de sujeción especial del interno en establecimiento penitenciario *no puede implicar la eliminación de sus derechos fundamentales e impedir que la justicia se detenga en la puerta de las prisiones*” (la cursiva es nuestra). Y, en el mismo sentido, vuelve a expresarse la STC 35/97 (“Muchas veces ha expresado este Tribunal la especial atención que ha de dedicarse al derecho de defensa en general, y muy en especial de quienes por estar internos en un centro penitenciario, se encuentran en una situación especialmente gravosa”). El argumento presenta una solidez lógica incuestionable y saludable: allá donde mayores son los peligros para los derechos, mayores deben ser también las garantías y las atenciones que se tomen. Cuando nos encontramos ante un régimen disciplinario que conlleva sanciones de aislamiento, absolutamente inimaginables en cualquier otro ámbito administrativo, no podemos esgrimir tortuosas interpretaciones que obstaculicen la aplicación de las máximas garantías de que dispone un Estado de Derecho para estas ocasiones.

Pero es quizás la sentencia de 28.2.1994 la que establece una línea jurisprudencial que, a nuestro juicio, significa la ruptura definitiva con las tesis de la sentencia 2/87. Después de reiterar la necesidad de hacer un uso reductivo de la misma entiende que las relaciones especiales de sujeción tan sólo originan un entramado de derechos y deberes recíprocos de la administración penitenciaria y el recluso. Se refiere esta sentencia al derecho a la intimidad personal e indica, al respecto, en una crítica frontal a las citadas relaciones, las cuales no son más que la representación de los criterios generales de interés para la administración, que “si bastara, sin más, la afirmación de ese interés público para justificar el sacrificio del derecho, la garantía constitucional perdería, relativizándose, toda eficacia. Por ello, no es ocioso recordar aquí que los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución sólo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga”.

A la vista de esta reiterada y densa jurisprudencia constitucional más reciente no es aventurado afirmar que el TC se está alejando poco a poco de las tesis establecidas por la sentencia de 2/1987. Derechos de la importancia de la libertad o la intimidad no pueden ser constreñidos con el único argumento del interés general de la administración, bien al contrario, aquéllos sólo ceden dentro de los límites que la propia Constitución expresamente imponga. Hoy la única relación especial de sujeción de la que con propiedad puede hablarse es la que vincula a la administración penitenciaria con la administración de justicia en la ejecución de una competencia que, aunque en la actualidad no puede negarse que le sea propia, no es de extrañar que *de lege ferenda* algún día llegue a concebirse como una actividad delegada del poder judicial.

2º La pérdida del *status libertatis* de los condenados a prisión

El aspecto más delicado de los que plantea la sentencia comentada es el sentido que le otorga a la relación con el *status libertatis*. Quizás habría que comenzar recor-

dando que en un Estado democrático de Derecho los ciudadanos no disfrutan de un *status libertatis*, sino de un valor libertad que es el presupuesto del resto de los fundamentos de la organización social, económica y política del Estado. Los *status*, como indica Renard ⁹, se corresponden con el principio de organización de la institución, la cual exige subordinación del propósito individual a las aspiraciones colectivas de la institución. El *status* es rígido y propio de organizaciones de carácter vertical. El *status* es eminentemente diferenciador y favorece la segregación social en función al *status* que se ocupa.

Pero dejando a un lado las consideraciones sociológicas, declarar como hace el TC que el condenado pierde su libertad por el hecho de sufrir una pena de prisión no sólo es una tesis falta de convicción, sino que además comporta unos riesgos muy considerables para el penado. También en relación con la tesis originaria de la sentencia 2/1987 se observa una evolución posterior menos radical en sus conclusiones y donde se decía que la libertad “ha quedado legítimamente negada” para los condenados a pena de prisión, las sentencias más recientes hablan del “mermado” “reducido” o “res-tringido” *status libertatis* (STC 192/96).

La libertad ambulatoria es, como apuntamos al principio, perfectamente graduable y además se mide por criterios materiales y no jurídico-formales como pretende el TC. De lo contrario nos encontramos con situaciones paradójicas y hasta grotescas. Paradójica es la situación del condenado que disfruta de un permiso o cualquier otro beneficio penitenciario que le posibilita salir del establecimiento durante la ejecución de la pena. Estos por su naturaleza sólo interrumpen materialmente la ejecución, pero formalmente se entiende que la pena se sigue cumpliendo. Con la tesis del TC no sabríamos si disfrutan o no del *status libertatis*. Porque si se entiende recuperado éste, aun estando cumpliéndose la pena de prisión, ello quiere decir que se acude ahora a un criterio material de libertad en franca contradicción con el criterio empleado para dentro de la prisión, en donde pese a existir parcelas importantes de libertad ambulatoria, se niega ésta en consideración de que se está cumpliendo una pena privativa de la misma.

Por el contrario, negar que se disfruta de la libertad ambulatoria cuando se tiene un permiso y se está en la calle, por el hecho de estar cumpliendo una pena de prisión, es insostenible y nos llevaría a situaciones tan grotescas como la que plantea el TS en la sentencia de 20 de diciembre de 1974. En los hechos probados se señala que unos reclusos en medio de un intento de fuga llegan a la cocina del establecimiento penitenciario y una vez allí maniatan y encierran dentro de una de sus dependencias a un grupo de funcionarios e internos que en ese momento se encontraban prestando su servicio. El argumento del TS, aunque anterior, es coincidente con el del TC, por lo que entiende que respecto de los internos maniatados y reclusos no puede haber detenciones ilegales ya que este delito “supone un ataque a la libertad humana, de la que están privados los presos; no puede haber encierro respecto del que está encerrado, ni detención sobre el que está detenido o preso, ni privación de libertad de los que carecen de ella”. Pero como quiera que al propio TS no debía satisfacerle la conclusión inevitable a la que conducen sus propios argumentos, que no es otra que la libre

9. Renard, *La théorie de l'institution*. Paris. 1930. Pág. 365.

absolución respecto de las acciones contra los internos, termina finalmente por castigar a los responsables por el delito de detenciones ilegales a los funcionarios y por coacciones a los reclusos.

La tesis de la pérdida del *status libertatis*, incluso la de su modificación, que luego será empleada como argumento para negar la naturaleza privativa de libertad a la sanción disciplinaria de aislamiento en celda, se podría mantener vinculada con una concepción absoluta de la fase de ejecución de esta pena. En la medida que la misma, dentro de un planteamiento retribucionista, tan sólo aspira a cumplir con el fallo condenatorio y tener custodiados a los reclusos desde el comienzo hasta el cumplimiento definitivo de la pena, el derecho a la libertad puede entenderse entonces mermado o legítimamente negado.

Pero un compromiso con las metas preventivo especiales obliga a plantearse la cuestión en términos radicalmente distintos. El contenido del art. 25.2, cuando señala que la pena privativa de libertad se orienta hacia la reinserción social, fija límites muy estrictos a las eventuales restricciones de los derechos de los internos durante la ejecución de la pena. El reo tan sólo sufre una limitación de su libertad material y de aquellos otros derechos que resultan insoslayablemente vinculados a ella, pero más allá de este condicionamiento jurídico la administración penitenciaria adquiere el compromiso de promocionar los derechos fundamentales de aquéllos en un ejercicio de aprendizaje social durante el encierro. Como consecuencia de lo anterior se erige dentro del marco penitenciario un principio de afección mínima derivado también del principio de mínima intervención del sistema penal, según el cual las situaciones de libertad, como las de intimidad o las de carácter asociativo deben ser favorecidas y potenciadas y, a la inversa, las restricciones tienen que venir siempre exigidas por las necesidades de cumplimiento de la pena. No caben cláusulas generales, ni presunciones ni tampoco ceder a las conveniencias de la administración penitenciaria, ni, por último, restringir los derechos con el único argumento de la falta de recursos que la propia ley exige para un establecimiento. Bajo este prisma, poco fundamento tiene sostener las tesis de la relación especial de sujeción como fuente indefinida de limitación de aquellos derechos.

El pretendido *status libertatis*, lejos de perderse, es objeto de una especial atención penitenciaria, promocionándose allá donde sea posible compatibilizarlo con la ejecución de la pena. Los permisos de salida, los beneficios penitenciarios, e incluso, la preocupación por diseños arquitectónicos en donde bajo control sean posibles los desplazamientos libres de los internos, son una prueba de que la libertad ambulatoria no se ha perdido y de que se sigue disfrutando de ella en un determinado grado. En consecuencia, lo que no se ha perdido puede seguir perdiéndose, legal o ilegalmente, pero esto ya nos sitúa en el tercer argumento de los empleados por el TC.

Pero con ser graves estas objeciones, el mayor obstáculo con el que tiene que enfrentarse la tesis del TC es que perdido el *status libertatis* se está lesionando en su esencia el derecho fundamental de la libertad e imposibilitando que en la ejecución puedan establecerse unos límites infranqueables a la actividad penitenciaria. Si el condenado pierde su libertad en esos términos se pierden con ello los argumentos para fijar el alcance de la pena privativa de libertad. Todo está permitido, basta con asegurar unas mínimas condiciones de legalidad y garantía. Tan legal es una pena en

régimen abierto como un aislamiento en una celda de manera indeterminada. Una y otra modalidad ejecutiva, no son más que, eso, distintas modalidades dentro de lo permitido frente a quienes han sido condenados a prisión. Semejante propuesta haría retornar al mundo de las prisiones a sus planteamientos más herméticos y haría cierta la opinión de Foucault de que las cárceles no son hijas ni de las leyes, ni de los jueces¹⁰.

3º El aislamiento en una celda es tan sólo un cambio en las condiciones de la prisión

Para cohonestar la sanción de aislamiento en su actual regulación legislativa con lo ordenado por la Constitución en su art. 25.3, el TC no tiene más remedio que acudir a la más que peligrosa tesis de que perdido el *status libertatis* un aislamiento en una celda no significa más que una modificación en las condiciones regimentales. Si bien es verdad que en ningún momento llega a afirmar el TC que sea irrelevante o poco significativo el aislamiento, sin embargo, se desprende que no representa una modificación sustancial en la ejecución.

El aislamiento constituye la medida más grave de cuantas tiene previstas la legislación penitenciaria para mantener el orden y la convivencia necesarias dentro de una prisión. Además, los trabajos sobre las consecuencias del mismo en la personalidad ponen suficientemente de relieve que en ningún caso puede tratarse como un simple cambio de las condiciones regimentales. La persona es aislada en un espacio reducido de escasa calidad, con un mobiliario intensamente despersonalizado. La sintomatología del aislamiento es fácil de reconocer. Quien lo sufre tiene desde problemas sensoriales, como

10. Una referencia expresa, más amplia que la presente nota, merece el voto particular del magistrado del TC, Carles Viviver Pi-Sunyer, al que se adhiere Tomás S. Vives Antón. Es un exponente de las dificultades por las que pasa la jurisprudencia constitucional analizada. El contenido del voto particular trata de buscar una solución más acorde con el sentido común sin romper con la tesis jurisprudencial establecida por la sentencia 2/1987. El magistrado llega a la conclusión de que un régimen de aislamiento en celda no puede aplicarse porque la descripción que del mismo hace el art. 10 LOGP (“limitación de las actividades en común” y “mayor control y vigilancia de los internos”) resulta insuficiente. “Debe, pues, afirmarse –concluye el votante– que la restricción del derecho a la libertad no aparece regulada en la ley con el carácter de expresividad exigido taxativamente por el art. 25.2 CE”. Olvida, sin embargo, que la tesis que mantiene la sentencia 2/1987, y que trata de preservar, se dirige, en primer lugar, contra la reserva absoluta de ley y el principio de legalidad, afirmando que éste pierde parte de su fundamentación material y que por ello no tiene el mismo alcance que en la potestad sancionadora general de la administración. En definitiva, se cumple con la función de seguridad jurídica si el interno pueden disponer de “informaciones suficientes sobre las normas jurídicas aplicables en un determinado caso, y la norma debe formularse con la suficiente precisión para que el interno “pueda prever razonablemente las consecuencias que puedan derivar de una determinada conducta”. Si así debe entenderse el principio de legalidad en el ámbito penitenciario, no se alcanza a entender cómo la cláusula “limitación de las actividades en común” no es para el votante de precisión suficiente para entender incluido un régimen de aislamiento.

El esfuerzo por reconducir la estimación del amparo al art. 25.2 y no al 25.3 le obliga a caer, a nuestro juicio, en interpretaciones artificiosas y, desde luego, forzadas y restrictivas contra el reconocimiento de los derechos fundamentales de los internos. Así, entiende que aunque el aislamiento supone una grave restricción de la libertad, no puede afirmarse en cambio que “sea, en rigor, privativa de libertad –pues dicha calificación se reserva *técnicamente* a la privación de la manifestación esencial de la ambulatoria, y la medida analizada (veintidós horas de aislamiento en celda) tiene como sujeto pasivo al que está privado de ella en dicho sentido” (la cursiva y el contenido del paréntesis es nuestro).

pérdida de visión (“ceguera de prisión”) debido a los problemas de iluminación y a la falta de horizonte y de perspectivas abiertas, o agarrotamiento muscular, hasta los característicos problemas psicosociales como labilidad afectiva con cambios bruscos injustificados, autoafirmación agresiva o sumisión, estados de ansiedad, pérdida de vinculaciones con el exterior y del interés por las mismas. Todas estas alteraciones van a aparecer y van a presentarse o no como un cuadro crónico en función de una serie de variables de la personalidad. Pero en todo caso, las ciencias de la conducta están en condiciones de afirmar con rigor que los estados de aislamiento, aun tratándose de aislamientos de unos días, generan conflictos de personalidad, a veces, irreversibles. La imagen de una persona internada todo el día en una celda de escasos metros cuadrados es por sí sola reveladora de los daños que puede causarle.

La concepción moderna de los sistemas penitenciarios está en contra de concebir los aislamientos como meros incidentes en el trascurso de la ejecución. Bien al contrario, cuando el legislador le otorga, como sucede en nuestro país, un carácter de excepcionalidad, lo hace no sólo para revestir de garantías su aplicación, sino inspirado en principios penitenciarios modernos de mucho más calado. Se está de esta forma reconociendo que el aislamiento equivale a un auténtico estado de excepción individual que altera radicalmente el régimen ordinario de ejecución y que nada tiene que ver con él.

Una prueba de lo anterior nos viene dada por la LOGP, la cual no contempla el aislamiento dentro de las fases que configuran su sistema progresivo, es decir, no está previsto en ningún caso como una modalidad de ejecución. En efecto, el llamado régimen cerrado que se corresponde, en principio, con la clasificación del interno en primer grado, es el modo de ejecución más grave y presenta las siguientes características: “Se cumplirá en celdas individuales, caracterizándose por una *limitación* de las actividades en común de los internos y por un mayor control y vigilancia sobre los mismos, exigiéndose, de manera especial, el acatamiento de cuantas medidas de seguridad, orden y disciplina elabore el Consejo de Dirección, previo informe de la Junta de Tratamiento. *En ningún caso, el régimen de vida para estos internos podrá establecer limitaciones regimentales iguales o superiores a las fijadas para el régimen de cumplimiento de la sanción de aislamiento*” (art. 90 RP) (La cursiva es nuestra). Es decir, se trata sólo de una mayor limitación –que no eliminación– de actividades en común y sobre todo no puede asimilarse a la sanción de aislamiento.

La administración penitenciaria se ha visto forzada a diseñar por medio de circulares (2.8.1991) bajo el nombre de FIES unos modelos excepcionales que carecen de toda cobertura legal para poder aplicar a los internos especialmente problemáticos programas de aislamiento en celdas. Tanto el TC como las resoluciones de los Jueces de Vigilancia y los acuerdos de éstos en sus reuniones periódicas¹¹ manifestaron su

11. Los últimos acuerdos publicados hasta el momento recogen bajo el punto 10 lo siguiente: “No existe ningún régimen penitenciario “especial” distinto de los regímenes ordinarios, abierto o cerrado a los que se refiere la Ley Orgánica General Penitenciaria. El régimen cerrado debe diferenciarse claramente del aislamiento en celda, por cuanto no constituye una sanción permanente, y el art. 10 de la LOGP debe aplicarse restrictivamente por su carácter excepcional. A los internos denominados por la administración penitenciaria “FIES” (*Ficheros de Internos de Especial Seguimiento*) incluidos en el grupo 1º RE, les será de aplicación como mínimo y en todo caso, el régimen establecido en el art. 46 del reglamento Penitenciario, con las actividades y limitaciones específicamente contenidas en dicho precepto”. (*Aprobado por unanimidad*). (Madrid, 1994).

oposición por lesionar el principio de legalidad. Es interesante para el tema que nos ocupa traer aquí los argumentos empleados por el TC para declarar la improcedencia de los FIES, argumentos que, a nuestro juicio, entran en contradicción con la tesis sobre la imposibilidad de considerar los aislamientos en celdas como privaciones de libertad a los condenados a prisión. Entiende, en esta ocasión el TC, que dichos programas “inciden directamente en las posibilidades de movimiento y de comunicación de individuos sometidos a penas privativas de libertad, y dado que aquella privación sobre bienes tan esenciales es en sí misma irreversible, procede en esta concreta disyuntiva acordar la suspensión del tratamiento penitenciario de que son objeto los recurrentes” (ATC 15.9.1994)¹²

La sentencia 2/87 recurre con cierta frecuencia a las normas internacionales y a las resoluciones de la Comisión de Estrasburgo para apoyar sus planteamientos. Pero, al menos, en dos ocasiones lo hace deduciendo de los textos internacionales algo distinto al contenido de los mismos. Una de estas ocasiones es al interpretar la siguiente resolución de la Comisión de Estrasburgo “las *condiciones normales* de la vida en prisión no constituyen una privación de libertad con independencia de la libertad de acción de que el prisionero pueda gozar dentro de la prisión. De este modo las medidas disciplinarias aplicables contra el que está cumpliendo una Sentencia no pueden considerarse constitutivas de privación de libertad, porque tales medidas son tan sólo modificaciones de su detención legal”. Efectivamente, las “condiciones normales” no son más que modificaciones en la diversidad que presentan los modelos de ejecución, lo que se discute es si un aislamiento continuado como consecuencia de una sanción puede considerarse “condiciones normales” en la vida de la prisión¹³. Ni pueden serlo en un sistema penitenciario vinculado con los fines resocializadores, ni lo son por voluntad del legislador, que en todo momento le da a los eventuales aislamientos en celda un tratamiento de excepcionalidad. Existen, por el contrario, otras medidas dis-

12. En el mismo sentido, señala el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Madrid (Núm. 3) de 14.7.1995 lo siguiente: “La conclusión de lo expuesto no puede ser otra que el Fichero de Internos de Especial Seguimiento además de carecer de la más mínima apoyatura legal o reglamentaria, contradice la esencia misma del sistema penitenciario (individualización y referido a presos determinados y no a grupos, clases, categorías sociales) y además, de ser cierta su neutralidad (que no es posible aceptar), es rotundamente inútil. Todo lo cual conduce a su declaración de ilegalidad por vía del artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Si la Administración penitenciaria continúa haciendo uso de tal fichero (además de las consecuencias penales que ello podría acarrear a los responsables) supone que alguna utilidad debe tener (aunque tal Administración lo silencie, o lo guarde celosamente en el seno de su voluntad, incluso en la pseudo-norma jurídica en que lo establece) y no puede ser otra que la limitación, menoscabo o derogación pura y simple de derechos penitenciarios, real o potencial, plasmados legal o reglamentariamente. Siendo ello así, y corresponde a la Administración la prueba de que no lo es, supuesto que es la autora del fichero y del instrumento en que se funda, hay que reiterar que en el sistema jurídico español no es admisible la limitación de derechos por vía no ya reglamentaria, sino de mera Instrucción, Circular u Orden de Servicio. La discutida, aunque mayoritariamente aceptada, relación jurídica de sujeción especial no puede prolongar la longa manus administrativa hasta este extremo, no puede destruir hasta este límite la vinculación positiva de la Administración a la Ley”.

13. La descripción de los antecedentes de hecho de la STC 119/1996 nos acerca con su descripción a algunas de las circunstancias en que viven quienes son aislados en celdas y nos sirve también para reflexionar si dicha modalidad ejecutiva puede o no considerarse “condiciones normales”: “aislamiento en celda durante veintidós horas diarias, dos horas de patio en solitario, privación de toda actividad en común, intervención de comunicaciones orales y escritas, retención de los enseres de higiene y limpieza, ducha en presencia de funcionarios, carencia de tratamiento individual”.

ciplinarias (v.gr. cambio de destino, traslado a otro centro o sección, restricción de las visitas, prohibición de actividades en común, privación de beneficios, etc.) que, en principio, no hay inconveniente en entenderlas dentro de lo que puede considerarse como modificaciones regimentales en las condiciones normales de la vida en la prisión y se ha demostrado que tienen, incluso, una eficacia intimidatoria igual o superior al encierro.

En otra ocasión se hace referencia a la conocida resolución del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos de 28.6.1984 (caso Campbell y Fell) que intenta establecer unos criterios supranacionales para diferenciar entre lo penal y lo disciplinario. Dichos criterios son la naturaleza y severidad de la sanción y el fundamento para su imposición. Comenzando por este último conviene recordar que la potestad sancionatoria que concede la ley penitenciaria es desmedida ya que no se corresponde con la potestad disciplinaria que está tan sólo reservada a las discutibles relaciones domésticas de la administración con quienes mantienen con ella una relación funcional o contractual. Los internos sólo se encuentran sometidos a la obligación de respetar el principio de convivencia ordenada en la prisión (art. 41.1 LOGP) que es un presupuesto para el cumplimiento de la pena impuesta en una sentencia judicial. No existen intereses ajenos a los fines de “hacer ejecutar lo juzgado” que pudieran justificar un orden disciplinario distinto.

Respecto de los criterios de la naturaleza y severidad de la sanción éstos deberán ser valorados conforme a la legislación nacional vigente. En este sentido, no podemos ignorar la declaración constitucional del art. 25.3 que se muestra tajante a la hora de establecer los límites entre lo penal y lo disciplinario. Si se trata de una privación de libertad corresponde –sin excepciones– su imposición a un órgano judicial. También debe preocupar que la rigidez del garantismo llegue a poner en peligro la eficacia de las sanciones penitenciarias en pos de alcanzar un control del establecimiento, sin embargo, la presencia de la jurisdicción penitenciaria asegura una rápida respuesta a las conductas que ponen en grave peligro la seguridad y la convivencia del centro.

IV. LA SANCIÓN DE AISLAMIENTO EN CELDA Y DE AISLAMIENTO DURANTE LOS FINES DE SEMANA SON SANCIONES ADMINISTRATIVAS QUE DIRECTAMENTE PRIVAN DE LIBERTAD

Si el condenado no pierde su libertad en términos absolutos y disfruta de ella pudiendo obtener permisos o, simplemente, moverse por las zonas útiles de los establecimientos penitenciarios y si el aislamiento no está concebido como una modalidad regimental, sino como algo distinto, la conclusión a la que inevitablemente hemos de llegar y que no reconoce nuestro TC es que cuando se decide aislar en una celda a un interno se le está privando de libertad, en la medida que se interpone un obstáculo excepcional a la libertad de movimiento no previsto en los contenidos de la pena impuesta.

Ni el término de los catorce días a partir de los cuales la imposición de esta sanción debe ser aprobada por el Juez de Vigilancia (art. 76.2. d/ LOGP), ni las garantías de que ve revestida su aplicación logran ocultar su naturaleza de sanción privativa de libertad. Si quince días entiende el legislador que es privación de libertad

y por ello desplaza su aprobación a un órgano judicial, entonces también lo es un solo día de la misma sanción, porque el problema no es cuantitativo, sino cualitativo.

El art. 232.1 del Reglamento penitenciario que otorga respecto de dichas sanciones la potestad disciplinaria a la Comisión disciplinaria es inconstitucional por ir contra lo establecido por el art. 25.3 de nuestra Constitución. Una correcta interpretación de este último obliga a otorgar esa competencia al Juez de Vigilancia Penitenciaria. Esta solución *de lege ferenda* está carga de sentido. Por una parte, y con carácter general se avanza en el plausible proceso de judicialización de la fase ejecutiva de la pena. En segundo lugar, es lógico que las sanciones más graves sean impuestas por un órgano objetivo e imparcial y éste no puede ser otro que el Juez de Vigilancia. En tercer lugar, no es suficiente con prever la posibilidad de un control judicial inducido por el interesado o por la mera información al Juez, pues, como acertadamente reconoce el propio TC, refiriéndose a la intervención de las comunicaciones, “resulta claro que si el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria se limitase a una mera recepción de la comunicación del acto administrativo... y adoptase una actitud meramente pasiva ante la restricción por dicho acto del derecho fundamental del recluso, no estaría dispensando la protección del derecho en la forma exigida” (STC 27.10.1997). Por último, no parece que esta modificación vaya a comportar riesgos para la eficacia del sistema disciplinario, ya que la consolidación de la jurisdicción penitenciaria en los últimos años permite una relación procedimental fluida que garantiza una inmediatez en la respuesta del órgano judicial, por lo demás esta exigencia respetaría el carácter de excepcionalidad que la propia legislación le concede¹⁴ y obligaría a ésta a corregir esa tendencia estadísticamente apuntada de un abuso de la mencionada sanción.

La tendencia a aumentar el control judicial, sobre todo en lo que se refiere al régimen disciplinario, va acompañada de la pregunta sobre la naturaleza jurídica de dicho régimen o, a la inversa, sobre la naturaleza jurídica de la jurisdicción penitenciaria. El hecho de que el Juez de Vigilancia asuma nuevas competencias disciplinarias no necesariamente significa que estemos evolucionando hacia la criminalización del régimen disciplinario, lo que sucede es que sigue la tendencia establecida en el art. 25.1 CE y abiertamente recogida en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, cuya Exposición de Motivos pone de manifiesto la voluntad de que los ilícitos penales y administrativos “se sujeten a principios de básica identidad”.

Otra cosa distinta son las dudas que se suscitan todavía en torno a la naturaleza del Juez de Vigilancia y que responden a la dificultad del mundo del derecho a romper con los esquemas clásicos de división de las jurisdicciones, primero civil y penal, y, posteriormente, contencioso-administrativo. Los nuevos órdenes jurisdiccionales como el social, el familiar, el internacional ponen de manifiesto la insuficiencia de las concepciones decimonónicas. Y en este sentido, es recomendable la relectura de los correspondientes debates doctrinales en los orígenes de cada una de estas jurisdicciones. La jurisdicción penitenciaria sigue una orientación genuina que reclama nuevas categorí-

14. Recuérdese en este sentido que el art. 233 del Reglamento dispone que las sanciones de aislamiento sólo pueden aplicarse cuando “se haya manifestado una evidente agresividad o violencia por parte del interno o cuando éste reiterada y gravemente altere la normal convivencia del centro”.

as¹⁵ y no porque sea penal o administrativa, ni siquiera porque sea como apunta Doñate¹⁶ lo uno y lo otro a la par, sino porque, sencillamente, es algo distinto. Y esta opinión no debe entenderse como una rápida claudicación hacia las terceras vías cuando surgen problemas sistemáticos, sino como una necesidad insoslayable para impulsar una jurisdicción más libre y versátil, capaz de adaptarse a las particularidades del mundo de la prisión.

Las mismas dudas de constitucionalidad –incluso reforzadas, en la medida que en estos casos ni siquiera se ha seguido un procedimiento disciplinario– deben proyectarse contra las medidas cautelares previstas en el art. 243 RP, siempre que ellas conlleven restricciones extraordinarias de la libertad ambulatoria. No obstante, la propuesta anterior no excluye todas las posibles intervenciones de la administración penitenciaria restringiendo excepcionalmente la libertad material de un interno. Al menos, la legislación contempla dos supuestos de mayor restricción que son perfectamente compatibles con lo establecido por el art. 25.3 CE.

El primero de ellos es la aplicación de las medidas coercitivas (arts. 45 LOGP y 72 RP). En efecto, entre éstas se contempla el aislamiento provisional, sin embargo, dicho aislamiento responde a las características del estado de necesidad, en el que entran en conflicto dos intereses –el interés de preservar la libertad material del interno y el de salvaguardar el orden del centro– que se resuelve a favor del más importante. Por esta razón, no sólo el Director del establecimiento, sino cualquier funcionario puede aplicarla en supuestos de urgencia y también, por ser una solución a un conflicto de intereses, su aplicación sólo está justificada de acuerdo con los criterios de estricta necesidad, es decir, se aplicará la menos gravosa y tan sólo durará el tiempo imprescindible hasta que se resuelva el conflicto que motivó su aplicación.

El mismo sentido tienen las limitaciones regimentales extraordinarias y las medidas de protección contempladas del art. 75 del Reglamento. En este caso, además, concurre comúnmente el consentimiento del sometido a las limitaciones regimentales, ya que ellas se toman para protegerle.

Finalmente, queda por expresar una coincidencia en la interpretación que nuestro Alto Tribunal viene haciendo de las denegaciones de los permisos de salida. Cuando esto sucede, la administración penitenciaria no está evidentemente imponiendo una medida de privación de libertad, sino permitiendo el normal desarrollo de la ejecución de la pena privativa de libertad. Como ha reiterado el TC hay que descartar que “la denegación de un permiso de salida ordinario pueda suponer, en sentido propio, una lesión del derecho fundamental a la libertad consagrado en el art. 17.1 CE”...“la previa imposición de una pena de prisión conlleva la imposibilidad de fundar una pretensión de amparo frente a la denegación del permiso penitenciario de salida invocando el derecho fundamental a la libertad, pues es la sentencia firme condenatoria (adoptada tras el proceso judicial debido) la que constituye título legítimo de privación de ese derecho fundamental” (STC 22.4.1997).

15. De las dificultades de adaptación de la nomenclatura procesal da cuenta la Disposición Adicional Quinta en su 2º apartado cuando, a falta de una terminología más precisa, habla de “recurso de apelación contra resolución administrativa”.

16. Doñate Martín, “Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria: Naturaleza, órganos y competencia”. En *Cuadernos de Derecho Judicial* (Derecho Penitenciario). CGPJ. T. XXXIII (1995). Pág. 41.

QUE NO TRIUNFE EL VERDUGO SOBRE LA VÍCTIMA. EL ANSIA DE JUSTICIA, META ÚLTIMA

Afirmar el infierno en abstracto, como entidad ontológica que representa algo más que una posibilidad existencial y una praxis histórica, está vedado al hombre. Lo impide tanto la finitud de humana, que impide especular más allá de los límites de la razón (Kant), como la esperanza cristiana en un Dios que triunfa sobre el mal, incluido el de una condenación eterna e irrebasable. El cristiano espera en Dios y confía en el cielo, es decir, en la plenitud del encuentro con Dios. Es un simbolismo de esperanza y no gnosis o conocimiento especulativo. Por eso el infierno no puede justificarse en sí mismo, ni siquiera en nombre de la autocondenación elegida libremente, porque se olvidaría la dimensión trágica del pecado y el contexto situacional, al que alude el pecado original, que condiciona la libertad.

Dios asegura la misericordia a todo el que quiera aceptarla, pero no renuncia a la justicia, porque implicaría la frustración del sentido de la historia. Como afirma Horkheimer, creer en Dios es esperar y confiar en que no triunfe el verdugo sobre la víctima. Esta ansia de justicia es irrenunciable, aunque si no está transida de misericordia no puede haber esperanza. Entre misericordia y justicia hay una relación dialéctica, en la que ninguno de los polos puede excluirse. La concepción neotestamentaria inscribe la justicia de Dios dentro de su misericordia, no al revés, pero exige la justicia y el amor al otro como requisito para recibir a Dios, ya que, si no, se daría una bagatelización del sufrimiento y la injusticia. El ansia de justicia, realizada por las imprecaciones de las bienaventuranzas (Lc 6,20-26), sigue siendo la meta última, desde la que dar respuesta al «ángel de la historia» de Walter Benjamin, cuya mirada se centra en las víctimas del pasado.

Juan Antonio Estrada, *La imposible teodicea. La crisis de la fe en Dios*, Trotta, Madrid, 1997, p. 371.

EGUZKILORE

Número Extraordinario 12.

San Sebastián

Diciembre 1998

107 - 111

APUNTES SOBRE LA RESOCIALIZACIÓN EN EL SISTEMA PENITENCIARIO COLOMBIANO

Prof. D. Julio Andrés SAMPEDRO ARRUBLA

*Director del Departamento de Derecho Procesal
y Profesor de Derecho Procesal Penal
de la Pontificia Universidad Javeriana
Santafé de Bogotá (Colombia)*

Resumen: las cifras sobre la población carcelaria en Colombia muestran que ésta ha aumentado de forma alarmante en los últimos años. A la dolorosa realidad de las cárceles contribuye también la duración del proceso penal y su deshumanización, lo que conduce a la grave crisis penitenciaria que atraviesa este país. Las medidas adoptadas desde el gobierno y los intentos legislativos presentados no aportan ninguna solución. Ante esta situación, se exponen los frentes en los cuales debe trabajarse para que el sistema penitenciario colombiano adquiera una nueva dimensión más humana y aporte respuestas reales.

Laburpena: Kolonbiako gartzela poblazioaren zifrak, azken urteetan larriki gorantz egin dute. Mingarria den errealitate honi, prozesu penalen luzeera eta deshumanizazioa gehitu behar zaizkio, eta guzti horrek herria jasaten ari den baitegi krisia eman du ondorioztat. Gobernuak hartu dituen neurriak eta legegideek ez dute konponbiderik eman. Egoera honen aurrean, Baitegi sistema kolonbiakoak erantzun errealak emateko zein frentetan lan egin behar duen azaltzen da.

Résumé: les chiffres sur la population des prisons en Colombie montrent qu'elle a augmentée alarmamment dans les dernières années. À la douloureuse réalité des prisons contribue aussi la durée du procès pénal et sa déshumanisation, ce qui nous mène à la grave crise pénitentiaire que ce pays traverse. Les mesures adoptées dès le gouvernement et les essais législatifs présentés n'apportent aucune solution. Face à cette situation, on expose les fronts dans lesquels on doit travailler pour que le système pénitentiaire colombien acquiert une nouvelle dimension plus humaine et pour qu'il apporte des réponses réelles.

Summary: the numbers of prisons population in Colombia show that in the last years it has increase alarmingly. To the painful reality of prisons also contributes the length of penal procedure and its deshumanization, and that brings this country to a serious penitentiary crisis. The measures adopted by government and the legislative intents presented have not provided a solution. Faced with this situation, the fronts where we must work, to have a colombian penitentiary system with a new dimension more humane and to get some real responses, are stated.

Palabras clave: Prisiones, Legislación Penitenciaria, Sistema Penal, Sistema Penitenciario, Política Penitenciaria.

Hitzik garrantzizkoenak: Gartzelak, Baitegi Legegidea, Sistema Penala, Baitegi Sistema, Baitegi Politika.

Mots cleft: Prisons, Législation Pénitentiaire, Système Pénal, Système Pénitentiaire, Politique Pénitentiaire.

Key words: Prisons, Penitentiary Legislation, Penal System, Penitentiary System, Penitentiary Policy.

Dirigir la atención al sistema penitenciario colombiano evoca la frase contenida en la obra *El Verdugo* de Par Lagerkvist: “no sólo los cerdos y los pájaros del cielo viven de carroñas. ¡Nosotros hacemos lo mismo!”.

Las cifras demenciales que resultan de la observación de la situación que se vive en las cárceles son agobiantes. Según el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), entre 1991 y 1997 la población carcelaria creció en un 38%, es decir, que pasó de 29.356 internos a 40.617, los cuales se encuentran en 168 cárceles cuya capacidad real es de 28.332 internos.

El sistema penitenciario produce vergüenza, en lugar de cárceles tenemos verdaderas cloacas, utilizando las palabras del profesor Beristain, tenemos máquinas cínicas como hornos crematorios que mantienen cadáveres vivos sufrientes. En la Cárcel Nacional Modelo de Santafé de Bogotá hay 5.034 internos y la institución tiene una capacidad máxima para 1.500, el hacinamiento ha llevado a que en celdas con capacidad para una persona duerman seis. Algunos reclusos han acomodado sus camas en los túneles de desviación de las aguas negras en donde deben convivir con ratas, aguantar las filtraciones de las cañerías y olores nauseabundos¹.

La realidad nos golpea con horror al volver nuestra mirada a las personas que son declaradas inimputables, quienes, por su mala fortuna, son internados en los llamados Anexos Psiquiátricos. Decía, en 1984, el Dr. Jaime Gaviria Trespalcacios sobre el anexo de Bogotá:

“... la enfermería se reduce a un pequeño botiquín con unos pocos medicamentos; no existen servicios de sanitarios: el baño se practica a tempranas horas de la mañana, pese a la inclemencia del tiempo de la sabana, con agua tirada sobre sus ropas puestas; los talleres de trabajo tienen la existencia de la “casa en el aire”; la pulga y el piojo son compañeros inseparables; el mal estado de la edificación semiderruida es propicio para la existencia de bichos y roedores; ellos, los inimputables, comen ratas... Existen agresiones a veces entre los reclusos allí; hay miseria, desnudez, hambre: a veces alguno de ellos espera la defecación de otro para comer algún residuo...”².

Hoy la situación sigue siendo la misma, a pesar de existir legislación orientada a suprimir los anexos psiquiátricos, el gobierno permanece indiferente y sin manifestar su voluntad de cumplir con la ley³. En visitas realizadas al anexo psiquiátrico de Bogotá, con un grupo de estudiantes de la Universidad Javeriana, hemos sido testigos de esta dolorosa realidad, allí se realiza el más grave atropello contra la dignidad humana de personas que por sus condiciones de indefensión se encuentran imposibilitadas para levantar su voz y denunciar el genocidio que con ellas se comete.

1. Cfr. “Lo Demás es Silencio”, en Rev. *Cambio* 16, Colombia, Diciembre 15-22 de 1997, págs. 42 y 43.

2. Citado por Agudelo Betancur, Nodier, en *Inimputabilidad y Responsabilidad Penal*, Editorial Temis, Bogotá, 1984, pág. 50.

3. El artículo 24 de la Ley 65 de 1993, Código Penitenciario y Carcelario, dispuso la eliminación de anexos psiquiátricos de las cárceles y penitenciarias, ordenando que, en su lugar, se orientara la ejecución de la medida de seguridad en materia asistencial, por lo cual en un periodo no superior a cinco años, los inimputables a cargo del Inpec deberán pasar cargo del Instituto Nacional de Salud. Sin embargo, en la práctica no ha se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el mencionado artículo.

El país atraviesa por una descomunal crisis penitenciaria. Según la Corporación Excelencia de la Justicia, entre enero y julio de 1997 se presentaron 50 motines en diferentes establecimientos carcelarios durante los cuales perdieron la vida más de 30 personas, en lo que va corrido de este año, sólo en la Cárcel Nacional Modelo han muerto 16 personas. El año pasado el sindicato de guardianes del INPEC amenazó con impedir que la Policía Nacional asumiera el control de las cárceles de alta seguridad, posición que fue vista como una alianza entre guardianes y narcotraficantes.

Con esta crisis han contribuido factores como la duración del proceso penal y su deshumanización. En efecto, una investigación realizada por la Universidad Nacional de Colombia y el Consejo Superior de la Judicatura estableció que los procesos penales en la zona de la costa atlántica tienen una duración promedio de 1.200 días; en la zona pacífica más de 800 días; y en la zona central 1.000 días. El estancamiento de la justicia colombiana es tal que se requerirían por lo menos nueve años para evacuar los procesos actuales siempre y cuando no se recibieran más.

El sistema penal colombiano fija su atención en el delito y olvida a sus delincuentes⁴ enviándolos a la cárcel aun sin existir fundamento para ello. El proceso penal, alejado por completo de la realidad humana y social, estructura un sistema despersonalizado de privación de la libertad, durante y con posterioridad al proceso penal que contribuye en buena medida a ahondar la crisis penitenciaria. El modelo, fundamentado en el principio de legalidad, hace que el Estado se subroga en el derecho de la víctima en el conflicto usurpando su posición, marginándola del proceso, adoptando una actitud vindicativa frente al delincuente, y con la farsa de su resocialización lo condena a instituciones, que son verdaderas universidades del crimen, de las cuales es imposible regresar a la vida social normal.

¿Por qué no otorgar la facultad al juez para determinar cuándo es necesaria la privación de la libertad durante el proceso?, la situación actual está generando grandes victimaciones al verse obligado el funcionario a ordenar la detención preventiva de personas que garantizan su presencia al proceso, pero que por aplicación de normas represivas deben ser enviadas a la cárcel con grave perjuicio para ellas y sus familias, para las víctimas del delito que ven frustradas las posibilidades de obtener verdaderas y plenas compensaciones por los daños sufridos⁵.

4. Sobre este punto son ilustradoras las palabras del Prof. ELIAS NEUMAN: "En la práctica común de muchos países, son las leyes y códigos procesales en materia criminal los que obstan e inhiben al juez penal al decretar la libertad de un detenido. Y ello ocurre porque se tiene más en cuenta el delito que al autor. Se da discrecionalidad al juez según la reiteración del hecho, la presunta peligrosidad o a la repercusión y alarma social que puede haber suscitado. Y las cárceles abarrotadas y cloacales se ponen al servicio de la represión. Las leyes, a su vez, paliando ciertos complejos, suelen decir que las cárceles deben servir para la tan mentada readaptación social del delincuente. Y aunque estas palabras pertenecen a un lenguaje sobreentendido, la abrumadora crueldad de los hechos hace que se remita a delincuentes primarios a convivir forzosamente, arracimados, con multitud de personas en encierro..." BERISTAIN, Antonio y NEUMAN, Elias. *Criminología y Dignidad Humana*, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Santafé de Bogotá, Tercera Edición, 1997, pág. 114.

5. El proceso penal victimiza al sindicado estableciendo que la medida de detención preventiva, según la ley para garantizar la presencia del sindicado durante el proceso, procede para todos los delitos que tengan señalada pena de prisión cuyo mínimo sea igual o superior a dos años.

Durante el último año el sistema penitenciario ha sido objeto de permanente cuestionamiento, pasando a ocupar un primer plano en la opinión pública y en los medios de comunicación, porque el fin resocializador del delincuente no se ha cumplido. La sociedad, en lugar de prevenir el delito, resocializar al delincuente y procurar la solución efectiva de los conflictos, está victimizando al delincuente, vengándose de él, impidiéndole que asuma su responsabilidad, que contribuya a la reparación del daño sufrido por la víctima y participe en la creación de las condiciones necesarias para la convivencia.

Pudiera pensarse que esta nueva postura ha favorecido la apertura de caminos para la creación de un ambiente en el cual la sociedad penetre a las cárceles y construya los caminos para que el delincuente pueda volver a vivir en libertad, regresar a ella y convivir con los demás, sin embargo, la reacción ha sido violenta y vindicativa. Los medios de comunicación se quejan de las cárceles pero, al mismo tiempo solicitan mayor represión; el gobierno, en una clara actitud farisaica, anuncia reformas al sistema penitenciario y decreta “emergencias carcelarias”⁶, mientras presenta, respalda y sanciona proyectos de ley que atentan contra el carácter fragmentario del Derecho Penal y aumentan indiscriminadamente las penas privativas de la libertad obedeciendo políticas imperialistas impuestas con la excusa de la colaboración en la lucha contra el narcotráfico.

La política penitenciaria del gobierno colombiano se ha limitado a buscar la forma de descongestionar los establecimientos carcelarios sin pensar en la prevención del delito y la resocialización del delincuente⁷, por el contrario, las políticas gubernamentales van en dirección opuesta a estos objetivos, son incoherentes y contradictorias, y los pocos intentos legislativos presentados a estudio están vinculados a la supuesta reducción del hacinamiento en las cárceles mediante el otorgamiento indiscriminado de libertades y subrogados penales, sin tener en cuenta que dentro de los muros de la prisión la situación continúa siendo la misma, especialmente porque mientras por una puerta salen (posiblemente a seguir delinquiendo) quienes se benefician de las medidas, por la otra entran quienes son afectados por leyes que amplían los casos por los cuales procede la detención preventiva y aumentan las penas privativas de la libertad.

Hay cinco frentes en los cuales creemos debe trabajarse intensamente para que el sistema penal y penitenciario colombiano adquiera una nueva dimensión, más humana, que obligue a tratar con respeto a quien esté privado de la libertad, que aporte respuestas reales a las expectativas de las víctimas, que facilite la resocialización del delincuente y permita la salida del sistema de quienes nunca debieron entrar.

6. Con el fin de hacer atender la crisis penitenciaria que vive Colombia, el 29 de enero de 1998 se decretó la llamada *Emergencia Carcelaria*, mediante la resolución 313 del INPEC, de conformidad con el art. 168 de la Ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario), según el cual la emergencia puede decretarse cuando sobrevengan hechos que perturben grave o inminentemente el orden y la seguridad penitenciaria y carcelaria; o se prevean graves situaciones de orden sanitario que expongan al contagio los centros de reclusión.

7. Un claro ejemplo de esta situación es la Ley 415 de 1997 por la cual “se consagran normas de alternatividad en las legislaciones penal y penitenciaria y se dictan otras disposiciones tendentes a descongestionar los establecimientos carcelarios del país”.

Primero: Es necesario buscar la sustitución gradual de penas privativas de la libertad por medidas alternativas que brinden oportunidades para la repersonalización⁸, entendiendo que esto supone un cambio radical en la actitud ética de la sociedad ante el delincuente⁹, comprender que la repersonalización del delincuente sólo es posible mediante un proceso de comunicación recíproco entre sociedad y cárcel que le permita a los internos reconocerse en la sociedad y a ésta reconocerse en ellos, que se entienda que, como escribió **Julio Cortázar**, “la verdadera otredad hecha de delincidos contactos, de maravillosos ajustes con el mundo, no podía cumplirse desde un solo término, a la mano tendida debe responder otra mano desde el afuera, desde lo otro”¹⁰.

Segundo: A partir de la premisa de que el delincuente es un ser humano al cual no se debe utilizar para enviar mensajes a la sociedad, establecer una relación, entre cárcel y sociedad, basada en el respeto y la dignidad humana que facilite la reintegración social del condenado, de tal manera que su regreso a la sociedad no signifique, como casi siempre, una nueva Victimación.

Tercero: Dotar a las instituciones penitenciarias de recursos que faciliten la creación de condiciones dignas de vida, la preparación del personal, la realización de diagnósticos de entrada y salida que permitan conocer las reales consecuencias de la prisión.

Cuarto: Promover la cooperación científica internacional para la investigación penitenciaria, asistencia técnica, la preparación de los funcionarios de prisiones y el intercambio de información.

Quinto: Fomentar la creación de institutos y centros de investigación criminológica y victimológica que se ocupen de proponer soluciones a los problemas que aquejan el sistema, de la creación de un régimen no privativo de la libertad, del análisis de datos y estadísticas relacionadas con el mundo penitenciario.

Sexto: Promover una reforma integral al sistema penal y penitenciario que se acerque más a la realidad social concreta y se preocupe menos por elaboraciones teóricas y deshumanizantes.

Colombia debe cambiar radicalmente su actitud frente a la cárcel, tomar conciencia de que el delito es un producto social, reconocer que todos somos más o menos delincuentes, y no olvidar que, como escribe Jostein Gaarder, quien comete una injusticia contra una persona, amenaza a muchas¹¹.

8. “Repersonalizarse significa lo contrario de despersonalizarse o desocializarse; significa el proceso, el itinerario de configurar, recobrar (más) su identidad, recuperar su (mayor) libertad, encontrar o reencontrar su misión en la construcción de la sociedad. Presupone un *iter criminis*, unas circunstancias delictivas despersonalizadoras que, por desgracia, son frecuentes en nuestra sociedad, con o sin culpa del individuo en cuestión”.

“Es un derecho de la persona; derecho a que le presten, por parte del Estado, los medios precisos para el desarrollo adecuado de su personalidad”. BERISTAIN, Antonio. *Ciencia Penal y Criminología*, Editorial Tecnos, Madrid, 1986, pág 110.

9. Cfr. MESSUTI, Ana. *Las Medidas Substitutivas de la Prisión: Una Nueva Ética*, en EGUZKILORE, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, N° 7, San Sebastián, 1997, págs. 123 a 130.

10. *Rayuela*, capítulo 22.

11. GAARDER, Jostein. *Vita Brevis*, Ediciones Siruela, Madrid, 1997, pág. 126.

**4ª MESA REDONDA: “CÁRCELES PRIVADAS
Y PROGRAMAS INNOVADORES EN EL ÁMBITO
PENITENCIARIO”; “SEGURIDAD EXTERIOR
E INTERIOR DE LOS ESTABLECIMIENTOS:
CONDUCCIONES Y TRASLADOS”;
“EXCESO DE POBLACIÓN CARCELARIA”**

EGUZKILORE

Número Extraordinario 12.

San Sebastián

Diciembre 1998

115 - 132

LA “PRIVATIZACIÓN” DE LAS PRISIONES: UNA HUIDA HACIA LA PENA DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD

Prof. Dr. D. Bernardo del ROSAL BLASCO

Catedrático de Derecho penal

*Director del Instituto de Criminología y Política Criminal
Universidad de Alicante*

Resumen: A principios del siglo XX comenzó la gestión pública exclusiva de los centros y establecimientos penitenciarios. Actualmente, asistimos a la consolidación, en algunos países, de la privatización de las prisiones. Así, se expone la evolución que en este sentido se ha observado en Estados Unidos, deteniéndose en el análisis de las razones para llegar a las prisiones privadas. El fenómeno de la privatización de los centros penitenciarios ha suscitado una apasionada controversia y un amplio repertorio de posiciones enfrentadas, lo que nos obliga a una reflexión global sobre el sentido y significación de la prisión.

Laburpena: XX. Mendearen hasieran, Baitegi Zentruen eraentza publikoa hasi zen. Gaur egun, herrialde batzuetan, gartzelen pribatizazioa finkatzera iristen ari gara. Horrela, Estatu Batuetan, zentzu honetan eman den aldaketa adierazten da, gartzela pribatuetara iristeko arrazoiak aztertuz. Baitegi zentruen pribatizazioaren gertakariak, eztabaida ugari eragin du, horrek, gartzelak duen zentzu eta esan nahiar buruz gogoetaraztea behartzen gaitu.

Résumé: Au début du XXème siècle l'administration exclusivement publique des centres et établissements pénitentiaires eut lieu. Au moment présent nous assistons à la privatisation des prisons dans certains pays. On expose l'évolution vecue dans les États-Unis en ce sens, ainsi que les raisons qui ont débouché sur les prisons privées. La privatisation des centres pénitentiaires a fait surgir une controverse passionnée et un vaste répertoire de positions affrontées, ce qui nous force à une réflexion globale sur le sens et la signification des prisons.

Summary: At the beginning of the XX century it began the sole public management of penitentiary centers and establishment. At the moment, we attend in some countries the consolidation of the prisons' privatization. This way, the author exposes the evolution that has been observed in the U.S.A. and the reasons to reach the private prisons. The subject of penitentiary centers' privatization has raised a impassioned controversy and a wide repertory of faced positions; these facts compel us to a global meditation about the sense and significance of the prison.

Palabras clave: Instituciones Penitenciarias, Gestión Penitenciaria, Privatización de las Prisiones.

Hitzik garrantzizkoenak: Baitegi Erakundeak, Baitegi Eraentza, Gartzelen Pribatizazioa.

Mots clef: Institutions pénitentiaires, Administration Pénitentiaire, Privatisation des Prisons.

Key words: Penitentiary institutions, Penitentiary Administration, Privatization of the Prisons.

1. ¿UN NUEVO FENÓMENO EN EL ÁMBITO DE LA EJECUCIÓN PENAL?

El siglo que termina nos está obligando a asistir a la consolidación en el sistema criminal de los Estados Unidos de América del fenómeno de la privatización de las prisiones, o si se prefiere, por expresarlo en términos más precisos, del fenómeno de la gestión, por parte de empresas privadas que actúan a título lucrativo, de centros y establecimientos penitenciarios de todo tipo, desde prisiones de máxima seguridad para adultos hasta centros de reinserción para delincuentes juveniles, pasando por prisiones ordinarias, centros de régimen abiertos, establecimientos especiales, etc. Lo paradójico es que el siglo XX comenzó, precisamente, consolidando el fenómeno opuesto, el de la gestión pública exclusiva de todos estos centros y establecimientos penitenciarios, relegando al olvido la gestión privada, en la mayoría de los casos por los problemas que ésta ocasionó. Es el caso de algunos de los Estados de los propios EE.UU., que a mediados del siglo XIX entregaron a empresarios privados la gestión de establecimientos penitenciarios tan emblemáticos como las prisiones de Auburn y Sing Sing, en el estado de Nueva York. De hecho, a finales del siglo XIX, la gestión privada lucrativa de estos centros era la norma y no la excepción. Sin embargo, a comienzos de siglo las quejas contra dicho sistema fueron numerosas. En un primer momento porque la utilización de la mano de obra gratuita de los reclusos colocaba a los empresarios que se beneficiaban de ella en una mejor posición en el mercado, lo que se interpretaba como un evidente caso de competencia desleal, pero igualmente existieron numerosas denuncias por los constantes abusos que se cometían con los reclusos, bien porque se les sometía a unas jornadas laborales excesivas, bien porque se les malnutría, o bien porque se les azotaba y maltrataba físicamente. Las diversas investigaciones llevadas a cabo en las prisiones estatales que sacaron a la luz dicha situación, así como la nueva legislación “antitrust” forzaron la reforma del sistema y puso a los establecimientos penitenciarios bajo la gestión directa de las administraciones penitenciarias de los Estados¹. En España, por ejemplo, tanto la llamada originariamente Casa Galera de Mujeres de Alcalá de Henares –después llamada, sin más, Prisión de Mujeres– como la antigua cárcel de mujeres de la calle Quiñones de Madrid fueron centros administrados exclusivamente por religiosas, hasta que en tiempos de la II República se crea el cuerpo femenino de Prisiones, que terminaría por integrar a muchas de dichas monjas².

En cualquier caso, lo que sí parece claro es que desde que el Estado es el administrador único de la ejecución de las penas privativas de libertad siempre ha tenido la tentación de sacar el máximo partido de ello, fundamentalmente para resolver sus más o menos acuciantes necesidades económicas. La población reclusa es una reserva potencial de mano de obra barata, que bien puede servir para nutrir las filas de los ejércitos en campaña, o bien puede ser utilizada para poner en marcha empresas lucrativas, ahorrándole dinero al Estado. Hace ya más de un siglo se refería Salillas a la pena de galeras diciendo: “(...) Indirectamente, los Tribunales eran armadores de las cinco escuadras de galeras (España, Nápoles, Sicilia, Cerdeña y Génova, y por algún tiempo

1. Véase, Smith, Phil: “Private prisons: Profits of crime”, en *Covert Action Quarterly*, Fall 1993, consultado en <http://mediafilter.org/mff/prison.html>, págs. 1-2.

2. Salillas, R.: *La vida penal en España*, Madrid, 1888, págs. 269 y ss.; Hent, V.: “Las reformas del sistema penitenciario durante la II República”, en *Historia 16*, núm. extra VII, octubre 1978, págs. 105 y ss.

la de Portugal), y esmerándose mucho, no daban abasto. Los Capitanes generales querían tener completos los cupos y reclamaban incesantemente. Aparece otra vez el problema económico: el crimen representa la oferta, los Capitanes generales la demanda, el Estado la usura. La tacañería del Estado no necesita demostración. Quiso tener justicia, seguridad y marina gratis o por poco dinero"³. Lejanas sin duda están estas palabras pero ni mucho menos obsoletas, pues, en última instancia, la estrategia que subyace tras la entrega a la gestión privada lucrativa de los establecimientos y centros penitenciarios en este fin de siglo es, también, como lo fue a finales del siglo pasado y comienzos del presente, la de resolver el problema económico que el confinamiento de los reclusos le plantea al Estado al sobrecargar la partida correspondiente del gasto público⁴.

2. NUEVAS RAZONES EN UN NUEVO CONTEXTO PARA VIEJOS REMEDIOS A VIEJOS PROBLEMAS

De todas formas, el "nuevo" fenómeno de la privatización que comenzó en la década de los ochenta y se ha consolidado definitivamente en la década de los noventa se produce en un contexto histórico de relaciones sociales, políticas y económicas muy diferente al de experiencias anteriores, a pesar de que, hasta cierto punto, nos encontremos frente a viejos remedios que pretenden solucionar viejos problemas. En cualquier caso, ese nuevo contexto histórico hace que el fenómeno venga revestido de unas peculiaridades que sin duda lo hacen diferente al de sus precedentes históricos, y por ello merece la pena analizar brevemente dónde están esas nuevas razones que, terminando el siglo, le han hecho reaparecer.

En primer lugar, después de haberse superado las posiciones retribucionistas más puras, de origen iusnaturalista o de origen racionalista, y, sobre todo, después de haberse vivido todo el movimiento reformador de las prisiones durante los siglos XIX y XX, con el auge de las teorías preventivo-especiales, nos encontramos ahora en un momento de gran escepticismo respecto a la posibilidad de mantener aún vigente el modelo del "ideal rehabilitador" que durante tantos años animó las más profundas reformas de nuestros sistemas penales y penitenciarios. De hecho, se puede decir sin mucho margen de error que la ideología de la resocialización ha fracasado ya en su intento de convertirse en el cimiento sobre el que asentar las estructuras de los siste-

3. Salillas, R.: *La vida penal...*, ob. cit., pág. 6.

4. En realidad, detrás de algunas de las más importantes reformas de los sistemas penales y penitenciarios siempre han estado presentes motivaciones económicas, que a veces incluso han sido las que definitivamente han impulsado dichas reformas que venían siendo solicitadas o exigidas por grupos académicos o profesionales, o por grupos de defensa de los derechos civiles o de los derechos humanos. Como muestra valga, por ejemplo, un botón: en nuestro país, como señaló en su momento Yáñez Román (*La condena condicional en España. Evolución histórica y presupuestos doctrinales*, Madrid, 1973, pág. 31), "la conveniencia de introducir... una institución como la condena de ejecución condicional vino impulsada única y exclusivamente por causas de índole económica, al plantearse el problema de la introducción de la misma como un sucedáneo, más justo, del indulto, pero atendiendo a idéntica finalidad económica: evitar el ingreso o la estancia en prisión de un número excesivo de población penal a cuyo sustento, alimentación y régimen de tratamiento adecuado no bastaban los escasos recursos de que entonces se disponía por parte de la administración penitenciaria".

mas penales y penitenciarios. En los foros académicos, el camino hacia tal escepticismo se consolidó definitivamente con las investigaciones de Lipton, Martinson y Wilks⁵, en las que a toda una serie de preguntas sobre la viabilidad y eficacia de los programas de tratamiento se contestaba con aquel famoso y lacónico: *nothing works* (nada funciona). “Con algunas excepciones –diría Martinson⁶–, los esfuerzos rehabilitadores de los que se posee información hasta el presente no han tenido una incidencia apreciable en las cifras de reincidencia”. A partir de ese momento, y especialmente entre los autores más liberales y progresistas de la literatura científica de los EE.UU., tan influyente en el ámbito de los países más imbuidos del espíritu resocializador (Reino Unido, países escandinavos, Australia, etc.), se llegó al convencimiento de que no existía ni podía existir investigación alguna capaz de ofrecer datos sobre programas rehabilitadores que, en relación con el número de delincuentes que ingresan anualmente en prisión, arrojen un mínimamente relevante número de éxitos o, cuando menos, un número de éxitos suficiente como para justificar el esfuerzo en medios humanos y materiales que se había estado invirtiendo en ellos durante décadas⁷.

Bien es cierto, como señaló en su momento Allen⁸, que nada nuevo había en el escepticismo expresado por Martinson, salvo quizá el hecho de que viniera corroborado por un estudio elaborado sobre una muestra más amplia que la de trabajos anteriores. Porque opiniones similares a la suya abundaban en la literatura penológica desde finales de la II Guerra Mundial⁹. Pero la repercusión que las conclusiones de Martinson tuvieron fueron definitivas para crear un clima de pesimismo penológico muy extendido en el que, por una parte, se impuso la idea de que todo lo que cabe esperar de la aplicación de penas privativas de libertad es que sirvan al fin de la inocuidad o, expresados en términos muy al uso en la literatura anglosajona, al fin de la *human containment* (contención humana)¹⁰ y, por otra, se modificaron profundamente los criterios con los que el personal técnico y asistencial de las administraciones penitenciarias habían de enfrentar su tarea, especialmente en los países más comprometidos, al menos teóricamente, con la ideología de la rehabilitación, haciéndose desde entonces mucho más énfasis en el control y en la vigilancia que en la asistencia o el apoyo¹¹.

5. Lipton, D., Martinson, R. y Wilks, J.: *The Effectiveness of Correctional Treatment*, New York, 1975; también, Martinson, R.: “What works?: Questions and answers about prison reform”, en *The Public Interest*, 35, 1974, págs. 22 y ss.

6. Martinson, R.: “What works?...”, *ob. cit.*, pág. 25. Subrayado en el original.

7. Uno de los más relevantes representantes de dicho grupo de autores, Andrew von Hirsch, no tuvo reparo en concluir y airear una afirmación tan rotunda como ésta en una gran parte de sus más importantes trabajos publicados desde mediados de la década de los setenta hasta mediados de la década de los ochenta (véase, por ejemplo, *Doing Justice. The Choice of Punishments*, New York, 1976, pág. 18, o “Recent trends in American criminal sentencing theory”, en *Maryland Law Review*, 42, 1983, pág. 11).

8. Allen, F.A.: *The Decline of the Rehabilitative Ideal*, New Haven, London, 1981, pág. 57.

9. El propio Allen (*The Decline...*, *ob. cit.*, pág. 115, nota 97) ofrece un buen repertorio de trabajos que expresan reservas y opiniones muy contrarias al modelo de tratamiento o al modelo rehabilitador.

10. Taylor, M. y Pease, K.: “Private prisons and penal purpose”, en Matthews, R. (ed.): *Privatizing Criminal Justice*, London, Newbury Park, New Delhi, 1989, pág. 184.

11. McConville, S., en Rees, H. y Williams, E.H. (ed.): *Punishment, Custody and the Community. Reflections and Comments on the Green Paper*, London School of Economics, London, 1989, pág. 41.

Y ello a pesar de que investigaciones posteriores han podido demostrar que no existe base suficiente para afirmar, de forma tan concluyente a como lo hizo Martinson, que nada funciona en los programas de reinserción o rehabilitación¹².

Por otra parte, tampoco se puede olvidar que al rechazo del modelo resocializador también han contribuido muy eficazmente las teorías sociológicas de la desviación, surgidas a finales de los años sesenta y comienzos de los setenta que, bien poniendo de manifiesto el carácter normal, no patológico, del fenómeno delincuente y su ubicuidad (con lo que cualquier tratamiento resocializador sería inútil), bien haciendo hincapié en la contradicción flagrante que implica querer adaptar a un hombre a una sociedad de la que se le aísla coactivamente, minaron desde el punto de vista ideológico una buena parte del soporte teórico sobre el que dicho modelo se asentaba¹³.

Es evidente, además, que en el fracaso de la ideología de la resocialización también ha tenido una decisiva influencia el constante incremento que en la segunda mitad del siglo que termina ha experimentado la delincuencia –y especialmente la delincuencia violenta de los grandes núcleos urbanos– y la consiguiente convicción popular, difundida entre el público en general a través de informaciones sesgadas o manipuladas¹⁴, de que parte de ese incremento es debido a un exceso de benignidad en el trato otorgado a los delincuentes. Por ello, aunque no tanto a nivel académico, pero sí a nivel de la política criminal oficial y, por supuesto, a nivel popular, el progresivo abandono de la ideología de la resocialización fue dando paso a un poderoso resurgimiento

12. Véase, por ejemplo, Cullen, F.T. y Gilbert, K.E.: *Reaffirming Rehabilitation*, Santa Barbara, California, 1982; Gendreau, P. y Ross, R.R.: "Revivification of rehabilitation: Evidence from the 1980s", en *Justice Quarterly*, vol. 4, 1987, págs. 349 y ss.; Andrews, D.A. et al.: "Does correctional treatment work? A clinically relevant and psychologically informed meta-analysis", en *Criminology*, 28, 1990, págs. 369 y ss.; Palmer, T.: *The Re-emergence of Correctional Intervention*, Newbury Park, 1992; Lipsey, M.W.: "Juvenile delinquency treatment: A meta-analytic inquiry into variability of effects", en Cook, T.D. et al. (eds.): *Meta-analysis for Explanation*, New York, 1992, págs. 83 y ss.; Lösel, F.: "The efficacy of correctional treatment: A review and synthesis of meta-evaluation", en McGuire, J. (ed.): *What Works: Reducing Reoffending*, Chichester, 1995, págs. 79 y ss.

13. Véase, García-Pablos de Molina, A.: "La 'resocialización' del delincuente. ¿Un mito?", en *Problemas actuales de la Criminología*, Madrid, 1984, págs. 245 y ss. También desde el ámbito del Derecho penal la legitimidad de la ideología de la resocialización ha sido objeto de fuertes críticas, pues –se dice– no tiene objeto resocializar a un delincuente para reintegrarlo en una sociedad que, en y de por sí, es criminógena y, además, la intervención resocializadora no deja de ser una injerencia injustificable en los derechos individuales del individuo que ha delinquido, ya que si se desea tener éxito se ha de intentar no sólo modificar el comportamiento externo sino, igualmente, la actitud interna (véase, Silva Sánchez, J.M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pág. 31).

14. Porque, como ha señalado M. Ryan (*The Politics of Penal Reform*, London, New York, 1983, pág. 116), el público en general adopta la perspectiva de que el sistema penal es algo que tiene más que ver con la represión o la intimidación que con la reforma o la resocialización, y cuanto más duras y severas las penas más efectivo es el efecto disuasorio de las mismas. Teniendo en cuenta tal presupuesto no es difícil explicar la facilidad con la que se pueden manipular los sentimientos represivos de la opinión pública, suministrándole informaciones selectivas sobre crímenes extraordinariamente violentos o repudiables (el caso Alcásser fue, por desgracia, uno de los ejemplos más ilustrativos de ello en nuestro país), porque, como ha señalado M.J. Miranda ("La sábana de los fantasmas", en *El País*, suplemento: Temas de Nuestra Época, 11 de enero de 1990), "la inseguridad no es sólo el producto de la acción de pequeños delincuentes y, por tanto, no correlaciona necesariamente con la experiencia de la victimización; es, sobre todo, una interpretación distorsionada de la realidad, en virtud de representaciones sociales compartidas en tanto que difundidas".

de las doctrinas del *Law and Order* (Ley y Orden) o del *Control and Punishment* (Control y Castigo) que, en el mejor de los casos, exigían una aplicación más estricta y efectiva de las penas, especialmente, de la pena privativa de libertad, reduciéndose las “concesiones” al delincuente, y, en el peor, un mayor y más enérgico control del fenómeno delincuente que se debería concretar en un endurecimiento de las penas y en un mayor rigor y severidad en su aplicación, así como en una suavización de las garantías procesales. Significativas son, en este sentido, las palabras de Morgan¹⁵, referidas a la situación de Gran Bretaña a finales de los años setenta y comienzos de los ochenta: es posible –afirmaba el autor– que los profesionales de la asistencia social gusten de “ver su labor como de ‘ayuda’ más que como de ‘castigo’”, pero realmente, términos como los de “asistencia social racional”, “benevolencia”, “pautas de tratamiento”, han pasado a mejor vida. Ello podía ser así en los años sesenta, pero hoy (por los finales de los setenta y comienzos de los ochenta) “tal idealismo se ha evaporado y, en este momento, la tendencia general, promovida tanto por consideraciones ideológicas como fiscales, va encaminada a medidas relativamente simples y con fines retributivos y/o reparadores, considerando la relación coste-eficacia”.

No obstante, la doctrina del *Law and Order* no fue específicamente diseñada para el ámbito de la política criminal, sino que forma parte de un movimiento ideológico, fundamentalmente impulsado en los finales de los años setenta y en los años ochenta por los gobiernos conservadores de los EE.UU. y Gran Bretaña, empeñados en movilizar a la *mayoría silenciosa* contra unas normas de funcionamiento social excesivamente tolerantes y permisivas, afirmándose la necesidad de un rearme moral que revitalizara valores tradicionales en peligro (patria, autoridad, familia, disciplina, trabajo duro, responsabilidad). En tal contexto, frente a la disidencia, social o política, no existía mejor respuesta que la reafirmación de la autoridad del Estado y de los “valores” del sistema establecido. Como se ha podido afirmar, el “fácil consenso” de los cincuenta o de los sesenta se sustituyó por el “consenso autoritario” de los setenta y los ochenta¹⁶; y, claro está, en tal contexto queda muy poco espacio para la compasión con el que delinque. A todo ello se le sumó, en el ámbito económico, el que a comienzos de los años setenta, y sobre todo a partir del año 1973, como consecuencia –aunque no únicamente– de la *crisis del petróleo*, se inicia un largo período de recesión económica, a la que se trata de hacer frente sustituyendo las doctrinas económicas keynesianas, hasta entonces imperantes, por la vieja teoría económica neoclásica. El cambio de filosofía fue evidente y de proporciones muy trascendentales. Porque de valorarse el papel de las fuerzas sociales y de lo colectivo se pasó a una exaltación del individualismo; de valorarse y ponderarse el papel de lo público se pasó a darle más valor a lo privado; de una política de gestión de la demanda para dirigir la economía se pasó a una política de oferta; de la política fiscal se pasó al monetarismo exacerbado; de potenciar un sector público con potentes resortes para intervenir y regular la economía, se pretendió pasar a un Estado con los poderes económicos recortados; de una cierta planificación se pasó a las fuerzas ciegas del mercado; de la nacionalización de sectores básicos y de un desarrollado sector público productivo, se pasó a las privati-

15. Morgan, N.: “Non-custodial penal sanctions in England and Wales: A new utopia?”, en *The Howard Journal of Penology and Crime Prevention*, vol. XXII, núm. 3, 1983, págs. 158-159.

16. Ryan, M.: *The Politics...*, ob. cit., págs. 120-121.

zaciones¹⁷. Este nuevo contexto ideológico, en el terreno de la política criminal, abocaba a los gobiernos a un terrible dilema, porque si se aplicaban políticas económicas de fuerte restricción del gasto público, especialmente en los sectores social y asistencial, no se podía combatir eficazmente la delincuencia, pues a pesar del constante incremento de ésta no se podían generar más gastos en las partidas de Policía, Administración de Justicia y Administración Penitenciaria; pero si se intentaba combatir eficazmente la delincuencia, de acuerdo con los nuevos criterios represivos y neo-retributivos, cuyo lema podría resumirse en algo así como "más cárcel por más tiempo para los criminales", eran necesarios más policías, más jueces y fiscales y más y más grandes prisiones, lo que contradiría la política de restricción del gasto público¹⁸.

3. LA NUEVA PANACEA DEL PRAGMATISMO MERCANTILISTA

La salida a ese dilema se ha concretado de forma muy diversa según la idiosincrasia de los diferentes países y los problemas específicos a los que sus sistemas de justicia criminal se ven enfrentados¹⁹. En concreto, en los EE.UU., unas muy particulares

17. Montes, P.: *Golpe de estado al bienestar. Crisis en medio de la abundancia*, Barcelona, 1996, pág. 45.

18. Señala Garland, refiriéndose a la política criminal oficial de la Gran Bretaña en los años ochenta: "Desde hace una década, nuestra Administración ha estado comprometida con una retórica político-criminal represiva, de línea dura, confesadamente enérgica con el delito, pero nuestros gobernantes son conscientes, también, de que los costos financieros y políticos de llevar hasta sus últimas consecuencias dicha retórica son inaceptablemente altos" ("Critical reflections on 'Punishment, Custody and the Community'", en McConville, S., en Rees, H. y Williams, E.H. (ed.): *Punishment, Custody and the Community. Reflections and Comments on the Green Paper*, London School of Economics, London, 1989, pág. 4).

19. En Gran Bretaña, donde en la década de los ochenta tuvieron que hacer frente a un grave problema de sobreocupación de los centros y establecimientos penitenciarios, con un alto índice de "prisonalización" de los sometidos a procedimientos criminales, para salir de ese angustioso dilema se buscó, a finales de la década, una solución "esquizofrénica" en la que la política criminal simulaba una especie de "doble personalidad": por una parte, se incrementaban y endurecían las medidas penales represivas y carcelarias para los delincuentes peligrosos, ampliando los poderes de la policía, y, por otra, se estructuraba un complejo y variado sistema de medidas alternativas a la privación de libertad que, no obstante, se revestían de una apariencia más represiva, más volcada en el control que en la asistencia. Dicha política, en realidad, era fruto de un compromiso entre los sectores conservadores, que conseguían de esta manera introducir un lenguaje más represivo en el ámbito de la política criminal, y los sectores reformistas y de la izquierda liberal, que conseguían una menor utilización de la pena de prisión, como pretendían los sectores conservadores (véase, Garland, D.: "Critical reflections...", en *ob. cit.*, pág. 4). Esta retórica del doble juego, conservador en unos aspectos y liberal en otros, ha continuado en la década de los noventa, incluso más recientemente bajo el gobierno laborista de Tony Blair, pues el "buque insignia" de su política criminal es un proyecto de ley, *The Crime and Disorder Bill*, introducido en el Parlamento británico el 2 de diciembre de 1997, en cuyas líneas directrices fundamentales se aprecia esta idea de firmeza y tolerancia cero contra la delincuencia y contra los comportamientos antisociales que devastan algunos vecindarios, reafirmando la necesidad de prontitud, eficacia y determinación en la respuesta que a la delincuencia le dé el aparato de justicia criminal, pero salvando, también, la necesidad de utilización de "sanciones en la comunidad", apelando a la necesidad de reformar el *Probation Service*, aunque también preconizando el uso de la vigilancia electrónica a distancia (véanse los comunicados de prensa -press releases- que publica el *Home Office* en la página web del gobierno británico en <http://www.coi.gov.uk/coi/depts/GHO/GHO.html>). En España, en el ámbito de la política criminal, también se suele jugar a esa doble dialéctica, de mano dura con la delincuencia, pero sin olvidar completamente las exigencias de rehabilitación y reinserción social, y en el ámbito de la política penitenciaria, los problemas de sobreocupación de los centros y establecimientos penitenciarios, debido al incremento de la

circunstancias, que trataré de señalar brevemente, son las que han provocado el nacimiento y la posterior expansión del fenómeno de las prisiones privadas. Hay que tener en cuenta que a finales de los años setenta, en la práctica totalidad de los estados estaba instaurado el régimen legal de la sentencia indeterminada. Desde el punto de vista de su aplicación práctica, lo que dicho sistema significaba era que los jueces, una vez que el jurado había emitido su veredicto de culpabilidad o que el acusado se había declarado culpable, se limitaban a señalar en la sentencia que el reo quedaba condenado “por el período establecido en la Ley”. Posteriormente, era un órgano administrativo, que podía pertenecer a la administración penitenciaria estatal, o ser nombrado por el gobernador del Estado, o por el poder legislativo estatal, el que determinaba el período específico de cumplimiento entre el término mínimo y el máximo señalado por la Ley. Además, ese mismo órgano se encargaba de determinar cuándo el período de cumplimiento se podía ver reducido por el beneficio de la libertad condicional (*parole*). Lo que normalmente hacía dicho órgano administrativo era retrasar su decisión sobre la determinación del período específico de cumplimiento de la sentencia para poder permitir, así, que en el momento de tomar dicha decisión el condenado se encontrara prácticamente a punto de poder verse beneficiado por la *parole*. Entre tanto, el sentenciado se consideraba que lo había sido al máximo de pena prescrito por la Ley.

A toda esta situación se le unía, además, el que en materia de ejecución penal los jueces y tribunales federales norteamericanos, hasta bien entrada la década de los sesenta, habían practicado lo que tradicionalmente se denominaba como política de *hands off* («no tocar» o «manos fuera»). Tal forma de actuar se concretaba en que el único derecho que se le reconocía a un acusado era el de someter a prueba, a través de un escrito de *habeas corpus*, el hecho mismo de la legalidad de su prisión, pero nunca un juez federal atendía petición alguna de un recluso que implicara un enjuiciamiento de las condiciones de su encarcelamiento o del proceso de ejecución de su sentencia, que pudiera suponer la usurpación de las facultades otorgadas a los gobiernos estatales de administrar, de la manera en que éstos entendieran como más correcta, sus propios establecimientos penitenciarios²⁰. En la práctica, como en su momento señaló James B. Jacobs²¹, la política de *hands off* implicaba que un recluso, en el

...

población reclusa a lo largo de la década de los ochenta, se han tratado de resolver con el Plan de Creación y Amortización de Centros Penitenciarios, aprobado por el Consejo de Ministros en el mes de julio de 1991, a través del cual se clausuraban centros ubicados en los centros de las ciudades, vendiendo sus terrenos, y con los ingresos generados se construyen centros en las afueras de las ciudades. El Plan es muy ambicioso y prevé la construcción, hasta 1998, de catorce nuevos centros penitenciarios.

20. Véase, por ejemplo, la resolución del caso *Price v. Johnson*, 334 U.S. 266 (1984). En realidad, la política de *hands off* se había practicado, con carácter general, por el Tribunal Supremo Federal de los EE.UU. en todo lo relativo a los procesos administrativos de concesión o denegación de beneficios sociales, exenciones fiscales, licencias, concesiones o contratos, etc. Fue en 1970, a raíz de la resolución del caso *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970), cuando el Tribunal Supremo reconoció la facultad jurisdiccional de revisar, de conformidad con los principios del *due process*, todos estos procesos administrativos, incluyendo el proceso de concesión del beneficio de la *parole* y toda una serie de resoluciones adoptadas en el ámbito penitenciario, tales como las sanciones disciplinarias, los traslados de centros, etc. (véase, Searchinger, T.: “The procedural due process approach to administrative discretion: The Court’s inverted analysis”, en *Yale Law Journal*, 95, 1986, págs. 1.017 y ss.).

21. Jacobs, J.B.: *Stateville. The Penitentiary in Mass Society*, Chicago and London, 1977, pág. 9.

momento que ingresaba en un establecimiento penitenciario, sufría una suerte de «muerte civil», quedando privado, frente al poder de la administración penitenciaria estatal, de todos sus derechos constitucionales. Como se puede uno imaginar, en este estado de cosas, el poder que todo este entramado legal depositaba en manos de los órganos ejecutivos de los centros penitenciarios, que en última instancia iban a ser los que informarían ante la correspondiente junta administrativa sobre la conveniencia o inconveniencia de conceder la *parole* o señalar un período más corto o más prolongado de cumplimiento de pena, era prácticamente absoluto²². No obstante, como señalan Messinger y Johnson²³, el sistema satisfacía a casi todo el mundo. A los jueces, porque les relevaba de la gran responsabilidad de tener que dictar sentencias determinadas; a los administradores de las prisiones, porque en sus manos se depositaba un poderoso instrumento para el control de los reclusos más hostiles y violentos; finalmente, a los políticos, porque ello les permitía exonerarse de responsabilidades, ya que las penas se podían endurecer sin límite, calmando así las posibles demandas públicas, sin que ello hubiera de afectar la capacidad de discreción de la junta administrativa correspondiente.

Pero los años sesenta fueron años de lucha muy intensa en favor de los derechos civiles en los Estados Unidos. Una gran diversidad de asociaciones de derechos civiles tornaron sus ojos hacia las prisiones, ayudando a los reclusos a organizarse y a enfrentarse legalmente a los administradores de los centros penitenciarios. En los ambientes académicos y universitarios, así como en el seno de las asociaciones profesionales de abogados más progresistas, se tomó igualmente conciencia de una deplorable situación penitenciaria que se caracterizaba, fundamentalmente, por el hacinamiento, las infrahumanas condiciones de habitabilidad y salubridad, la violencia cotidiana, el abuso del poder y la discriminación racial. El sistema de la sentencia indeterminada se convirtió, entonces, a los ojos de estos sectores más progresistas, en el responsable de todos los males y comenzó a ser objeto de fuertes críticas que trataban de poner en evidencia, por una parte, su incapacidad para cumplir con los fines a los que pretendidamente estaba destinado y, por otra, las disparidades, inseguridades e injusticias que, a la hora de la individualización de la pena, éste provocaba²⁴. Por supuesto que a estas críticas se sumaron las objeciones morales e ideológicas que, desde siempre, había planteado el modelo del ideal rehabilitador. Lo más curioso es que en este rechazo del modelo de la sentencia indeterminada y de la filosofía que lo inspiraba coincidieron

22. Y, de hecho, son abundantísimas las crónicas de los años cuarenta, cincuenta y sesenta que narran los abusos, las arbitrariedades, las injusticias raciales y las diversas tropelías que los guardianes y gobernantes de las diversas prisiones cometieron durante aquel período. Particularmente interesante, en este sentido, resulta, aparte del libro ya citado de James B. Jacobs (véase la nota anterior), el informe elaborado por el grupo de izquierda liberal, American Friends Service Committee: *Struggle for Justice. A Report on Crime and Punishment in America*, New York, 1971.

23. Messinger, S.L. y Johnson, P.J.: "California's Determinate Sentencing Statute: History and issues", en *Determinate Sentencing: Reform or Regression?*, Washington, D.C., 1978, pág. 16.

24. El problema de lo que se ha denominado la «discrecionalidad no regulada» en el sistema judicial de justicia criminal, que no es sino el problema de las divergencias o discrepancias que se producen entre las partes dispositivas de las sentencias aparentemente iguales ha constituido, desde siempre, pero sobre todo desde los años sesenta, una auténtica obsesión para la literatura penal norteamericana. Una obra muy significativa, a este respecto, es la de Davies, K.C.: *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*, Baton Rouge, Louisiana, 1969.

tanto los integrantes de las asociaciones más progresistas, incluido el *Prisoners' Union* (sindicato de reclusos), como los impulsores de los movimientos más reaccionarios y ultraconservadores²⁵. Estos últimos, más preocupados por el control del fenómeno delincente y el efecto intimidatorio (puro) de la pena que por las injusticias del sistema, veían en el abandono del modelo legal de la sentencia indeterminada y su sustitución por otro de sentencia determinada, una buena oportunidad para endurecer las penas y lograr que éstas se cumplieran íntegramente, mientras que aquéllos anhelaban su desaparición por lo arbitrario e incierto que el mismo era, deseando la instauración de un sistema en el que las reglas del juego estuvieran más claramente fijadas de antemano. En concreto, los autores e integrantes de las corrientes más liberales se lanzaron a exigir la sustitución del modelo resocializador por el que ellos denominaban un *justice model* (modelo de justicia equitativa) o, simplemente, *retribution model* (modelo retributivo)²⁶. Como ha explicado muy bien Anthony E. Bottoms, para este grupo su “grito de guerra” se concretaba de la siguiente manera: “Si no es posible garantizar la resocialización y si ésta, a menudo, ha producido injusticias, déjesenos, al menos, poder contar con algo de justicia. (...) La justicia, en este contexto, significó, ante todo y sobre todo, la *supresión de la discrecionalidad arbitraria* en los órganos de decisión, de tal manera que el efecto práctico más importante del modelo de justicia han sido los ataques dirigidos contra la disparidad en las sentencias judiciales y en las concesiones de la *parole*, y la presión en contra de las penas flexibles para los delitos específicos. En algunos movimientos radicales de reclusos, este modelo se ha expresado a través del slogan: ‘*the right to punishment*’ (el derecho al castigo); es decir, el derecho a ser liberado tan pronto como se haya cumplido una sentencia justa y el derecho a cumplir la sentencia sin interferencias de psiquiatras y asistentes sociales si no se quiere”²⁷.

En este nuevo ambiente de defensa de los derechos civiles, hubo, además, dos decisiones del Tribunal Supremo Federal de los EE.UU. que tuvieron una extraordinaria importancia. La primera de ellas, en la resolución del caso *Jones v. Cunningham*, 371 U.S. 236 (1963), el Tribunal reconoció el derecho de los ingresados en cualquier prisión estatal a cursar una solicitud de «habeas corpus» para someter a prueba, no sólo el hecho de la legalidad de su internamiento, sino las propias condiciones del encarcelamiento; la segunda, en la resolución del caso *Cooper v. Pate*, 378 U.S. 546 (1964), el Tribunal reconoció el derecho de los reclusos a demandar ante un tribunal

25. Dignos representantes de la corriente del *Law and Order* fueron James Q. Wilson (*Thinking about Crime*, New York, 1975) y Ernest van den Haag (*Punishing Criminals: Concerning a Very Old and Painful Question*, New York, 1975).

26. Son muy importantes, en este sentido, los trabajos de K.C. Davies (*Discretionary Justice...*, ob. cit.), D. Fogel (*We are the Living Proof: The Justice Model for Corrections*, Cincinnati, 1975), M. Frankel (*Criminal Sentences: Law without Order*, New York, 1973), así como los de A. Von Hirsch (*Doing Justice...*, ob. cit.) y el American Friends Service Committee (*Struggle for Justice...*, ob. cit.). Desde el punto de vista dogmático, los postulados de este modelo conducen a un sistema de teoría del delito muy próximo a lo que en España denominaríamos el modelo neoclásico de la teoría del delito, estructurado sobre una culpabilidad fundamentada en el libre albedrío y una concepción predominante o esencialmente retributiva de la pena (véase, Fletcher, G.: *Rethinking Criminal Law*, New York, 1978).

27. Bottoms, A.E., en Bottoms, A.E. y Preston, R.H. (eds.): *The Coming Penal Crisis*, Edinburgh, 1980, pág. 10.

federal a cualquiera de los Estados de la Unión, de conformidad con lo previsto en la *Civil Rights Act* de 1871, un estatuto legal que permite buscar el amparo de los tribunales federales frente a cualquier violación de los derechos civiles cometida por la Administración de un Estado de la Unión. A partir de estas dos decisiones, una lluvia de demandas judiciales fueron interpuestas contra los administradores de las prisiones por abusos, malos tratos, arbitrariedad injustificada, revocación injustificada de la libertad condicional, inhumanas condiciones de encarcelamiento, y un largo etcétera de causas que, tras algunos intentos fallidos, lograron que los tribunales federales rompieran con su tradicional política de *hands off* y entraran a revisar los procesos de concesión de los beneficios penitenciarios y las condiciones de cumplimiento de las penas de privación de libertad. Concretamente, en cuanto a las condiciones de encarcelamiento, los tribunales federales comenzaron a llevar a cabo una aplicación mucho más rigurosa de la legislación sobre derechos civiles y de la Octava Enmienda de la Constitución de los EE.UU., que prohíbe expresamente la imposición de penas crueles y extraordinarias. Con una situación penitenciaria en la que una buena parte de los establecimientos se encontraban en condiciones deplorables, por la inhumanidad del trato ofrecido a los reclusos, la falta de garantías para la integridad física de los internos, la falta de mínimas condiciones de higiene, salubridad y habitabilidad, los jueces federales comenzaron a remitir a los responsables directos e indirectos de los establecimientos penitenciarios las oportunas órdenes para que los adecentaran y humanizaran, para que los dotaran con los adecuados medios y personal sanitarios y para que se pusiera fin al ejercicio de prácticas contrarias a los derechos civiles. En caso contrario, se encontrarían expuestos a responsabilidades criminales y a tener que hacer frente a fuertes multas. Para que se vea la trascendencia de la actuación judicial a este respecto, en el año 1969, un tribunal del distrito federal declaró contrario a la Constitución de los EE.UU. todo el sistema correccional del Estado de Arkansas, por violación de la Octava Enmienda (*Holl v. Sarver*, 300 F. Supp. 825, E. D. Ark. [1969]); otro tanto le sucedió, en 1972, al Estado de Mississippi (*Gates v. Collier*, 349 F. Supp. 881, N. D. Miss. [1972]) y, en 1974, al Estado de Oklahoma (*Battle v. Anderson*, 376 F. Supp. 402, E. D. Okla. [1974]). Otros muchos Estados vieron cómo algunas de sus instituciones penitenciarias eran igualmente sometidas a órdenes o intervenciones judiciales, hasta el punto de que, según pudo relatar Dan Nesbary²⁸, hasta diciembre de 1985, sólo ocho Estados de la Unión no habían sido objeto de intervención judicial: Alaska, Minnesota, Montana, Nebraska, Nueva York, Nueva Jersey, Dakota del Norte y Vermont. Por otro lado, la situación se complicó porque a mediados de la década de los setenta y empezando por California, que lo hizo en 1976 con la *Uniform Determinate Sentencing Law*, la mayoría de los Estados reformaron sus sistemas de determinación legal y judicial de la pena, incrementando éstas, restringiendo el uso del *plea bargain* entre el Ministerio Fiscal y los abogados defensores, introduciendo el sistema de sentencia determinada y aboliendo, en muchos casos, la posibilidad de obtener la *parole* u otros beneficios penitenciarios (como la reducción de penas por el trabajo) tendentes a reducir o extinguir la pena impuesta por el juez. Se trataba, en una palabra, de sustituir el modelo resocializador por un modelo mixto o de consenso, entre el preventivo-general puro y el retributivo de cumplimiento cierto de la pena, lo

28. Nesbary, D.: *Recent Trends in State Corrections Expenditures*, Denver, Colorado, 1985, pág. 25.

cual, al menos en un primer momento, supuso un sustancial incremento en las cifras de población reclusa²⁹.

Aquella nueva actitud judicial de estricto control al poder ejecutivo, en su versión de Administración Penitenciaria, que posteriormente se ha convertido en una constante a lo largo de las sucesivas décadas, obligó a las autoridades locales y estatales a replantearse muy seriamente sus políticas penitenciarias³⁰. Pero adecentar las prisiones, dotándolas de las mínimas condiciones de salubridad y habitabilidad, eliminando el problema de la sobreocupación y el hacinamiento, mejorando los servicios médicos y la alimentación, suprimiendo la discriminación y el maltrato a los reclusos; en resumen, cumplir con los requerimientos judiciales suponía, en la mayoría de los casos, la puesta en marcha de amplios programas de inversiones públicas que los electores, presumiblemente, no estarían dispuestos a sufragar con sus impuestos³¹. En este contexto fue cuando a un ex-presidente del Partido Republicano del Estado de Tennessee y avisado empresario del sector inmobiliario y de los seguros, Thomas Beasley, se le ocurrió la idea de poner en marcha instituciones penitenciarias privadas, para así –utilizando su misma expresión– “solventar el problema de las prisiones y ganar una buena cantidad de dinero al mismo tiempo”³². Entusiasmado con la idea, el gobernador republicano del Estado de Tennessee, Lamar Alexander, le ofreció apoyo político y una vez conseguido el apoyo financiero de otro grupo de inversores, en concreto, el *Massey Birch Investment Group*, propietario a la sazón de famosos *Kentucky Fried Chicken*, la empresa de Beasley, *Corrections Corporation of America* (CCA), puso en marcha, en el año 1983, la prisión de Silverdale, un centro de trabajo para unos

29. Lo cierto es que a ese primer impulso legislativo siguieron otras “reformas de las reformas”, por los problemas disciplinarios y la insostenible sobreocupación de los centros que el nuevo panorama legal e ideológico estaba produciendo en los sistemas penitenciarios de algunos estados. Es obvio que con una fecha definitiva e inalterable de finalización de la sentencia y sin la necesidad de tener que observar buena conducta para obtener los preceptivos informes favorables del personal de la prisión, la motivación a mantener la disciplina dentro de los centros o a trabajar era mínima. Así, en California, por ejemplo, tras suprimir los beneficios penitenciarios por buena conducta y trabajo, la directora del *Department of Corrections* (equivalente a lo que sería en España la Dirección General de Instituciones Penitenciarias), Ruth Rushen, tuvo que introducir en enero de 1983 un sistema de *work credits* o *work incentive training programs*, que no es sino una redención de penas por el trabajo, penalizándose la mala conducta con la pérdida de días de remisión y condicionando la concesión de determinados privilegios penitenciarios (visitas conyugales, utilización de teléfono, etc.) al *status* laboral del interno (véase, Davies, M.: “Determinate sentencing reform in California and its impact on the penal system”, en *The British Journal of Criminology*, vol. 25, 1985, p. 14).

30. Hay que tener en cuenta que en el sistema penitenciario norteamericano existen dos tipos de establecimientos penitenciarios en el ámbito de la jurisdicción de los Estados, las *prisons* (prisiones) y las *jails* (cárceles). Por regla general, aquéllas están destinadas a los responsables de infracciones castigadas con penas superiores a un año de privación de libertad (*felonies*) y las gestionan, bien el gobierno federal, bien los gobiernos estatales, mientras que éstas se reservan para los responsables de infracciones castigadas con penas inferiores a un año de privación de libertad (*misdemeanors*), infracciones menores (*petty offences*) o para presos preventivos. Las cárceles las gestionan las autoridades del condado, a través de la oficina del *Sheriff*, o las autoridades municipales, a través del correspondiente departamento de Policía.

31. Algunos autores no han dudado en acusar a los tribunales federales norteamericanos de traspasar los límites de sus funciones constitucionales por obligar al ejecutivo a reorientar sus políticas de asignación de recursos (véase, por ejemplo, al respecto el trabajo de Cox, A.: *The Role of the Supreme Court in American Government*, New York, 1976).

32. Hurst, J.: “Operating prisons for profit goal of entrepreneur building here”, en *Los Angeles Times-Washington Post News Service*, 29 de diciembre de 1983.

500 reclusos sito en la localidad de Chattanooga, condado de Hamilton, Estado de Tennessee³³. Actuando con idénticos criterios de gestión empresarial que la *Hospital Corporation of America*, un gigante de la sanidad privada también propiedad del grupo *Massey Birch*, la CCA tomó por completo las riendas del régimen interior y la administración de Silverdale, si bien la propiedad de los terrenos y del edificio de la prisión se ha mantenido en manos públicas. El único propósito de la empresa, aparte del de cumplir con las condiciones del contrato firmado con el condado, era la obtención de un beneficio entre el 8 y el 12 por ciento por interno del dinero que recibía por sus servicios. La empresa, según se dejaba ver en su propia publicidad, modificó radicalmente la imagen que tradicionalmente ofrecían las prisiones norteamericanas. El régimen de vida de los "residentes" –eufemismo con el que se designaba a los reclusos– transcurría, dentro de los mínimos de seguridad indispensables, de una forma más libre y relajada que la del resto de las penitenciarías estatales. Aparentemente, las normalmente hostiles relaciones entre los reclusos y sus guardianes –pasados a llamar "supervisores de residentes"– desaparecieron, así como la violencia entre internos, las "mafias", los favoritismos y demás corruptelas generalizadas en otros centros. El establecimiento estaba dirigido por un "administrador de recursos" y contaba con un "monitor", empleado por el condado, que era el encargado de inspeccionar que se cumplieran las condiciones pactadas y que en el caso de Silverdale era un antiguo jefe de vigilantes de la prisión. A partir de ese momento y hasta finales del año 1997, los centros penitenciarios privados de todo tipo en los EE.UU. albergan a una población penitenciaria de 64.028 reclusos en 142 centros penitenciarios privados distribuidos en 30 estados (véase Figura 1), siendo las previsiones de capacidad para el año 2000 de 211.952 plazas, que se convertirán en 323.919 en el año 2002. La CCA es la empresa más importante, pues cuenta con 60 centros, albergando a 37.914 internos, con lo que posee una cuota del 52,41% de mercado en el negocio de las empresas de prisiones privadas. Junto a ella existen otras empresas con un volumen de negocio menor (véase Figura 2)³⁴.

33. Existen antecedentes más remotos al de Silverdale en el sistema penitenciario norteamericano, al margen de los citados al comienzo del trabajo que tuvieron lugar en el siglo XIX. Así, en 1975, la *R.C.A. Service Company*, una filial de la *R.C.A. Corporation*, puso en marcha la *Weaversville Intensive Treatment Unit*, en el Estado de Pensilvania, un centro que alberga a un muy reducido número (nunca más de 20) de delincuentes juveniles. En 1982, la *Eckerd Foundation*, una fundación privada filantrópica creada por Jack Eckerd, un magnate de los *drug stores* norteamericanos, pasó a gestionar sin fines lucrativos la *Okeehobee School for Boys* del Estado de Florida, una de las tres escuelas estatales de formación, prevista para una población aproximada de 500 delincuentes juveniles (véase, Borna, S.: "Free enterprise goes to prison", en *The British Journal of Criminology*, vol. 26, 1986, pág. 325). No obstante, al proyecto empresarial de la CCA, que nació en Silverdale y ahora se extiende por varios Estados, le cabe el dudoso mérito de haber constituido el primer y más importante proyecto de privatización lucrativa a gran escala de los sistemas penitenciarios estatales, con enorme trascendencia y repercusión en iniciativas ulteriores.

34. Alrededor de las prisiones privadas se ha montado un curioso comercio interestatal de plazas de internos, de modo que, por ejemplo, el Estado de Texas se ha convertido en "importador" de reclusos. Según un informe del Departamento de Justicia Criminal del Estado de Texas, en marzo de 1997 había 5.371 internos alojados en 21 de sus prisiones privadas procedentes de otros Estados. Ello ha planteado importantes problemas legales, pues algunos altos funcionarios de las policías estatales de algunos Estados (ése es el caso, por ejemplo, de Oregón) entienden que si esos reclusos escapan de las prisiones privadas, al no ser reclusos perseguidos por delitos cometidos en el Estado donde están alojados ni ser tampoco reclusos de ese Estado, no pueden ser perseguidos por las autoridades estatales.

FIGURA 1.- CENTROS PENITENCIARIOS PRIVADOS PARA ADULTOS Y NÚMERO DE RECLUSOS INGRESADOS EN LOS MISMOS A FINALES DE 1996, DISTRIBUIDOS POR ESTADOS, EN LOS EE.UU. (*)

Estado	Nº ingresados	Nº establecimientos
Arizona	4.351	5
Arkansas	0	2
California	5.031	19
Colorado	1.892	8
Distrito de Columbia	770	1
Florida	5.221	10
Georgia	0	3
Idaho	0	1
Illinois	0	1
Indiana	261	1
Kansas	434	4
Kentucky	1.867	4
Luisiana	2.870	2
Minnesota	1.328	1
Mississippi	2.027	5
Nevada	496	1
Nueva Jersey	225	1
Nuevo Méjico	1.258	6
Nueva York	189	1
Carolina del Norte	0	2
Ohio	1.724	2
Oklahoma	2.686	6
Pensilvania	944	1
Puerto Rico	2.697	4
Rhode Island	304	1
Tennessee	4.807	5
Texas	22.103	41
Utah	393	1
Virginia	0	1
Washington	150	1
TOTAL	64.028	142

(*) En Inglaterra existen 2.878 internos ingresados en 8 centros y en Australia 3.973 ingresados en 11 centros.

FIGURA 2.- EMPRESAS EN EL NEGOCIO DE LAS PRISIONES PRIVADAS, NÚMERO DE CENTROS, NÚMERO DE INTERNOS QUE ALBERGAN Y CUOTA DE MERCADO A 31-12-1997

Empresa	Nº centros	Nº internos	Cuota mercado
Alternative Programs, Inc.	1	340	0,35%
Avalon Community Services, Inc.	1	150	0,15%
The Bobby Ross Group	5	2,085	2,91%
CiviGenics, Inc.	10	1.578	3,67%
Cornell Corrections, Inc.	6	2.452	4%
Correctional Services Corporation	9	2.629	2,71%
Correctional Systems, Inc.	5	154	0,18%
Corrections Corporation of America	60	37.914	52,41%
The GRW Corporation	3	264	0,37%
Management & Training Corporation	6	3.259	4,39%
Maranatha Production Company, LLC	1	0	0,52%
U.S. Corrections Corporation	8	3.259	5,42%
Wackenhut Corrections Corporation	41	20.616	22,93%
TOTAL	156	75.952	100%

(Fuente de las Figuras 1 y 2: Thomas, C.W. y Bolinger, D.: *Private Adult Correctional Facility Census. A Year-End 1997 Statistical Profile, June 1, 1998*. Consultado en internet en la siguiente dirección: <http://web.crim.ufl.edu/pcp/census/11th.html>)

4. LAS PRISIONES PRIVADAS: UNA HUIDA HACIA LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD. ALGUNAS REFLEXIONES CRÍTICAS

La verdad es que el fenómeno de las prisiones privadas está suscitando, más allá de nuestras fronteras, una apasionada controversia y un amplio repertorio de posiciones enfrentadas. Hay quien se muestra entusiasmado con la posibilidad de una implantación masiva de las mismas, creyendo ver en ellas la definitiva solución a todos los males que azotan los actuales sistemas penitenciarios, mientras que otros alzan sus voces alarmados, aprestándose a oponerse y a atrincherarse, si fuera menester, frente a lo que consideran la más absoluta e intolerable dejación de los poderes del Estado en una parcela hasta ahora considerada el reino más sagrado y genuino de lo público. Y es que, verdaderamente, el tema no se puede negar que resulta apasionante porque nos obliga a una reflexión global sobre el sentido y significado de la prisión y de la propia existencia, en sus condiciones vigentes, de los sistemas de justicia criminal.

Lo cierto es que, aun sin pretender adoptar posiciones de principio excesivamente radicales contra un fenómeno cuya realidad no se puede negar y que es posible termine llamando a nuestras puertas antes o después, creo, no obstante, que hay que ser muy crítico frente a las posturas que lo contemplan con optimismo. De todas formas, es importante enfocar adecuadamente el problema para no caer en la "trampa" que

generalmente suelen tender los partidarios de la privatización a ultranza. Me explico. Los que podríamos denominar como “privaticistas” reducen el análisis del problema de la actual crisis de la prisión a una cuestión de incapacidad estatal de dotar el suficiente número de plazas penitenciarias; el gobierno, se argumenta, no puede construir diferentes cárceles porque, obviamente, las prioridades económicas se orientan en otra dirección. Con ello, entonces, lo que intentan es “despolitizar” la cuestión, situando la discusión entre privatización o no privatización en el terreno del binomio coste-eficacia, alegando como una de las ventajas principales de estos centros penitenciarios de gestión privada su capacidad para contener más reclusos en condiciones más dignas y humanas, a un menor coste económico. Son muy significativas, en tal sentido, las palabras del *Adam Smith Institute*, un poderoso y derechista *lobby* nacido al amparo del gobierno conservador británico, que en un informe sobre política criminal elaborado en el año 1984 decía: “La sobreocupación carcelaria y las celdas compartidas son productos inherentes a un sistema influido por las consideraciones políticas y sometido a fuerzas políticas que permiten que se resienta la inversión de capital y reducen la flexibilidad para cambiar (...). Cualquier solución realista probablemente implica una mayor capitalización, una más eficaz utilización del potencial humano, una más amplia utilización de las innovaciones tecnológicas y nuevas alternativas a la prisión, quizá basadas precisamente en los avances tecnológicos (...). Todo esto es difícil que se produzca en un contexto como el presente, con un sistema de preferente gestión política, por lo que cualquier solución radical aparece como más atractiva”³⁵. De esta manera, no es difícil imaginar la reflexión que para justificar la puesta en marcha de las prisiones privadas se hizo el pragmatismo mercantilista y acrítico norteamericano: si somos capaces de albergar a más reclusos en mejores condiciones y por menos dinero, qué mal puede haber en ello si, además, somos capaces de ganar algún dinero con la administración de estas prisiones privadas.

A este contexto de discusión se han prestado muchos grupos y autores progresistas, como es el caso, por ejemplo, del *American Civil Liberties Union*, que a través de la coordinadora de su *National Prison Project*, se ha limitado a oponerse a la privatización sólo en la medida en que no se garanticen, previamente, las adecuadas condiciones para el desarrollo de los derechos individuales de los internos³⁶. Sin embargo, y a pesar de que desde el punto de vista de la eficacia no esté tan claro que las prisiones privadas vayan a ser definitivamente más baratas ni que vayan a garantizar mejores condiciones vitales o jurídicas para los internos³⁷, lo cierto es que, desde el punto

35. Adam Smith Institute: *Omega Report. Justice Policy*, London, 1984, pág. 52.

36. Elvin, J.: “A civil liberties view of private prisons”, en *Prison Journal*, núm. 654, 1985, pág. 50.

37. Y en este sentido no es raro encontrar ya crónicas de sucesos de corrupción, violencia, etc., en algunos establecimientos privados al igual que históricamente ha ocurrido en las prisiones estatales. Por ejemplo, se ha acusado a la empresa Corrections Corporation of America (CCA) de aportar cientos de miles de dólares para las campañas electorales del gobernador del Estado de Tennessee y de algunos de sus legisladores, e igualmente se ha acusado a tres de los comisionados del condado de Hamilton que votaron en favor de la renovación del contrato de la prisión de Silverdale para la CCA de ser beneficiarios de contratos relativos al negocio (Hicks, B.: “Private prisons face obstacles”, en *The Chattanooga Times*, 5 de mayo de 1997, en la página web del periódico, dirección de internet: <http://www.chattimes.com>). Por otra parte, el 4 de marzo de 1997, la cámara legislativa del Estado de Pensilvania votó prohibir, a partir del año 1998, al Departamento de Prisiones la privatización de los establecimientos penitenciarios, debido fundamentalmente a la imposibili-

de vista de quien suscribe, la discusión se tiene que desplazar al terreno ético y político. Porque, como han indicado Ryan y Ward³⁸, al fin y al cabo, el que se esté discutiendo la posible "eficacia productiva" del sector privado en el ámbito penitenciario es un síntoma claro de que están variando las concepciones políticas y las percepciones éticas, y, en cualquier caso, resulta francamente difícil de creer que la "eficacia productiva" de cualquier servicio o institución social pueda ser medida en términos o con criterios que estén sensiblemente divorciados de los valores políticos o éticos. Es de todo punto imposible, desde la perspectiva de la legitimidad del poder de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, que el Estado reduzca todo el complejo problema social, político, filosófico y jurídico de la ejecución penal, exclusivamente, a un problema de coste-beneficio. Entre otras cosas, porque los costes también se determinan políticamente: ¿cuánta población reclusa queremos tener?, ¿cuánta sobrepoblación penitenciaria estamos dispuestos a soportar?, ¿cuánto queremos gastar en administración de justicia?, ¿cuánto en seguridad?, etc.; todas éstas son preguntas cuyas respuestas no se pueden articular desde una perspectiva de asepsia política.

Y, desde luego, qué duda cabe de que, desde la perspectiva ética y política, la idea de traspasar a manos privadas la ejecución penal, haciendo de ello un negocio, repugna bastante. Desde el punto de vista político-constitucional, la delegación del poder estatal de ejecutar las sentencias penales privativas de la libertad supone, necesariamente, una quiebra del monopolio estatal del uso organizado de la fuerza, en la medida en que la organización de una prisión se estructura y se fundamenta, esencialmente, sobre el uso de la coacción y de la fuerza. Ya de por sí, esto distorsiona el esquema constitucional de valores en cuanto que se delega algo reservado en exclusiva para el Estado. Pero es que, además, desde el momento en que la organización de la ejecución penal ya no ha de servir únicamente a los fines que le vengan asignados por la legislación vigente, sino que en ella van a intervenir de forma decisiva los cambiantes intereses privados de la empresa concesionaria, los criterios de valoración y selección del uso de la coacción y la fuerza se van, igualmente, a distorsionar, haciendo fácilmente su aparición la inseguridad y las desviaciones y abusos de poder. Y estos son los riesgos a los que, en mi opinión, un Estado de Derecho no debe exponer a sus ciudadanos. Desde el punto de vista ético, son bastantes certeras las palabras de Nils Christie³⁹ en el sentido de que un imperativo de orden ético, en el terreno de las sanciones criminales, es reducir lo más posible el nivel de sufrimiento infligido; esto, que es perfectamente compatible con el hecho de pagar un salario a aquellos a los que se les encomienda la tarea de ejecutar tales castigos, resulta sin embargo incompatible

...

dad de que se garantice la seguridad de dichos establecimientos, impidiendo las fugas (página web de la cámara de representantes del Estado de Pensilvania; dirección: <http://www.pahouse.net/deweese/pr/050040397.htm>). Por otro lado, en el mes de septiembre de 1997 las prisiones privadas del Estado de Texas han sido acusadas de malnutrir y malatender sanitariamente a los reclusos procedentes de otros Estados, como es el caso de los procedentes de Montana (Anez, B.: "Private prisons in Texas is faulted for shortfalls in food, health care", en la siguiente dirección de internet: <http://www.chron.com/chro...an/97/09/07/prisonreport.3-1.html>).

38. *Privatization and the Penal System. The American Experience and the Debate in Britain*, Milton Keynes, 1989, pág. 110.

39. Christie, N.: *Limits to Pain*, Oxford, 1982, cit. por Ryan, M. y Ward, T.: *Privatization...*, ob. cit., pág. 70.

con permitir que haya quien se enriquezca sobre la base del *quantum* de castigo que sea capaz de infligir. Y, finalmente, desde el punto de vista político-criminal, la privatización de las prisiones supone un intento de consolidación del modelo de la prisión y de la filosofía que lo inspira que bajo ningún concepto se debe tolerar; es, como he tratado de poner de manifiesto, una huida *hacia* la consolidación de la pena privativa de libertad, cuando lo que habría que hacer es, precisamente, huir *de* la pena privativa de libertad.

Se podrá decir, y esto es completamente cierto, que tampoco puede ser aceptable dejar padecer a nuestros reclusos el hacinamiento o condiciones dudosas desde el punto de vista de la dignidad personal en las que, en ocasiones, se vive la ejecución de las sentencias penales o, lo que es peor, en las que se vive la espera del comienzo del juicio. Esto, en primer lugar, no tiene absolutamente nada que ver con la discusión sobre privatización o no privatización, sino que guarda relación con un endémico mal cual es la ausencia de voluntad política de poner en cuestión un modelo de justicia criminal caduco, desfasado y devastador de la condición humana del delincuente. Y, en cualquier caso, no está claro que las prisiones privadas puedan terminar con estos problemas. Desde luego, si hemos de creer los informes del grupo enviado a los Estados Unidos por el *Select Committee on Home Affairs* del Parlamento británico, que visitaron algunas de las prisiones gestionadas por la CCA, decididamente las prisiones privadas no van a ser capaces de terminar con tales problemas. Dicho informe venía a narrar experiencias de ausencia de intimidad en las estancias de los reclusos, trato vejatorio y violencia psíquica por parte de los vigilantes, deficiencias en las instalaciones y en los servicios médicos y asistenciales, etc., similares a las que se pueden predicar de algunas de las prisiones públicas. Además, es innegable que las empresas gestoras no van a estar nunca dispuestas a aceptar hacerse cargo de determinado tipo de prisiones o de determinado tipo de presos que, por sus características violentas, conflictivas o de precaria salud, resulten excesivamente caros. Con lo cual acabaríamos por tener prisiones privadas, espléndidas y aseadas, para los reclusos no conflictivos o sanos y prisiones hacinadas e insalubres para reclusos rebeldes.

Por otra parte, aún está por probar que las prisiones privadas sean, efectivamente, más baratas que las públicas. Las cifras que por el momento se manejan en los Estados Unidos no arrojan datos fiables, ciertamente porque, en parte, los administradores públicos no han sido capaces de realizar estimaciones adecuadas sobre el coste real de los esfuerzos y las energías que, en términos materiales y humanos, el Estado invierte en el proceso penal y porque hay determinado tipo de costes que, en un servicio público, son casi imposibles de evaluar. Por ejemplo, a la hora de evaluar cuál es la relación coste real/beneficio en la resocialización de un delincuente, en su valoración siempre nos dejaríamos fuera datos tan importantes como el del coste de los delitos que ese delincuente cometería si no se le hubiera resocializado, el del coste de volver a enjuiciarlo y/o condenarlo, el coste de las horas de trabajo no perdidas por su víctima, y así sucesivamente.

**5ª MESA REDONDA: “DERECHO
PENITENCIARIO Y NORMATIVA NACIONAL
E INTERNACIONAL”; “LA EDUCACIÓN
EN LA PRISIÓN Y LA EDUCACIÓN ACERCA
DE LA PRISIÓN”; “CONVENIO EUROPEO
DE DERECHOS HUMANOS”**

EGUZKILORE

Número Extraordinario 12.

San Sebastián

Diciembre 1998

135 - 165

LOS DERECHOS DE LOS RECLUSOS EN VIRTUD DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Ilmo. Sr. D. Manuel LEZERTUA RODRÍGUEZ*

*Dirección de Asuntos Jurídicos
Consejo de Europa*

Resumen: Los detenidos son titulares de los derechos y libertades reconocidos, de manera general, por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, con las restricciones derivadas del hecho de la detención y teniendo en cuenta los principios de no discriminación y de proporcionalidad. Tras esta afirmación, se comentan las garantías que proporciona dicho Convenio en relación a los reclusos, para finalizar con la cuestión del alejamiento de los presos de su domicilio.

Laburpena: Atxilotuak, Giza Eskubideen Europako Konbenioan azaltzen diren eskubideen jabe dira, atxilotuak izanagatik dituzten murrizpenak kontutan harturik noski, hala ere, proportzio eta bereizketa eza mantentzen dituzten printzipioak kontutan hartzen dira murrizpen horietan. Hau hala izanik, Giza Eskubideen Europako Konbenioan azaltzen diren bahiturez hitzegiten da eta etxetik at dauden atxilotuen gaiari buruz hitzeginez amaitzen da.

Resumé: Les détenus sont titulaires des droits et des libertés reconnus, de manière générale, dans la Convention Européenne des Droits de l'Homme, avec des restrictions dérivées de l'état d'arrestation et en tenant compte des principes de non-discrimination et de proportionnalité. Après cette affirmation, on commente les garanties développées dans cette Convention par rapport aux détenus, pour examiner, enfin, la question de l'éloignement des prisonniers de son domicile.

Summary: Prisoners are titulars of the rights and liberties recognized, in a general way, at the European Convention of Human Rights, with some limitations derived from the detention, taking into account the principles of non-discrimination and proportionality. After this assertion, the guarantees recognized in this Convention are expounded in relation with prisoners. It is also examined the question about moving prisoners away from their home.

Palabras clave: Derechos Humanos, Derecho Penitenciario, Reclusos, Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Hitzik garrantzizkoenak: Giza Eskubideak, Baitegi Zuzenbidea, Atxilotuak, Giza Eskubideen Europar Konbenioa.

Mots clef: Droits de l'Homme, Droit pénitentiaire, Détenus, Convention Européenne des Droits de l'Homme.

Key words: Human Rights, Penitentiary Law, Prisoners, European Convention of Human Rights.

* Funcionario Internacional, Dirección de Asuntos Jurídicos del Consejo de Europa. Texto de la Ponencia presentada en el IV Coloquio Internacional sobre "Interrogantes penitenciarios en el cincuenta aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos" (San Sebastián, 24-26 junio 1998) organizado por el Instituto Vasco de Criminología y por el Centro Internacional de Investigación sobre la Delincuencia, la Marginalidad y las Relaciones Sociales. Las opiniones expresadas en el presente artículo son personales y no vinculan de manera alguna al Consejo de Europa.

1. INTRODUCCIÓN

El final de la segunda guerra mundial representa, con toda certeza, el momento histórico en el que debe situarse la emergencia, en buen número de países europeos, de una voluntad política de reforma de los sistemas penitenciarios en la búsqueda de una mayor humanización de la prisión. Tradicionalmente, se atribuía a la prisión una función de protección de la sociedad, mediante la neutralización del delincuente. Según esta concepción tradicional, la prisión es, ante todo, el medio más adecuado para poner al delincuente a buen recaudo, de custodiarlo de manera que no resulte dañino. La prisión tiene como prioridad esencial el impedir la fuga del detenido, el cual, lógicamente, se verá sometido a un régimen de detención estricto, hecho de prohibiciones y de obligaciones.

A partir de 1945, como hemos dicho, las democracias europeas se lanzan a un proceso de reforma de sus sistemas penitenciarios, proceso fundado en una concepción radicalmente diferente de la función de la prisión: la de la preparación del detenido para su retorno a la vida en libertad. El detenido deja progresivamente de ser percibido como un ser peligroso que debe ser excluido de la sociedad humana y pasa a ser reconocido como un ser humano, titular por ello de derechos y obligaciones. Esta nueva concepción reformadora –que conoce un gran desarrollo a través de las teorías de la nueva defensa social¹– atribuye a la pena una función de reinserción social del delincuente. Por consiguiente, la cárcel deja de ser un lugar de aislamiento para convertirse, según esta concepción, en el lugar, el medio en el que se aplica al preso un “tratamiento” –noción clave e innovadora– que le permitirá reintegrarse en su día a la sociedad de los hombres libres.

El momento elegido para situar la aparición de este movimiento de liberalización de la prisión no es casual. Nos encontramos en la postguerra europea, con una opinión pública particularmente receptiva a la reivindicación de la dignidad humana como valor fundamental del orden jurídico y social. Por otro lado, muchos de los nuevos dirigentes políticos europeos han conocido en el período inmediatamente anterior la privación de libertad, la prisión, los campos de concentración, el exilio. Por ello son particularmente sensibles a las condiciones de encarcelamiento, al estado de dependencia extrema en la que se encuentra la persona privada de libertad y a los muchos abusos que de tal situación pueden resultar.

Pues bien, estas mismas preocupaciones por la libertad individual, la dignidad humana, la interdicción de la arbitrariedad en la acción de los poderes públicos, están también en el origen de la internacionalización de la protección de los derechos humanos que tiene lugar en la segunda mitad de los años 40. El Convenio Europeo de Derechos Humanos (a partir de aquí, “CEDH”), adoptado en 1950, es fruto de ese movimiento de la postguerra europea, el cual se había plasmado, por primera vez, en la adopción, en diciembre 1948, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Pese al origen histórico e ideológico común de ambos movimientos, el de la liberalización de las prisiones y el de la internacionalización de los derechos fundamenta-

1. C. Faugeron, “Prisons et politiques pénitentiaires”, *La Documentation française*, N^os 755-756, página 8.

les, sus desarrollos respectivos han corrido, en gran medida, paralelos y con escasos puntos de contacto, desde entonces hasta nuestros días. Hasta épocas recientes, los tratados internacionales de Derechos Humanos no han dedicado ninguna o escasa atención específica a los derechos de los detenidos. Si bien en un primer momento las normas internacionales proclamaron aquellos derechos y libertades intrínsecamente vinculados al ser humano en cuanto tal –derechos y libertades de las que la persona es titular en cualquier lugar y circunstancia– poco a poco se ha ido abriendo camino también el reconocimiento de derechos a categorías específicas de personas en situaciones de mayor vulnerabilidad: mujeres, niños, refugiados...

La ausencia de atención del Derecho internacional de los Derechos Humanos por los derechos de los presos se explica, probablemente, por la estrecha vinculación existente entre política penal y soberanía estatal, de la que se deriva una mayor resistencia de los Estados a asumir obligaciones internacionales en el ámbito penal y penitenciario. Por lo tanto, contrariamente a los derechos fundamentales, ampliamente internacionalizados en las últimas décadas, el Derecho penitenciario ha evolucionado sobre todo en el plano nacional, bajo la importante influencia, eso sí, de diversas normas internacionales de *soft law*, a las que haremos referencia más tarde.

El confinamiento de los derechos penitenciarios en el ámbito interno ha tenido como importante consecuencia la de privar a los derechos específicos de los detenidos de la protección de los mecanismos establecidos por los tratados internacionales de Derechos Humanos. En el caso europeo ello ha tenido consecuencias de gran magnitud pues el poderoso sistema jurisdiccional establecido por el CEDH –que da acceso directo a la víctima a las instancias internacionales, Comisión (desde ahora, “DHCOM”) y Tribunal Europeo de Derechos Humanos (desde ahora “TEDH”)– no ha podido ser utilizado para garantizar el respeto de los derechos específicos de los presos.

Pese a que, en épocas más recientes, el Consejo de Europa ha adoptado tratados internacionales cuyo objeto principal son las personas privadas de libertad, la ausencia de derechos penitenciarios en el mecanismo del CEDH se ha perpetuado hasta nuestros días, sin que, por el momento, el catálogo de derechos garantizados como fundamentales por el CEDH haya sido completado para cubrir específicamente el ámbito penitenciario².

2. LAS REGLAS PENITENCIARIAS

Como ya hemos indicado más arriba, la falta de interés de los tratados internacionales de Derechos Humanos por los derechos específicos de los detenidos (no nos

2. Un proyecto de Protocolo 12 al CEDH se encuentra en estudio desde hace varios años en el seno del Comité Director de Derechos Humanos del Consejo de Europa (cf. documento CDDH (96)21). Este Proyecto garantizaría derechos específicos a las personas privadas de libertad, en el sentido del artículo 5 CEDH, tales como el derecho a la información, el derecho a la asistencia jurídica y religiosa, a la interpretación, a la legalidad de las sanciones disciplinarias, a la denuncia de sus condiciones de detención y a la protección contra la experimentación e investigación médica o científica. Las conclusiones a este trabajo contienen algunas consideraciones sobre este proyecto.

estamos refiriendo, como es obvio, a las garantías relativas a la privación de libertad misma, ampliamente recogidas por los tratados de Derechos Humanos, cf. artículo 5 CEDH) no significa, ni mucho menos, que esta cuestión haya estado ausente de la agenda internacional y europea de las últimas décadas. El Derecho penitenciario ha sido objeto, sin embargo, de normas no obligatorias, Recomendaciones y Resoluciones, que forman parte, en definitiva, de lo que en acuñada expresión inglesa se llama el “*soft law*” (el derecho blando). Así, el conjunto de reglas mínimas para el tratamiento de los detenidos adoptadas por las Naciones Unidas en 1955³. A pesar de que su objetivo no es otro que el de proteger los derechos de los detenidos durante su detención, estas reglas no constituyen, en modo alguno, un catálogo de derechos jurídicamente protegidos en beneficio de las personas privadas de libertad. Se trata, más bien⁴, de un instrumento para estimular a las autoridades internas de cada país a lanzar y mantener un proceso de incorporación constante al sistema penitenciario interno del contenido de las reglas mínimas, superando progresivamente los obstáculos prácticos que se oponen a su puesta en práctica.

En el ámbito del Consejo de Europa, el Comité de Ministros ha adoptado más de una veintena de Resoluciones o Recomendaciones dirigidas a las administraciones penitenciarias. Debemos citar, por razones históricas, la Resolución (73) 5 que contiene la versión europea de las Reglas mínimas de Naciones Unidas. Esta norma fue objeto de un proceso de adaptación y remozamiento que dio lugar a la vigente versión de las Reglas Penitenciarias Europeas (a partir de ahora “RPE”), que figuran en la Recomendación N° R (87) 3⁵.

Las RPE no constituyen tampoco un conjunto de derechos jurídicamente protegidos de los que serían titulares las personas privadas de libertad. Su carencia de fuerza obligatoria tiene como corolario otra de las grandes debilidades de las RPE, cual es la inexistencia de mecanismos de recurso para exigir su respeto. Su importancia, no obstante, es considerable y no debe ser desdeñada. Las RPE han inspirado buena parte de la legislación penitenciaria de los Estados europeos del último cuarto de siglo, inclusive la Ley General Penitenciaria española⁶. Además, en la medida en que las legislaciones internas han transpuesto las RPE, los detenidos se han visto posibilitados para invocarlas ante los tribunales nacionales. Su puesta en práctica, en fin, ha sido objeto de un cierto seguimiento internacional⁷.

3. Publicadas mediante Resolución 633 (XXIV) de 31 de julio 1997.

4. Véase el artículo 2 de las Reglas.

5. Recomendación adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 12 de febrero de 1987, con ocasión de la 404 reunión de los Representantes de los Ministros. Cf. CM/Dél/Déc/Act/404.

6. Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre (BOE núm. 239, de 5 de octubre de 1979).

7. En primer lugar, mediante informes dirigidos al Secretario General del Consejo de Europa acerca de las medidas adoptadas por cada Estado miembro para aplicar las RPE. Con ocasión del examen de los informes sometidos en 1978, el Comité de Ministros creó en 1980 un Comité de Cooperación Penitenciaria (PC-R-CP), a quien confió la tarea de asegurarse de la eficacia de las RPE y proponer medidas destinadas a mejorar su aplicación práctica en Europa. A partir de 1981, el órgano encargado de estas funciones pasó a denominarse “Consejo de Cooperación Penológica”.

Aunque no se refieren expresamente al CEDH, los redactores de las RPE se inspiraron ampliamente en este tratado, hasta el punto que algunos autores⁸ consideran que las RPE constituyen un instrumento de aplicación concreta de los grandes principios del CEDH al ámbito penitenciario.

A pesar de ello, es importante reiterar que el respeto de las RPE no está garantizado a través del sistema europeo de protección de los Derechos Humanos, instituido por el CEDH. Es bien cierto que los órganos de control del CEDH hacen uso de las RPE en sus razonamientos jurídicos hasta el punto de reconocerles un estatus de “código virtual para el tratamiento de los detenidos”⁹. Sin embargo, como veremos, las alegaciones que reposen sobre la vulneración de alguna regla incluida en las RPE será automáticamente desestimada por la DHCOM. Así, por ejemplo, un condenado que alegaba una vulneración del artículo 3 del CEDH por encontrarse detenido en condiciones contrarias a las RPE, vio cómo su demanda era inadmitida con el razonamiento según el cual la infracción de lo dispuesto en las RPE en relación con las condiciones de detención, no lleva, ipso facto, a la conclusión de que se ha producido un trato inhumano o degradante prohibido por el artículo 3 CEDH¹⁰.

Por lo tanto, la importancia de las RPE proviene más de la influencia que han tenido en las administraciones penitenciarias nacionales que de su aplicación jurídica, sea en el ámbito interno o en el internacional. En Europa las RPE se han ido convirtiendo en un símbolo y un estímulo para la mejora de las normas generales y la promoción de políticas penales humanitarias y progresistas. Representan el consenso de los Estados europeos para garantizar el respeto de los principios moralmente aceptables, en una sociedad civilizada, para la gestión de los sistemas penitenciarios y para el trato dispensado a quienes se encuentran en prisión.

No nos detendremos en el contenido de las RPE, pues ello no es el objeto de esta intervención. Debe, no obstante, hacerse una alusión rápida, a los Principios Generales contenidos en las seis primeras reglas, filosofía básica de una gestión penitenciaria fundada en los principios de humanidad, moralidad, justicia y respeto a la dignidad humana, que son inseparables de toda sociedad civilizada moderna. Algunos de estos principios reflejan la concepción liberal de la prisión a la que me refería antes, como es el caso de la regla 3 que contiene la noción de tratamiento y rehabilitación del detenido. Algunos otros de estos principios aparecen recogidos también en la jurisprudencia del CEDH, como es el caso de la no discriminación, el acceso a los recursos, la información al detenido de sus derechos...

8. A. Reynaud, “Les Droits de l’Homme dans les Prisons”, Conseil de l’Europe, Section des Publications, Strasbourg, 1986.

9. Véase, “Historique, Philosophie et Evolution des RPE”, texte examiné par le Comité européen des Problèmes Criminels, lors de sa 34.^{ème} Session Plénière, Strasbourg, 22-26 avril 1985, en “Règles Pénitentiaires européennes - Références juridiques”, page 82, les Editions du Conseil de l’Europe, Strasbourg, 1994.

10. Demanda n° 7341/76, dec. 11.12.76, DR 6, pp. 170-176.

3. TRATADOS DEL CONSEJO DE EUROPA RELATIVOS A LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD

Dejando de lado, momentáneamente, el CEDH y sus protocolos, cuya incidencia en relación con los derechos de los presos condenados constituye, precisamente, el objeto de esta presentación, es necesario completar la afirmación realizada en la introducción acerca de la inexistencia de normas internacionales obligatorias que tengan por objeto principal los derechos de los detenidos. Si bien la ausencia de tales tratados pudo resultar llamativa¹¹ hasta épocas recientes, lo cierto es que en los años 80 el Consejo de Europa adoptó dos tratados que tratan específicamente de la situación de las personas privadas de libertad: el Convenio sobre el traslado de personas condenadas, abierto a la firma el 21 de marzo de 1983¹², y el Convenio europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, abierto a la firma el 26 de Noviembre de 1987¹³.

Es necesario apuntar, sin embargo, que ninguno de estos tratados confiere a las personas detenidas derechos específicos, pudiendo calificarse ambos instrumentos de tratados procedimentales.

El *Convenio sobre el traslado de personas condenadas* se inspira en consideraciones humanitarias¹⁴ y de rehabilitación del preso, manifiestas en el preámbulo del tratado. Tiene por objeto facilitar el traslado de detenidos extranjeros a sus países de origen, mediante el establecimiento de un procedimiento simple, rápido y flexible. No obstante, este Convenio no articula un derecho subjetivo del preso a purgar la pena en su país de origen, ya que hace depender el traslado no sólo de la voluntad del preso (artículo 3, párrafo d), sino también de la voluntad del Estado de condena y del Estado del cual el preso es originario, en el cual se pretende ejecutar la pena (artículo 3, párrafo f).

A pesar de la inexistencia de un derecho subjetivo al traslado, el rechazo por parte del Estado de condena de la solicitud de un preso de que le sea aplicado el Convenio 112 ha sido, en ocasiones, objeto de impugnación ante la DHCOM, mediante la alegación según la cual tal rechazo pudiera ser incompatible con los derechos que a toda persona confiere el CEDH, en particular su artículo 8, que protege el derecho a la vida privada y familiar. Veremos más tarde, al examinar la jurisprudencia, cuál ha sido la reacción de la DHCOM ante este tipo de alegaciones.

11. Cf. A. Reynaud, "Les Droits de l'Homme dans les prisons", op.cit., pag. 30.

12. STE N° 112, aprobado por el Comité de Ministros con ocasión de la 350 Reunión de los representantes de los Ministros, en septiembre 1982 y abierto a la firma el 21 de marzo 1983. Ratificado por España y completado por el Protocolo, ETS N° 167, abierto a la firma el 18.12.1997, aún no entrado en vigor.

13. ETS N° 126, entrado en vigor el 1 de Febrero de 1989, ratificado por España el 2.5.1989, (BOE núm. 159, de 5 de julio de 1989) y completado en 1993 por dos Protocolos, ETS 151 y 152, ratificados ambos por España, pero que no han entrado aún en vigor.

14. Véase la Exposición de Motivos, párrafo 9.

El *Convenio europeo para la prevención de la tortura y los tratos y penas inhumanos y degradantes* (ETS 126) tampoco enuncia derechos sustantivos de los detenidos, ni confiere a éstos la facultad de impugnar sus condiciones de detención. El objeto de este tratado no es otro que la creación de un mecanismo no judicial de carácter preventivo, destinado a evitar la práctica de la tortura y de los tratos y penas inhumanos y degradantes, en aquellas situaciones de mayor vulnerabilidad de la persona¹⁵: la situación de detención, noción ésta que en el Convenio 126 tiene un sentido lato, entendiéndose por tal toda privación de libertad por una autoridad pública, por cualquier motivo y en cualquier lugar (artículo 2). Es significativo, en este sentido, que el Convenio para la prevención de la tortura no defina el contenido de la expresión tortura, trato inhumano o pena degradante. Ni siquiera reconoce expresamente el derecho a no sufrir tortura, pues no es, como se ha dicho, un tratado que garantiza derechos individuales, sino un tratado destinado a crear una institución, el Comité Europeo de Prevención de la Tortura (“CPT”), y a regular su funcionamiento, esencialmente a través de un mecanismo de visitas a cualquier lugar donde se encuentren personas privadas de libertad, para comprobar la manera en la que éstas están siendo tratadas por quienes les custodian.

Las conclusiones del CPT son, por lo tanto, independientes de aquellas a las que llegan los órganos establecidos en el CEDH, los cuales no están vinculados por las primeras. Además los informes del CPT tienen carácter confidencial (artículo 11), no versan, en principio, sobre casos individuales, y tienen por objetivo primario mejorar la protección de las personas privadas de libertad en el país visitado (artículo 10) y no la solución de casos individuales. Con el tiempo, sin embargo, el CPT ha ido elaborando un cuerpo de doctrina acerca de aquellas prácticas o situaciones que son susceptibles de constituir “tortura”, “trato degradante”, etc., acerca de las cuales exigirá al Estado inspeccionado la adopción de medidas apropiadas.

4. EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, (CEDH)

Como ya hemos repetido varias veces, el CEDH no garantiza derechos específicos a las personas condenadas. No incluye, en particular, ninguna disposición equivalente al artículo 10, par. 3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, abierto a la firma en 1966¹⁶. Buena parte de las disposiciones del CEDH resultan, sin embargo, de particular relevancia en relación con la situación de los detenidos. Por consiguiente, el conjunto de los derechos y libertades garantizados por este tratado encuentra aplicación en relación con las personas detenidas, particularmente expues-

15. Véase, G. Mayer, “Le Comité européen pour la Prevention de la Torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT)”, en “Les Droits de l’Homme dans les Prisons: la formation professionnelle du personnel pénitentiaire –actes du Séminaire, Strasbourg, 7-9 juillet 1993”, les éditions du Conseil de l’Europe, Strasbourg, 1995.

16. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre 1966, ratificado por España mediante instrumento de fecha 13 de abril de 1977 (BOE núm. 103, de 30 de abril 1977). El artículo 10, párrafos 1 y 3 se leen como sigue: “1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”, “3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. [...]”.

tas a las acciones y omisiones que el CEDH prohíbe. No es, por ello, sorprendente que el número de demandas interpuestas ante la DHCOM por personas detenidas sea desproporcionadamente elevado en relación con el total de las demandas¹⁷.

Por lo tanto, a pesar de que la DHCOM y el TEDH carezcan de competencia para examinar las condiciones de detención, salvo en la medida en que tales condiciones impliquen la vulneración de un derecho garantizado por el CEDH, la experiencia demuestra que, incluso con tales limitaciones, los órganos de control se han visto confrontados en muchas ocasiones con el examen de casos relativos a las condiciones de detención, habiendo sido llamados a decidir sobre la compatibilidad de tales condiciones con las exigencias que dimanaban del CEDH.

Analizaremos, por tanto, en las páginas que siguen, la jurisprudencia de los órganos del CEDH en relación con los detenidos, empezando por las líneas generales, siguiendo con una referencia a los casos específicos relativos a la aplicación de los diferentes derechos y libertades en condiciones de detención, para detenernos particularmente en la cuestión, tónica y recurrente en el País Vasco, de la compatibilidad del alejamiento del preso de su domicilio con los derechos y libertades garantizados por el CEDH.

4.1. Jurisprudencia general

Desde 1962, la DHCOM estableció el principio fundamental según el cual, “incluso si una persona se encuentra presa en ejecución de una pena impuesta en razón de crímenes cometidos con desprecio de los derechos más elementales de la persona humana, esta circunstancia no priva en modo alguno al detenido de la garantía de los derechos y libertades definidos en el CEDH”¹⁸. Se trata, por lo tanto, de una aplicación del tradicional principio de la universalidad de los Derechos Humanos, recogido en el artículo 1 CEDH. No se trata –se insiste– de derechos específicos garantizados al preso por el hecho de estar preso sino del disfrute, en medio carcelario, por parte del preso, de los derechos y libertades reconocidos de manera general a todo ser humano por el CEDH.

Los detenidos son, por consiguiente, titulares de los derechos y libertades reconocidos por el CEDH y están legitimados para invocar el amparo de la jurisdicción europea encargada de tutelarlos. Ahora bien, la DHCOM ha indicado que las exigencias normales y razonables de la detención pueden justificar interferencias mayores en el ejercicio de los derechos fundamentales de un preso que en relación con el ejercicio de estos mismos derechos por parte de una persona libre¹⁹. Se trata de la conocida doctrina de las injerencias “inherentes a la detención”, según la cual si bien la condena no priva al preso de sus derechos convencionales resulta legítimo, sin vulnerar la norma internacional, imponerle restricciones más amplias que a las personas libres en el disfrute de tales derechos y libertades, siempre que tales restricciones encuentren

17. A. Reynaud, indicaba, en 1986, que más de un tercio de las demandas interpuestas provenían de personas encarceladas. Op. cit, página 37.

18. Demanda nº 1270/61, Anuario nº 5, página 126.

19. Sentencia del TEDH de 21 de febrero 1975, en el caso Golder contra el Reino Unido, Serie A nº 18, párrafo 45.

justificación en el hecho de la detención y que esta misma no sea contraria a las exigencias del artículo 5 CEDH²⁰.

Esta doctrina ha sido objeto de críticas severas²¹ que han puesto de manifiesto que sólo deben considerarse legítimas las limitaciones a los Derechos Humanos que estén expresamente admitidas por el CEDH. También se ha señalado su carácter discriminatorio contrario al principio de la universalidad de los Derechos Humanos y su innecesariedad, pues traslada el debate del párrafo 2 al párrafo 1 del artículo 8 CEDH, de la justificación de la injerencia a su existencia misma. La mayor parte de las restricciones operadas al disfrute de estos derechos pueden encontrar justificación en el propio texto del CEDH, sin acudir a la doctrina de las restricciones inherentes. Dicho de otra manera, resulta relativamente fácil para un Estado demandado ante la jurisdicción europea encontrar justificación para las injerencias en los derechos de los presos por una variedad de razones explícitamente recogidas en el párrafo 2 de los artículos 8-12 CEDH: seguridad pública, defensa del orden, prevención de las infracciones penales, protección de la moral, etc.²².

La aplicación de esta doctrina viene matizada por dos principios generales recogidos por la jurisprudencia de Estrasburgo; a saber:

– El principio de no discriminación, garantizado por el artículo 14 CEDH, según el cual el disfrute de los derechos y libertades reconocidos por el tratado debe garantizarse sin distinciones. Según la jurisprudencia, ello implica que toda diferencia de trato que no esté justificada por causas objetivas y razonables será contraria al CEDH²³.

– El principio de proporcionalidad, según el cual para ser legítima una restricción a un derecho garantizado por el CEDH, no solamente tiene que estar prevista por la ley y perseguir un objetivo legítimo, sino que tiene que ser “necesaria en una sociedad democrática”. La exigencia de tal necesidad no equivale a la simple conveniencia o utilidad de la medida de injerencia sino que ésta tiene que obedecer a una “necesidad social imperiosa”. Para ello, la medida de injerencia tiene que resultar proporcionada al objetivo legítimo perseguido²⁴.

4.2. La garantía de los derechos del CEDH en la cárcel

Prácticamente todas las disposiciones del CEDH resultan aplicables en situación de detención. Como ya hemos indicado anteriormente, los detenidos invocan el

20. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 18.6.1971, en el caso *De Wilde, Ooms and Versyp vs. Bélgica*, Serie A nº 12. Véase el Informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos en este caso en la Serie B nº 12, página 97.

21. Véase Francis G. Jacobs and Robin C.A. White, “The European Convention on Human Rights” Clarendon Paperbacks, Second Edition, Oxford, 1996, página 297.

22. Coussirat-Coustère, “Article 8, par.2” en obra colectiva “La Convention européenne des Droits de l’Homme -Commentaire article par article”, bajo la dirección de L.E. Pettiti, E. Decaux et P.H. Imbert, Ed. Economica, Paris 1995, páginas 349-350.

23. Sentencia del TEDH de 23 de julio de 1973, en el caso lingüístico belga, serie A nº 6, pág. 34.

24. Sentencia del TEDH de 26 abril 1979, en el asunto *Sunday Times*, Serie A nº 30, párrafos 63-65.

CEDH con profusión, haciendo abundante uso de la posibilidades de interponer un recurso individual en aplicación del artículo 25 CEDH para reclamar la tutela de la DHCOS y el TEDH. Son los artículos 3 (prohibición de torturas y de tratos y penas inhumanos y degradantes) y 8 (derecho al respeto a la vida privada, vida familiar, domicilio y correspondencia) los que más frecuentemente resultan invocados en el contexto de la detención. Por ello y por razones de tiempo, este análisis se centrará en la jurisprudencia referente a la aplicación de estas disposiciones en la prisión, si bien, ulteriormente, haremos un rápido recorrido por otras decisiones de particular incidencia en los derechos de los presos.

a) La prohibición de torturas y de tratos y penas inhumanos y degradantes

La garantía recogida en el artículo 3 CEDH tiene carácter absoluto y no puede sufrir derogación, ni siquiera en situaciones de guerra o emergencia previstas en el artículo 15 CEDH. La conducta que se reproche a la persona –por muy inaceptable o peligrosa que sea– no puede justificarse, en modo alguno, una vulneración del derecho a no sufrir tortura o tratos inhumanos o degradantes²⁵. Se trata, en definitiva, de proteger la integridad y la dignidad de la persona. Ahora bien, para que resulte contrario al artículo 3 un tratamiento debe revestir un mínimo de gravedad. La apreciación de este mínimo es una cuestión relativa por excelencia, pues depende del conjunto de los elementos de la causa, en particular la duración del trato infligido y sus efectos físicos o mentales sobre la víctima, así como, en ocasiones, el sexo, la edad, y el estado de salud de la víctima²⁶.

La DHCOS se ha visto confrontada a la aplicación de esta jurisprudencia en relación con diversas situaciones propias de la detención. Así, ha estimado que pese a que pueda tener para el condenado un carácter humillante, la imposición de una pena no vulnera, en cuanto tal, el artículo 3 CEDH, pues lo que importa, a los efectos de esta disposición, es la manera de ejecución de la misma²⁷.

En relación con los registros corporales íntimos, la DHCOS ha considerado que no alcanzan el grado de severidad necesario para resultar contrarios al artículo 3 CEDH, siempre que se realicen de manera que se reduzca el grado de humillación del detenido, evitándose, por ejemplo, el contacto físico o la presencia de otros detenidos en el momento del registro, y estableciéndose mecanismos para evitar abusos²⁸. También ha considerado la DHCOS que la exigencia impuesta a un detenido de que facilite una muestra de orina en el marco de una campaña contra la toxicomanía en prisión no alcanza el mínimo de gravedad necesario para resultar contrario a esta disposición²⁹.

25. Véase, por ejemplo, la Sentencia del TEDH de fecha 25 de abril 1978, en el caso *Tyrer*, Serie A nº 26, pág.30.

26. Sentencia del TEDH de 18 de enero 1978 en el asunto *Irlanda contra el Reino Unido*, Serie A nº 25, párrafo 162.

27. Sentencia del TEDH en el asunto *Tyrer*, citado en nota.

28. “Les personnes incarcérées et la CEDH” en *Les Droits de l’Homme dans les prisons* op. cit. pág. 64.

29. Demanda Nº 20872/92, dec. 22 febrero 1995, DR 80, pág. 66.

En relación con el aislamiento celular, la DHCOC ha estimado que puede atentar, en determinadas circunstancias, contra el art. 3 CEDH. Para cerciorarse de que no es así es necesario analizar la duración de la medida de aislamiento, el rigor con el que es aplicada y sus efectos sobre el detenido concreto. La suma del aislamiento sensorial y del aislamiento social vulnera, sin duda, esta disposición y no puede ser justificada por razones de seguridad, pues puede conducir a la destrucción de la personalidad del detenido³⁰.

La DHCOC no se mostró muy severa, sin embargo, a la hora de analizar la compatibilidad de una sanción penitenciaria consistente en siete días de aislamiento, sin colchón y con 700 gramos de pan al día como único alimento, cuando estimó que tal sanción, claramente contraria a las RPE, no alcanzaba el mínimo de gravedad necesaria para vulnerar el artículo 3 CEDH³¹.

En relación con el uso de la fuerza, la DHCOC ha estimado que la violencia gratuita, el acoso al detenido, el empleo de medios coercitivos que no sean estrictamente necesarios en razón del comportamiento del detenido, plantean problemas de compatibilidad con el artículo 3 CEDH³².

También ha analizado la DHCOC el problema de los cuidados sanitarios en las cárceles, a la luz de las exigencias del artículo 3 CEDH. La DHCOC ha declarado que en condiciones excepcionales el estado de salud de un detenido puede obligar a la adopción de medidas humanitarias, inclusive su excarcelación. Pese a ello, en los casos considerados³³ la DHCOC ha estimado que pese al mal estado de salud de los demandantes, su permanencia en prisión no afectaba al artículo 3, en la medida en que recibían cuidados sanitarios suficientes en su lugar de detención.

b) El derecho a la vida privada, la vida familiar y al secreto de la correspondencia

Según conocida jurisprudencia³⁴ el artículo 8 CEDH no se limita a garantizar a toda persona un derecho a vivir como prefiera, protegido de la publicidad, sino que a este derecho a la intimidad, en sentido estricto, es preciso añadirle el derecho a mantener relaciones con terceros, especialmente en el terreno afectivo, a fin de desarrollar la propia personalidad. Son muchos los casos analizados por la DHCOC y el TEDH en relación con el derecho del detenido a mantener contactos con personas que se encuentren en el exterior. La abundante jurisprudencia en la materia ha tenido un impacto indudable en la modificación de las reglas y actitudes de la administración penitenciaria en relación con tales contactos. Así, en su Sentencia Golder, antes cita-

30. Demandas 7572/76, 7586/76 y 7587/76, decisión de 8 de julio 1978, DR 14, pág. 64 y ss.

31. Demanda nº 7408/76, decisión de 11 julio 1977, DR 10, pág. 221 y ss.

32. Comisión Europea de Derechos Humanos, Demanda nº 7630/76, dec. 6.12.79, Informe de conciliación de 12.12.81.

33. Demanda 4133/69, dec. 13.7.1970, Recueil nº 36, pág. 61. Demanda nº 6181/73, dec. 5.10.1974, Recueil nº 46, pág. 188. Demanda 9044/80, Informe de la DHCOC de 17 diciembre 1982.

34. Comisión Europea de Derechos Humanos, decisión de 18.5.76 en relación con la Demanda Nº 6825/74, Anuario XIX, página 342.

da, el TEDH concluyó que las disposiciones del derecho británico que dejaban al arbitrio del *Home Secretary* (Ministro del Interior) la decisión de autorizar o prohibir al condenado la posibilidad de corresponder o no con un abogado con el fin de plantear una reclamación ante los tribunales, vulneraba el derecho del preso a tener acceso a la justicia, garantizado por el CEDH.

b1) Correspondencia

En la sentencia Silver³⁵ el TEDH juzgó que la imposición de un sistema de filtro de la correspondencia remitida por los reclusos a sus abogados –con el fin de que éstos interpusieran una reclamación ante los tribunales– era igualmente contraria a las exigencias del CEDH. Esta sentencia afirmó también el deber de la administración penitenciaria de informar al detenido de los derechos que le asisten y los deberes que le corresponden en virtud de la normativa penitenciaria. En la medida en la que los demandantes no habían tenido acceso a las normas reguladoras del ejercicio del derecho a la correspondencia en prisión, las restricciones impuestas en el caso analizado al ejercicio de este derecho fueron consideradas contrarias al artículo 8 CEDH. Asimismo, la prohibición absoluta de corresponder con otras personas exteriores al círculo familiar e íntimo del detenido, vulnera también, según la sentencia Silver, el derecho a la correspondencia garantizado por el art. 8 CEDH.

La DHCOM evocó el problema con elocuencia cuando dijo que existe una necesidad humana básica de expresar pensamientos y sentimientos, inclusive quejas acerca de dificultades o problemas reales o imaginarios. Esta necesidad es particularmente aguda en prisión, pues los detenidos tienen pocas oportunidades de mantener contactos sociales, lo cual incrementa su necesidad de tener acceso al mundo exterior³⁶. La DHCOM consideró, a su vez, que la prohibición de enviar cartas por contener expresiones manifiestamente groseras vulneraba el derecho a la libertad de expresión del demandante preso.

El control normal de la correspondencia del detenido no resulta contrario, por sí mismo, al artículo 8 CEDH³⁷. Sin embargo, para resultar compatible con las exigencias del CEDH el control efectuado tiene que respetar los tres criterios previstos en el párrafo 2 del artículo 8, a saber, la previsión legal, la persecución de un objetivo legítimo y la necesidad de la medida en una sociedad democrática.

– La exigencia de previsión legal significa que la ley debe precisar las circunstancias en las cuales la administración penitenciaria está autorizada a retener una carta del detenido. Al mismo tiempo obliga a facilitar acceso al detenido a las disposiciones reguladoras de esta materia. De este modo, en sus sentencias Domenichini y Calogero Diana³⁸, el TEDH estimó que la legislación italiana otorgaba un margen de discrecio-

35. Sentencia del TEDH de 25 marzo 1983, serie A n° 61.

36. Demanda N° 5947/72 y otras relativas al caso de la correspondencia de los detenidos. European Human Right Reports, vol. 3, pág. 475.

37. Comisión Europea de Derechos Humanos, Demanda n° 2749/66, dec. 11.7.67, Anuario 10, pág. 388.

38. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencias de 15.11.96 en el asunto Domenichini contra Italia (101/1995/607/695) y Calogero Diana contra Italia (56/1995/562/648).

alidad excesivo a las autoridades penitenciarias a la hora de decidir acerca de las circunstancias que hacían necesario controlar el correo de los detenidos, sin tener en cuenta la duración de la medida de control ni los motivos para operar tal injerencia en el ejercicio del derecho a corresponder. Consecuentemente, Italia fue declarada responsable de una vulneración en cada una de estas sentencias del artículo 8 CEDH.

– La persecución de un objetivo legítimo es el requisito que obliga a que la medida del control de la correspondencia esté diseñada para alcanzar alguno de los objetivos enunciados, limitativamente, en el párrafo 2 del artículo 8. Quiere decirse con esto que la medida de control no debe obedecer a cualquier razón sino tan sólo a alguna de las permitidas en dicha disposición. Normalmente los Estados demandados ante la jurisdicción de Estrasburgo por vulneración del derecho a la correspondencia de los presos alegarán que tal medida obedece a razones de orden público o de protección de derechos de terceros, justificaciones ambas que resultan legítimas en virtud del párrafo 2.

– El control debe resultar “necesario en una sociedad democrática” lo cual, como ya hemos visto, significa que debe responder a una “*necesidad social imperiosa*” para alcanzar el objetivo legítimo perseguido. De este modo, la jurisprudencia ha determinado que el requisito de la necesidad se cumple en aquellos casos en los que la medida de retención de una carta de un preso obedece al hecho de que la misiva contenía acusaciones contra terceros o era susceptible de influenciar a un testigo, o contenía párrafos codificados o de difícil comprensión o amenazaban o facilitaban información sobre otros detenidos.

Si bien la administración penitenciaria puede legítimamente reglamentar con carácter general el ejercicio del derecho a la correspondencia de los presos, por ejemplo, estableciendo la utilización obligatoria de un tipo determinado de papel, no puede en cambio, sin vulnerar el artículo 8 CEDH, establecer prohibiciones u obstáculos generales al ejercicio del mismo. Cada medida concreta de injerencia deberá, por tanto, poder ser justificada en función de los tres criterios ya citados. La apreciación de los mismos por parte de las autoridades nacionales está sometida a la revisión de los órganos jurisdiccionales europeos.

Desde la sentencia Campbell³⁹, la correspondencia de los presos con sus abogados goza de una protección reforzada, pues “independientemente de cuál sea la finalidad de tal correspondencia, tiene por objeto cuestiones de naturaleza confidencial y privada por lo que tales misivas tienen, en virtud del artículo 8 CEDH, un estatus privilegiado”. No caben, por lo tanto, los controles sistemáticos. Sólo caben controles específicos si existen razones plausibles para creer en la existencia de una utilización ilegítima del derecho a la correspondencia. En tal caso, la apertura del sobre debe ir rodeada de suficientes garantías de que la carta no será leída por la administración sino en aquellos casos en los que su contenido amenace la seguridad del establecimiento o de terceros o revista por sí misma un contenido delictivo. La DHCOT ha considerado que la interceptación de una carta de un preso a su abogado y su transmisión sin haber sido leída al Decano del Colegio de Abogados resultaba una medida proporcionada,

39. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 25.3.92 en el asunto Campbell contra el Reino Unido, Serie A nº 233.

ante las sospechas de que su contenido pudiese resultar delictivo, y que, por lo tanto, tal medida no vulneraba el CEDH.

Aún más privilegiada resulta la correspondencia del detenido con la propia DHCOM. El derecho a corresponder con la DHCOM deriva directamente del artículo 25 CEDH, que encarna un verdadero derecho de intentar una acción ante un órgano internacional. Pues bien, el artículo 25, párrafo 1, in fine establece que las Altas Partes Contratantes [...] se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho.

Como ha dicho el TEDH, la confidencialidad de la correspondencia destinada a los órganos de Estrasburgo reviste una importancia extrema pues puede contener alegaciones relativas a vulneraciones de los derechos humanos cometidas por las autoridades o funcionarios de prisiones⁴⁰. La apertura de cartas de esta naturaleza abre la puerta a posibles represalias contra el detenido y puede afectar al derecho de recurso garantizado por el artículo 25 CEDH. Por estos mismos motivos tampoco resultan admisibles los retrasos en la transmisión del correo a la DHCOM o al TEDH⁴¹. No debe ejercitarse presión alguna sobre el preso para que retire su demanda⁴², ni aplicar sanción disciplinaria alguna con motivo de la interposición de una demanda ante la DHCOM o con motivo del contenido de ésta⁴³. Por todo ello, si bien este tipo de correspondencia no escapa completamente al control de las autoridades penitenciarias⁴⁴, parece evidente que el ámbito del control será, necesariamente, muy reducido.

b2) Visitas

La jurisprudencia considera⁴⁵ que el derecho a la vida privada de los reclusos incluye el derecho a mantener, en la medida en que resulte posible, contactos con el exterior a fin de facilitar la integración del preso en la sociedad una vez liberado. Las visitas a los condenados son una de las medidas más frecuentemente utilizadas para preservar el contacto con el exterior.

En la sentencia Boyle y Rice⁴⁶ el TEDH indicó que para determinar el alcance de la obligación del Estado en relación con el derecho del preso en materia de visitas es preciso tener en cuenta las exigencias normales y razonables que se derivan del inter-

40. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 25.3.92, serie A n° 233.

41. Comisión Europea de Derechos Humanos, Demandas N° 5351/72 y 6579/74, Recueil n° 46, página 85

42. Comisión Europea de Derechos Humanos, Demanda N° 5265/71, Recueil n° 3, página 5.

43. Artículo 3 del Acuerdo Europeo relativo a las personas que participan en los procedimientos ante la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 6 de mayo de 1969, publicado en el BOE, n° 183 de 2 de agosto de 1989.

44. Comisión Europea de Derechos Humanos, Demanda N° 424/58, dec. 1.4.60.

45. Comisión Europea de Derechos Humanos, Demanda N° 9054/80, dec. 8.10.82, DR 30, página 113.

46. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 27.4.88 en el asunto Boyle and Rice contra el Reino Unido, Serie A n° 131.

namiento, debiéndose reservar un margen de apreciación a las autoridades nacionales a la hora de reglamentar los contactos del detenido con su familia.

La denegación de un permiso de visita constituirá, por tanto, una injerencia en el artículo 8 que sólo resultará legítima si encuentra justificación según lo dispuesto en el párrafo 2 de esta misma disposición. La DHCOM comprobará con particular puntilliosidad el cumplimiento de los requisitos del artículo 8, párrafo 2, en relación con las restricciones impuestas a las visitas de la familia próxima. En un caso muy reciente la DHCOM consideró⁴⁷ que la legislación francesa dejaba un margen de discrecionalidad excesivamente amplio a las autoridades nacionales a la hora de rehusar las visitas de familiares. El riesgo de arbitrariedad que esta situación generaba fue considerado incompatible con la exigencia de que toda injerencia en el derecho a la vida familiar esté fundada en la ley. Por ello Francia fue condenada por vulneración del artículo 8 CEDH.

Sin embargo, la DHCOM⁴⁸ ha considerado que la limitación del número de personas autorizadas a visitar al preso resulta compatible con el CEDH, pues resulta una medida necesaria en una sociedad democrática para la protección del orden. En otro caso la DHCOM indicó expresamente⁴⁹ que la restricción de visitas por parte de personas cuyo objetivo es alimentar una cierta campaña de opinión pública no puede ser considerado ni siquiera como una injerencia en la vida privada del detenido.

Resulta de particular importancia la duración de la medida de restricción. Si bien una restricción temporal del derecho de visita para impedir que el preso establezca contacto o vínculos con sus cómplices, o que se destruyan pruebas, puede resultar compatible con el CEDH⁵⁰, la prolongación en el tiempo de tal medida puede convertirla en ilegítima a los ojos de los órganos de Estrasburgo. La DHCOM también tendrá en cuenta si el detenido disponía de otro medio distinto a las visitas para comunicar con su familia. El derecho del preso a recibir visitas, que deriva de su derecho a la vida privada y familiar, no implica, sin embargo, una obligación de resultado por parte de las autoridades penitenciarias, las cuales no están obligadas a garantizar que la visita tenga efectivamente lugar y que el visitante acuda a la prisión el día y hora a la que su visita estaba autorizada⁵¹.

b3) Salidas

Los permisos de salida son un medio para permitir el mantenimiento de la vida familiar de los condenados y para preparar su retorno al mundo libre y reinserción

47. Caso C.G. contra Francia, Informe de la CEDH de 6.7.94, Demanda N° 17261/90.

48. Comisión Europea de Derechos Humanos, Demanda 7878/77, dec. 19.3.81, DR 23, pág. 102.

49. Comisión Europea de Derechos Humanos, Demanda N° 9054/80, dec. 8.10.82, DR 30, página 113.

50. Comisión Europea de Derechos Humanos, Demanda N° 17863/91, dec. 7.12.92. En esta decisión la DHCOM consideró que una duración de 7 meses era "relativamente breve" y, por ende, necesaria en una sociedad democrática para garantizar el orden y la prevención de infracciones penales.

51. Comisión Europea de Derechos Humanos, Demanda N° 19946/92, Informe del 5.4.95 (no publicado).

social tras purgar la pena de prisión⁵². Su utilización por las legislaciones penitenciarias ha ido en aumento desde principios de los años 80. El Comité de Ministros adoptó con fecha de 24 de septiembre de 1982, la Recomendación R (82) 16 sobre los permisos penitenciarios que atribuye a los permisos de salida una importancia particular para el detenido, especialmente si purga una pena privativa de libertad de una cierta duración, pues los permisos “le permiten abandonar el medio artificial y sobreprotegido de la prisión y volver a implicarse en las realidades de la vida cotidiana del mundo exterior”⁵³.

La DHCOM ha considerado que el rechazo de un permiso de salida solicitado por un preso para visitar a su madre hospitalizada es susceptible de entrar en conflicto con el derecho del preso al respeto de su vida familiar⁵⁴. En el caso analizado, el preso se había beneficiado con anterioridad de varios permisos de salida por el mismo motivo y a la hora de rechazar su nueva solicitud las autoridades penitenciarias carecían de información acerca del agravamiento del estado de salud de la madre. En virtud de las circunstancias del caso concreto, la DHCOM desestimó, por tanto, la alegación de vulneración del artículo 8 CEDH. En otra ocasión⁵⁵, la DHCOM consideró que la desestimación de una solicitud de permiso de salida para acudir al funeral de su madre constituía una injerencia en el derecho a la vida privada del preso. Esta medida, apreció sin embargo la DHCOM, estaba, en el caso concreto, justificada pues era necesaria para proteger la seguridad pública.

De manera general, se hace necesario ponderar, en cada caso concreto, el interés público en la ejecución de las condenas penales con el derecho individual del preso a abandonar el establecimiento por motivos derivados del ejercicio de su vida privada o familiar.

b4) Comunicaciones telefónicas

La DHCOM se ha visto confrontada, en varias ocasiones, con alegaciones provenientes de personas condenadas según las cuales la imposibilidad de hacer o recibir llamadas telefónicas vulneraba los derechos reconocidos por el artículo 8 del CEDH y, más particularmente, el derecho al respeto de la vida familiar. La DHCOM ha apuntado⁵⁶, a este respecto, que si bien el cumplimiento de una pena de prisión implica, por su misma naturaleza, una limitación de la vida privada y familiar, forma parte esencial del derecho al respeto de la vida familiar el que las autoridades penitenciarias ayuden a los presos a mantener contactos efectivos con su familia cercana.

52. Vide Carlos García Valdés, “Comentarios a la Legislación Penitenciaria”, Ed. Civitas, 1982, páginas 147 y ss, en relación con los Artículos 47 y 48 de la LGP.

53. Vide la exposición de Motivos de la R (82) 16 en “Le congé pénitentiaire”, Recomendación n° R(82) 16 et exposé des motifs, Editions du Conseil de l’Europe, 1983, página 10.

54. Comisión Europea de Derechos Humanos, Demanda N° 21056/92, dec. 29.11.93.

55. Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos en relación con la Demanda N° 5229/71, citada por L. Loucaides en “Essays of the Developing Law of Human Rights”, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, página 93.

56. Comisión Europea de Derechos Humanos, Demanda N° 9054/80, dec. 8.10.82, DR 30, página 113.

En el caso Buitrago Montes y Pérez López contra el Reino Unido⁵⁷, los demandantes, de nacionalidad colombiana y condenados en Escocia a largas penas de prisión por tráfico de drogas, se quejaron ante la DHCOC de la imposibilidad de tener acceso a un teléfono, único medio de contacto directo con sus familias en Colombia. Según sus alegaciones, esta restricción constituía una interferencia injustificable en el disfrute de su derecho a la vida familiar. Tras recordar que el mantenimiento de contactos con la familia es uno de los elementos constitutivos del derecho al respeto de la vida familiar, la DHCOC observó que la separación de los demandantes de sus familias era el resultado directo e inevitable de su condena. Por otro lado, la razón por la cual los demandantes no tenían acceso al teléfono era su clasificación como detenidos peligrosos. En la medida en la que, a pesar de ello, los demandantes no estaban privados de otros medios de comunicación con sus familias –tales como cartas o visitas– la imposibilidad de mantener contactos telefónicos no equivalía, según la DHCOC, a una injerencia en la vida familiar, pues la clasificación penitenciaria atribuida a los demandantes no les había privado de manera irrazonable y arbitraria de su capacidad de mantener contactos con sus familias.

En otro caso⁵⁸, un preso, condenado a 11 años de cárcel por tráfico de drogas, se quejó de la imposibilidad de mantener contactos telefónicos con sus hijos durante un periodo de seis meses. La DHCOC observó, de nuevo, que la razón por la cual el demandante no podía tener acceso al teléfono era su clasificación como peligroso, tras haber participado en varios motines. Las garantías que habían rodeado la adopción de tal medida, inclusive su control por los tribunales, la limitación temporal de la misma, la posibilidad de comunicar por carta y el hecho de que la comunicación con sus hijos dependiera del consentimiento de la madre, a quien había sido confiada la custodia, fueron considerados elementos suficientes por parte de la DHCOC para considerar que no había existido falta de respeto, por parte de las autoridades noruegas, del derecho a la vida familiar del demandante.

b5) Matrimonio, vida familiar y relaciones conyugales

La DHCOC ha establecido⁵⁹ que la esencia del derecho a contraer matrimonio, reconocido por el artículo 12 CEDH es la de formar una asociación generadora de solidaridad jurídica entre un hombre y una mujer. Estos pueden decidir crear una asociación de esta naturaleza incluso si se encuentran en la imposibilidad de cohabitar. La libertad de la persona no es una condición necesaria para el ejercicio del derecho a contraer matrimonio. La legislación nacional puede reglamentar el ejercicio del derecho a casarse pero no puede vaciar el derecho de su contenido sustancial.

La DHCOC ha rechazado expresamente que se pueda asimilar la situación de un recluso con la de determinadas personas –marino en alta mar, militar en servicio de guerra, sacerdote– que voluntaria o involuntariamente se colocan en una determinada

57. Comisión Europea de Derechos Humanos, decisión de 2 de diciembre 1992, no publicada.

58. Comisión Europea de Derechos Humanos, Demanda N° 21863/93, dec. 5 abril 1995, no publicada.

59. Comisión Europea de Derechos Humanos, Demanda N° 7114/75, Informe de la DHCOC de 13 de diciembre de 1979, DR 24, página 5.

situación que les imposibilita casarse. Un detenido puede desear casarse a pesar de estar privado de libertad y el ejercicio de este derecho depende de las autoridades nacionales más que de la situación de privación de libertad en la que se encuentra. De este modo, los poderes públicos deben o bien llevarle escoltado al lugar de matrimonio o bien autorizar la celebración del matrimonio en el interior del establecimiento penitenciario⁶⁰.

En relación con el mantenimiento de la vida familiar, la DHCOS considera que el hecho de purgar una pena de prisión es, por la misma naturaleza de la pena, una limitación al ejercicio del derecho al respeto de la vida familiar garantizado por el artículo 8 CEDH. No obstante, esta disposición impone la obligación a las autoridades penitenciarias de asistir al detenido a mantener un contacto efectivo con los miembros de la familia próxima⁶¹. La DHCOS ha afirmado, a este respecto, que “considera especialmente importante el que los presos puedan mantener y desarrollar vínculos familiares, a fin de poder soportar mejor la vida en prisión y preparar mejor el retorno a la vida de comunidad”⁶².

A pesar de tal declaración de principios, la posición de la DHCOS en relación con las visitas conyugales o íntimas ha sido extrañamente restrictiva. Ciertamente, la DHCOS expresó, en decisiones antiguas, simpatía hacia el movimiento de reforma de los sistemas penitenciarios tendentes a mejorar las condiciones de detención, facilitando en cierta medida las relaciones conyugales o sexuales en prisión. No obstante, ha mantenido siempre una línea jurisprudencial conforme a la cual la prohibición de mantener relaciones íntimas en prisión –los llamados *vis à vis*– no es constitutiva de vulneración alguna del artículo 8 CEDH, por ser una interferencia necesaria, en una sociedad democrática, para preservar la seguridad y el orden⁶³. La DHCOS resaltó, a este respecto, la posibilidad que ofrecen tales visitas íntimas de intercambiar mensajes secretos y de introducir objetos fraudulentamente en el recinto penitenciario. Al mismo tiempo, la autorización de tales visitas obligaría a las autoridades penitenciarias a renunciar a su derecho de ejercer una vigilancia constante sobre los detenidos.

El hecho de que la práctica general de los Estados parte en el CEDH fuera, en ese momento, la de no permitir las relaciones sexuales en prisión tuvo una influencia considerable en esta toma de posición de la DHCOS. También lo tuvo el hecho de que las Reglas mínimas europeas sobre el tratamiento de los detenidos (antecedente de las Reglas Penitenciarias Europeas)⁶⁴ no reconocieran tal derecho a los reclusos.

60. Véase también la Resolución del Comité de Ministros DH (81)5, adoptada el 2 de abril de 1981.

61. Comisión Europea de Derechos Humanos, Demanda 9054/80, dec. 8.10.82, DR 30, página 113. Más recientemente, vide Demanda Nº 21863/93, dec. 5.4.1995, no publicada.

62. Comisión Europea de Derechos Humanos, Demandas Nº 32095 y 32568/96, dec. 22.10.1997, DR 91, página 61.

63. Vide, Comisión Europea de Derechos Humanos, Demanda Nº 6564/74, dec. 21.5.75, DR 2, página 105; Demanda Nº 8166/78, dec. 3.10.78, DR 13, página 241.

64. Las RPE, en su versión actual contenida en la Recomendación nº R(87)3 de 12 de febrero de 1987 reconocen el derecho a comunicarse con la familia y a recibir visitas a intervalos regulares de los miembros de ésta en prisión (Regla 43). Este derecho no alcanza, no obstante, el derecho a mantener relaciones sexuales en el transcurso de tales visitas. Véase, a este respecto, la Exposición de Motivos de la R(87)3.

Algún autor⁶⁵ ha expresado, con posterioridad a las decisiones antes citadas, la esperanza de que se produjera una evolución jurisprudencial en esta materia, propiciada por el progresivo acogimiento, en las legislaciones y la práctica penitenciarias europeas, de la técnica de las visitas conyugales como medio de preservar el contacto del preso con su círculo íntimo y el mundo exterior y como medio de humanización de las condiciones de detención. En aquellos casos en los que no existe un riesgo serio de que se produzcan desórdenes o infracciones penales, especialmente cuando se trata de pequeños delincuentes, la restricción permanente al disfrute de esta forma de mantenimiento de la vida familiar durante la detención resulta, desde esta perspectiva, injustificable.

No obstante, la DHCOM ha resultado poco receptiva a tales llamamientos a integrar el derecho a las visitas conyugales en el ámbito de la garantía del artículo 8 CEDH. En decisiones recientes la DHCOM ha confirmado su jurisprudencia anterior, según la cual, si bien la prohibición de visitas conyugales constituye una interferencia en el derecho al respeto de la vida familiar, no resulta contraria a esta disposición por tratarse de una interferencia necesaria en una sociedad democrática, para la protección del orden y la prevención del crimen⁶⁶. Esta decisión fue adoptada en relación con una pareja que contrajo matrimonio durante la fuga de uno de ellos, condenado a una larga pena de prisión. Alegando que, vista su edad, no podrían tener hijos si esperaban al cumplimiento de la condena, los demandantes solicitaron sin éxito a las autoridades penitenciarias autorización de tener visitas conyugales para procrear durante un corto período de tiempo subsiguiente a un tratamiento de fecundidad de la esposa. Pues bien, el rechazo de tal solicitud no fue considerado contrario ni al artículo 8 CEDH, ni al artículo 12 CEDH.

Si bien en el caso citado en el párrafo anterior los demandantes rechazaban la inseminación artificial por resultar tal práctica contraria a la religión católica de la que ambos eran devotos⁶⁷, la DHCOM ha dejado en otro asunto⁶⁸ la puerta abierta a que el derecho al respeto de la vida familiar pueda incluir, en ausencia de autorización de visitas conyugales, un derecho a la inseminación artificial. En el caso examinado la DHCOM evitó pronunciarse sobre la cuestión al constatar que la solicitud del demandante de que se autorizara la inseminación artificial fue finalmente atendida favorablemente por las autoridades penitenciarias británicas durante el procedimiento ante la jurisdicción europea.

65. E. Fitzgerald, "Les Droits de l'Homme dans les Prisons: la formation professionnelle du personnel pénitentiaire", Les éditions du Conseil de l'Europe, 1995, página 13.

66. Comisión Europea de Derechos Humanos, Demanda Nº 17142/90, dec. 10.7.91, no publicada. Demandas Nº 32094/96 y 32568/96, dec. 22.10.97, DR 91, página 61.

67. La DHCOM recordó, a este respecto, que el artículo 9 CEDH, que reconoce el derecho a la libertad religiosa, no reconoce el derecho a ser exonerado del cumplimiento de normas de aplicación general y neutral, tales como la prohibición de las visitas conyugales. (Véase, Comisión Europea de Derechos Humanos, Demanda Nº 10358/83, dec. 15.12.83, DR 37, página 142).

68. Comisión Europea de Derechos Humanos, Demanda Nº 17142/90, dec. 10.7.91, no publicada.

c) Otros aspectos de la jurisprudencia relativa a los derechos fundamentales de los reclusos

Como ya se ha dicho con anterioridad, más de un tercio de las demandas interpuestas al amparo del artículo 25 CEDH provienen de personas privadas de libertad. Por consiguiente, el TEDH y, sobre todo la DHCOS, en cuanto órganos encargados de la tutela de los derechos y libertades reconocidos por el CEDH, se han encontrado con una gran riqueza casuística, vinculada a múltiples aspectos relacionados con el hecho de la privación de libertad, y han sido llamados a pronunciarse acerca de su compatibilidad con las exigencias del tratado. Excedería, no obstante, el propósito de este trabajo el analizar con detenimiento todos y cada uno de los supuestos examinados por los órganos de Estrasburgo. Debe subrayarse, en particular, que cuestiones tales como la aplicabilidad de las garantías del artículo 6 CEDH a los procedimientos disciplinarios penitenciarios⁶⁹ o la relativa a la legalidad de la detención de reclusos beneficiarios de una liberación condicional⁷⁰, son merecedoras de un examen separado.

El propósito de las líneas que siguen no es otro, por lo tanto, que el apuntar algunas de las decisiones más importantes en relación con el tema que nos ocupa. Así, ante la queja de un recluso que alegaba que la obligación de llevar uniforme en prisión era contraria a su derecho al respeto de la vida privada, la DHCOS desestimó la demanda⁷¹ al considerar que, si bien la imposición de llevar uniforme en prisión debía analizarse como una injerencia en la vida privada, tal injerencia debía ser considerada como necesaria, en una sociedad democrática, para la seguridad pública y la defensa del orden y la prevención del delito. Además, la DHCOS consideró que no se podía extraer del artículo 9 CEDH (derecho a la libertad de conciencia y religión) ningún derecho a vestir la ropa de su propia elección en prisión, ni tampoco un derecho a negarse a participar en la limpieza de la celda. La prohibición impuesta al demandante de recibir visitas o mantener contactos con otros reclusos mientras se negara a portar uniforme fue igualmente justificada por la DHCOS, como necesaria para la seguridad pública y/o la defensa del orden.

La DHCOS ha considerado, por otro lado, que si bien la prohibición impuesta a un recluso de recibir la visita de periodistas en prisión podía ser analizada como una restricción a la libertad de expresión, garantizada por el artículo 10 CEDH, tal restricción resultaba legítima en virtud del párrafo 2 de este mismo artículo, como necesaria, en una sociedad democrática para la defensa del orden⁷².

Por otro lado, según la jurisprudencia derivada del asunto *McFeeley*, tampoco puede extraerse del derecho a la libertad de conciencia, garantizado por el artículo 9 CEDH, ningún derecho a beneficiarse de un status especial o de una clasificación

69. Véase, a este respecto y a modo de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Campbell y Fell*, 28.04.84, Serie A n° 80.

70. Véase, a este respecto y a modo de ejemplo, las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *X. contra Reino Unido*, de 5.11.81 y de 18.10.82 (artículo 50), Serie A n°s. 46 y 55.

71. Comisión Europea de Derechos Humanos, Demanda N° 8231/78, dec. 6.3.82, DR 28, página 5.

72. Comisión Europea de Derechos Humanos, Demanda N° 3914/69, Recueil 34, página 22.

determinada durante la estancia en prisión. En particular el artículo 9 CEDH no garantiza el acceso a un estatuto de preso político⁷³.

Ante la alegación por parte de un recluso de que la imposibilidad de proseguir estudios de tecnología avanzada en prisión era constitutiva de una vulneración de su derecho a la educación, garantizado por el artículo 2 del Protocolo Adicional al CEDH, la DHCOR replicó⁷⁴ que el derecho a la educación cubre la posibilidad de hacer uso de los medios educativos existentes en un momento determinado sin que el CEDH imponga una determinada extensión de estos medios, ni tampoco en cuanto a su organización o gratuidad. Por lo tanto, el derecho a la educación cubre, esencialmente, el derecho a la educación primaria. El hecho de que no puedan seguirse estudios avanzados de tecnología en prisión no resulta, por consiguiente, contrario a las obligaciones derivadas del cumplimiento del tratado. En otro asunto⁷⁵, la DHCOR reiteró que el CEDH no garantiza a una persona condenada el derecho a exigir que las autoridades penitenciarias pongan a su disposición obras de consulta o textos jurídicos que le permitan mejorar su formación.

Es necesario puntualizar, en fin, que el CEDH no reconoce derecho alguno a la liberación condicional. Nada se opone, en el CEDH, a la imposición de una pena de cadena perpetua ni a su cumplimiento íntegro⁷⁶. Al pronunciar su decisión en el asunto Kotälla contra los Países Bajos, la DHCOR era perfectamente consciente de la existencia de diversos pronunciamientos de Tribunales Constitucionales europeos (Alemania, Italia) y de otros órganos del Consejo de Europa (Comité Europeo de Problemas Penales y Comité de Ministros) que consideraban que la reclusión a perpetuidad sin esperanza de liberación podía resultar una pena inhumana que, en cualquier caso, resultaba inapropiada o indeseable. La DHCOR observó, no obstante, que ninguna disposición del CEDH, ni siquiera el artículo 3, obliga a los Estados Parte a establecer mecanismos de reconsideración de las penas legalmente impuestas y que, por lo tanto, el condenado no tiene derecho convencional alguno a la liberación condicional o a la terminación anticipada del cumplimiento de la pena.

En la medida en que la liberación condicional es un privilegio y no un derecho, su concesión, rechazo o revocación no está sometido a las garantías del artículo 5 CEDH, si bien la jurisprudencia exige que el reingreso en prisión de una persona condenada tras disfrutar de un período de liberación condicional mantenga un nexo de causalidad con la condena originalmente pronunciada por el tribunal sentenciador⁷⁷.

73. Comisión Europea de Derechos Humanos, Demanda N° 8317/78, dec. 15.5.80, DR 20, página 44.

74. Comisión Europea de Derechos Humanos, Demanda N° 5962/72, dec. 13.3.75, DR, página 50.

75. Comisión Europea de Derechos Humanos, Demanda N° 1854/63, no publicada, citada por A. Reynaud en "Les personnes incarcérées et la CEDH", *Les Droits de l'Homme dans les Prisons*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1986, página 103.

76. Comisión Europea de Derechos Humanos, Demanda N° 7994/77, dec. 6.5.78, DR 14, página 238.

77. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencias de 24.7.82 en el Asunto Van Droogenbroeck contra Bélgica, Serie A n° 50 y de 2.3.87 en el asunto Weeks contra el Reino Unido, serie A n° 114.

5. EL ALEJAMIENTO DEL RECLUSO DE SU DOMICILIO

La cuestión de saber si el CEDH atribuye a los reclusos algún derecho a purgar la pena de prisión impuesta en un establecimiento cercano a su domicilio o al de su familia próxima es tónica y recurrente en el debate político vasco. Puede, por lo tanto, resultar de una cierta utilidad clarificar, en este momento, algunos de sus aspectos jurídicos y, más concretamente, analizar la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales europeos al respecto.

A la vista de la jurisprudencia descrita más arriba, según la cual los Estados Parte en el CEDH deben asistir a los reclusos a mantener contactos efectivos con su familia cercana, resulta tan oportuno como legítimo preguntarse, en particular, si el artículo 8 CEDH es susceptible de amparar una pretensión de acercamiento del preso a un lugar cercano al lugar donde resida su familia, con el fin de facilitar el mantenimiento de su vida familiar y su posterior reintegración social.

Antes de examinar la jurisprudencia existente en la materia debe hacerse referencia al contenido del derecho amparado por el artículo 8, párrafo 1 del CEDH. Al contrario que las demás disposiciones del CEDH garantizadoras de derechos fundamentales, el artículo 8, párrafo 1 no reconoce un derecho a "... la vida privada, la vida familiar, el domicilio o la correspondencia" sino un derecho "*al respeto* de la vida privada, la vida familiar, etc..." La jurisprudencia ha extraído importantes consecuencias del concepto de "respeto" incardinado en el artículo 8, párrafo 1 CEDH. Así en la sentencia Marckx⁷⁸, el TEDH afirmó que "el artículo 8 CEDH significa, en primer lugar, que el Estado parte no puede interferir en el ejercicio del derecho a la vida familiar, pues tiene como objetivo esencial el de proteger al individuo contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos. *Sin embargo, esta disposición no se limita a imponer una obligación de abstención de tales injerencias al Estado, pues a esta obligación negativa pueden añadirse obligaciones positivas, inherentes a la exigencia de un respeto eficaz de la vida familiar*"⁷⁹.

Es necesario, por lo tanto, distinguir entre injerencia e incumplimiento de una obligación positiva derivada del CEDH. En su significado ordinario, la palabra "injerencia" debe entenderse como el resultado de una acción deliberada y no de una simple negligencia⁸⁰. De manera más general, la abstención o la negativa a actuar de determinada manera o de legislar no constituyen injerencias, si bien pueden resultar contrarias a la obligación positiva de "respeto"⁸¹. De este modo, una determinada reglamentación, una práctica o una laguna legal pueden no constituir una injerencia en el ejercicio de la vida familiar y, a pesar de ello, resultar contrarias al artículo 8 CEDH, por incumplir la obligación positiva de asegurar un respeto efectivo de la vida familiar.

78. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 13.6.79 en el asunto Marckx contra Bélgica, Serie A nº 31.

79. La cursiva es mía.

80. Comisión Europea de Derechos Humanos, Demanda Nº 8383/78, dec. 3.10.79, DR 17, página 227.

81. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 17.10.86 en el caso Rees contra el Reino Unido, serie A nº 106.

Toda injerencia en los derechos garantizados por el artículo 8 debe poder ser justificada con arreglo al párrafo 2 de esta disposición, –debe estar prevista por la ley, perseguir un objetivo legítimo y resultar necesaria en una sociedad democrática, como ya se ha dicho– so pena de ser constitutiva de una vulneración del CEDH. Ahora bien, cuando el Estado no comete una injerencia en el ejercicio del derecho sino que lo que hace es incumplir su obligación positiva de garantizar el respeto a la vida familiar no es necesario acudir a los términos del párrafo 2 para saber si existe o no vulneración del CEDH. En realidad, en este tipo de casos el párrafo 1 se autoabastece, pues el problema no es el de encontrar justificación a la interferencia sino la ausencia de medidas destinadas a garantizar el disfrute efectivo de un derecho. Cuando se habla de infracción de las medidas positivas, por lo tanto, el debate se sitúa, exclusivamente, en el terreno del párrafo 1, pues el párrafo 2 sólo se aplicará cuando exista alguna medida de injerencia⁸².

Hay que admitir que la jurisprudencia en esta materia adolece de una cierta falta de nitidez, como reconoció el propio TEDH en su sentencia *Abdulaziz, Cabales y Balkandali*⁸³, cuando dijo: “en lo relativo a las obligaciones positivas el concepto de “respeto” no tiene contornos claros. A la vista de la diversidad de las prácticas existentes y de las situaciones prevalecientes en los Estados contratantes, las exigencias derivadas de este concepto variarán considerablemente de un caso a otro”. En su sentencia *Cossey*⁸⁴, el TEDH precisó que para saber si el Estado ha demostrado suficiente “respeto” por el derecho a la vida familiar “debe comprobarse si se ha llevado a cabo una ponderación equitativa entre el interés general de la comunidad y el interés del individuo, ponderación que es inherente al CEDH en su conjunto”.

Si aplicamos la distinción anterior en relación con la cuestión que nos ocupa, parece necesario concluir que la falta de acercamiento de un preso al domicilio de su familia constituiría, todo lo más, una falta de respeto a su vida familiar y no una injerencia en ésta. Ello se hace aún más evidente si tenemos en cuenta el amplio margen de discrecionalidad del que disfrutaban las autoridades nacionales a la hora de elegir el centro de cumplimiento de la pena. Siguiendo la doctrina de las obligaciones positivas habría que determinar, por lo tanto, si la falta de acercamiento es ilustrativa de una falta de respeto por la vida familiar del preso o, dicho de otro modo, si a la hora de decidir sobre el lugar de cumplimiento de la pena impuesta las autoridades nacionales han ponderado adecuadamente el interés general y el interés del preso en purgar su pena cerca de su familia.

Si bien en la mayoría de los casos que analizaremos la DHCOR ha procedido de la manera señalada, se hace necesario advertir que la DHCOR no ha hecho gala de la precisión conceptual necesaria, mezclando conceptos como “injerencia” –infracción del deber de abstención– con la noción de “falta de respeto” (*lack of respect*) –infrac-

82. Véase, a este respecto, Harris, O’Boyle y Warbrick, “Law of the European Convention on Human Rights”, Butterworths, London, 1995, página 322.

83. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 28.5.85 en el asunto *Abdulaziz, Cabales y Balkandali* contra el Reino Unido, serie A n° 94.

84. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 27.9.90 en el asunto *Cossey* contra el Reino Unido, serie A n° 184.

ción de la obligación positiva—. Ello es debido, sin duda, a que en la práctica resulta a veces difícil operar una distinción drástica pues no existe una separación tajante entre ambos tipos de obligación. Además, a la hora de determinar si se ha cumplido o no la obligación de no injerencia o la obligación positiva los principios aplicables son bastante parecidos⁸⁵.

Veamos ahora los principios generales de la jurisprudencia aplicables a la cuestión del acercamiento. Seguidamente analizaremos cuál ha sido la respuesta de la DHCOM a los dos tipos de supuestos en los que la cuestión del alejamiento-cercanía del preso, con respecto al domicilio de su familia, se ha planteado.

5.1. Jurisprudencia general

El concepto de familia, ha dicho la DHCOM⁸⁶, posee, para las personas privadas de libertad, un contenido más amplio que para las personas libres, pues los presos tienen un contacto limitado con la sociedad exterior y escasos medios para mantener los vínculos con los miembros de su familia. La vida familiar está inevitablemente restringida a las visitas, la correspondencia y otros modos de comunicación, como las llamadas telefónicas. En tales circunstancias, la dependencia emocional, por ejemplo entre padres e hijos adultos, se ve necesariamente incrementada. En segundo lugar, como ya lo hemos indicado, el artículo 8 CEDH impone al Estado una obligación de ayudar, en toda la medida de lo posible, al preso a crear y desarrollar lazos con las personas que se encuentran en el exterior de la prisión a fin de contribuir a la rehabilitación social del preso⁸⁷. La jurisprudencia sigue, en este terreno, lo dispuesto por las RPE, según las cuales, “deben llevarse a cabo todos los esfuerzos necesarios para asegurarse de que el régimen de los establecimientos sea establecido y gestionado de manera que se mantengan los vínculos de los detenidos con los miembros de su familia y el mundo exterior en interés de los unos y de los otros”⁸⁸.

Ahora bien, la jurisprudencia matiza considerablemente la extensión de la obligación de ayudar al mantenimiento de la vida familiar, estableciendo, de manera constante, que el preso no tiene derecho alguno, en virtud del CEDH, a elegir el establecimiento donde purgará su pena. Esta misma jurisprudencia insiste en que la separación y alejamiento del preso de su familia es una consecuencia inevitable de la detención⁸⁹. En el mismo sentido, las RPE tampoco amparan el derecho a escoger el establecimiento de cumplimiento. La única referencia a la existencia de un vínculo

85. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 21.2.90 en el asunto Powell y Rayner contra el Reino Unido, Serie A nº 172.

86. Comisión Europea de Derechos Humanos, Demanda Nº 19085/91, dec. 9.12.92, sin publicar.

87. Véase, entre otras, Comisión Europea de Derechos Humanos, Demanda Nº 15817/89, dec. 1.10.90, DR 66, página 251.

88. Regla 65, littera c.

89. Véanse, por ejemplo, Comisión Europea de Derechos Humanos, Demanda Nº 5229/71, dec. 5.10.72, Recueil 42, página 140; Nº 5712/72, dec. 15.7.74, Recueil 46, página 112. Jurisprudencia cuya validez es reiterada en múltiples casos recientes entre los que podemos citar, las Demandas Nº 23241/94, dec. 20.10.94, DR 79, página 121; Nº 25632/94, dec. 26.2.97, no publicado; Nº 18632/91, dec. 9.12.92, no publicada.

entre la elección del establecimiento y el derecho a la vida familiar o la vida privada se encuentra en la Recomendación R(84)12⁹⁰, la cual dispone que la afectación de un preso extranjero a un centro penitenciario debe llevarse a cabo “en función de sus necesidades particulares, teniendo en cuenta sus posibilidades de comunicación con personas de la misma nacionalidad, lengua, religión y cultura”. Esta posibilidad, dice la R(84)12, “deberá estar prevista sobre todo cuando el sistema penitenciario nacional permita la toma en consideración de los deseos del preso a la hora de afectarlo a un determinado establecimiento”.

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha puesto en evidencia los efectos más indeseables de las penas de prisión en el ámbito familiar y social cuando ha dicho, en su Recomendación 1340(1997)⁹¹, que “la detención plantea múltiples problemas de orden social, en particular en el ámbito familiar, sobre todo para los hijos... La condena a la privación de libertad no garantiza el pleno respeto del principio de individualización de la pena pues la familia del detenido sufre los efectos subsidiarios de la pena principal impuesta al condenado, cuando menos en razón de la deterioración de la situación económica familiar”. En el mismo sentido las RPE afirman que la prisión, en la medida en que priva al individuo de su libertad, constituye por sí misma un castigo. Por lo tanto, las condiciones de la detención y el régimen penitenciario no deben agravar el sufrimiento causado, salvo si la segregación y el mantenimiento de la disciplina lo justifican⁹².

Las consideraciones relativas a la necesidad de evitar un agravamiento de la pena de prisión, de por sí gravosa, y los efectos secundarios de ésta sobre la familia del recluso, explican la aparición de una jurisprudencia según la cual la detención de un preso en un lugar muy alejado de su hogar o familia puede, *en circunstancias excepcionales*, infringir las exigencias del artículo 8 CEDH⁹³. En una decisión más reciente, la DHCOM ha afirmado que el hecho de mantener a una persona recluida en un establecimiento penitenciario, alejada de su familia, hasta tal punto que las visitas sean muy difíciles o incluso imposibles, puede, *en circunstancias excepcionales*⁹⁴, constituir una injerencia en la vida familiar, pues la posibilidad de visitar al preso es un factor para el mantenimiento de la vida familiar⁹⁵.

90. Adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 21 de junio de 1984, en la 374a Reunión de los Delegados de los Ministros.

91. Debate en la Asamblea Parlamentaria el 22 de septiembre 1997 (25a sesión). Véase documento 7816, ponencia de la Comisión de cuestiones sociales, salud y familia, ponente, Earl of Dundee.

92. Regla 64. Además, la Regla 67 insiste en la necesidad de personalizar el tratamiento, para lo cual la repartición de la población reclusa en los distintos establecimientos es un instrumento esencial. En su párrafo 3 esta regla establece que los detenidos deben de ser clasificados en la categoría más baja posible que resulte compatible con la seguridad pública y las necesidades de cada uno de ellos. Debe realizarse un esfuerzo para colocarles en establecimientos abiertos o bien ofrecerles amplias posibilidades de contacto con la comunidad exterior.

93. Comisión Europea de Derechos Humanos, Demanda N° 7819/77, dec. 6.5.78, DR 14, página 186.

94. La cursiva es del autor de este trabajo.

95. Comisión Europea de Derechos Humanos, Demanda N° 23241/94, sec. 20.10.94, DR 79-A, página 121 y ss.

Esta línea jurisprudencial resulta sorprendente. En primer lugar porque atribuye a una medida de abstención –mantener a una persona, no trasladar al preso a otro establecimiento– la naturaleza de posible injerencia en el ejercicio del derecho, siendo así que en la práctica mayoritaria de la DHCOT la oposición a acercar un preso a su familia ha sido analizada bajo el ángulo de la obligación positiva de respeto por la vida familiar del preso. Como se recordará⁹⁶, la justificación de una injerencia requiere el cumplimiento de los requisitos del párrafo 2 mientras que el incumplimiento de la obligación positiva se determina mediante una ponderación de los intereses individuales con los colectivos.

Dejando de lado las cuestiones de técnica jurídica, esta jurisprudencia es llamativa porque establece que para que el alejamiento pueda ser considerado como injerencia hace falta que se den “circunstancias excepcionales”, sin precisar cuáles puedan ser éstas. Los casos que se han planteado hasta hoy, que analizaremos seguidamente, demuestran que resulta particularmente difícil satisfacer este criterio de “excepcionalidad”. Pero es que, además, la jurisprudencia dice que el alejamiento podrá ser considerado como una injerencia, no que tal injerencia sea necesariamente contraria al CEDH. Hay que insistir una vez más en que cuando se trata de los llamados “derechos cualificados”⁹⁷ –y el derecho a la vida familiar lo es– la injerencia sólo será constitutiva de una vulneración del CEDH cuando no sea posible justificarla recurriendo al párrafo 2 del artículo correspondiente, en este caso el artículo 8. Quiere decirse con esto que no sólo será necesario que se den circunstancias excepcionales particularmente difíciles de cumplir, sino que aun cuando éstas se dieran, el alejamiento no resultará contrario al CEDH si tiene una base legal, persigue un objetivo legítimo y resulta necesario en una sociedad democrática para la consecución de tal objetivo.

No debe olvidarse, por añadidura, que la cuestión de la posible incompatibilidad del alejamiento con el CEDH, se ha planteado, como reivindicación en el País Vasco en los últimos años, en relación con reclusos condenados como autores de delitos de pertenencia a banda terrorista o terrorismo (artículos 571 y 572 y ss. del Código Penal de 1995 -57bis, 174bis, 233 ACP). Se hace preciso recordar, en este contexto, la conocida doctrina del margen de discrecionalidad⁹⁸ de los Estados a la hora de evaluar la necesidad de la medida de injerencia en el derecho fundamental. En la ya citada sentencia Boyle y Rice⁹⁹ el TEDH recordó, precisamente, que debe reservarse un margen

96. Cf. *supra*, página 27.

97. Se trata de las disposiciones del CEDH y de sus protocolos que enuncian un derecho o libertad específica cuyo disfrute puede ser limitado o restringido en virtud de una serie de causas enumeradas en el párrafo 2 del propio artículo. Los derechos cualificados (“qualified rights”), según esta clasificación, constituyen una categoría que se encuentra entre los derechos absolutos –“absolute rights”, aquellos que resultan inderogables en toda circunstancia– y los derechos mínimos –“minimum rights”, aquellos que expresan el mínimo común denominador en el acervo jurídico de los países del Consejo de Europa. Véase A. DRZEMCZEWSKI, “The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights: a general survey”, en “Human Rights in Europe, Actas del Coloquio de Funchal-Madeira, octubre 1983”, Consejo de Europa, 1985, página 359.

98. Cf. Merrils, “The development of International Law by the European Court of Human Rights”, 1993, capítulo 7. Como jurisprudencia véase, por ejemplo, la Sentencia en el asunto Handyside contra el Reino Unido de 7.12.76, serie A n° 24.

99. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 27.4.88 en el asunto Boyle and Rice contra el Reino Unido, Serie A n° 131.

de apreciación a las autoridades nacionales a la hora de reglamentar los contactos del detenido con su familia. En el asunto Murray¹⁰⁰, además, el TEDH ha reconocido que no le corresponde sustituir por su propia apreciación aquélla realizada por las autoridades nacionales en lo relativo a la mejor política en la persecución de infracciones terroristas, pues conviene, en este terreno más que en ningún otro, dejar a las autoridades nacionales un margen de apreciación para decidir las medidas que deben tomarse, tanto a nivel general como en los casos individuales.

Sea como fuere, ni la DHCOS ni, a fortiori, el TEDH han llegado a examinar siquiera la posible justificación de una medida de injerencia, pues de los casos examinados se deduce que la DHCOS nunca ha llegado a considerar las circunstancias excepcionales que permitirían convertir el alejamiento en injerencia en el derecho a la vida familiar. Los casos examinados son de dos tipos: los de denegación de traslado de presos extranjeros en virtud del Convenio 112, citado más arriba, y los de denegación de acercamiento de presos convictos de terrorismo.

5.2. La jurisprudencia relativa a las solicitudes de aplicación del Convenio 112

En los asuntos Hacısüleymanoglu¹⁰¹ y Savas¹⁰² contra Italia, la DHCOS examinó la cuestión de saber si podía extraerse del artículo 8, párrafo 1 del CEDH –el cual contiene, como se ha dicho, una obligación de ayudar al preso a mantener y desarrollar su vida familiar– una obligación adicional de aplicar el Convenio 112 relativo al traslado de presos extranjeros. En estos dos casos se trataba de presos turcos, condenados en Italia a largas penas de prisión, que solicitaban purgar su condena en su país de origen para poder mantener así su vida familiar, impedida por su reclusión en un país lejano. Tanto Italia como Turquía son parte al Convenio 112 por lo que jurídicamente el traslado solicitado resultaba perfectamente factible.

En el primero de los casos citados el demandante estaba recluso desde 1986 y alegaba dificultades serias para poder ser visitado en Italia por su familia: enfermedades graves de su esposa (problemas coronarios, obesidad e hipertensión) justificadas mediante certificados médicos, problemas económicos, problemas de visados que dificultaban, cuando no impedían, los largos viajes a Italia a visitar al demandante. Además, el demandante, en razón de su reclusión en Italia, ni siquiera pudo acudir al funeral de su hermano fallecido en 1992. En el segundo de los casos el demandante, de 60 años en el momento de la interposición de la demanda, no había visto desde hacía más de diez años a su hijo, afectado por graves trastornos psicológicos.

Pues bien, la DHCOS consideró que las circunstancias descritas más arriba no eran “excepcionales” y declaró ambas demandas inadmisibles. Tras observar que el Convenio 112 no otorga ningún derecho subjetivo al traslado, y que el alejamiento del

100. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 28.10.94 en el asunto Murray contra el Reino Unido (13/1993/408/487), serie A n° 300-A.

101. Comisión Europea de Derechos Humanos, Demanda N° 23241/94, dec. 20.10.94, DR 79-A, página 121.

102. Comisión Europea de Derechos Humanos, Demanda N° 25632/94, dec. 26.2.97, no publicada.

preso de su familia es una consecuencia inevitable de la pena impuesta por la comisión de delitos graves en virtud del ejercicio, por parte de las autoridades italianas, de las prerrogativas que les son propias en el ámbito de la represión penal, la DHCOM llega a la conclusión de que no existe injerencia en el derecho a la vida familiar y que Italia no está sometida, en virtud del artículo 8, párrafo 1 del CEDH, a obligación específica alguna en materia de traslado de personas condenadas.

5.3. Los casos de acercamiento dentro del Estado

Se trata de los casos presentados por Ballantyne¹⁰³, Mc Cotter¹⁰⁴ y P,M y B K¹⁰⁵ contra el Reino Unido, que presentan similitudes aún mayores con la reivindicación de acercamiento planteada en relación con los presos vascos condenados por pertenencia a banda armada y terrorismo. En este grupo de casos los demandantes impugnaron, como contrario al CEDH, el rechazo, por parte de las autoridades británicas, de sus respectivas solicitudes de acercamiento a cárceles más próximas a los domicilios de sus familias.

Si tomamos, como ejemplo, el caso P,M y B K, se pueden resumir los hechos sometidos al conocimiento de la DHCOM de la manera siguiente: P, condenado a perpetuidad por terrorismo, purgaba su pena en una prisión inglesa desde 1984. Su mujer estaba también presa en otra cárcel de Inglaterra; B, madre de P, viuda, residía en Irlanda del Norte y padecía de un estado de salud precario (cardiopatías, hipertensión y asma) que dificultaban considerablemente sus viajes. Durante los meses de invierno B no podía desplazarse en absoluto, por lo que pasaba largas temporadas sin ver a su hijo; B K, hermana de P, vivía en Belfast, era de condición modesta y con hijos de corta edad lo que le imposibilitaba para viajar a Inglaterra a visitar a su hermano, para lo cual disponía de la correspondiente autorización. Toda la familia, con excepción de P, vivía en Irlanda del Norte. El padre de P, gravemente enfermo, nunca pudo acudir a visitar a su hijo en prisión, cosa que hubiera podido hacer regularmente, antes de su fallecimiento en 1988, si P hubiera estado interno en una prisión norirlandesa. P no obtuvo permiso para acudir al funeral de su padre. P estaba autorizado a llamar por teléfono una vez al mes a su mujer y una vez cada seis semanas a su madre.

Las autoridades británicas rechazaron las solicitudes de P de ser trasladado a una prisión situada en Irlanda del Norte, donde resultaría posible el mantenimiento de los contactos con su familia, por razones de seguridad y orden público. El Ministro del Interior (Home Secretary) fundamenta el rechazo de acercamiento, más concretamente, en los riesgos de alteración de la disciplina que ocasionaría la presencia de P en Irlanda del Norte, riesgo acentuado por el hecho de que P nunca hubiera roto sus vínculos con el IRA.

103. Comisión Europea de Derechos Humanos, Demanda N° 14462/88, dec. 12.4.91, no publicada.

104. Comisión Europea de Derechos Humanos, Demanda N° 18632/91, dec. 9.12.92, no publicada.

105. Comisión Europea de Derechos Humanos, Demanda N° 19085/91, dec. 9.12.92, no publicada.

Tanto P, como B y B K denunciaban que el rechazo de la solicitud de acercamiento constituía una vulneración de su derecho al respeto de la vida familiar, garantizado por el artículo 8 CEDH.

La DHCOS, en su decisión de 9 de diciembre de 1992, observó que no existía, en rigor, interferencia alguna en el derecho a la vida familiar, sino una omisión de actuar, por parte de las autoridades británicas, de la manera solicitada por los demandantes. Ello quiere decir que la DHCOS no juzga los hechos descritos más arriba, de un patetismo evidente, como excepcionales, pues en caso contrario, según la jurisprudencia ya citada¹⁰⁶, el mantener a un prisionero alejado de su familia de manera que las visitas sean muy difíciles o imposibles hubiera constituido una injerencia en el derecho a la vida familiar.

Dado que el artículo 8 CEDH impone una obligación positiva de respeto a la vida familiar, la DHCOS analiza, seguidamente, si el Reino Unido se encuentra obligado, en virtud de esta disposición, a acceder a la solicitud de acercamiento. Para ello se hace necesario ponderar el interés del individuo en mantener contactos más intensos y frecuentes con su familia con el de la colectividad de ejecutar las sentencias y garantizar la seguridad y el orden público. La DHCOS observa, en este sentido, que el demandante P está condenado por delitos muy graves vinculados con una campaña terrorista y que está clasificado como altamente peligroso. Su traslado incrementaría el riesgo de fuga, facilitaría los contactos con sus correligionarios y aumentaría las posibilidades de actividades subversivas encubiertas en prisión. En el platillo opuesto de la balanza, observa que P está sometido a las condiciones propias de su clasificación penitenciaria, tiene contactos telefónicos regulares, puede ser visitado y su madre disfruta incluso de una ayuda para viajar. Además, ha podido contraer matrimonio en prisión en 1989 y mantener posteriormente contactos con su esposa en siete ocasiones.

Tras recordar su jurisprudencia constante citada más arriba, según la cual el preso no tiene derecho a elegir el establecimiento de cumplimiento de su condena y según la cual la separación de la familia es consecuencia inevitable de la condena, la DHCOS considera que no se dan las circunstancias excepcionales para que el alejamiento pueda resultar contrario al artículo 8 CEDH. Acaba concluyendo que el rechazo de la solicitud de acercamiento formulada por P no revela una ausencia de respeto por el derecho de los demandantes a la vida familiar.

6. A MODO DE CONCLUSIONES

Si bien el CEDH no ha elevado los derechos penitenciarios a categoría de derechos fundamentales protegidos internacionalmente, reconoce, en cambio, derechos universales que los presos pueden hacer valer a través del poderoso mecanismo jurisdiccional europeo. Un número importante de las demandas interpuestas ante la DHCOS son, de hecho, interpuestas por personas privadas de libertad.

106. Comisión Europea de Derechos Humanos, Demanda N° 23241/94, dec. 20 octubre 1994, DR 79-A, página 121.

Las personas privadas de libertad se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad. Por ello, desde hace años el Consejo de Europa trabaja en un proyecto de Protocolo al CEDH (el que será, si llega a ver la luz, el Protocolo n.º 12) que garantizará derechos específicos a estas personas. El proyecto actual¹⁰⁷ tiene un contenido modesto pues en lo esencial se limita a otorgar reconocimiento expreso a algunos derechos ya garantizados a través de la jurisprudencia¹⁰⁸. A pesar de ello, su adopción permitiría, sin duda, avanzar sobre bases más sólidas en la protección de los derechos humanos en las cárceles y daría al mecanismo europeo de protección un mayor protagonismo en el ámbito de los derechos penitenciarios. Resulta, sin embargo, muy difícil pronosticar si este proyecto, hoy casi paralizado, seguirá adelante y llegará a ser adoptado.

La jurisprudencia de Estrasburgo ha precisado que las condenas privativas de libertad conllevan restricciones inevitables al disfrute de los derechos convencionales. Sin embargo, tales consecuencias no deben ser discriminatorias ni desproporcionadas para alcanzar el objetivo legítimo de garantizar la seguridad y el orden público. La doctrina de las restricciones inherentes es inapropiada, pues abre la puerta a la aparición de restricciones o limitaciones no previstas, las cuales no serán catalogadas como tales por ser “inherentes” a la detención. Además, esta doctrina es innecesaria pues en la inmensa mayoría de los casos se puede llegar a un resultado idéntico –no existe vulneración del CEDH– si se admite que tales medidas son restrictivas de derechos fundamentales pero encuentra justificación con arreglo a los criterios previstos en el párrafo 2 del correspondiente artículo del CEDH.

La noción de trato inhumano o degradante tiene particular vigencia en relación con las situaciones susceptibles de producirse en el ámbito de la prisión. La DHCOM ha establecido límites en materia de uso de la fuerza, régimen disciplinario, aislamiento. No obstante, en ocasiones la DHCOM ha aplicado, a juicio de este autor, el criterio del “grado mínimo de gravedad” de manera excesivamente restrictiva, aceptando, de este modo, que tratos a todas luces excesivos –prohibidos por las RPE– fueran declarados compatibles con el artículo 3 CEDH.

La jurisprudencia ha reconocido ampliamente la existencia de un derecho del preso a establecer y mantener contactos con el mundo exterior y muy especialmente con los miembros de la familia. Las injerencias en este terreno –prohibición de visitas, contactos, salidas– tienen que encontrar justificación en el párrafo 2 del artículo 8 CEDH, para no resultar vulneradoras de este derecho.

El preso tiene derecho a fundar una familia y a desarrollar sus lazos familiares durante su estancia en prisión, si bien el CEDH no reconoce, según la jurisprudencia, un derecho a mantener contactos conyugales o relaciones íntimas. No obstante, el artículo 8 CEDH impone una obligación de asistir, en la medida de lo posible, al preso a mantener contactos con el exterior y con su círculo familiar, con el fin de facilitar su rehabilitación y reintegración social.

107. Anexo III del Informe del Comité Director de Derechos Humanos, CDDH (96)21, adoptado el 4-7 junio 1996.

108. Vide nota a pie de página n.º 3.

La obligación de asistir al preso a mantener sus lazos familiares durante su permanencia en prisión no conlleva una obligación de mantenerle interno o acercarle a una prisión cercana al domicilio de su familia. El alejamiento sólo puede afectar al derecho garantizado por el artículo 8 CEDH en circunstancias excepcionales no especificadas, que la jurisprudencia, hasta hoy, no ha estimado cumplidas en ningún caso. El trasfondo de lucha contra la gran delincuencia, muy especialmente contra el terrorismo, combinado con la existencia de posibilidades de visitas, aunque sean difíciles, incómodas o caras, o contactos, aunque sean esporádicos, ha llevado siempre a la DHCÓM a inadmitir como carentes de fundamento las demandas que, amparándose en el artículo 8 CEDH, invocaban un derecho al acercamiento o a la proximidad del preso con su familia.



De izda. a dcha.: A. Beristain, R. Ottenhof, M. Lezertua, X. Markiegi, K. Aizarna, J.L. de la Cuesta, D. Szabo, T. Peters y B. del Rosal.

ALFONSO REYES ECHANDIA

No concebía su vida, sino como un ejercicio permanente de la inteligencia, como una constante enamorada consagración al servicio de los supremos ideales del espíritu, como una apasionada y devota lucha por la defensa del Estado de Derecho y por la preservación de la dignidad de la justicia. Por ello su existencia toda estuvo embellecida e iluminada por las más resplandecientes virtudes que pueden adornar a un varón ilustre. Pero su terrible muerte ha dejado una tremenda herida que jamás se cicatrizará sobre el corazón mismo de la patria atormentada. Ese fue un insensato y espantoso sacrificio que ha producido el más violento desgarramiento espiritual en el alma acongojada de toda la Nación. Pueda ser que este pueblo así tan afrentosamente ofendido no vaya a sufrir las graves consecuencias de este holocausto sobre el propio altar de la justicia, porque cuando se comienza por matar a sus jueces, los mismos verdugos son los que muchas veces terminan administrándola. Pero hace ya veintiocho siglos había vaticinado Hesíodo: “El mejor camino es el que conduce a la justicia. Cuando suena la hora, la justicia triunfa sobre la violencia”.

Si sobre las humeantes ruinas y los calcinados escombros de la ofendida ara donde oficiaba Alfonso Reyes Echandía, ese majestuoso Palacio de Justicia donde quedó definitivamente silenciada su palabra y dormido para siempre su corazón, ya no existe siquiera el pasillo de los pasos perdidos, ni los libros que contestaron sus dudas, ni las sentencias como elocuentes testigos de su amor por la justicia y el respeto al derecho, sepamos, como en ciertas parábolas edificantes de José Enrique Rodó, extraer de la desgracia y de la tragedia, el permanente viático espiritual para edificar sobre ellas un mundo mejor. Es el compromiso acongojado que adquirimos con su memoria, porque también como lo dijera Diego Saavedra Fajardo, “no hay virtud que no resplandezca en los casos adversos, bien así como las estrellas brillan más cuando es más oscura la noche”.

Hernando Londoño Jiménez, *Los inmortales*, Grafoprint, Medellín (Colombia), 1998, p. 118.

EGUZKILORE

Número Extraordinario 12.

San Sebastián

Diciembre 1998

167 - 186

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD Y LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Ilmo. Sr. D. Ignacio José SUBIJANA ZUNZUNEGUI

*Magistrado
San Sebastián*

Resumen: Después de explicar la importancia del art. 25.2 de la Constitución Española en la configuración del estatuto jurídico de la persona que se encuentra en un Centro Penitenciario, se recoge y comenta la jurisprudencia más relevante del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, haciendo específica referencia al derecho a la vida y la salud, y la configuración del papel del Estado en la labor de tutela de estos derechos, al derecho a la intimidad, y su conciliación con las funciones de la Administración en la preservación del orden y seguridad, y al derecho a la libertad, y su relación con la regulación de los permisos de salida y la libertad condicional.

Laburpena: Baitegi zentru batetan dagoen pertsona baten legezko estatutua finkatzerakoan, Konstituzio Espainoleko 25.2 artikulua duen garrantzia aztertu ondoren, Auzitegi Konstituzionalak, askatasuna murriztuta duten pertsonen giza eskubideei buruz duen lege-jakintza jaso eta komentatzen da; erreferentzia berezia egiten zaio, bizitza eta osasunaren eskubideek eta horien gain Estatuak duen paper babesleari, intimitatearen eskubidea eta Ardularitzak ziurtasuna zaintzen duen paperaren arteko arartekotasunari eta azkenik, askatasun eskubideak, baldintzapeko askatasun eta irteteko baimenen arauketarekin duen erlazioari.

Résumé: Après avoir exposé l'importance de l'article 25.2 de la Constitution Espagnole dans la configuration du statut juridique des gens mises en prison, le texte reprend la plus significative jurisprudence du Tribunal Constitutionnel en matière de droits fondamentaux des gens privées de liberté, faisant référence spécifique au droit à la vie et à la santé, à la configuration du rôle de l'État comme garant de ces droits, à la conciliation avec les fonctions de l'Administration en matière de conservation de l'ordre et la sécurité, au droit et à la liberté et son rapport avec le règlement de la sortie autorisée et la liberté conditionnelle.

Summary: After explaining the importance of the art. 25.2 of the Spanish Constitution of the juridical statute of the person imprisoned in a penitentiary center, the author comments the most excellent jurisprudence from the Constitutional Tribunal with regard to fundamental rights of imprisoned people and makes specific reference to the right to live and to health. He comments the role of the State als protection of these rights and the functions of the Administration in the preservation of the order and security and their relationship with the regulation of the conditional freedom.

Palabras clave: Instituciones Penitenciarias, Derechos Humanos, Administración Penitenciaria, Internos en Prisión.

Hitzik garrantzizkoenak: Baitegi Erakundeak, Giza Eskubideak, Baitegi Ardularitza, Presoak gartzelan.

Mots clef: Institutions pénitentiaires, droits humains, Administration Pénitentiaire, détenus.

Key words: Penitentiary institutions, human rights, Penitentiary Administration, Imprisoned.

SUMARIO: 1. LA RELACIÓN JURÍDICO PENITENCIARIA Y EL ARTÍCULO 25.2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. 2. EL DERECHO A LA VIDA Y A LA SALUD. 3. EL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR: 3.1. Intimidad y bases de datos penitenciarios. 3.2. Intimidad y celda individual. 3.3. Intimidad y secreto de las comunicaciones. 3.4. Intimidación corporal y cacheos. 4. EL DERECHO A LA LIBERTAD: 4.1. Permisos de salida. 4.2. Libertad condicional.

1. LA RELACIÓN JURÍDICO PENITENCIARIA Y EL ARTÍCULO 25.2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

El internamiento de una persona en un Centro penitenciario, en virtud de un auto de prisión provisional o de una sentencia condenatoria al cumplimiento de una pena privativa de libertad, provoca el nacimiento de una relación jurídica entre la Administración penitenciaria y el interno de la que brotan derechos y deberes de carácter recíproco. La integración del interno en una institución pública preexistente que proyecta su autoridad sobre quienes, al margen de su condición común de ciudadanos y como consecuencia de la modificación de su *status libertatis*, adquieren el *status* específico de individuos sujetos a un poder público, que no es el que con carácter general existe sobre los ciudadanos libres, ha dado lugar a un empleo por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del término relación de sujeción especial para caracterizar la naturaleza jurídica de la relación penitenciaria. El nacimiento de la noción de relación de especial sujeción como definidora de áreas de poder intensificado de la Administración, para el cumplimiento de determinados intereses públicos, en cuyo seno se produce una restricción específica de los derechos fundamentales de los ciudadanos, ha dado lugar a ciertas reservas doctrinales respecto a la pertinencia de la calificación de la relación penitenciaria como supuesto específico de sujeción especial. A este estado de opinión no es ajeno el propio TC, al mitigar las connotaciones clásicas de la relación de especial sujeción, afirmando que “...*debe ser entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente que corresponde a los derechos fundamentales*”¹.

No obstante ello, en supuestos concretos, como a la hora de perfilar el principio de legalidad en materia de infracciones disciplinarias², el máximo intérprete de la Constitución ha acudido precisamente a la figura de la relación de especial sujeción para implementar *restricciones específicas al núcleo de derechos de las personas privadas de libertad*.

Esta aparición, aislada eso sí, de resoluciones del TC que parecen otorgar una entidad específica a la conceptualización de la relación penitenciaria como relación de especial sujeción, pone de manifiesto que lo relevante para el entramado de derechos de las personas privadas de libertad no es la calificación que se emplee para denominar a su relación con la Administración Penitenciaria, sino la utilización de tal catego-

1. Por todas, SSTC 129/1990; 57/1994; 129/1995 y 60/1997.

2. Véase STC 2/1987, de 21 de enero, en cuyo fundamento jurídico segundo puede leerse que “En virtud de esa sujeción especial, y en virtud de la efectividad que entraña ese sometimiento singular al poder público, el *ius puniendi* no es el genérico del Estado, y en tal medida la propia reserva de ley pierde parte de su fundamentación material, dado el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria, expresiva de la capacidad propia de autoordenación correspondiente, para determinar en concreto las previsiones legislativas abstractas sobre las conductas identificables como antijurídicas en el seno de la institución”.

rización como fuente de restricciones de sus derechos fundamentales desvinculada del específico régimen contenido en el sistema constitucional. A estos efectos, no debe olvidarse que el artículo 25.2 CE, además de especificar la orientación resocializadora de las penas y medidas penales privativas de libertad³, diseña el estatuto jurídico básico de la persona privada de libertad al señalar 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*”. Este precepto constitucional constituye la piedra angular de todo el sistema jurídico penitenciario. Por una parte, reconoce que la persona privada de libertad⁴ es titular de los derechos fundamentales reconocidos en el Capítulo II del Título Primero de la Constitución (artículos 14 a 38), lo que permite afirmar, y son palabras del artículo 3.3 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (en adelante R.P.), “*que el interno es sujeto de derechos y no se halla excluido de la sociedad, sino que continúa formando parte de la misma...*” Por otra parte, diseña las únicas fuentes de restricción del ejercicio de los derechos fundamentales cuyos titulares son personas privadas de libertad... A saber, la sentencia judicial que impone la pena privativa de libertad; el sentido de la pena y la ley penitenciaria⁵. En esta sede, los problemas se centran en el contenido de las expresiones sentido de la pena y ley penitenciaria a la hora de articular su utilización funcional como instrumentos jurídicos de restricción de derechos fundamentales de los internos. Por *sentido de la pena*, se ha entendido ora la privación de los derechos de imposible ejercicio en una situación de privación de libertad por ser precisamente la libertad un presupuesto de ejercicio, ora la instauración de restricciones exigidas por el adecuado cumplimiento de las finalidades resocializadoras a la que está abocada *ex Constitucione y ex lege* la ejecución de la pena privativa de libertad. No han faltado posturas, de signo ecléctico, que otorgan al término sentido de la pena una significación que permite una restricción de los derechos fundamentales que exigen la libertad deambulatoria como presupuesto, así como una limitación de derechos fundamentales, ejercitables en situación de privación deambulatoria, basadas en específicas necesidades del tratamiento penitenciario. La referencia a *la ley penitenciaria* como fuente legitimadora de limitaciones al conjunto de derechos fundamentales titularizados por el interno, puede ser concebida en sentido restrictivo, como norma jurídica de rango legal con contenido penitenciario, o en sentido amplio, como norma jurídica de contenido penitenciario aunque tenga rango reglamentario. A nuestro juicio, debe prevalecer la interpretación restrictiva atendiendo al propio tenor literal del artículo 25.2 CE –que habla de ley penitenciaria–; a la remisión que hace el artículo 53.1 CE a la ley como única fuente reguladora de las condiciones de ejercicio de los derechos y libertades del Capítulo segundo del Título Primero; y a la regulación contenida en el artículo 8.2 del Convenio Europeo de

3. Afirmación constitucional que el TC estima no confiere un derecho fundamental al penado sino que supone un mandato dirigido al legislador penitenciario para que adopte las medidas precisas para lograr la finalidad resocializadora (ver, por todas, SSTC 55/1987; 14/1991; 13/1995 y 88/1998).

4. No obstante la referencia literal del precepto constitucional al penado, que parece restringir su campo subjetivo de aplicación a las personas privadas de libertad en virtud de sentencia firme, la jurisprudencia del TC hace extensible su utilización a los presos preventivos.

5. Paradigma de este planteamiento, STC 200/1997, de 24 de noviembre.

Derechos Humanos y Libertades Públicas⁶ que contiene una expresa reserva legal para toda medida del Estado limitativa de los derechos fundamentales de la persona. A tal exégesis parece abonarse el artículo 3.2 del RP al afirmar que “*Los derechos de los internos sólo podrán ser restringidos cuando lo dispongan las leyes*”.

En todo caso, *siendo el núcleo de las limitaciones a los Derechos Fundamentales el punto vertebral en todo intento de conciliación entre la eficacia del Estado en el cumplimiento de sus funciones y la salvaguardia de las garantías propias del Estado de Derecho*, la Constitución ha obviado toda referencia a las mismas, omisión que puede subsanarse con las disposiciones contenidas en el artículo 8.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Públicas, de 4 de noviembre de 1950, en la medida que el mentado Convenio forma parte del ordenamiento jurídico nacional, tras su ratificación, el día 26 de septiembre de 1979, y publicación en el Boletín Oficial del Estado, el día 10 de octubre de 1979, constituyendo un criterio hermenéutico de primera magnitud, en materia de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, para los órganos judiciales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.2 CE.

A la luz del mentado precepto del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional, tras afirmar que ningún derecho fundamental tiene carácter absoluto, teje una doctrina sobre sus limitaciones confiriéndoles legitimidad siempre y cuando:

a) *persigan la satisfacción de un interés público constitucionalmente relevante*, siendo preciso, en todo caso, que en el caso concreto se proporcionen indicios sólidos sobre la concurrencia del interés público que se dice satisfacer. De otro modo, si bastara la mera afirmación sobre la concurrencia de un interés público para justificar el sacrificio del derecho, la garantía constitucional perdería, relativizándose, toda eficacia.

b) *exista una previsión legal que habilite la injerencia en el Derecho Fundamental*, como exigencia inexcusable en un Estado de Derecho.

c) *perviva un control jurisdiccional mediante la emisión de una resolución judicial motivada que explicite:*

– La idoneidad de la medida para el cumplimiento de la finalidad pública cuya realización se persigue.

– La necesidad de la limitación para lograr la satisfacción del interés público, por no obtenerse su satisfacción mediante la adopción de medidas no lesivas para el Derecho Fundamental.

– La proporcionalidad de la injerencia, mediante la ponderación razonada de la gravedad de la intromisión que la actuación prevista comporta y la relevancia de tal intromisión para lograr la tutela del interés público.

6. Los tratados internacionales en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, ratificados por España, tienen un valor exegético de primera magnitud, dado el tenor literal del artículo 10.2 CE.

Por lo tanto, a modo de resumen, las actuaciones de la Administración penitenciaria, en el seno del cumplimiento de sus obligaciones legales, serán respetuosas con el núcleo de los derechos fundamentales de los internos, cuando no afecten al contenido de un derecho fundamental, porque se desarrollen fuera de los límites del mismo, o, cuando incidan en el contenido de un derecho fundamental pero supongan una limitación legítima del mismo al adecuarse al específico sistema de garantías elaborado al efecto por el ordenamiento jurídico.

2. DERECHO A LA VIDA Y LA SALUD

Un sistema normativo que concibe la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE); conceptúa la libertad ideológica, religiosa y de culto como derecho fundamental de toda persona (art. 16.1 CE) y concibe la dignidad personal y el libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y la paz social –art.10 CE–, ha dado lugar a una exégesis del contenido nuclear del derecho a la vida y la salud –artículo 15.1 CE–, en clave garantista. Significa ello que sólo forma parte del contenido del derecho fundamental a la vida su vertiente positiva, la de vivir, y no la negativa, la de morir. De esta manera el papel del Estado se reconduce a una obligación de respeto de la vida y salud de todos los ciudadanos y de protección frente a los ataques o menoscabos no consentidos de terceros. El ejercicio por parte de una persona mayor de edad, capaz y consciente del derecho a disponer de su propia vida supone una manifestación explícita de su propia libertad sin que, en ningún caso, forme parte del derecho fundamental a la vida, como contenido negativo del mismo. De ahí que no pueda admitirse que el derecho fundamental a la vida confiera a su titular una pretensión que le habilite a exigir de los poderes públicos la adopción de las medidas precisas para poner fin a la propia vida. Ello no impide al legislador ordinario reconocer, en determinados contextos, un derecho a la disponibilidad de la propia vida, que se puede ceñir a la licitud de ejecutar la propia muerte (disponibilidad personal de la vida) o extenderse a actuaciones de terceros en caso de imposibilidad del titular de la vida u otros supuestos excepcionales (disponibilidad por terceros de la vida ajena)⁷. En ambos casos, no estaremos ante una exigencia constitucional (no forma parte el derecho a la muerte del contenido del derecho fundamental a la vida) sino ante opciones de política legislativa perfectamente insertables en el marco constitucional. Esta construcción jurídica ha sido mantenida por el TC pudiendo leerse en el fundamento jurídico cuarto de la STC 137/90⁸, que el derecho a la vida “...tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la muerte. Ello no impide sin embargo reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquélla fácticamente disponer de su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del *agere licere*, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe

7. Bajo esta perspectiva, la atipicidad del suicidio no consumado no vendría justificado por razones político criminales, ligadas a la falta de necesidad de la intervención penal sino, más bien, al reconocimiento de una capacidad limitada de disposición de la propia vida por parte del titular.

8. En el mismo sentido, SSTC 137/1990 y 48/1996.

y, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir; ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental...”.

A partir de estas premisas, procede examinar si en el marco de la relación penitenciaria el papel del Estado queda circunscrito a una obligación de protección de la vida y salud de los internos frente a menoscabos procedentes de terceras personas, o por el contrario, surge una obligación del Estado de impedir el ejercicio personal de la disposición de la propia vida por cualquiera de los internos. De acuerdo con el estatuto jurídico básico diseñado en el artículo 25.2 CE, y siendo obvio que la sentencia judicial y el sentido de la pena no ejercen en este campo función alguna, la configuración del poder de intervención del Estado sobre la disposición voluntaria⁹ por un interno del derecho a la vida y salud, del que es titular, únicamente puede venir de la mano de lo dispuesto en la Ley Orgánica General Penitenciaria. En este sentido, el artículo 3.4 de la mentada Ley dispone que “*La Administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos*”. Ahora bien, el deber de la Administración de velar por la vida y salud de los internos, se circunscribe a implementar las prestaciones (alimenticias, sanitarias, higiénicas) directamente encaminadas a preservar tales bienes jurídicos y a garantizar que no se produzca una lesión procedente de la actuación de terceras personas (internos o funcionarios) o genera, incluso, una obligación de la Administración de adoptar las medidas precisas para preservar la vida/salud frente a comportamientos dispositivos del propio interno (por ejemplo, instaurando tratamientos médicos forzosos). El supuesto ya ha sido objeto de examen por el TC, en las sentencias 120/90 y 137/1990, en las que se cuestionaba la legitimidad de la actuación médica obligatoria a los internos en huelga de hambre una vez que la vida de éstos corra peligro¹⁰. Sin embargo, la lectura de los razonamientos jurídicos contenidos en la sentencia mayoritaria y en los votos particulares arroja numerosos interrogantes. Así en la lectura de la sentencia mayoritaria puede leerse –fundamento jurídico séptimo– que “...una cosa es la decisión de quien asume el riesgo de morir en un acto de voluntad que sólo a él afecta, en cuyo caso podría sostenerse la ilicitud de la asistencia médica obligatoria o de cualquier otro impedimento a la realización de esa voluntad, y cosa bien distinta es la decisión de quienes, hallándose en el seno de una relación especial penitenciaria, arriesgan su vida con el fin de conseguir que la Administración deje de ejercer o ejerza de distinta forma potestades que le confiere el ordenamiento jurídico; pues, en este caso, la negativa a recibir asistencia médica sitúa al Estado, en forma arbitraria, ante el injusto de modificar una decisión que es legítima mientras no sea judicialmente anulada o contemplar pasivamente la muerte de personas que están bajo su custodia y cuya vida está legalmente obligado a preservar y proteger”. Frente la ilicitud que parece predicarse de la asistencia médica obligatoria respecto de una persona no privada de libertad, la legitimidad del tratamiento médico imperativo respecto al interno se vertebra en torno

9. Concepto problemático en el ámbito penitenciario dado el impacto emocional que genera, en numerosas ocasiones, la privación de libertad con la consiguiente afección de las estructuras psíquicas del interno.

10. Se trataba de una huelga de hambre, protagonizada por presos del GRAPO, para obtener de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias su concentración en único establecimiento penitenciario, que, debido a su duración, había provocado su ingreso en diversos Centros Hospitalarios, dado su delicado estado de salud.

a la presencia de una relación de sujeción especial y el carácter ilícito de los objetivos que se pretenden con la inanición voluntaria. En otras palabras, no se acude al diseño ofrecido por el artículo 25.2 CE, obviando deslindar si la LOGP contiene algún precepto específico (pudiera ser el artículo 3.4) que habilitara la limitación del derecho fundamental a la libertad del interno para preservar su vida o integridad física, y se ofrece un discurso argumentativo basado en la naturaleza jurídica de la relación penitenciaria (relación de sujeción especial), tipo de relación que, por otra parte, parece insuficiente para justificar por sí sola la intervención coactiva del Estado dado que se acude, también, a deslindar las finalidades que se persiguen con la huelga de hambre para resaltar su ilicitud (con ello, la pregunta es: ¿qué ocurriría si la finalidad que persigue el interno cuando se niega a ingerir alimentos se ciña al deseo o voluntad de morir, objetivo, en sí mismo, no ilícito?). Por su parte, en el voto particular del magistrado D. Jesús Leguina Villa se señala que *“No estando en juego derechos fundamentales de terceras personas, ni bienes o valores constitucionales que sea necesario preservar a toda costa, ninguna relación de supremacía especial –tampoco la penitenciaria– puede justificar una coacción como la que ahora se denuncia que, aun cuando dirigida a cuidar la salud o a salvar la vida de quienes la soportan, afecta al núcleo esencial de la libertad y de la ausencia de autonomía de la voluntad del individuo, consistente en tomar por sí solo las decisiones que mejor convenga a uno mismo, sin daño o menoscabo de los demás”*. Por ello, y seguimos relatando los argumentos de este voto particular, *“...este deber de velar por la salud y la integridad física de los reclusos enfermos termina frente a la renuncia del recluso enfermo a su derecho a recibir protección y cuidados médicos”*. Finalmente, en el voto particular del magistrado D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer se reseña que *“... la obligación de la administración penitenciaria de velar por la vida y la salud de los internos no puede ser entendida como justificativa del establecimiento de un límite adicional a los derechos fundamentales del penado, en el cual en relación a su vida y salud y como enfermo, goza de los mismos derechos y libertades que cualquier otro ciudadano y por ello ha de reconocérsele el mismo grado de voluntariedad en relación con la asistencia médica y sanitaria”*. Por ello, *“El silencio de la Ley sólo puede ser interpretado, también a la luz del art. 25.2 como el reconocimiento de que en esta materia la situación del penado o del interno no ha de sufrir restricción alguna de sus derechos respecto a la situación de cualquier otro ciudadano en libertad”*. Los argumentos de ambos votos particulares partiendo de la misma premisa (ilicitud de la actuación médica coactiva para preservar la vida de quien quiere morir), obtienen la misma conclusión (ilicitud de la actuación de la Administración penitenciaria ceñida a la alimentación forzosa del interno en huelga de hambre) utilizando un iter argumentativo similar: el artículo 3.4 LOGP no legitima la intervención de la Administración dirigida a preservar la vida y salud del interno que quiere morir, razón por la cual, a falta de precepto legal específico que implemente una limitación del derecho fundamental a la libertad del interno en este ámbito, debe aplicarse la misma solución que al ciudadano en libertad por expresa aplicación del diseño contenido en el artículo 25.2 CE. A nuestro juicio, la sentencia mayoritaria del máximo intérprete de la Constitución no es criticable por el resultado al que llega –legitimación de la actuación, medida obligatoria para preservar la vida de los internos– sino por el discurso argumentativo que utiliza para obtener esta conclusión –presencia de una relación de sujeción especial que intensifica la capacidad de intervención del Estado–. Ello supone introducir una fuente de restricción de los derechos fundamentales de los

internos no prevista en el artículo 25.2 CE. Desde esta perspectiva, merece mejor acogida la estructura argumental de los votos particulares dado que, con las divergencias que pudieran apuntarse a la hora de delimitar su contenido, nos desenvolvemos sin duda dentro del marco jurídico diseñado por el artículo 25.2 CE: implementación o no por la ley penitenciaria de una limitación específica en el ejercicio de determinados derechos fundamentales de los internos.

Cabe apuntar que en el artículo 210 RP se regula la asistencia médica obligatoria cuando exista peligro inminente para la vida del interno o nos encontremos en presencia de un peligro evidente para la salud o la vida de terceras personas. En ambos casos, la intervención médica debe ser la precisa y necesaria para preservar la vida del interno o la vida o salud de terceros, con el adecuado control judicial. Hubiera sido deseable que tal regulación se hubiera contemplado en la ley, obviando, con ello, los problemas inherentes a la exégesis del artículo 3.4 LOPG. Es más, si se llegara a la conclusión de que el artículo 3.4 LOGP no contempla la intervención del Estado cuando el peligro para la vida o salud personal proviene de comportamientos de un interno con capacidad de disposición, el rango reglamentario de la norma que recoge el tratamiento médico imperativo conllevaría su inhabilidad para servir de restricción a un derecho fundamental del interno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25.2 CE que sólo contempla la ley como fuente de restricción de derechos fundamentales de las personas privadas de libertad.

3. DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR

La configuración del contenido del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar puede realizarse adoptando una *perspectiva positiva* (se pone el acento en el acervo de facultades de realización de su titular) y una *perspectiva negativa* (se pone el acento en las facultades de exclusión de su titular). Desde una perspectiva positiva, el derecho a la intimidad es el ámbito vital inmune al conocimiento ajeno o el poder de control de las informaciones relevantes para cada persona. Desde una perspectiva negativa, el derecho a la intimidad se refleja en el poder de excluir a terceros del núcleo de actos vitales que conforman su privacidad (domicilio, comunicaciones postales, telegráficas, telefónicas, comunicaciones telemáticas o informáticas), así como el poder de instar la desaparición del abanico de informaciones que forman parte del núcleo básico de la personalidad (posibilidad de instar la cancelación y rectificación de datos obrantes en bases de datos de archivos públicos y privados). En todo caso, la proyección social de la persona conlleva que el núcleo de su intimidad no se contraiga a la dimensión personal, sino que se extienda a la dimensión social más inmediata, como la familiar, la laboral, la económica.

3.1. Intimidad y bases de datos penitenciarios

La configuración de la intimidad, como poder jurídico de la persona sobre la información relevante para su devenir vital¹¹, puede resultar menoscabada por las

11. Sobre la configuración del derecho a la intimidad como poder de control de las informaciones relevantes de una persona, véase SSTC 254/1993; 143/1994 y 94/1998.

posibilidades ofrecidas por las modernas técnicas de comunicación, en la medida en que permiten la captación de un conjunto de elementos, datos o informaciones –tales como acontecimientos importantes en el ámbito personal, familiar, social, profesional– cuya interrelación puede dar lugar a un conocimiento de pautas conductuales que formen parte de la denominada privacidad. De ahí que el texto constitucional, consciente de los peligros inherentes a la denominada sociedad tecnológica, confiere al legislador el deber de elaborar una ley reguladora del uso de la informática para preservar el derecho a la intimidad personal, familiar o posibilitar el ejercicio de los derechos personales. *El propio tenor del precepto constitucional denota que la voluntad del constituyente fue preservar la integridad de los denominados derechos de la personalidad a través de una técnica jurídica eminentemente garantista*, en la medida en que se confiere al legislador una labor de limitación del uso de la informática en aquellos ámbitos en los que se encuentra en tela de juicio la privacidad de las personas.

Para desarrollar esta previsión constitucional, se elabora la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, ulteriormente desarrollada en aspectos específicos por el Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio y por el Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos. La mentada normativa interna tiene como fuente inspiradora el Convenio de Estrasburgo sobre protección de las personas con relación al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal de 28 de enero de 1981, elaborado en el seno del Consejo de Europa, ratificado por España el día 27 de enero de 1984 y publicado en el Boletín Oficial del Estado el día 15 de noviembre de 1985.

No obstante lo dispuesto en su artículo 6.2¹², el Reglamento Penitenciario contiene, en sus artículos 6 a 9, una regulación de los ficheros penitenciarios que diverge, en algunos aspectos, del régimen general contenido en la LO 5/1992, de 29 de octubre. Así, *el principio del consentimiento informado*, según el cual todo proceso de obtención de un dato de carácter personal, para ser tratado de forma automatizada, debe ir precedido del consentimiento de la persona afectada, una vez informada de la finalidad que se persigue, queda ceñido, en el ámbito penitenciario, a los datos relativos a la ideología, religión o creencias del interno, dado que el resto de datos pueden ser obtenidos por la Administración penitenciaria sin su consentimiento (artículo 7.1 RP). *El principio de proporcionalidad*, que garantiza que el dato de carácter personal únicamente pueda ser utilizado para la finalidad para el que fue obtenido, presenta notables excepciones en el ámbito penitenciario. Así, siendo la finalidad de los datos obtenidos por la Administración penitenciaria el cumplimiento de las funciones que legalmente le vienen conferidas, se permite su cesión, sin contar con el consentimiento del interno, a otras Administraciones Públicas para el ejercicio de sus competencias en materias tan heterogéneas como reclutamiento para la prestación del servicio militar, servicios sociales, Seguridad Social, custodia de menores o tan ambiguas como “*otras análogas*” a las anteriores (artículo 7.2 RP). La única excepción a esta cesión

12. La recogida, tratamiento automatizado y cesión de los datos de carácter personal de los reclusos contenidos en los ficheros informáticos penitenciarios se efectuará de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal y sus normas de desarrollo.

inconsentida viene ceñida a los datos relativos a opiniones políticas, convicciones religiosas o filosóficas, origen racial y étnico, salud o vida sexual, que exigen en todo caso el consentimiento expreso y escrito del interno afectado, salvo que una ley prevea su cesión inconsentida por razones de interés general (artículo 8.1 RP). *El principio de exactitud*, que intenta evitar la aparición de informaciones erróneas o ineficaces en las bases de datos, mediante reconocimiento al afectado del derecho a instar su rectificación o cancelación, encuentra amparo en el artículo 9 RP, si bien, se permite a la Administración negarse a la cancelación de los datos de carácter personal de los reclusos cuando “ponderados los intereses en presencia, concurren razones de interés público, de seguridad y de protección de los derechos y libertades de terceros, así como cuando posean un valor intrínseco de carácter histórico y estadístico a efectos de investigación”. Finalmente se reconoce *el principio de seguridad*, que trata de garantizar que el conocimiento de los datos de carácter personal no salga del círculo cerrado conformado por la persona afectada por la información automatizada y el responsable del fichero. Para ello se implementa el deber de las autoridades penitenciarias, responsables de los ficheros informatizados, de adoptar las medidas de signo técnico y organizativo que eviten el acceso no autorizado a los datos de carácter personal así como su alteración y pérdida, y el deber de guardar secreto y hacer guardar el secreto a las personas que desarrollen su labor bajo sus coordenadas organizativas (artículo 6.3 RP).

3.2. Intimidad y celda individual

Establece el artículo 19.1 LOGP¹³ que todos los internos se alojarán en celdas individuales. No obstante ello, se podrá recurrir a dependencias colectivas en caso de insuficiencia temporal de alojamiento, por indicación del médico o por exigencias de los equipos de observación y tratamiento. Debe examinarse si el alojamiento del interno en una celda individual forma parte del contenido al derecho fundamental a la intimidad personal y, en caso afirmativo, si tal derecho resulta lesionado cuando el alojamiento en dependencias colectivas alcanza un carácter permanente¹⁴ al venir motivado por una insuficiencia estructural de plazas en determinados centros penitenciarios, por desajuste flagrante entre la disponibilidad de plazas y la población penitenciaria. A tal cuestión se confirió respuesta en la STC 195/1995, con ocasión del recurso de amparo de un interno que aducía la presencia de una vulneración de su derecho a la intimidad personal al obligarle la Administración penitenciaria a comparir su celda con otro recluso. El recurso es desestimado al estimar el TC que no cabe extraer la presencia de un derecho subjetivo a la celda individual del artículo 18.1 CE, “pues como ya ha tenido ocasión de declarar este Tribunal en referencia al concreto ámbito penitenciario, una de las consecuencias más dolorosas de la privación de libertad es la reducción de la intimidad de quienes la sufren, de tal manera que sólo podrán ser consideradas lesivas de la intimidad aquellas medidas que

13. El mentado precepto es desarrollado en el artículo 13 R.P., en el que se recoge el denominado principio celular.

14. Recuértese, a estos efectos, el artículo 13.2 R.P. en el que se afirma que “Temporalmente, cuando la población penitenciaria supere el número de plazas individuales disponibles, se podrá albergar a más de un interno por celda”.

reduzcan más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiera (SSTC 89/97 y 57/1994), requisito que no concurre en el presente caso pues, como ya se ha puesto de manifiesto, la propia legislación penitenciaria prevé en determinados supuestos la posibilidad de celdas compartidas". Sin embargo, si el núcleo básico del derecho fundamental a la intimidad personal viene constituido por la presencia de un ámbito vital propio reservado al conocimiento y acción de los demás, resulta discutible no percibir una injerencia en el mentado ámbito cuando se obliga a una persona a compartir con otra u otras el espacio físico en el que se desarrollan los actos vitales más específicamente personales. Admitida tal injerencia podrá tildarse de legítima cuando concurren las previsiones contenidas en la LOGP, pero difícilmente podrá encontrar justificación cuando no encuentre encaje legal, supuesto que pudiera acontecer cuando la insuficiencia de plazas individuales disponibles no ostente carácter temporal sino permanente. A estos efectos, el artículo 19 LOGP, fuera de los supuestos en los que las dependencias colectivas se encuentren motivadas por razones sanitarias o de tratamiento penitenciario, vincula la convivencia obligada en una celda a la presencia de *una insuficiencia de alojamiento que califica de temporal*.

3.3. Intimidad y secreto de las comunicaciones

La lectura del artículo 18.1 CE denota que el derecho a la intimidad no sólo tiene una dimensión personal sino que se proyecta a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarda una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellos, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo¹⁵. En este contexto, procede examinar si forma parte del núcleo del derecho a la intimidad familiar la comunicación del interno con personas de su familia o con las que ostente especial vinculación afectiva. El Tribunal Constitucional tuvo ocasión de resolver, en la STC 89/1987, un recurso de amparo promovido frente a la decisión de un centro penitenciario de privar temporalmente a los reclusos sometidos al régimen cerrado del derecho a mantener relaciones íntimas o especiales con sus familiares y allegados. En la mentada sentencia se afirma que el derecho a mantener relaciones íntimas o especiales "*no forma parte del contenido de ningún derecho fundamental, por ser, precisamente una manifestación de la libertad a secas*". Tales comunicaciones son obra del legislador "*pero no está éste obligado a ello, ni la creación legal transforma en derecho fundamental de los reclusos la posibilidad de comunicación íntima con sus familiares o allegados íntimos que abre el artículo 53 LOGP*". Esta doctrina, reiterada en la STC 119/96, referida específicamente a las comunicaciones especiales, no autoriza a conceptuar el derecho a las comunicaciones de los internos con familiares, amigos o allegados, como un derecho legal, no fundamental, de manera que cualquier infracción del régimen instaurado en la LOGP Y R.P, mediante la adopción de medidas por la Administración Penitenciaria que impidiera las comunicaciones de los internos con el mundo exterior, pudiera constituir una infracción de la legalidad penitenciaria pero no una vulneración del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar. Para ello basta con hacer mención a la reciente STC 201/97 que ubica, dentro del campo de

15. SSTC 231/1988; 197/1991.

protección del derecho fundamental a la intimidad familiar, la comunicación telefónica del interno con la familia, en la propia lengua del interno. De esta forma, además, el TC sintoniza con la doctrina emanada de la CEDH y el TEDH que incluyen en el ámbito del derecho a la vida privada y familiar, reconocido en el artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Públicas, las relaciones de las personas privadas de libertad con sus familiares en aras a mantener contactos con el mundo exterior de cara a su integración en la sociedad. En todo caso, toda medida de alejamiento físico del interno de su núcleo familiar no constituye *per se* una vulneración del derecho a la vida familiar en los términos contenidos en el artículo 8 CEDH, pues tal conclusión exigiría deslindar, por una parte, si la citada medida penitenciaria, que en sí misma no supone una privación de todo contacto del preso con su núcleo familiar, constituye un obstáculo que imposibilite su ejercicio, al imponer limitaciones que lo hacen impracticable y, en tal caso, admitida la injerencia en el derecho a la vida familiar, deberá analizarse si tal injerencia es legítima, en los términos contenidos en el ordinal segundo del propio artículo 8 CEDH, al ser necesaria para la preservación del propio Estado y para la debida tutela de las víctimas.

Descendiendo al campo de la legislación ordinaria, el artículo 51.1 LOPJ estipula que los internos estarán autorizados para comunicar periódicamente, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de Organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial. Así mismo, se prevén comunicaciones específicas con el abogado defensor y su representante procesal en el proceso; con sacerdotes o ministros de su religión, con asistentes sociales y en general con profesionales acreditados en lo relacionado con su actividad (artículo 51, ordinal primero, segundo y tercero).

La comunicación oral y escrita del interno con terceras personas debe hacerse “en su propia lengua”, lo que conlleva que el preso, cuando sea residente de una Comunidad Autónoma que ostente además del castellano otro idioma cooficial, tenga derecho a utilizar este idioma como lengua de su comunicación. Así ha tenido ocasión de señalarlo el TC, en la sentencia 201/97, al anular el acuerdo de un Director de Establecimiento penitenciario que impidió a un interno comunicar telefónicamente con su familia en euskera. Si las comunicaciones del interno se encuentran intervenidas, corresponde al Director del Establecimiento adoptar las medidas oportunas para preservar la finalidad legítima de la intervención (artículo 43.2 RP).

En las mentadas comunicaciones debe garantizarse el secreto, dada la vigencia del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 CE), del que también son titulares las personas ingresadas en centros penitenciarios. El mentado precepto constitucional garantiza el secreto de la propia comunicación, razón por la cual el deber de no injerencia en las comunicaciones no decae por el hecho de que lo comunicado, el contenido de la comunicación, no forme parte de la intimidad de ninguno de los comunicantes. En palabras del máximo intérprete de la Constitución, en la sentencia 114/84, “el concepto de secreto en el art. 18.3 tiene un carácter formal, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenencia o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. En todo caso, el deber de no injerencia en las comunicaciones ajenas se extiende tanto al objeto de la comunicación como a la identidad de las personas comunicantes y recae sobre personas distintas a los comunicantes”. A

partir de tal delimitación del contenido nuclear del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, previsiones reglamentarias, como la presencia de un funcionario en las comunicaciones telefónicas (artículo 47.4 RP) o la consignación en un libro-registro del nombre del remitente de la correspondencia recibida por el interno (artículo 46.4 RP), son de difícil subsunción en el marco constitucional.

En todo caso, la necesidad de conciliar las comunicaciones de los internos con las exigencias del régimen y tratamiento penitenciario conlleva el reconocimiento legal de restricciones al derecho a la intimidad familiar, en su vertiente de presencia de relaciones efectivas entre el interno y personas allegadas, y al derecho al secreto de las comunicaciones a celebrar por el interno con terceras personas. A estos efectos, las comunicaciones del interno con su familia, amigos, representantes acreditados de Organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, y profesionales distintos a su abogado y procurador, pueden ser restringidas en cuanto a las personas (suspensión de las comunicaciones) o al modo (intervención de las comunicaciones) por el Director del Establecimiento, dando cuenta inmediata a la autoridad judicial competente. La atribución a una autoridad administrativa (el Director del Establecimiento penitenciario) de la potestad de restringir derechos fundamentales, como el secreto de las comunicaciones, sujetas al principio de exclusividad jurisdiccional, no está exenta de dificultades de acomodación constitucional¹⁶, máxime si tenemos en cuenta que es difícil atisbar en tales supuestos una situación de urgencia que imposibilite acudir a la autoridad judicial competente para que sea ésta quien autorice la medida restrictiva del derecho fundamental¹⁷. En todo caso, es imprescindible que la dación de cuenta a la autoridad judicial competente, juez de vigilancia penitenciaria si se trata de penados o juez del que depende si se trata de detenidos o presos¹⁸, de la medida de intervención sea *inmediata*. Es más, en el caso de penados, la propia configuración legal del Juez de Vigilancia Penitenciaria como órgano judicial garante de sus derechos fundamentales¹⁹, conlleva un deber de control de oficio de la legalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida administrativa de intervención o suspensión, sin tener que esperar a la interposición de una queja por el interno afectado. El propio TC, a partir de una interpretación sistemática de los artículos 51.5 y 76.1 g) de LOGP y el artículo 94.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha tenido ocasión de concluir que “*rectamente entendido esta dación de cuentas implica*²⁰ *no sólo la mera comunicación del*

16. La constitucionalidad de la intervención administrativa del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones no ha sido objeto de estudio por el TC, por falta de planteamiento de esta cuestión, tal y como puede leerse en el fundamento jurídico primero de la STC 200/97, de 24 de noviembre, “Finalmente, tampoco puede ser abordada la alegación relativa al origen no judicial de la medida restrictiva que convertiría en lesión del derecho el acto administrativo por su propia condición de tal y que comportaría un cuestionamiento constitucional del art. 51.5 Ley Orgánica General Penitenciaria, pues su planteamiento, ausente en el recurso de reforma y sólo realizado mediante una vaga remisión en apelación, carece de la perseverancia durante todo el *iter* procesal ordinario que requiere su análisis en esta sede a tenor del art. 44.1 LOTC.

17. Siempre se podrá posponer la apertura de una carta a la resolución de la autoridad judicial o instar la autorización judicial para la intervención de las comunicaciones orales.

18. Ver artículos 43.1 y 46.2 R.P.

19. Ver SSTC 73/83; 74/1985; 2/1987; 143/1993 y 161/1993.

20. Por todas, SSTC 175/1997 y 200/1997.

órgano administrativo al órgano judicial para conocimiento de éste, sino un verdadero control jurisdiccional de la medida efectuada a posteriori, mediante una resolución motivada". De ahí que si el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria se limitase a una mera recepción de la comunicación del acto administrativo en el que se acuerda intervenir las comunicaciones y adoptase una actividad meramente pasiva ante la restricción por dicho acto del derecho fundamental del recluso no estará dispensando la protección del derecho en la forma exigida por las mencionadas normas".

En concreto, la legitimidad de la actuación del Director del Establecimiento Penitenciario exigirá deslindar judicialmente los siguientes extremos:

1. El acuerdo tenga como base razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento, únicas que permiten, *ex artículo* 51.1 párrafo segundo LOGP, la intervención o suspensión de las comunicaciones.

2. El acuerdo esté motivado, es decir, especifique cuál de las tres finalidades legalmente previstas –seguridad, interés del tratamiento y buen orden del establecimiento– es la perseguida con la adopción de la medida, y exteriorice las circunstancias concretas del caso y del recluso que justifiquen la funcionalidad de la medida. En los supuestos de presos pertenecientes a organizaciones criminales es suficiente con explicitar las características específicas del grupo que concurren en el interno cuyas comunicaciones se intervienen, sin que valga una mera remisión a la pertenencia del interno al grupo criminal.

3. El acuerdo haya sido notificado al interno (artículo 43.1 RP). No debe olvidarse que nos encontramos ante una medida adoptada por la autoridad penitenciaria por razones eminentemente preventivas, ligadas a la necesidad de preservar el orden o seguridad en el establecimiento penitenciario o garantizar el éxito del tratamiento. Si se trata de obtener fuentes de prueba de la posible comisión por el interno de un ilícito penal, la única autoridad competente para adoptarla es la judicial, a quien compete la investigación penal²¹. En su caso, si en el seno de una intervención administrativa de las comunicaciones del interno, acordada para el cumplimiento de finalidades penitenciarias, se tiene conocimiento de la posible comisión de un hecho delictivo, debe trasladarse la *notitia criminis* a la autoridad judicial para que proceda a su autorización y control.

4. La medida sea necesaria, idónea y proporcionada para alcanzar la finalidad prevista²². Concretamente la medida será idónea si permite alcanzar el fin previsto; será necesaria si no existen medios alternativos menos lesivos para los derechos fundamentales para alcanzar el mismo fin y será proporcionada si se mantiene durante el tiempo preciso, cesando en cuanto desaparecen las circunstancias que justificaron su adopción²³.

21. En la sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 10 de febrero de 1998, se hace específica mención a la legitimidad de la autorización judicial para la instalación de aparatos de escucha y grabación mediante la colocación de aparatos en una celda de la prisión preventiva.

22. Ver STC 201/97.

23. Ver las sentencias del TEDH de 15 de noviembre de 1996 (asuntos Domenichine y Calogero Diana) referidas a la intervención de las comunicaciones de los reclusos, en las que se toma en consideración para deslindar su proporcionalidad la expresión de la duración de la medida y las razones que la pueden justificar.

Mención específica merecen las comunicaciones de los internos con su abogado y procurador. Reseña el artículo 51.2 LOGP que “*Las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los procuradores que los representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo*”. Tres problemas fundamentales plantea la exégesis de este precepto: la delimitación conceptual de la figura del abogado y procurador; la referencia explícita al terrorismo como supuesto específico de intervención y la fijación del tipo de comunicaciones que se someten al régimen peculiar del mentado artículo. La determinación del concepto de abogado y procurador debe hacerse acudiendo a un criterio mixto, exigiendo que el comunicante sea abogado y/o procurador (elemento subjetivo) y actúe en tal calidad con respecto a la persona del interno con la que se comunica (elemento funcional). De ahí que para prevenir determinados usos fraudulentos de tal específico régimen de comunicaciones²⁴ por parte de personas que aun teniendo la condición de abogado y procurador no ostentan tal condición jurídica respecto del interno con el que se comunican, el R.P. implementa en el artículo 48 un conjunto de requisitos de necesaria cumplimentación para la acreditación de la condición de abogado o procurador del interno solicitante de la comunicación. La referencia realizada en el ordinal segundo *in fine* del artículo 51 LOGP a que las citadas comunicaciones no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo, plantea el problema de si la mentada frase debe ser entendida en sentido acumulativo (se podrá intervenir judicialmente las comunicaciones interno-abogado/procurador sólo por la autoridad judicial y exclusivamente en los supuestos de terrorismo); disyuntivo (se podrá intervenir las comunicaciones interno-abogado/procurador por la autoridad judicial, salvo en los supuestos de terrorismo que serán susceptibles de intervención administrativa); o integrador (sólo la autoridad judicial podrá intervenir las comunicaciones interno-abogado/procurador, cualquiera que sea el tipo delictivo por el que el interno cumpla condena o esté privado de libertad). Frente a una postura inicial del máximo intérprete de la Constitución, plasmada en la STC 73/83, que acogió el criterio disyuntivo, en la STC 183/94, tras poner de manifiesto que las comunicaciones especiales del artículo 51.2 tratan de garantizar de forma específica el derecho de defensa del interno en el proceso penal, concluye que “...el artículo 51.2 de la LOGP autoriza únicamente a la autoridad judicial para suspender o intervenir, de manera motivada y proporcionada, las comunicaciones del interno con su Abogado sin que autorice en ningún caso a la Administración penitenciaria para interferir esas comunicaciones”. A partir de la citada sentencia queda clara la inhabilidad de la Administración penitenciaria para acordar la intervención de las comunicaciones interno-abogado/procurador, tal y como ha tenido ocasión de reseñarse en el artículo 48.3 R.P.²⁵. Sin embargo, alguna sentencia posterior del

24. Recuérdese la STS de 6 de marzo de 1995 en la que se legitima la intervención administrativa de las comunicaciones de un interno con un abogado, aduciendo “... que el acusado ni era el abogado defensor del interno... ni había sido llamado expresamente por él”.

25. El citado artículo reseña que las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales, así como con los procuradores que los representen no podrán ser suspendidas o intervenidas en ningún caso, por decisión administrativa. La suspensión o la intervención de estas comunicaciones sólo podrá realizarse previa orden expresa de la autoridad judicial.

propio TC, en concreto la 58/1998, contiene afirmaciones *obiter dicta* que parecen apuntar que la autoridad judicial únicamente tiene competencia para intervenir comunicaciones interno-abogado en los supuestos de terrorismo, no pudiendo intervenir, ni judicialmente, las comunicaciones que el interno, no procesado o condenado por delito de terrorismo, mantenga con su abogado o procurador²⁶ (supuesto de criterio acumulativo).

Finalmente, el régimen de necesaria autorización judicial previa en la intervención de las comunicaciones interno-abogado no se constriñe a las comunicales orales, como pudiera darlo a entender la referencia realizada en el ordinal segundo del artículo 51.2 LOGP a la realización de las comunicaciones en departamentos apropiados, sino que se extiende a cualquier comunicación cualquiera que sea el medio que se utilice²⁷.

3.4. Intimidad corporal y cacheos

En lo atinente al concepto de intimidad, el Tribunal Constitucional ha acogido la denominada *concepción cultural de la intimidad* al afirmar que el ámbito de intimidad corporal, susceptible de protección constitucional, ex artículo 18.1 CE, no se extiende a la totalidad del cuerpo humano como realidad física, sino sólo a aquellas partes del cuerpo que, con arreglo a las convicciones culturales existentes en el entramado social, se encuentran excluidas del conocimiento ajeno. De ahí que no puedan entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que opera o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, conforme a criterios generales, una violación del pudor o del recato de la persona. A partir de estas premisas conceptuales, habrá que concluir que existen actuaciones que por las zonas del cuerpo sobre las que se opera (por ejemplo, cacheo sobre la superficie del cuerpo) o por los medios empleados (por ejemplo, examen radiológico) no constituyen injerencias en la intimidad corporal, al no existir una afección de realidades físicas que, desde la óptica cultural predominante en el colectivo social, pueden estimarse como injerencia en el sentimiento de pudor o recato. Otras diligencias, por el contrario, por las zonas anatómicas afectadas (registro anal, vaginal) constituyen *per se* una injerencia en el mentado derecho fundamental.

En el ámbito penitenciario, dado el laconismo legal (el artículo 23 LOGP se limita a reseñar que los registros y cacheos en las personas de los internos se efectuarán con las garantías y la periodicidad que reglamentariamente se determinen, con respecto siempre a la dignidad personal) y la ausencia de regulación infralegal²⁸, fue la STC

26. Así en el fundamento jurídico quinto de la mentada sentencia puede leerse: "No en vano, también, es la trascendente incidencia del derecho fundamental a la defensa la que hace que el legislador penitenciario constriña toda intervención de las comunicaciones de los internos con sus abogados o procuradores a los supuestos de terrorismo y que exija además la garantía judicial".

27. Véase en este sentido, STC 58/1998 y artículo 46.6 NRP que reseña que las comunicaciones escritas entre los internos y su Abogado defensor o Procurador sólo podrán ser intervenidas por orden de la autoridad judicial.

28. En el Reglamento Penitenciario de 1981 no existía referencia normativa alguna al modo de ejecución de los cacheos con desnudo integral del interno.

57/1994 la que pergeñó los principios rectores de la intervención de la Administración penitenciaria en el ámbito de la la intimidad corporal. Se resolvía, en la mentada sentencia, un recurso de amparo interpuesto frente a un acuerdo de la Junta de Régimen y Administración de un Centro Penitenciario, en que se imponía una sanción disciplinaria a un interno por la falta de cumplimiento de una orden de un funcionario para que procediera a su desnudo integral y a la práctica de determinadas flexiones, tras haber mantenido una comunicación íntima, por considerar que se podía haber utilizado la comunicación para la introducción de objetos peligrosos o sustancias estupefacientes. Siendo evidente que la exposición del cuerpo desnudo del interno y la posterior práctica de un cacheo por un funcionario de instituciones penitenciarias constituye una injerencia en la intimidad corporal, parte consustancial del derecho a la intimidad personal, su legitimidad se hace depender de la concurrencia de los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad. *La legalidad exige* que la intromisión en la intimidad corporal persiga la satisfacción de un interés público centrado en la preservación de la seguridad y orden del centro penitenciario. En todo caso, para ello no basta con que la Administración penitenciaria realice una afirmación genérica sobre la funcionalidad de la medida para la satisfacción del interés público, sino es preciso que se motive la medida de registro personal en atención a las circunstancias existentes en el centro penitenciario o en la concreta situación o previo comportamiento del interno afectado pues sólo tal fundamentación, y son palabras del TC en la sentencia reseñada, *“permitirá que sea apreciada por el afectado en primer lugar y, posteriormente, que los órganos judiciales puedan controlar la razón que justifique, a juicio de la autoridad penitenciaria, y atendidas las circunstancias del caso, el sacrificio del derecho fundamental”*²⁹. *La necesidad precisa* que no pueda alcanzarse la misma finalidad pública –preservación del orden y seguridad en los centros penitenciarios– a través de una medida menos lesiva para el derecho fundamental (por ejemplo, mediante el empleo de sistemas radiológicos de detección). *La proporcionalidad conlleva* que la ejecución de la medida se realice en las condiciones menos gravosas (por ejemplo, por personal especializado del mismo sexo del interno y en lugares especialmente habilitados). La doctrina sentada en la citada sentencia ha encontrado eco en el artículo 68.2 R.P³⁰ que implementa las garantías, a las que hace referencia el artículo 23 LOGP, en la práctica de cacheos con desnudo integral. Se reseña, en el citado artículo, que los cacheos con desnudo integral sólo supondrán una injerencia legítima en la intimidad corporal del interno cuando cumplan las siguientes condiciones: sean autorizados por el Jefe de Servicio por motivos de seguridad concretos y específicos y cuando existan razones individuales y contrastadas que hagan pensar que el interno oculta en su cuerpo algún objeto peligroso o sustancia susceptible de causar daños a la salud o integridad física de las personas o de alterar la seguridad o convivencia ordenada del Establecimiento (principio de legalidad); no pueda realizarse el control por medios menos lesivos para la intimidad personal (principio de necesidad);

29. Fundamento jurídico sexto de la sentencia 57/1994.

30. Prevé, también, el artículo 45.7 R.P., que los cacheos con desnudo integral se extiendan a las personas de los visitantes, en los supuestos de comunicaciones íntimas, familiares y de convivencia. Precepto de dudosa constitucionalidad pues, a diferencia del cacheo de los internos, no cuenta con el respaldo legal del artículo 23 LOGP, con lo que nos encontramos ante una limitación de un derecho fundamental basado en una norma reglamentaria.

se ejecute por funcionarios del mismo sexo que el interno, en un lugar cerrado sin presencia de otros internos y preservando, en todo lo posible, la intimidad (principio de proporcionalidad).

4. DERECHO A LA LIBERTAD

4.1 Permisos de salida

La configuración de los permisos de salida como instrumentos funcionalmente abocados a la reinserción social del penado, en la medida que permiten un reforzamiento de los lazos familiares y sociales y aligeran la tensión propia de un internamiento en un centro penitenciario, confiere especial importancia a los criterios judiciales que rigen su concesión o denegación. No debe olvidarse que el artículo 47.2 LOGP supedita la concesión de un permiso ordinario de salida no sólo a la concurrencia de un requisito objetivo (transcurso de la cuarta parte de la pena y clasificación penitenciaria en segundo o tercer grado de tratamiento) sino, también, a la presencia de criterios subjetivos (como la inexistencia de mala conducta, impacto favorable del permiso en el proceso de reinserción social y ausencia de elementos que pongan en tela de juicio su viabilidad por razones de seguridad) cuya concurrencia debe ser valorada, en primer lugar, por la Administración penitenciaria y ulteriormente, ora por vía de autorización ora por vía de recurso, por el Juez de Vigilancia Penitenciaria³¹. Como elemento fundamentador de la concurrencia de los criterios subjetivos alcanza especial importancia el informe del Equipo Técnico, de carácter preceptivo pero no vinculante. Concretamente, el dictamen del Equipo Técnico debe contener una prognosis respecto al probable quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o la repercusión negativa de la salida para la preparación de la vida en libertad o para la ejecución de su programa de tratamiento que pudiera producirse de concederse el permiso de salida, fundado en factores normativizados tan heterogéneos como la peculiar trayectoria delictiva o la personalidad anómala del interno o tan etéreos como la presencia de variables cualitativas desfavorables (artículo 156.1 R.P.). La mera reflexión sobre los términos utilizados por la normativa vigente para describir los requisitos subjetivos de concesión del permiso de salida pone de manifiesto la importancia del control judicial en este campo. Prueba de tal aserto es la jurisprudencia del TC, emanada en los dos últimos años, en la que proliferan los recursos de amparo instados por penados en los que concurren los requisitos de temporalidad de cumplimiento de la condena y clasificación penitenciaria diseñados legalmente. Todos ellos tienen como seña de identidad común la denuncia de una ausencia de *tutela judicial efectiva* frente a las decisiones de la Administración penitenciaria denegatorias de permisos de salida. La tutela judicial alcanza el grado de efectividad exigido por nuestro sistema constitucional cuando se motiva, es decir, cuando se explicitan las razones de la reso-

31. Como señala la STC 81/97, "...la concesión de los permisos no es automática, una vez constatados los requisitos objetivos previstos en la Ley. No basta entonces con que éstos concurren, sino que, además no han de darse otras circunstancias que aconsejen su denegación, a la vista de la perturbación que puedan ocasionar en relación con los fines antes expresados y cuya apreciación corresponde a las autoridades penitenciarias y, en último término, a los órganos judiciales encargados de la fiscalización de estas decisiones".

lución, permitiendo con ello el conocimiento por el interno de los criterios de una decisión y reflejando que se trata de un acto razonable y razonado y no de un mero ejercicio de voluntad. En todo caso, la motivación de la decisión judicial en materia de permisos de salida encuentra unas especiales características pues no sólo es preciso que no pueda ser tildada de ilógica, arbitraria y absurda, sino que además debe ser una motivación concordante con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación de un valor superior como es la libertad³². Por tanto, se incurre en una falta de tutela judicial efectiva, derecho fundamental de todo interno *ex artículo 24.1 CE*, cuando no se motiva; cuando existe una apariencia de motivación, pues la ofrecida muestra unos caracteres de arbitrariedad, irracionalidad o cuando se motiva de forma inadecuada, al no tener en cuenta la fuerza que nuestro ordenamiento jurídico confiere al valor superior de la libertad.

4.2. Libertad condicional

Parecida problemática a la reseñada en los permisos de salida surge a la hora de examinar la libertad condicional. El Código penal configura la libertad condicional como un derecho subjetivo del penado de concesión jurisdiccional (surge a la vida jurídica por decisión del Juez de Vigilancia Penitenciaria) y configuración legal (su nacimiento exige que concurren todos y cada uno de los requisitos reseñados en su artículo 90). La lectura del artículo 90 CP denota que junto a requisitos ligados al mero transcurso del periodo de duración de la pena privativa de libertad impuesta (cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena), concurren criterios vinculados al régimen penitenciario (que se haya observado buena conducta), al tratamiento penitenciario (clasificación en tercer grado) y a la prognosis de evolución futura (pronóstico individualizado y favorable de reinserción social). Obviamente, en el campo de la clasificación penitenciaria y del pronóstico de evolución futura emergen con ímpetu los criterios técnicos, con el connatural protagonismo de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario, protagonismo que el legislador ha tratado de mitigar permitiendo al Juez de Vigilancia Penitenciaria acudir a los expertos que el propio operador judicial estime convenientes. No hace falta decir que, si no se crea la estructura técnica de apoyo al Juez de Vigilancia Penitenciaria, el precepto devendrá ineficaz por inaplicable (es decir, será una muestra de voluntarismo legal).

La decisión judicial sobre la libertad condicional del penado debe gozar de los caracteres reseñados cuando examinábamos los permisos de salida, tal y como ha tenido ocasión de señalar el TC en la sentencia 79/1998. Particular interés tienen los criterios suministrados por el máximo intérprete de la Constitución en *la libertad condicional específica de los penados enfermos muy graves con padecimientos incurables*. El actual artículo 92 CP, trasunto del derogado artículo 60 del Reglamento Penitenciario de 1981, exonera a las personas privadas de libertad por sentencia firme, que presenten las referidas características clínicas, del requisito temporal del cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena para acceder a la libertad condi-

32. Por todas, SSTC 75/98; 88/1998.

cional. Para ello, es preciso que existan informes médicos³³ que avalen que se trata de enfermos con una afección de su salud de especial intensidad (enfermo muy grave) cuyos síntomas, no necesariamente somáticos, no son susceptibles de curación conforme a la actual evolución de la ciencia médica (con padecimientos incurables). El máximo intérprete de la Constitución ha tenido ocasión de señalar que no se trata de una excarcelación en peligro de muerte, sino de una decisión, fundada en razones de humanidad, que viene motivada por el riesgo cierto que para su vida y salud pueda suponer la permanencia del interno en el interior del recinto penitenciario. No obstante ello, el RP, obviando la terminología legal y la doctrina del TC, epigrafía su artículo 196 R.P de la siguiente forma: Libertad condicional de septuagenarios y *enfermos terminales*.

33. El artículo 196.2 NRP obliga a los servicios médicos del Centro Penitenciario a poner en conocimiento de la Junta de Tratamiento la concurrencia de las condiciones médicas en un penado que le habilitan para acceder a la libertad condicional por la vía del artículo 92 CP.

**6ª MESA REDONDA: “RETOS
PENITENCIARIOS DE FINALES DE SIGLO”**

EGUZKILORE

Número Extraordinario 12.

San Sebastián

Diciembre 1998

189 - 196

POR QUÉ CASTIGAR Y CÓMO CASTIGAR

Como reto penitenciario del próximo milenio

Ilmo. Sr. D. Antonio GIMÉNEZ PERICÁS

*Magistrado
Bilbao*

Resumen: Se realiza un reflexión sobre la forma de cumplimiento de las sanciones penales. Para ello, y después de analizar el hecho de que la cárcel se apoye en una concepción del Derecho penal como ciencia del castigo, brindando resultados insatisfactorios en orden a la reducción de la delincuencia, se exponen y comentan los fines de las penas y la finalidad del cumplimiento de la pena, y se insiste en la crítica del subsistema pedagógico resocializador a cuya aplicación sirve la estructura régimen-tratamiento.

Laburpena: Zigor penalak betetzeko eraz, gogoeta bat egiten da. Horretarako, gaiztakeriaren murrizte gaian dauden ondorio desatseginak ikusi eta gartzela, Zuzenbide penala zigor zientzia bezala hartzen duen definizioan sostengatzen den gertaera aztertu ondoren, zigorren eta hauek betetzearen helburua azaldu eta komentatzen dira eta berbaltzuratzte azpistema pedagogikoaren aplikaziorako balio duen araubide-tratamentu egituraren kritikari ekiten zaio.

Résumé: Le texte offre une réflexion sur la forme d'exécution des sanctions pénales. En ce sens, il montre d'abord que la prison s'appuie sur une conception du Droit pénal comme science de la punition, ce qui atteint des résultats insuffisants quant à la réduction de la délinquance, et il détaille les fins des peines et le but de l'exécution de la peine. Finalement, le texte fait la critique du sous-système socialisateur pédagogique auquel est dirigé la structure du régime-traitement.

Summary: A reflection on the execution's form of the penal sanctions is carried out. First, it's observed the fact that the jail is based on a conception of the penal right as science of the punishment and it offers dissatisfactory results in order to delinquency's reduction. This text exposes and comments the purpose of the punishment and of its execution, but it insists too on the criticism to the pedagogical socializator system, that employes the "regulation-treatment" structure.

Palabras clave: Derecho Penal, Penología, Instituciones Penitenciarias, Criminología.

Hitzik garrantzizkoenak: Zuzenbide Penala, Penologia, Baitegi Erakundeak, Kriminologia.

Mots clef: Droit pénal, Penologie, Institutions Pénitentiaires, Criminologie.

Key words: Penal Law, Penology, Penology, Penitentiary Institutions, Criminology.

El rótulo de esta Mesa Redonda en la que debemos reflexionar sobre los retos penitenciarios que se nos plantean en el final del milenio no es un interrogante nuevo, tampoco aislado, en el haz de las preocupaciones socio-criminológicas del IVAC.

Debo justificar, en consecuencia, de dónde parte mi reflexión antes de extenderla y debo precisar o dar contenido al terrible verbo castigar que intitula mi particular aportación a la reflexión conjunta que desde hace años estamos haciendo sobre la forma de cumplimiento de las sanciones penales.

I. REALIDAD VERSUS ABOLICIONISMO

Refiriéndonos a la contradicción que subyace desde el siglo XVIII en la pedagogía social de la libertad y la igualdad cuando se instalan las prisiones como casi unívoco medio igualitario de cumplimiento de las penas, no podíamos eludir cierto reconocimiento común sobre el que la cárcel, quintaesencia del castigo, condensa un elevado potencial violador de los derechos humanos, se apoya en la concepción del Derecho penal como ciencia del castigo, brinda resultados insatisfactorios en orden a la reproducción de la delincuencia y generalmente favorece al privilegiado frente al desposeído. En consecuencia habría que abolirla “tal y como la practican actualmente muchos países, y sustituir el castigo por sanciones *repersonalizadoras*”¹.

Esta es la posición humanista, hoy bastante compartida, porque la cárcel ha fracasado respecto de las funciones que tradicionalmente tenía artribuidas: contener la criminalidad y resocializar al condenado. Optimismo de la resocialización del delincuente contestado también por Muñoz Conde como excesivamente acrítico y exagerado y que “A pesar de su aceptación y éxito general, nadie se ha ocupado todavía de rellenar esta hermosa palabra con un contenido concreto y determinado”².

Pero en cambio, desde una perspectiva no simplemente utilitarista, sino antropológica y política, la institución carcelaria ha sido un éxito desde el punto de vista de sus funciones reales ya que ha administrado y diferenciado una parte de los conflictos existentes en la sociedad. No hay duda de que los reformadores del siglo pasado, frente al retribucionismo puro y duro significado por las penas corporales, el tormento y la muerte, tenían claro que la “filosofía de la cárcel” era una parte de la estrategia de la autoridad que suplía los inevitables desvíos del mundo de la escuela, la iglesia y la fábrica. Con este criterio, Alexis de Tocqueville se preguntaba y se respondía “¿Cuál es el objeto de la pena (en prisión) en relación al que sufre?: darle hábitos sociales y, ante todo, el de enseñarle a obedecer”³.

1. En *Ciencia Penal y Criminología*, A. Beristain, Tecnos 1986; la cita se encuentra en la pág. 107 y la propuesta, en la que sin embargo, se acepta la sanción de privación de libertad “en casos muy excepcionales y por breve tiempo”, se desarrolla en el cap. IV pp. 103 a 123. Desarrollo semejante análisis en mi trabajo “Victimación Terciaria y Necesidad de Reforma”, en EGUZKILORE-IVAC nº 7, San Sebastián, pp. 65 a 69.

2. En “Resocialización y Tratamiento del Delincuente en los Establecimientos Penales Españoles”, *La Reforma Penal. Cuatro Cuestiones Fundamentales*. Ed. Instituto Alemán. 1982, p. 107.

3. Tocqueville: *Oeuvres complètes*. Tomo IV, vol, I, Ed, Perrot. París. Gallimard, 1984, p. 176.

De modo que el mantenimiento, todavía extensivo, de la pena de prisión en el C.P. de 1995, por una parte –y salvo esclarecedoras excepciones– sirve para representar como normales las relaciones de desigualdad existentes. Sirve para su reproducción material e ideológica. De otro lado y por eso mismo genera la peculiar victimización –llamada “terciaria”– del que fue victimario, atribuyéndose el Estado, sin contar con la víctima del delito, la gestión socializada de la venganza. Desde esta perspectiva genérica el abolicionismo mantiene sus razones.

Pero, en la otra orilla, la abolición de la pena de prisión, soportable socialmente frente a los infractores procedentes de las subculturas alternativas y las zonas de marginalidad, se torna experimentalmente insoportable cuando la agresión se consume contra valores y derechos universales básicos: la vida, la integridad física, la libertad, etc.

La diferencia estriba en que no es racionalmente adecuado dar la misma respuesta pública a hechos y consecuencias que no son idénticos.

II. DIFERENCIAS E IDENTIDADES SEMÁNTICAS

Vaya por delante que empleo el término en el etimológico y más sencillo sentido referente al significado de las palabras porque a finales de siglo continúa siendo inquietante la propuesta que hizo Antonio Beristain en 1986⁴ consistente en sustituir el castigo por la sanción.

Recuerdo que partía la propuesta de la cita de Leonard Lessius (1554-1623): “aliud est punire, aliud vindicare”. Desde esta distinción deducía el profesor Beristain que, “la vindicta, el castigo, es el mal que la (supuesta) víctima o un tercero, buscando ante todo su propia satisfacción apasionada y ciega, inflige a otra persona –el delincuente– para que éste sufra un daño ilimitado (venganza) o un daño proporcional al crimen (castigo talional). En cambio, la sanción... difiere del castigo en su motivación, en su calidad, en su cantidad y en sus metas”⁵.

Desde este punto de partida, si seguimos transitando por surcos humanitarios, es lógico que sustituyamos las penas por las sanciones –en el significado diferencial indicado–, que deben “ser repersonalizadoras”, en el sugestivo término que propone Beristain.

Pero estando académicamente acreditado que castigar tanto significa ejecutar algún castigo en un culpado como modificar y afligir; castigo se identifica con pena y esta última palabra, que también, más que sugerir, indica aflicción, su exacto significado semántico es el de “castigo impuesto por autoridad legítima al que ha cometido un delito o falta”, siendo uno de los significados posibles de sanción el de “pena que la Ley establece para el que la infringe”⁶.

4. En *Ciencia Penal y Criminología*, A. Beristain. Tecnos 1986. Valoro la propuesta en mi trabajo: “Victimación Terciaria y Necesidad de Reforma”, ya citado, pp. 67, 68 y 69 de *Eguzkilore* nº 7.

5. *Ibidem*, cap. IV, pp. 103 a 123 de *Ciencia Penal y Criminología*.

6. Utilizo la vigésima edición correspondiente a 1992 del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia.

No se trata de un juego baladí sino de destacar el origen metafórico de las palabras (parábolas) cuyo uso semántico puede también ser convergente.

Reducidos al planteamiento del reto que el futuro plantea a la institución penitenciaria, pena, castigo o sanción, se empleará aquí en su semejante significado o idéntica semántica penal de respuesta judicial, según las reglas del proceso debido, a una acción criminal.

Ahora bien, que dicha respuesta deba o pueda resocializar o repersonalizar al infractor y de qué forma es el núcleo del reto.

III. FINES DE LAS PENAS Y FINALIDAD DEL CUMPLIMIENTO DE LA PENA

Como sucedió siempre y sistemáticamente, sólo desde que la venganza privada fue sustituida por el precio de la sangre y la composición reglada por la autoridad, “si, por qué, cuándo y cómo castigar, prohibir y juzgar”⁷ son preguntas que seguirán suscitando diversas respuestas.

Esta reflexión alcanza a plantearse, nada más, la diferencia entre el por qué castigar y el cómo castigar. Es la segunda proposición el núcleo duro del reto que el fin de este milenio plantea, ya que el abolicionismo radical de Stirnes, tanto como el holismo anarquista, parece que no cuenta con epígonos notables⁸.

Pero, como se trata de distinguir entre las finalidades que se atribuyen a la imposición de las penas y la finalidad que persigue su cumplimiento, las primeras son competencia exclusiva de Jueces y Tribunales, adecuadamente a las reglas de los Códigos Penales, y la segunda, comúnmente desarrollada en normas administrativas penitenciarias, no debo soslayar alguna consideración básica sobre la justificación de las penas:

Las definiciones retribucionistas indican por sí mismas que el concepto de pena prefigura el cumplimiento⁹.

Se ha querido ver en la noción de pena que construye Kant la concepción retribucionista propia de la época pero también “signos de la admisión de la pena para obtener algún fin”¹⁰, pero incluso, creo yo, se vislumbra en el concepto Kantiano de

7. Luigi Ferrajoli, de quien es la cita, sistematiza las respuestas históricas a estas interrogantes en su obra *Derecho y Razón*. Ed. Trotta, Madrid, 1995, pp. 231 a 320.

8. M. Stiner. *Der Einzige und sein Eigentum*. (1884) Hay traducción castellana de D. González Blanco, *El único y su propiedad*, La España Moderna, Madrid, 1904; reed. Orbis, Barcelona, 1982, 2 vol. La crítica de Ferrajoli en las pp. 249, 250 y 251 con mención de los exponentes más significativos del abolicionismo holista contemporáneo.

9. Hugo Grotius escribe: “Poena est malum passionis quod infligitur propter malum actionis “1625”, *De iure belli ac pacis*. Lib II cap. 20, I. Ed. Brill. Lugdini 1939.

10. Jacobo López Barja de Quiroga “Legitimación de la pena, culpabilidad y prevención”, en *Revista del Poder Judicial*, nota 35 en p. 92 del nº 46. 1997.

pena el interés por la mera afirmación de la norma penal¹¹, doctrina que me parece la dominante hoy.

Es dentro del amplio espectro del utilitarismo, tanto el de signo autoritario, que propicia modelos de Derecho penal máximo, como el surgido con la revolución francesa –art. 8 de la Declaración de Derechos de 1789 y 16 de la Declaración de Derechos de 1793–, en el que surgen las teorías caracterizadas por las cuatro finalidades preventivas que se atribuyen a las penas.

Las sistematiza así Ferrajoli:

- Aa) doctrinas de la prevención especial positiva o de la corrección...
- Ab) doctrinas de la prevención especial negativa o de la incapacitación...
- Ba) doctrinas de la prevención general positiva o de la integración...
- Bb) doctrinas de la prevención general negativa o de la intimidación¹²...

Es a través de la práctica inducida por la doctrina de la prevención especial positiva, en tanto que encomienda a la pena la función de corregir al reo, como se produce la confusión ontológica entre el fin de la pena y el fin del cumplimiento de la pena. Confusión instalada en el propósito resocializador, a pesar de que el camino que discurre (en el Estado de Derechos) entre la previsión legislativa –designación de infracciones legales a las que se les atribuyen penas–, aplicación judicial y ejecución administrativa de la sentencia condenatoria, propicie la redistribución real de los fines de las penas. Roxin expresa así la confusión: “en tanto la autonomía de la personalidad del condenado y las exigencias ineludibles de prevención general lo permitan, los únicos fines de ejecución lícitos son los resocializadores”¹³. Y Jacobs escinde tajantemente ambas instancias. Por tanto, entre fin de la pena y fin del cumplimiento de la pena, en tanto que, proponiéndose la pena –en síntesis– el reconocimiento de la norma penal, la prevención general positiva es compatible con la posibilidad, en fase de ejecución, de que exista un tratamiento resocializador¹⁴.

11. Tanto en la metáfora del pueblo que vive en una isla “aun cuando se disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros, antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel, para que cada cual reciba lo que merecen sus actos...” (Retribucionismo puro). Pero también: “La ley penal es un imperativo categórico y ¡ay! de aquel que se arrastra por las sinuosidades de la doctrina de la felicidad para encontrar algo que le exonere del castigo, o incluso solamente de un grado del mismo, por la ventaja que promete... porque si perece la justicia, carece de valor que vivan hombres sobre la tierra” parece disolverse el retribucionismo frente a la afirmación de la justicia.

Ambas notas proceden de *La Metafísica de las Costumbres*. Madrid, 1994. Pág. 168 y 169 la primera y 166 y 167 la segunda.

12. Obra citada pág. 263.

13. Roxin: *Problemas básicos del Derecho Penal*, Trad. de Luzón Peña. Madrid, 1976. Pág. 32.

14. Jakobs: *Schuld und Prävention*. Tübingen, 1976. Pág. 19.

IV. EL ART. 25.2 CE: LA RESOCIALIZACIÓN

El art. 25.2 de la Constitución Española comienza diciendo que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social...”.

Uno de los primeros comentaristas de la Constitución, el profesor Oscar Alzaga, reconoce lo que es obvio: “No afronta aquí la Constitución la ardua cuestión de lo que enfáticamente se ha llamado el reino de los fines de la pena, que es cuestión compleja y encrespada”¹⁵.

En un primer plano de estricta legalidad hay que recordar también que el propósito constitucional de que las penas estén orientadas a la reeducación y reinserción social pasa exclusivamente al segundo plano de la instancia administrativa, al subsistema penitenciario y específicamente a los arts. 1º de la L.O. 1/79 de 26 de setiembre, General Penitenciaria, y ahora, al 2º de su reglamento publicado por R.D. 190/96 de 9 de febrero como fin primordial de la institución –en la Ley– y como fin primordial de la actividad penitenciaria –en el Reglamento–.

Tampoco parece que el Tribunal Constitucional abriga dudas respecto a que reeducación y reinserción del penado no son fines que persiga la pena: su sentencia 2/87 de 21 de enero dice claramente que “La exigencia constitucional de que en la dimensión penitenciaria de la pena privativa de libertad se siga una orientación encaminada a la educación y reinserción social (art. 25.2), no confiere como tal un derecho amparable que condicione la posibilidad y la existencia misma de la pena a esa orientación” –cita el Auto del mismo Tribunal de 10 de julio de 1985–.

De lo que se deduce el dudoso poder vinculante del art. 25.2 CE.¹⁶, aunque bien es cierto que el precepto prácticamente carece de precedentes en el Derecho constitucional universal. En donde los había merecieron reflexiva crítica de los juristas. Por ejemplo la “doctrina de la enmienda que informa” el art. 27 de la Constitución italiana, según el cual las penas “deben tender a la reeducación del condenado”, que suscita en Ferrajoli la observación de que “las ideologías correccionalistas son antes que nada incompatibles con ese valor elemental de civilización que es el respeto de la persona humana. Entre ellas las de la enmienda, aun en las variantes más edificantes y puestas al día de la reeducación, resocialización, rehabilitación o recuperación social del reo, contradicen irremediabilmente el principio de la libertad y la autonomía de la conciencia”¹⁷.

Desde otra perspectiva, me parece que más práctica, Muñoz Conde contestaba el optimismo de la resocialización preguntándose “¿no había que empezar resocializando a la sociedad?”. Y reconociendo que la LOGP no tiene como misión cambiar la socie-

15. Oscar Alzaga: *La Constitución Española de 1978 (comentario sistemático)*, Ed. Del Foro. Madrid 1978. Pág.244.

16. Escribe Oscar Alzaga en el *Comentario* citado y en la misma página: “no podemos dejar de decir que nuestras Constituyentes, llevadas de su ánimo generoso, se han mostrado propensas a incurrir en algún exceso de buena voluntad en este apartado”.

17. Luigi Ferrajoli -obra citada *ut supra*, pág. 217 y 272-.

dad “sino la de regular qué es lo que hay que hacer con las personas que la sociedad mete en la cárcel”¹⁸.

En definitiva es cierto que el Estado se debe ocupar civilizadamente de qué hacer con la muchedumbre de personas que sus tribunales condenan a penas de prisión. Pero también los legisladores se debieran ocupar en hacer Códigos penales con sanciones diversificadas en los que las penas de prisión estuvieran reservadas exclusivamente a los que vulneren bienes jurídicos relevantes y ocasionen victimizaciones no reparables.

V. EL RETO DE FIN DE SIGLO

Es obvio que sigue consistiendo en una drástica reducción de la población que se hacina en las prisiones.

Se objetará que se sigue exigiendo la reforma de la legalidad penitenciaria recién reformada cuando lo que nunca se ha hecho es la reforma conjunta del bloque penal penitenciario, del Código penal y de la Ley Penitenciaria armónicamente y en su conjunto.

Insisto en la crítica del subsistema pedagógico resocializador a cuya aplicación sirve la estructura régimen-tratamiento, pero, como mi escepticismo no me conduce a militar en el abolicionismo holista, estoy seguro de que las cárceles sobrevivirán al fin de siglo porque las victimaciones más desoladoras sobrevuelan su frontera temporal. La paradoja consiste en que se constata la casi generalizada experiencia de que delincuentes de la “ingeniería financiera” y asesinos con pabellón patriótico suelen ser irreductibles a su resocialización...

Es realizable la práctica reducción de la población encarcelada. En primer lugar con los instrumentos tradicionales:

A pesar de la ampliación del espectro de sustitución y alternativas de penas privativas de libertad cortas y de la regulación de la libertad condicional, llama la atención que se haya desdeñado la probation.

Pero, en mi opinión, es más destacable que la reparación del daño causado a la víctima con anterioridad a la celebración del juicio oral (art. 21.5) se constriña al listado de las atenuantes, porque las audacias fundadas científicamente hay que culminarlas. Las razones superiores del ordenamiento jurídico constitutivas del Estado de Derecho (art. 1 CE) no vedan el que dicha atenuante se configure como eximente, añadiendo el requisito del perdón de la víctima, expresado ante el Juez o Tribunal en audiencia pública –con el fin de eliminar sospechas de mercadeo de la piedad–.

La eximente potenciaría mediaciones entre víctima y victimario más reales y “humanas” que la institución de la conformidad en la que el acusado suele ofrecer sólo su presencia y la víctima incluso su ausencia.

18. Las citas de F. Muñoz Conde proceden de “Resocialización y Tratamiento del Delincuente en los Establecimientos Penales Españoles”, *La Reforma Penal, Cuestiones Fundamentales*. Ed. Instituto Alemán 1982. Véase nota 2 *ut supra*. Me extiendo en la crítica en el art. citado en la nota 1.

El segundo instrumento, de previa disposición tecnológica podría ser un eficaz disolvente de la masificación actual de la población que habita las cárceles. No sin timidez o hispánico prejuicio frente a las innovaciones, sobre todo si son castizas, el art. 86.4 del Reglamento Penitenciario de 1996 introduce para las salidas del establecimiento de los internos en régimen abierto, la posibilidad de pernoctar fuera de la Prisión si el interno acepta el control de su presencia fuera del Centro “mediante dispositivos telemáticos adecuados...”

La introducción progresiva, previo acuerdo judicial en cada ámbito, de los sistemas electrónicos de control con el estudio de las experiencias habidas en el Reino Unido, Estados Unidos, Suecia y recientemente en Francia, ha disipado mis dudas abastecidas por las sospechas de que la extensión de las prácticas de “control social” prefiguran una sociedad orweliana, ante dos realidades:

1ª La reproducción masiva de la injusticia, a través de la multitud de presos preventivos que a la espera de juicio se hacinan en las cárceles.

2ª La inutilidad práctica y el elevado coste social del arresto de fin de semana, aunque para su sustitución por el sistema de vigilancia telemática habría que derogar el párrafo 4 del art. 88 del CP ya que ahora “en ningún caso se podrán sustituir penas que sean sustitutivas de otras”.

No eludo que la cuestión es y será polémica, pero el trabajo que Ramón Parés y Gallés ha publicado el año pasado en la Revista del Poder Judicial¹⁹, fortalece mi convencimiento de que la introducción del sistema de vigilancia electrónica, previo un prudente periodo experimental, que propicia el art. 86.4 del Reglamento Penitenciario, contribuiría a disminuir el hacinamiento en las cárceles. Incluso sería más justo aplicado como medida cautelar en vez de la prisión preventiva.

Porque las únicas razones constitucionales para acordar la prisión provisional de los imputados en una causa, por encima de los requisitos reglados en los arts. 503 y 504 LECrim. son, el llamado “humo de buen derecho” (que existan indicios suficientes de que el delito ha sido cometido por la persona contra la que se dirige la causa) y el peligro de fuga. Cuando en realidad bastantes personas, que siempre son demasiadas, que pueblan las prisiones en calidad de presos preventivos, son absueltas en el juicio. Y si se trata de que el juicio se pueda celebrar, el control del acusado en libertad deambulatoria sustituiría con ventaja el agravio de la reclusión anticipada pero real. Naturalmente la medida de sometimiento a vigilancia electrónica es inviable sin la voluntad del sujeto e incluso de la aquiescencia de su entorno familiar. Pero esta cuestión pertenece al debate específico de aplicabilidad de la medida.

19. Ramón Parés i Gallés: “Ejecución penal mediante control electrónico: presente y futuro”. En el n° 46 de la *Revista del Poder Judicial CGPJ*. Segundo semestre de 1987, pp. 259 a 272.

EGUZKILORE

Número Extraordinario 12.
San Sebastián
Diciembre 1998
197 - 218

APUNTES PARA UNA DISCUSIÓN SOBRE LA PENA DE ARRESTO DE FIN DE SEMANA

Sr. D. Ramón PARÉS I GALLÉS

*Director del Centre d'Estudis Jurídics
i Formació Especialitzada
Barcelona*

Resumen: Entre las nuevas penas incorporadas al Nuevo Código Penal español de 1995 destaca, por su conflictividad, la aplicación de la pena de arresto de fin de semana. Tras una breve definición de ésta, se analizan aquellos aspectos de su regulación que resultan más conflictivos, para descifrar la idea del legislador al diseñar esta nueva respuesta punitiva y analizar la realidad de su aplicación por parte de los órganos penales sancionadores. A tal efecto, se exponen los datos de la Administración Penitenciaria de Cataluña, así como un estudio realizado a partir del análisis de las resoluciones judiciales por las que se aplica dicha pena.

Laburpena: 1995-eko Kode penal berrian, duen aurkakotasunaren ondorioz paper nabarmena hartzen duen zigorra, asteburuko atxiloketa da. Definizio labur baten ondoren, legelariak zigor erantzun berria eratzerakoan duen ideia argitzeko eta organu penal zigortzaileen aldetik ematen den aplikazioa ikusteko, arauzko prozesuan gatazkatsuen gertatzen diren alderdiak aztertzen dira. Horretarako, Kataluniako Baitegi Ardularitzaren datuak eskeintzen dira eta zigor hori aplikatzen duten auzitegien erabakiak aztertzen dira.

Résumé: Parmi les nouvelles peines incorporées au nouveau code pénal espagnol de 1995, on a mis l'accent, par sa conflictivité, sur l'application de la peine d'arrestation durant le week-end. Après une brève définition de celle-ci, les aspects les plus conflictifs de son contrôle sont ici analysés. De cette façon, on peut déchiffrer l'idée du législateur lorsqu'il conçut cette nouvelle réponse punitive et il devient possible d'analyser la réalité de son application de la part des organes pénaux punisseurs. À un tel effet, le texte expose les données de l'administration Pénitentiaire de Catalogne ainsi qu'une étude réalisée à travers l'analyse des résolutions judiciaires par lesquelles cette peine est appliquée.

Summary: Among the new incorporate hardships to the new spanish Penal Code from 1995, it detaches, because of its controversy, the application of the pain of weeknd arrest. After a brief concept's definition, the aspects of its regulation are analyzed. In this way, we can infer the legislator's idea when he designed this new punitive answer and we can analyze the reality of its application on the part of the penal organs. To such an effect, the data of the Penitentiary Administration of Cataluña are exposed, as well as a study of the juridical resolutions that put into practice this pain.

Palabras clave: Derecho Penal, Penología, Pena de Arresto de Fin de Semana, Administración Penitenciaria.

Hitzik garrantzizkoenak: Zuzenbide Penal, Penologia, Asteburuko Atxiloketa Zigorra, Baitegi Ardularitza.

Mots clev: Droit pénal, Penologie, Peine d'emprisonnement durant le week-end, Administration Pénitentiaire.

Key words: Penal Law, Penology, Punish of weekend Arrest, Penitentiary Administration.

1. PRESENTACIÓN

En primer lugar quisiera manifestar mi agradecimiento al Profesor y amigo Antonio Beristain por su amable invitación para participar en este IV Coloquio internacional sobre interrogantes penitenciarios.

En segundo lugar, agradecerle también mi ubicación como ponente en la 6ª Mesa Redonda que con el título *Retos penitenciarios de finales de siglo*, me ha permitido elegir con absoluta libertad cuál era el reto penitenciario que a mi entender resultaba prioritario. Sin duda, los retos son innumerables, algunos ya han sido abordados en estas Jornadas, el endurecimiento de las respuestas penales en el conjunto de Europa, el avance de los sistemas de vigilancia electrónica o, por citar un último ejemplo, el análisis de los sistemas de gestión mixta y gestión privada de determinados equipamientos penitenciarios.

Sin embargo voy a hablarles de una cuestión más sencilla, más concreta y más próxima, porque me voy a referir simplemente a las penas de arresto de fin de semana (AFS), cuestión que quizás no tenga la categoría de reto penitenciario de finales de siglo, pero que sí reúne los requisitos necesarios para ser catalogada como problema penal y penitenciario. Esperemos que sólo de finales de siglo.

Hoy han transcurrido ya dos años de la entrada en vigor del NCP. Es hora pues de iniciar el estudio y la valoración sobre el nuevo sistema de penas instaurado y, aunque obviamente es necesario realizar una valoración de tipo global sobre todo el sistema de penas, entre otras razones, por su carácter de bloque –catálogo– conexo, ello no obsta para ir estudiando la aplicación de algunas de las nuevas respuestas penales, en especial de aquellas que como el AFS presentan un nivel de conflictividad y de incertidumbre superior.

La pena de AFS ha sido ya ampliamente estudiada por diversos autores y la bibliografía existente al respecto comienza a ser notable¹ razón por la cual voy a limi-

1. CERESO MIR, José. "Consideraciones político-criminales sobre el nuevo Código Penal de 1995". *La Ley*, Diario 4063 de 21 de junio de 1996.

DE LA PALMA ÁLVAREZ POZO, María. "El arresto de fin de semana en el Código Penal de 1995". *Revista Studia Carande*, núm. 1 Centro Universitario Ramón Carande. Madrid 1997.

LORENZO SALGADO, José M., "Las penas privativas de libertad en el nuevo Código Penal". *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid 1997.

LLEDOT LEIRA, Laura, "La libertad condicional y el régimen de cumplimiento de la pena de arresto de fin de semana". *Revista Eguzkilo*, núm. 10, San Sebastián, diciembre 1996.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis y ORDOÑEZ SÁNCHEZ, Belén, "La ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y el arresto de fin de semana: el Real Decreto 690/1996, de 26 de abril". *Actualidad Penal*, núm. 27/1. Madrid, julio de 1996.

MIR PUIG, Carlos, "Las penas privativas de libertad: la pena de prisión", en *El sistema de penas y su medición en la reforma penal*. Bosch, Barcelona, 1986.

MURADAS FUENTES, Cesar y URBANO GÓMEZ, Susana, "El régimen de ejecución en los arrestos de fin de semana: su problemática". *La Ley*, Diario 4147 de 18 de octubre de 1996.

RAPOSO FERNÁNDEZ, José Manuel, "Aproximación a la pena de arresto de fin de semana en el Código Penal". *La Ley*, Diarios 4305 y 4306 de 9 y 10 de junio de 1997.

...

tar mi intervención al comentario de aquellos aspectos más conflictivos de su actual regulación, así como al estudio y análisis de los datos más relevantes sobre la aplicación de esta pena en Cataluña, a partir de las informaciones facilitadas por la Administración penitenciaria catalana sobre 1429 penados a AFS y del estudio de 100 resoluciones judiciales donde se aplica dicha pena.

Entre otras cuestiones se intentará dar respuesta a la pregunta ¿Arresto de fin de semana para qué y para quién?, intentando descifrar cuál era la idea del legislador al diseñar esta respuesta penal y cuál es la realidad de su aplicación en la actualidad.

Finalmente, y teniendo en cuenta, entre otras existentes, las limitaciones del estudio de casos aportado, se plantean algunas conclusiones provisionales, que espero sirvan para incitar a una discusión en mayor profundidad sobre la actual pena de AFS.

2. DEFINICIÓN Y ANTECEDENTES

El AFS es una pena privativa de libertad de carácter discontinuo con una duración unitaria de treinta y seis horas y cuya ejecución tendrá lugar de forma preferente durante los fines de semana que se determinen judicialmente y en centro penitenciario, donde se cumplirá en régimen de aislamiento en celda.

Se trata de una pena, a criterio de LORENZO SALGADO, llamada a desempeñar un importante papel en el actual sistema de penas, puesto que cubre, en primer término como pena principal, el hueco punitivo que se produce como consecuencia de la desaparición de las penas de prisión inferiores a seis meses, funciona en segundo lugar, también como sustitutivo de las penas de prisión de hasta dos años, y es, por último, un modo de cumplir la responsabilidad personal subsidiaria (en caso de impago de multa).

Se trata de alguna forma de cubrir el espacio de reacción penal que queda entre la multa y la pena de prisión, cuando la primera puede resultar insuficiente y la segunda excesiva.

Como tantas veces se ha dicho y es opinión unánime de todas las Escuelas Penales, las penas cortas de privación de libertad de carácter continuo presentan innumerables efectos negativos. Pues bien, la pena de AFS pretende, por lo menos en teoría, resolver el problema que hasta hoy han planteado las penas cortas de prisión. Penas cortas de prisión que merecen, sin duda, un estudio en mayor profundidad, pues junto a su crítica unánime por parte de la doctrina, hoy parecen resurgir como respuesta penal en algunos países europeos, en especial en los países nórdicos (caso de Noruega, donde el 54% de las penas de prisión son inferiores a los seis meses).

El sistema de ejecución de esta pena en régimen de aislamiento en celda y su propio carácter discontinuo, condiciona un sistema de intervención ajeno al tratamiento

...

REBOLLO VARGAS, Rafael, "Algunos problemas de la pena de arresto de fin de semana". *Actualidad Penal*, núm. 5. Madrid, febrero de 1998.

SÁNCHEZ CARRIÓN, Joaquín Luis, "Cuestiones prácticas sobre el cumplimiento de las penas de arresto de fines de semana". *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año VII, núm. 318. Madrid, noviembre 1997.

TESON MARTÍN, Fernando. "La pena de arresto de fin de semana en el nuevo Código Penal". *Actualidad Penal*, núm. 11/10. Madrid, marzo de 1997.

penitenciario. Si la pena de AFS no es apta para el tratamiento penitenciario quiere ello decir, por un lado y desde un plano teórico, que los condenados a esta pena no requerirán a priori ninguna intervención, y por otro, que su finalidad queda un tanto alejada de la orientación de las penas a la que alude el art. 25.2 CE.

Según CERESO MIR, esta pena está indicada, desde el punto de vista de la prevención especial, para aquellos delincuentes que requieren una fuerte llamada de atención, un efecto de Shock y, desde el punto de vista de la prevención general y de la reafirmación del ordenamiento jurídico, en aquellas infracciones para cuya sanción aparece como insuficiente una pena de multa. Se considera que esta pena está especialmente indicada en los delitos contra la seguridad del tráfico, abandono de familia y en algunos delitos económicos.

Para una parte de la doctrina, la pena de AFS constituye una pena de expiación, llegando a defender algún autor, como M.G.POTVIN², en una especie de arrebató pensilvánico, *que los detenidos han de sufrir un régimen absoluto de aislamiento familiar, con total prohibición de realizar cualquier género de trabajo, o dedicarse a la lectura u otra clase de distracción. La celda resultará así especialmente útil, imponiendo un período de reflexión, que pueda servir al delincuente primario para revisar su comportamiento. Será un fin de semana de reposo completo, en el que la privación de libertad se refuerce con la privación de toda clase de distracciones que, a pesar de la brevedad de su duración será intensamente sentida por el reo.*

La pena de AFS tiene una escasa implantación a nivel europeo, habiendo sido abandonada en distintas legislaciones por los especiales problemas que planteaba su ejecución. En algunos países, esta pena se aplica en régimen de arresto domiciliario, en concepto de alternativa a las penas de prisión de corta duración.

En el Estado Español encontramos antecedentes de la pena de AFS en la derogada Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, de 4 de agosto de 1970, y en la todavía vigente Ley 4/92, sobre procedimiento de los Juzgados de Menores, donde se contempla la medida de internamiento por un tiempo de uno a tres fines de semana. Dicha medida se contempla, asimismo, en el Anteproyecto de Ley Orgánica de la Justicia de Menores, donde se prevé una medida similar, denominada arresto (en el propio domicilio del menor) con tareas de fin de semana.

3. NORMATIVA Y SUPUESTOS DE APLICACIÓN DE LA PENAL DE AFS

La pena de AFS encuentra su regulación básica en el art. 37 CP y su desarrollo reglamentario en los arts. 12 a 24 del RD 690/1996, de 26 de abril. Existe también una regulación administrativa por vía de Circulares de las distintas Administraciones penitenciarias³ ante las importantes lagunas detectadas en la regulación básica y con amparo a la remisión que la misma realiza a la LOGP y a la vía reglamentaria.

2. Citado entre otros por CERESO MIR, SAINZ CANTERO y JORGE BARREIRO.

3. Circular 1/96 de la Dirección General de Servicios Penitenciarios y de Rehabilitación del departamento de Justicia de Cataluña.

Circular 8/96 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio de Interior.

Los supuestos de aplicación de la pena de AFS son los siguientes:

- Como pena principal prevista para determinados tipos penales. Este es el supuesto contemplado en 16 delitos (en alguno de ellos se puede aplicar el AFS o la pena de multa) y también el contemplado en 9 faltas. En estos casos, previa conformidad del reo, la pena de AFS se puede sustituir por multa o TBC.
- Como vía sustitutiva de las penas de prisión que no excedan de un año (existe un supuesto excepcional en que la sustitución podrá otorgarse en penas de prisión que no excedan de dos años y fundamentado en la conjetura de que la pena de prisión no vaya a cumplir con la finalidad preventiva y reinsertadora que de ella se espera según nuestra CE).
- Como forma de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (art. 53.1 CP)

Las vías sustitutivas se hallan previstas en el art. 88.1 CP, estableciéndose como único requisito para su aplicación la condición de reo no habitual. Por lo tanto, se admite la posibilidad de sustitución de la pena de prisión también a aquellos sujetos que sean reincidentes, aunque sin que lleguen a la reincidencia crónica, que supone la habitualidad. En cualquier caso los antecedentes del sujeto que no tenga la condición de reo habitual, entrarían dentro del marco valorativo por el que deberá guiarse el órgano penal sentenciador en el momento de determinar, o no, la sustitución de la pena de prisión. Marco valorativo que, además de la conducta, deberá contemplar sus circunstancias personales, la naturaleza del hecho y de forma especial, el esfuerzo por reparar el daño causado. Esfuerzo reparador que debidamente gestionado debería constituir el elemento fundamental para proceder a la sustitución de la pena, cuando no para proceder a la simple suspensión de su ejecución.

4. LA DURACIÓN DE LA PENA DE AFS: DE UNO A DOSCIENTOS OCHO FINES DE SEMANA

Cuando el acceso a la pena de AFS se produce por la vía de la sustitución de la pena de prisión, cada semana de prisión será sustituida por dos AFS, que tendrán, cada uno de ellos, una duración de 36 horas, de acuerdo con el art. 37 CP.

Sólo podrán imponerse como máximo 24 AFS (hasta 6 AFS para penas leves, de 7 a 24 para penas menos graves) salvo que la pena se imponga como sustitutiva de otra pena privativa de libertad. En este supuesto se aplicarán los módulos de conversión recogidos en el art. 88.1 CP.

La limitación a un máximo de 24 AFS se sobrepasa en los siguientes supuestos:

- Por aplicación de la pena superior en grado. En este caso la pena se podrá extender hasta los 36 AFS, de acuerdo con el art. 70.2.5º CP.
- Por aplicación en vía de sustitución de las reglas del art. 88.1 CP (cada semana de prisión será sustituida por dos AFS). Aquí la pena puede llegar hasta los 208 AFS en el supuesto máximo de una pena de prisión de hasta 2 años de duración, o, a los 104 AFS para el caso de una pena de prisión de 1 año de duración.
- Por aplicación de las reglas del art. 53.1 CP, cuando se acuerde que la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa se cumpla en régimen de AFS, se

podrá llegar a los 180 AFS en el supuesto de que tal responsabilidad personal alcanzase un año de privación de libertad y de acuerdo con el sistema de equivalencias del art. 37 CP, según el cual, dos días de privación de libertad equivalen a un AFS.

Por encima de los 24 AFS (período de cumplimiento de 6 meses) o a lo sumo de los 36 AFS (período de cumplimiento de 9 meses) difícilmente pueden defenderse unos límites de cumplimiento de esta pena como los indicados anteriormente y que comportarían períodos de cumplimiento situados entre los dos y los cuatro años.

Afortunadamente el CP contempla la posibilidad de sustituir la pena de prisión también mediante la pena de multa. Si la pena de multa no fuera posible, o no se considerase adecuada, habría de valorarse la posibilidad legal de suspender la ejecución de la pena impuesta. Pero si ello tampoco fuere factible, surge el problema de cómo afrontar una pena de AFS de larga duración. Muy posiblemente no deberíamos preocuparnos ante la posibilidad de ejecutar una pena de 200 AFS, pues lo más razonable sería pensar que en tan largo período de tiempo se producirían, voluntaria o involuntariamente, dos ausencias no justificadas que darían pie al cumplimiento ininterrumpido de la pena privativa de libertad.

En cualquier caso, resulta preocupante la idea del legislador de que pudieran cumplirse penas de AFS por encima de los 24 ó 36 AFS. Tal como acabamos de señalar, el CP contempla esta posibilidad, ya que por un lado no es posible la sustitución de la pena de AFS de larga duración por otra menos gravosa, ya que se prohíbe la sustitución de las penas ya sustituidas y, por otro lado, a esta pena no le resulta de aplicación el régimen general de cumplimiento de la pena de prisión en virtud de la remisión que el art. 37 CP efectúa al RD 690/1996 y supletoriamente al ordenamiento penitenciario. Es decir, no es posible en el actual marco reglamentario de la pena de AFS, la aplicación de la libertad condicional ordinaria, ni la libertad condicional avanzada, por ser ambas instituciones ajenas a esta modalidad de pena privativa de libertad que, al mismo tiempo, es ajena a la clasificación y al tratamiento penitenciario. La libertad condicional y los beneficios penitenciarios, así como los permisos penitenciarios ordinarios, sólo serán de aplicación, de acuerdo con la normativa vigente, en los supuestos de pena de AFS con cumplimiento ininterrumpido (o lo que es lo mismo, en los supuestos de penas de prisión de corta duración).

Aunque luego insistiremos en ello, resulta obvio señalar que la regulación de la pena de AFS efectuada en el RD 690/1996 entraña graves consecuencias. Con independencia de otras críticas que el citado Reglamento pueda merecer, la actual regulación que en el mismo se hace de la pena de AFS, guarda relación con una aplicación de esta pena dentro de los límites ordinarios de los 24 ó 36 fines de semana. Ante la posibilidad de que puedan aplicarse penas de AFS de duración superior, debería acudir a la vigente normativa penitenciaria, entre otras razones, por su rango de Ley Orgánica, aunque a nadie se le escapan las dificultades que sin duda comporta aplicar el régimen general de cumplimiento de la pena de prisión a los AFS. Quiere ello decir que la referida disposición reglamentaria debería modificarse con carácter urgente.

5. INCUMPLIMIENTO Y QUEBRANTAMIENTO

La concurrencia de dos ausencias no justificadas al lugar de cumplimiento de la pena de AFS produce el quebrantamiento de la misma, pudiendo el Juez de Vigilancia

Penitenciaria acordar su cumplimiento ininterrumpido, a razón de dos días de privación de libertad por cada AFS. Este precepto surte efecto tanto en la pena de AFS aplicada como pena principal, como cuando su aplicación deviene por vía de sustitución de una pena de prisión, o de responsabilidad personal subsidiaria.

En este segundo supuesto –cuando se aplica por vía de sustitución– y cuando, además, la pena de AFS va acompañada de alguna de las obligaciones o normas de conducta del art. 83 CP –posibilidad prevista de forma expresa en el art. 88.1 CP– surge la duda sobre la interpretación que deba darse al contenido del art. 88.3 CP cuando se refiere a la posibilidad de un incumplimiento en todo o en parte de la pena de AFS con la consecuencia de que se ejecutará la pena de prisión inicialmente impuesta. No siendo de aplicación a este supuesto las previsiones mucho más flexibles del art. 84.2 CP en relación al incumplimiento de los deberes o normas de conducta en el marco de la suspensión de la ejecución de la pena, cabe sostener en el caso planteado, que el simple incumplimiento de las normas de conducta impuestas no comportará ni el quebrantamiento, por supuesto, ni tampoco el incumplimiento, ni siquiera en parte, de la pena de AFS.

Hay que entender que estando las causas de quebrantamiento perfectamente delimitadas en el art. 37.3 CP (incurrir en dos ausencias no justificadas) el incumplimiento de los deberes de conducta u obligaciones impuestas al penado condenado a la pena de AFS, no pueden llevar a las graves consecuencias previstas en el art. 88.3 CP. La pena impuesta es, en definitiva, la de AFS y los deberes u obligaciones impuestos no pueden tener otra consideración, especialmente en esta pena, que la de medidas de refuerzo y soporte en beneficio del penado.

6. COMPETENCIA JURISDICCIONAL

En relación a la competencia jurisdiccional para conocer de la ejecución de la pena de AFS, se produce en la actualidad una confluencia de intervenciones del órgano penal sentenciador y del JVP. A modo de resumen podemos señalar que el juez sentenciador interviene al inicio del proceso de ejecución a partir de la firmeza de la sentencia y del mandamiento de cumplimiento de la misma al director del centro penitenciario o encargado del depósito municipal, con indicación de los datos básicos a que se refiere el art. 13.3 del RD 690/1996, con el objeto de definir el correspondiente plan de ejecución de la pena. El juez sentenciador no volverá a intervenir hasta la finalización de la ejecución, declarando, en su caso, la extinción de la responsabilidad criminal por cumplimiento de la pena.

Por lo tanto, será la fase intermedia, la de la ejecución de la pena propiamente dicha, la que corresponderá al juez de vigilancia penitenciaria, quien deberá aprobar el plan de ejecución y ejercer el correspondiente control sobre el mismo.

7. RÉGIMEN DE EJECUCIÓN

El procedimiento de ejecución de la pena de AFS mediante el correspondiente plan de ejecución se encuentra regulado en el propio RD 690/1996, así como por vía de las anteriormente referidas Circulares elaboradas por las Administraciones penitenciarias.

Sin duda, uno de los temas polémicos en relación con la ejecución de la pena de AFS viene referido a su sistema de cumplimiento, a la no aplicación del régimen general penitenciario y de manera muy especial al establecimiento del aislamiento como régimen de cumplimiento.

Por un lado, y dado que dicha regulación se establece por vía de un Real Decreto, se plantean dudas acerca de si corresponde a la vía reglamentaria la determinación de unas condiciones de ejecución de una pena privativa de libertad como es el AFS en forma de aislamiento y, por lo tanto, de dureza superiores a privación de libertad ordinaria. Cabe considerar que esta regulación en vía reglamentaria puede incidir en la reserva de Ley Orgánica del art. 81 CE, deviniendo de esta forma inconstitucional el art. 17 del RD 690/1996. El aislamiento como situación penitenciaria, únicamente se puede regular mediante Ley Orgánica, por cuanto comporta una restricción y un endurecimiento en las condiciones de cumplimiento (éste es el caso de la LOGP, la cual regula las situaciones y condiciones de ejecución de la sanción de aislamiento en celda).

Pero además, el modelo de cumplimiento de la pena de AFS en régimen de aislamiento en celda plantea otros problemas, otras dudas.

El RD 690/1996 al definir y orientar la nueva pena de AFS establece consideraciones tales como “*pena no apta para el tratamiento penitenciario*”, o bien, que el régimen de aislamiento en celda “*responde a la necesidad de evitar los riesgos del contagio criminológico de los arrestados*”.

Pues bien, a partir de estas consideraciones cabría preguntarse por qué el legislador optó por el régimen de aislamiento en celda, de igual modo que nos podemos preguntar por qué razón la pena de AFS debe cumplirse en régimen de aislamiento.

Aunque existen distintas hipótesis, no cabe duda que la inexistencia de recursos específicos para el cumplimiento de esta pena pudo influir en tal decisión. Por otro lado, las dificultades de selección y clasificación de los penados que acuden a esta pena debido al amplio campo de aplicación que el NCP admite pudieron asimismo haber influido en el régimen de cumplimiento que se ha otorgado al AFS.

Las Administraciones penitenciarias han ido regulando con bastante acierto las denominadas “*situaciones especiales de ejecución*”, que vienen a referirse a los supuestos en los que se produce un encuentro en el tiempo entre una pena de AFS y otra pena privativa de libertad, o situación de prisión preventiva o de libertad condicional.

Otra cuestión que plantea, sin duda, grandes discusiones es la posibilidad de ejecutar la pena de AFS en forma de cumplimiento ininterrumpido o continuado. En realidad, el CP tan sólo admite una posibilidad para que pueda darse el cumplimiento de la pena de AFS de forma ininterrumpida y éste es el supuesto planteado en el art. 37.3 y referido al quebrantamiento de la pena mediante dos ausencias no justificadas.

En aplicación del principio de legalidad al que se halla sujeto el sistema de ejecución de las penas, la pena de AFS no puede cumplirse, fuera del supuesto anterior, de forma ininterrumpida. Ahora bien, existe el problema que se suscita cuando a un interno que está cumpliendo pena de prisión se le plantea el cumplimiento de una pena de AFS. En aplicación estricta del art. 75 CP, primero debería cumplir la pena de prisión

para posteriormente cumplir la pena de AFS. En estos casos la práctica que se viene observando, al margen de la estricta legalidad, es la del cumplimiento ininterrumpido de la pena de AFS y su refundición y acumulación a la pena de prisión. Se considera en estos casos que el AFS pierde su finalidad alternativa a la prisión –el penado ya se halla en prisión– y que, por otro lado, y en beneficio del penado, se considera que la acumulación material de ambas penas privativas de libertad permite la aplicación del régimen general penitenciario, con los correspondientes beneficios para el mismo.

En este sentido, indicar que el Proyecto de Ley Orgánica Reguladora del Procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, tiende a potenciar el cumplimiento de la pena de AFS en forma ininterrumpida, otorgando al Juez de Vigilancia amplias competencias para convertir la pena de AFS en arresto continuado.

No plantea ningún tipo de discusión la posibilidad de que la pena de AFS se cumpla en días distintos de los viernes, sábados y domingos, ya que así lo prevé el propio art. 37.2 CP, siempre que se trate de casos debidamente justificados. De igual forma y con idéntico amparo legal, resulta factible la ejecución de esta pena en fines de semana alternos.

Existen sin duda otras cuestiones relevantes relativas a la ejecución de la pena de AFS, como pueden ser las relativas al lugar de cumplimiento, o las derivadas de la posibilidad de sustituir la pena de AFS cuando se impone como pena principal por multa o TBC, o bien cuando su aplicación se produce como forma de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.

8. ARRESTO DE FIN DE SEMANA: ¿PARA QUÉ Y PARA QUIÉN?

Parece oportuno iniciar el análisis del tema intentando establecer la idea del legislador a la hora de diseñar esta pena, sobre la que nada dicen las Exposiciones de Motivos de las normas que la regulan.

Para ello será necesario analizar los tipos delictivos que comportan la aplicación como pena principal del AFS, así como volver a la normativa aplicable al régimen de ejecución de esta pena.

Del estudio de los tipos delictivos aplicables al AFS (cuestión distinta es cuando el AFS se aplica en sustitución de otra privativa de libertad, dado que en este supuesto no es posible ningún análisis, debido al carácter de pena general o columna vertebral del sistema de penas que tiene asignada la pena de prisión) podemos deducir lo siguiente:

- En general, se trata de tipos aplicables a delinquentes no marginales o disociales. Los delitos contra la propiedad, –con excepción del robo y hurto de uso de vehículos– y los relativos al tráfico de estupefacientes están excluidos de los tipos delictivos a los que se puede aplicar una pena de AFS. En cambio, se contemplan delitos atribuibles, en principio a un perfil de delincuente más ocasional y de carácter no marginal (aborto por imprudencia, acoso sexual, abandono de familia, delitos contra la Hacienda Pública, delitos contra la seguridad del tráfico...) Lo anterior resulta asimismo de aplicación, aunque en menor medida, si analizamos las faltas para las cuales se prevé como pena principal una pena de AFS (hurto, daños, lesiones...).

Por su parte, del estudio de la vigente legislación aplicable a la ejecución de esta pena encontramos lo siguiente:

- El RD 690/1996 informa que esta pena no es apta para el tratamiento penitenciario. Muy probablemente, esta manifestación guarda relación con el propio régimen de ejecución en fines de semana y en régimen de aislamiento, lo que dificulta enormemente la aplicación de programas de tratamiento penitenciario. En cualquier caso, esta característica de la pena privativa de libertad mediante AFS supone una excepción al principio general de que las penas deberán ir orientadas hacia la reeducación de los penados. La exclusión del tratamiento penitenciario también puede guardar relación con una idea general sobre los delincuentes usuarios de esta pena, a los que pudiera considerarse como no necesitados de tratamiento.
- También el RD 690/1996 se refiere al régimen de aislamiento en celda, fundamentándolo en la necesidad de evitar los riesgos del contagio criminológico de los arrestados a fines de semana. Aquí caben varias interpretaciones sin excluir, por supuesto, la posibilidad de que el legislador estuviera pensando en un usuario de esta pena en estado puro, es decir, en un usuario no contagiado previamente, es decir, en un delincuente primario, socializado y sin contacto previo con el mundo marginal ni con el sistema de justicia penal.

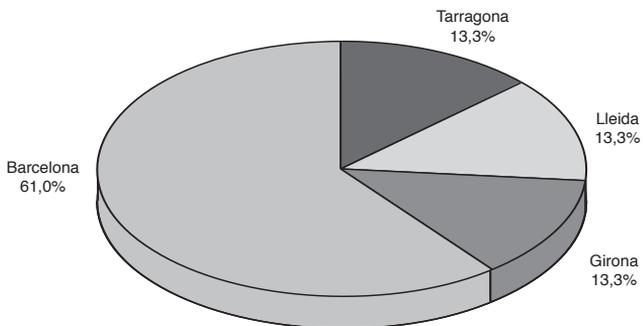
Del análisis anterior podemos deducir que probablemente el legislador diseñó esta modalidad sancionadora de los AFS pensando en un determinado sector de la población infractora, no marginal, ni especialmente conflictiva.

Sin embargo, el supuesto control sobre el tipo de población para el que la pena de AFS puede resultar adecuada, establecido para los supuestos en que la pena se aplica como principal, se descontrola cuando la pena de AFS se aplica por vía de sustitución de otra pena privativa de libertad. Aunque es cierto que el propio CP formula determinados criterios a los órganos penales sentenciadores cuando se trata de sustituir una pena de prisión (conducta, esfuerzo reparador) ello no siempre va a significar una correcta selección de los penados que acudan al AFS, especialmente si se acaba actuando bajo un cierto automatismo, y no se cuenta con recursos especializados en el ámbito del asesoramiento técnico a los jueces penales.

9. ESTUDIO Y COMENTARIOS SOBRE SU APLICACIÓN EN CATALUÑA

Para conocer y poder valorar cuál es la aplicación real de la pena de AFS, es decir, cuánto se aplica y a quién y por qué delitos se aplica, vamos a analizar brevemente los datos referidos a la aplicación de esta pena en Cataluña. Para ello vamos a utilizar como fuentes de información los datos facilitados por la Dirección General de Servicios Penitenciarios y de Rehabilitación del Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña, así como los resultados obtenidos del análisis de las 100 resoluciones judiciales que aplican la pena de AFS⁴.

4. Ver gráficos anexos.

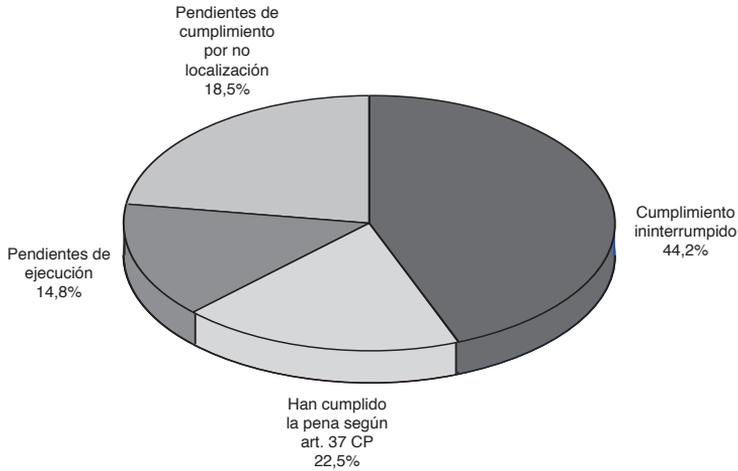
Plazas disponibles para el cumplimiento del AFS¹

Provincia	Plazas	%
Barcelona	90	61,0
Tarragona	20	13,3
Lleida	20	13,3
Girona	20	13,3
Total	150	100,0
Media semanal de ocupación en 1997	31	

1. Datos facilitados por la Dirección General de Servicios Penitenciarios y de Rehabilitación del Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña.

Situación del cumplimiento de la pena de AFS

Total penados. Mayo 96 - Diciembre 97²

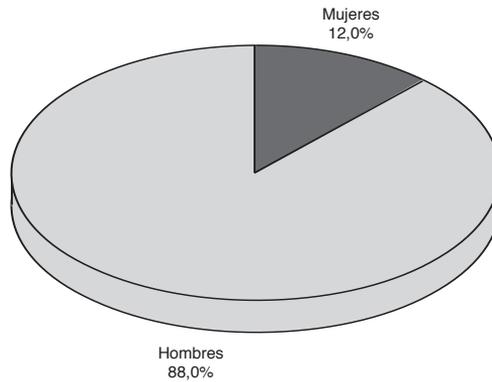


Situación de cumplimiento	Penados	%
Han cumplido la pena según art. 37 CP	321	22,5
Pendientes de ejecución	212	14,8
Pendientes de cumplimiento por no localización	265	18,5
Cumplimiento ininterrumpido	631	44,2
Total	1429	100,0

2. Datos facilitados por la Dirección General de Servicios Penitenciarios y de Rehabilitación del Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña.

Distribución, por sexo, de la población penada a AFS

Total penados. Mayo 96 - Junio 98³

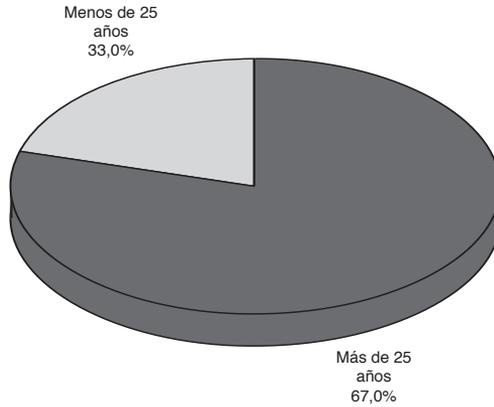


	%	
Sexo	AFS	Total población encarcelada
Hombres	88,0	92,0
Mujeres	12,0	8,0
Total	100,0	100,0

3. Datos facilitados por la Dirección General de Servicios Penitenciarios y de Rehabilitación del Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña.

Distribución, por edades, de la población penada a AFS

Total penados. Mayo 96 - Junio 98⁴

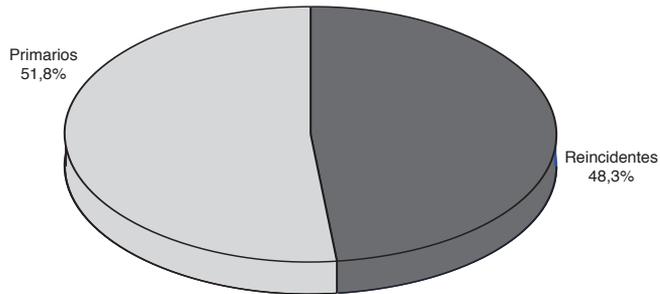


Intervalos de edad	%	
	AFS	Total población encarcelada
Menos de 25 años	33,0	20,6
Más de 25 años	67,0	79,4
Total	100,0	100,0

4. Datos facilitados por la Dirección General de Servicios Penitenciarios y de Rehabilitación del Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña.

Distribución, según los antecedentes penitenciarios, de la población penada a AFS

Total penados. Mayo 96 - Junio 98⁵

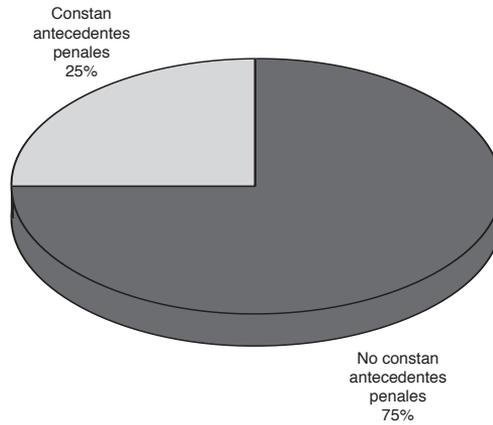


Antecedentes penitenciarios	%
Primarios	51,75
Reincidentes	48,25
Total	100,00

5. Datos facilitados por la Dirección General de Servicios Penitenciarios y de Rehabilitación del Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña.

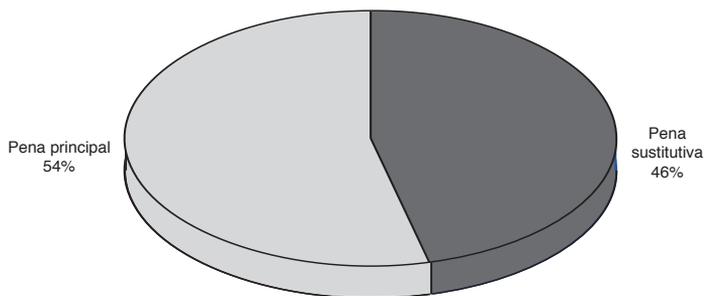
Distribución, según constancia de antecedentes penales, de los penados a AFS

Muestra de 100 Resoluciones Judiciales



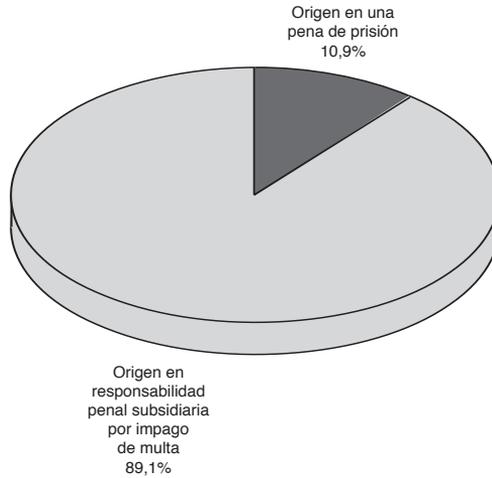
Antecedentes penales	%
Constan en la resolución judicial	25,0
No constan en la resolución judicial	75,0
Total	100,0

Distribución, según la aplicación de la pena, de los penados a AFS
Muestra de 100 Resoluciones Judiciales



Aplicación de la pena	%		
	Total	Hombres	Mujeres
Pena principal	54,0	58,75	35,0
Pena sustitutiva	46,0	41,25	65,0
Total	100,0	100,00	100,0

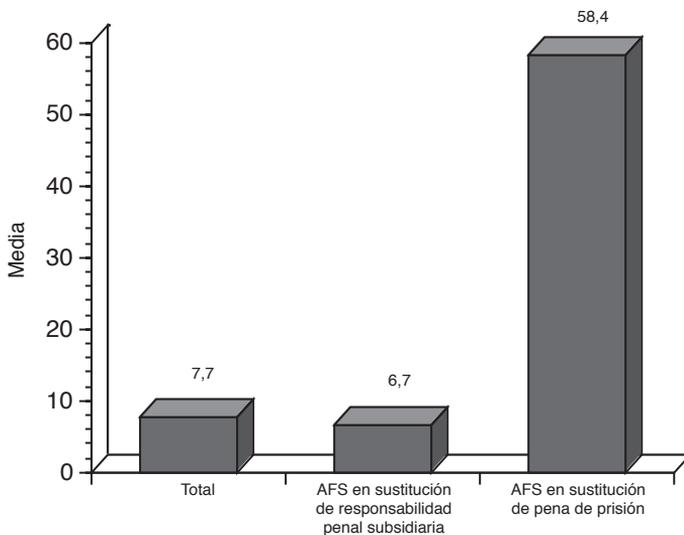
**Distribución de la aplicación del AFS como pena
sustitutiva, según la pena de origen**
Muestra de 100 Resoluciones Judiciales



Origen de la pena sustitutiva de AFS	%		
	Total	Hombres	Mujeres
Origen de una responsabilidad penal sustitutiva por impago de multa	89,1	84,8	100,0
Origen en una pena de prisión	10,9	15,2	0,0
Total	100,0	100,0	100,0

Número de fines de semana de la pena impuesta

Muestra de 100 Resoluciones Judiciales

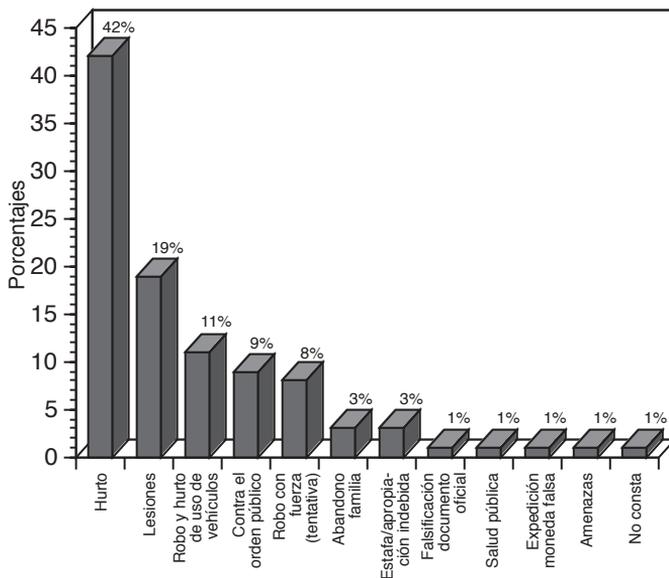


Media del número de fines de semana

Subgrupos	Total	Hombres	Mujeres
Como sustitución de RPS	6,7	6,9	6,1
Como sustitución de pena de prisión	58,4	58,4	
Total muestra	7,7	8,2	5,9

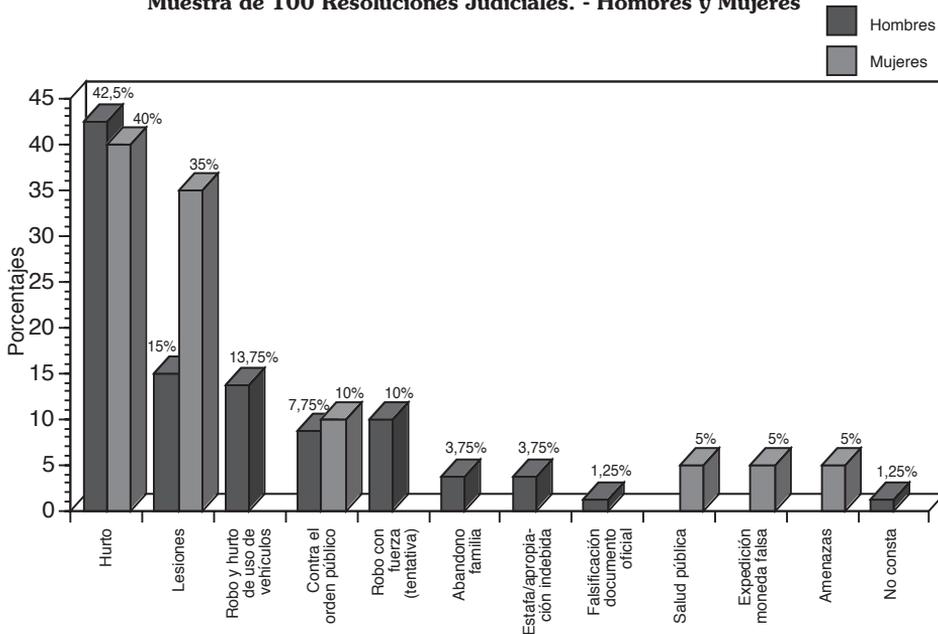
Distribución de los delitos que han conllevado al AFS

Muestra de 100 Resoluciones Judiciales. - Totales



Distribución de los delitos que han conllevado al AFS

Muestra de 100 Resoluciones Judiciales. - Hombres y Mujeres



Distribución de los delitos que han conllevado al AFS

Muestra de 100 Resoluciones Judiciales

Delitos	%		
	Total	Hombres	Mujeres
Hurto	42,0	42,5	40,0
Lesiones	19,0	15,0	35,0
Robo y hurto de uso de vehículo a motor	11,0	13,75	
Contra el orden público	9,0	8,75	10,0
Robo con fuerza (tentativa)	8,0	10,0	
Abandono familia	3,0	3,75	
Estafa / apropiación indebida	3,0	3,75	
Falsificación de documento oficial	1,0	1,25	
Salud Pública	1,0		5,0
Expedición moneda falsa	1,0		5,0
Amenazas	1,0		5,0
No consta	1,0	1,25	
Total	100,0	100,00	100,0

10. ALGUNAS CONCLUSIONES PROVISIONALES

Parece llegado el momento de plantear algunas consideraciones generales a modo de conclusiones, debiendo recordar el carácter provisional de las mismas en base a las propias características del estudio realizado sobre una muestra reducida de casos, y en un ámbito territorial muy concreto.

- En general, se trata de una pena con una aplicación efectiva bastante escasa por parte de los órganos penales sentenciadores y su razón no obedece, por el momento, a una falta de plazas penitenciarias.
- La pena de AFS se aplica en mayor medida a los jóvenes y a las mujeres.
- En el caso de las mujeres destaca su aplicación como reacción al impago de la pena de multa.
- Su diseño y regulación normativa es deficitaria y su campo de aplicación, en especial por vía de sustitución, excesivamente amplio.

- El tipo de población penal que hoy accede de forma mayoritaria a esta pena es la antigua receptora de las penas de prisión de corta duración. Se trata, en general, de población marginal, con un porcentaje elevado de reincidentes⁵ y autores de faltas contra la propiedad. Casi la mitad de esta población acumula otras penas privativas de libertad, dando lugar a un cumplimiento continuado de las mismas. La actual aplicación de las penas de AFS no cumple, en general, con su función alternativa a las penas de prisión de corta duración.
- El fracaso o incumplimiento de la pena de multa da lugar en bastantes ocasiones a una aplicación agravada de la pena de AFS (determinadas conductas que podrían haberse sancionado inicialmente con una pena de 2 AFS por ejemplo, se convierten en 7 AFS como sustitutiva de una pena de RPS por impago de multa, en aplicación de las actuales reglas de conversión del art. 53.1 CP).
- Su aplicación puede resultar idónea –y por supuesto menos perjudicial que la prisión– en supuestos muy concretos en que se requiera una respuesta punitiva que comporte una advertencia dura y puntual al reo preferentemente primario y siempre que se plantee con una duración no excesivamente prolongada en el tiempo. A partir de una correcta selección, clasificación y ubicación de los penados a AFS en dependencias o departamentos adecuados, nada obsta para que pueda plantearse un cumplimiento de esta pena en régimen ordinario.
- En los demás supuestos, la pena de AFS deberá aplicarse con carácter restrictivo, potenciando siempre que sea posible la aplicación de otras respuestas punitivas, como la multa o trabajos en beneficio de la comunidad, cuando no la suspensión de la ejecución con la imposición de normas de conducta. En este sentido, cabe destacar la posibilidad que ofrece el art. 83.1. 2º CP de suspender la ejecución de la pena condicionando la suspensión a que el condenado no se ausente del lugar de residencia, por ejemplo durante los fines de semana y durante el tiempo que el órgano penal sentenciador estime adecuado y que, por supuesto, no debería sobrepasar el límite que en relación a la pena de AFS fija el art. 37 CP.
- En los supuestos de aplicación de la pena de AFS por vía sustitutiva debería potenciarse la exigencia del esfuerzo reparador a que alude el art. 88.1 CP.

5. La reincidencia planteada se refiere a la de origen penitenciario, es decir, a anteriores ingresos del sujeto en un establecimiento penitenciario. La reincidencia que aparece en el estudio sobre las resoluciones judiciales es muy inferior, debido a que la mayoría de expedientes judiciales se refieren a juicios de faltas.

EGUZKILORE

Número Extraordinario 12.
San Sebastián
Diciembre 1998
219 - 226

RETOS PENITENCIARIOS AL FINAL DEL S. XX

Prof. Dr. D. Jesús VALVERDE MOLINA

*Facultad de Psicología
Universidad Complutense
Madrid*

Resumen: La cárcel es la gran olvidada de la sociedad de bienestar, la prisión no sólo no rehabilita sino que aniquila a la persona. En consecuencia, son muchos los retos que se plantean en el ámbito penitenciario, como conseguir un Código penal igualitario que comience defendiendo los derechos de los más débiles o superar los problemas que se presentan en el seguimiento judicial de la sentencia. Así, podrían desarrollarse algunas alternativas a la prisión: el cumplimiento en centros terapéuticos, la mediación, la asistencia a la comunidad como “restitución”, el cumplimiento alternativo y la libertad “a prueba”.

Laburpena: Ongizarteko gizartean dagoen gauzarik ahaztuena gartzela da, gartzelak ez lehengoratzear gain pertsona deusezten du. Horren ondorioz, baitegi inguruan helburu asko planteatzen dira, adibidez ahulenen eskubideak defendatzen dituen Kode penal berri bat nola lortu, edo epaiaren jarraipen judiziala egiterakoan sortzen diren arazoei aurre nola egin. Hau hala izanik, gartzelari beste irtenbide batzuk garatu beharrean aurkitzen gara: zigorrak osa-bide zentruetan betetzea, bitartekotasuna, itzulera moduan komunitateari laguntzea, beste alternatibak eta probapeko askatasuna.

Résumé: La prison est la grande oubliée de la société du bien-être, elle ne sert pas à réhabiliter mais plutôt à annihiler la personne. Par conséquence, on trouve plusieurs défis posés à l’environnement pénitentiaire, tels que celui d’obtenir un code pénal égalitaire qui puisse défendre les droits du plus faible ou surmonter les problèmes présentés dans la poursuite judiciaire de la sentence. Certaines alternatives pourraient être développées à l’intérieur de la prison: l’exécution dans les centres thérapeutiques, la médiation, l’assistance à la communauté comme “restitution”, l’exécution alternative et la liberté sous condition.

Summary: The jail is the great one forgotten of the welfare’s society. The prison doesn’t rehabilitate, and on top wipes out people. In consequence, there are many raised challenges in the penitentiary environment, for example how to obtain an equalitarian penal Code, that defends the rights of the weakest, or how to overcome the problems that are presents at the judicial pursuit of the sentence. This way, some alternatives to prison could be developed: the execution in therapeutic centers, the mediation, the attendance to the community like “restitution”, the alternative execution and the proving freedom.

Palabras clave: Instituciones Penitenciarias, Derechos Humanos, Derecho Penal, Alternativas a la Prisión.

Hitzik garrantzizkoenak: Baitegi Erakundeak, Giza Eskubideak, Zuzenbide Penala, Gartzela Zigorren Alternatibak.

Mots clef: Institutions pénitentiaires, droits humains, Droit pénal, Alternative à la Prison.

Key words: Penitentiary institutions, Human rights, Penal Law, Alternative to the Prison.

1. INTRODUCCIÓN

Cuando se acerca el final de siglo es frecuente encontrar frases de protesta, destinadas a muchas causas diferentes que dicen algo así como: “No hay derecho a que casi en el S. XXI sigamos así”. Pero yo nunca la había oído referida a las cárceles.

Tal vez porque lo que pasa en la cárcel no interesa mucho, ni a los políticos, ni a los jueces, ni a los medios de comunicación ni, por lo tanto, a los ciudadanos. O tal vez porque todo el mundo piense que en la cárcel se vive bien, que se hace lo que se debe hacer, o incluso que los presos viven demasiado bien.

Sin embargo, nada más lejos de la realidad. La cárcel es la gran olvidada de esta supuesta sociedad del bienestar. Tenemos unas prisiones que no sólo no rehabilitan, sino que son auténticas máquinas de aniquilar personas. A lo largo de ya más de veinte años de relación con reclusos, he conocido a gente que se ha recuperado a pesar de las cárceles, pero jamás he conocido a nadie que se haya recuperado gracias a la cárcel.

En consecuencia, son muchos los retos que tenemos planteados desde hace mucho tiempo en el ámbito penitenciario. A algunos de ellos me voy a referir.

2. LA JUSTICIA COMO PROBLEMA SOCIAL

A la cárcel se llega mediante una decisión judicial. Por ello, habremos de hablar, en primer lugar, del papel que juega la justicia en el ámbito penitenciario, en sus dos vertientes:

- la decisión del encarcelamiento.
- el control del cumplimiento de la sentencia.

2.1. La decisión de encarcelamiento

En primer lugar, en cuanto a la decisión de encarcelar a una persona, desde los que trabajamos en el ámbito de la exclusión social, se observa una profunda desigualdad en función de la procedencia social del “infractor”: mientras que nuestros muchachos difícilmente tienen derecho a la “*presunción de inocencia*” que, de una u otra manera, implica la *libertad provisional*, ésta se aplica muy frecuentemente en supuestos infractores pertenecientes al grupo normativo, y ello al margen de la gravedad del delito por el que es acusado.

La causa está, en mi opinión, en que, al igual que ocurre con la cárcel, el Código penal es “*cosa de pobres*”, incluso más el actual que el anterior. Por ejemplo, si antes era delito fiscal defraudar a Hacienda más de cinco millones, hoy lo es cuando la cantidad es superior a los quince. Obviamente, el único delito fiscal que pueden cometer los chicos con los que yo trabajo es no declarar a Hacienda el último atraco.

Sin embargo, están perfectamente tipificados todos los delitos que ellos pueden cometer, e incluso es a ellos a quienes se aplica de verdad el cuestionable concepto de “*reincidencia*”, que implica, al menos desde las ciencias sociales, que ante el fracaso

de las medidas reinsertadoras se castiga al paciente, no a los que no intervienen en el supuesto tratamiento, fracasan en él, o incluso empeoran la conducta del paciente.

Por ello, los muchachos con los que trabajo han de esperar meses, e incluso años en la cárcel antes de ser juzgados, sin saber qué condena les puede caer, y ello crea un estado de profunda indefensión, además de otras consecuencias en las que no tengo tiempo para entrar, y que ya he recogido en otro lugar (VALVERDE, 1991).

2.1.1. Hacia un Código Penal igualitario que comience defendiendo los derechos de los más débiles

Continuando algo más con la decisión judicial del encarcelamiento, creo que podemos remontarnos algo más atrás en la vida de los “habitantes de las cárceles”, los presos, internos e incluso “usuarios de las cárceles” como los he oído mencionar en alguna ocasión en un pudoroso intento de moderar el lenguaje (que no la realidad).

Nadie se levanta un día y decide cometer un delito, sino que ese delito es el final de un proceso, casi invariablemente, de exclusión social y el comienzo de un proceso de prisionización.

En este sentido, la justicia no suele intervenir cuando el muchacho *está* en peligro, sino cuando *es* un peligro. No cuando está siendo dañado en su sociabilidad, sino cuando, como consecuencia de ese daño, emite conductas tipificadas como delitos. Con frecuencia he visto la intervención de la policía respecto de los niños que venden pañuelos en los semáforos, y siempre he visto cómo les requisaban la mercancía (de la que a menudo depende la supervivencia de la familia), pero nunca he oído preguntar por qué no estaba a esas horas en el colegio.

Ésta y otras muchas situaciones similares por las que atraviesa el niño a lo largo de su vida le hacen vivir intensamente el sentimiento de exclusión, de no pertenencia al grupo que decide y, sobre todo, al grupo que posee.

Después de años de desinterés social, nuestros muchachos se encuentran, por fin, atendidos, pero en las cárceles, y en unas condiciones que más tarde veremos.

Ése es, sin duda, uno de los retos, previo a la prisión, *evitar que lleguen a ella*, poniendo un énfasis especial en la *prevención*, pero como calidad de vida, ofreciéndoles la oportunidad de desarrollarse con plenitud.

Es por ello por lo que suelo mantener que lo más importante que he aprendido en ya veinticinco años de trabajo en el ámbito de la marginación, es que mi vida y la de cualquiera de los muchachos con los que trabajo, son perfectamente intercambiables.

Ese reto no incumbe únicamente a la Justicia, pero también le incumbe.

2.1.2. Dejar de estar más allá del bien y del mal

En este sentido, del reto anterior se desprende otro, y es que la justicia y quienes la aplican deben dejar de estar por encima del bien y del mal. Se juzgan delitos, pero

se condenan personas, y personas con una historia de vida que con frecuencia no es tenida en cuenta y cuando lo es, depende de la sensibilidad del juez.

Con frecuencia, declarando como perito en juicios, he tenido un profundo sentimiento de indefensión. Todo lo que yo decía sólo tendría importancia en función de la sensibilidad del juez que, desde la exclusividad de los planteamientos judiciales, podía dar a mis palabras mucha importancia o no concederle ninguna. Por ello, otro reto importante apunta en una doble dirección: la necesidad de un mayor compromiso social de los jueces y una mayor formación en las ciencias sociales.

Ambos aspectos les permitirán pasar del concepto de “delito” al de “persona”, llegando a una personalización de la que tan necesitada está la Justicia. Sobre todo porque, en realidad, si el objetivo esencial de la sentencia es la recuperación personal y social del acusado, el delito por el que se le juzga es un aspecto secundario del diagnóstico de cuáles son sus problemas. Por ello, la mejor definición de delito que he oído, creo que se la oí a un juez, no sé si fue JIMENEZ VILLAREJO, que le decía que “delito es aquello por lo que le han pillado”.

2.1.3. Defender la justicia no es atacar al más débil

En conclusión, defender la justicia no es atacar al más débil. Y ése es el más importante de los retos que tiene planteados la Justicia. Aunque hoy por hoy estas palabras suenen a utopía, no olvidemos que la utopía no es más que un objetivo a largo plazo.

2.2. El seguimiento judicial de la sentencia

La otra vertiente de la justicia, en su relación con el ámbito penitenciario, es el seguimiento judicial de la condena.

Ciertamente, la creación de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria fue la mayor aportación en esta dirección. Sin embargo, en mi opinión, existen dos problemas importantes:

2.2.1. Los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, en realidad, salvo excepciones, no han respondido a las expectativas que crearon, al menos a los que trabajamos de cerca con el problema de la exclusión social:

- No se selecciona a los jueces en función de la tarea que han de cumplir.
- No tienen un personal especializado en ciencias sociales.
- No viven las cárceles de cerca.
- Son excesivamente proclives a mantener la postura de la institución penitenciaria, de manera que con frecuencia, para el preso, el juez y el director de la cárcel vienen a ser personas muy parecidas.

2.2.2. El seguimiento por parte del tribunal sentenciador

El otro problema es que los juzgados de Vigilancia implican que, una vez emitida la sentencia, el tribunal que sentencia olvida el caso cuando, en lógica, debería ser el garante de que la sentencia se cumpliera en las condiciones que marca la ley y con los objetivos que marca. Sé que eso es utópico, que con la carga de trabajo de los juzgados, eso no sería posible. Pero esa imposibilidad la pagan, una vez más, los más débiles, que quedan desamparados de la justicia que les condena y en manos de la institución penitenciaria, de la que no pueden esperar nada bueno.

3. CÁRCELES ALTERNATIVAS COMO PASO PREVIO A LAS ALTERNATIVAS A LAS CÁRCELES

Y es que la cárcel, lo miremos como quiera que sea, ha fracasado sobradamente en sus funciones, tanto si creemos que su objetivo es disuadir mediante el castigo, porque está claro que la cárcel únicamente empeora la conducta llevando a un mayor nivel de violencia, como si consideramos que su función es la reeducación, porque la cárcel no reeduca a nadie, sino que es un espacio de violencia, el lugar donde la sociedad desarrolla su más alta capacidad de agresión, y cuya finalidad es el sometimiento del preso.

Por eso, desde la perspectiva en que trabajo, y dada la imposibilidad real *actual* de suspender las cárceles por ineficaces y dañinas, el reto con que nos encontramos es encontrar cárceles alternativas, pero como paso previo a las alternativas a las cárceles.

4. PRISIONES ALTERNATIVAS

4.1. El respeto a los derechos humanos

Un elemento fundamental de lo que debe ser el eje de una política penitenciaria eficaz ha de ser el estricto respeto a los derechos humanos. Parece exagerado hablar en la España de hoy de la necesidad de respetar los derechos humanos en cualquier parte, las cárceles incluidas. Y sin embargo, existen situaciones en las cárceles que implican una grave transgresión a los derechos humanos, algunas afectan a la mayoría de la población reclusa y otras atañen a algunos presos en especial, sobre todo los reclusos FIES (Fichero de Internos de Especial Seguimiento):

4.1.1. En cuanto a la población reclusa, en general, la muy frecuente ausencia de un programa de intervención, o al menos de ocupación del tiempo, hace que muchos reclusos se pasen el día, en ocasiones durante años, “mano sobre mano”, sin nada que hacer y sin poder hacer nada, porque no tienen casi ninguna posibilidad de planificar su tiempo.

Esta situación de “estar tirados” en el patio tiene unas profundas repercusiones sobre la vida del recluso y sobre su personalidad:

- El patio de la cárcel es un lugar peligroso, donde el preso llega a las más altas cotas de indefensión. (VALVERDE, 1991).

- En él se va a desarrollar aún más un estado permanente de ansiedad y de ausencia de control de la propia vida; nada depende de él, sino del lugar que ocupe en “la sociedad de los reclusos”.

4.1.2. Los casos FIES, representan una situación especialmente dura y dolorosa y que atenta profundamente contra los derechos humanos. Prácticamente el preso no tiene ningún derecho y se encuentra, durante años, sometido a un intenso control de su vida diaria, pero casi nunca recibe el más mínimo tratamiento.

Yo estoy atendiendo ahora a uno de ellos, JUAN JOSÉ GARFIA, que lleva en esta situación creo que doce años, los últimos siete sin ningún tipo de sanción. Sin embargo, a pesar de que los informes que sobre él se han elaborado son positivos y reconocen su falta de conflictividad, invariablemente se oponen a la progresión de grado porque “está simulando”, aunque no se aporta la menor prueba de ello. Dicen que es un psicópata, pero nunca se le ha hecho un diagnóstico en condiciones y nunca se le ha ofrecido el menor tratamiento. Escribe, pinta y estudia, pero no recibe la menor ayuda y ahora incluso se le embarga judicialmente su producción artística.

En resumen, pues, respetar los derechos humanos de los presos, que están condenados a la pérdida de libertad, pero a nada más, es un importante reto de las prisiones españolas. Y no es fácil, porque se ha desarrollado a lo largo de décadas un juego de dominio-sumisión difícil de romper.

4.2. Prisiones abiertas

En segundo lugar, no se puede educar para la sociabilidad aislando al recluso de la relación social.

La entrada en prisión implica una pérdida tajante de vinculaciones (VALVERDE, 1991) que, a partir de entonces, van a estar controladas tajantemente por la institución, que va a anormalizar la manera mediante la cual el preso conecte con el exterior (comunicaciones y vis a vis).

En consecuencia, es preciso abrir las prisiones, facilitar el encuentro del preso con la realidad exterior.

4.3. La implicación social

Y eso se puede conseguir con la implicación social, mediante la participación ciudadana, real y efectiva, en los centros penitenciarios.

Las cárceles llevan mucho tiempo cerradas “a cal y canto”, con muy escasa participación de personas de fuera que, cuando se les permite entrar, son sometidas a un estricto control y, además, son dedicadas a tareas de entretenimiento de los presos, pero rara vez a una labor terapéuticamente eficaz.

4.4. El protagonismo social en el tratamiento

Es esencial, por el contrario, no sólo la participación social en las prisiones sino, en mi opinión, su protagonismo en el tratamiento.

De una u otra manera, el funcionario de prisiones, de cualquier nivel, y aunque existen también en las prisiones magníficos profesionales (a pesar de trabajar en una situación de fuerte presión), son percibidos por el preso como parte de la institución que le encierra.

No quiere esto decir que no puedan desarrollar tareas de intervención, pero integrados en equipos con personas de fuera. Eso es posible, y lo demostramos hace años en la Central de Observación Penitenciaria.

4.5. Integrar, no aislar

El objetivo, pues, es integrar, no aislar, que hoy es el papel que cumplen las cárceles y que es opuesto al que les asignan las leyes.

4.6. Ofrecer alternativas a la conducta desadaptada

Por último, este breve repaso al concepto de “cárceles alternativas”, debe incorporar un requisito esencial: ofrecer alternativas a la conducta desadaptada que ha llevado al preso a la cárcel.

En las cárceles que tenemos, el preso se comporta como debe comportarse, porque es la única manera de sobrevivir en ese ambiente de violencia y sometimiento. Por tanto, otro reto importante es diseñar situaciones que ofrezcan alternativas.

5. ALTERNATIVAS A LAS PRISIONES

Ya he planteado que cualquier prisión que podamos diseñar, por buena que sea, será una mala prisión. Así que, a la vez que diseñamos prisiones alternativas es imprescindible que diseñemos alternativas a las prisiones.

5.1. Prevención como calidad de vida

Y una primera alternativa no puede ser otra que la evitación de que algunas personas (siempre las mismas) lleguen a la cárcel.

Por ello, la más importante de las alternativas es la prevención, pero concebida como calidad de vida, como respeto al ciudadano, a todos los ciudadanos, con el objetivo de ofrecerles medios para desarrollar sus capacidades personales, sean éstas las que sean.

Se trata, pues, de programas reales de lucha contra la pobreza y la exclusión social, con el ofrecimiento de esperanzas de futuro que no lleven al individuo a la droga y de la droga a la cárcel.

5.2. Centros especializados

Es cierto que por mucho que mejoremos las cosas, una vez desaparecida la pobreza y la droga como causa de delincuencia, la conducta desadaptada seguirá existiendo, aunque desde una perspectiva distinta.

Se trataría entonces de una etiología individual, posiblemente más grave y, por tanto, serán necesarios centros especializados, en los que se traten problemas clínicos de conducta. En mi opinión, a pesar de lo peligroso que pueda resultar esto, se trataría de un tipo de institución más cercana al concepto de hospital que al de cárcel.

5.3. Otras alternativas a las prisiones

En todo caso, sí que existen, y desde hace tiempo, alternativas a las prisiones, algunas de ellas recogidas en nuestra legislación, que pueden perfectamente desarrollarse a mayor velocidad de lo que se está haciendo, entre ellas están:

- el cumplimiento en centros terapéuticos
- la mediación como manera de resolver conflictos
- la asistencia a la comunidad como “restitución”
- el cumplimiento alternativo
- la libertad “a prueba”

y seguramente otra serie de medidas que puedan evitar la prisión, que debe ser, como mucho, el último elemento de intervención social, porque casi siempre será posible otra forma de intervención, sobre todo si intervenimos precozmente, y de una manera recuperadora, no desde la perspectiva penalizadora, que no hace otra cosa que agravar y cronificar el problema, de manera que acabamos diciendo: “...y para estos “delincuentes cronificados”, ¿hay también alternativas?”.

Sí las hay:

- 1º) No cronificando el problema a base de una intervención anormalizadora, que luego utilizamos como excusa.
- 2º) Incluso en esos casos “difíciles”, es posible la recuperación, en ello llevo trabajando desde hace años (VALVERDE, 1996), pero ofreciendo alternativas, no limitándonos a penalizar, esperando que la persona se recupere a sí misma, y sin ninguna ayuda.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

VALVERDE, J. (1991); *La cárcel y sus consecuencias*. Madrid. Ed. Popular. (2ª ed. 1998).

VALVERDE, J. (1996); *Vivir con la droga: Experiencia de intervención sobre pobreza, droga y Sida*. Madrid. Ed. Pirámide.

ACTO SOLEMNE DE CLAUSURA

EGUZKILORE

Número Extraordinario 12.
 San Sebastián
 Diciembre 1998
 229 - 235

LOS NUEVOS RETOS DE LOS DERECHOS HUMANOS

Ilmo. Sr. D. Ander GURRUTXAGA ABAD

Viceconsejero de Universidades e Investigación
 Gobierno Vasco

Resumen: Cuando se trata de la protección de los derechos humanos, concurren, cooperan y compiten varios actores entre sí: organizaciones interestatales, Estados determinados, organizaciones no gubernamentales o comités conjuntos regionales. Son los procedimientos y acuerdos de colaboración los que constituyen la clave para garantizar los derechos fundamentales. El dilema que se plantea es la construcción de un discurso y de redes prácticas para atender a las personas. La legitimidad de los derechos humanos en la era de la globalización supone encarar los nuevos retos que plantea la exclusión social.

Laburpena: Giza Eskubideak bebestez ari garenean, zenbait faktorek bateratu, lagundu eta lehiatzen dute: Estatu arteko erakundeak, Estatu jakinak, gobernutarrak ez diren erakundeak, edo eskualdetako komiteak. Giza eskubideak gordetzeko gakoak izapide eta laguntza akordioak dira. Pertsonak aditzeko behar diren diskurtso eta sare praktikoak eratzea da planteatzen den arazoa. Giza eskubideen legitimitateak, globalizazioan, gizarte bazterketak planteatzen dituen arazoei aurre egitea suposatzen du.

Résumé: Lorsqu'il s'agit de la protection des droits humains, plusieurs acteurs convergent, coopèrent et rivalisent entre eux: des organisations internationales, certains états, des organisations non gouvernementales et des comités régionaux. Les procédures et les accords de collaboration constituent alors la clé qui garantie les droits fondamentaux. Le dilemme se pose sur la construction d'un discours et d'un réseau pratique qui aide les gens. La légitimité des droits humains à l'époque de la globalisation exige d'affronter les nouveaux défis dégagés de l'exclusion sociale.

Summary: When the human right's protection is the matter in question, there are several organisms that converge, cooperate and compete to each other: interstate organizations, determined States, non governmental organizations or regional combined committees. The procedures and collaboration's agreements constitute the key to guarantee the fundamental rights. The introduced dilemma is the construction of a reasoning and of a practical network to attend people. The legitimacy of the human rights in the era of the globalization means to face the new challenges, that the social exclusion brings about.

Palabras clave: Derechos Humanos, Exclusión Social, Justicia Social, Instituciones Penitenciarias.

Hitzik garrantzizkoenak: Giza Eskubideak, Gizarte Bazterketa, Gizarte Zuzentasuna, Baitegi Erakundeak.

Mots clef: Droits humains, Exclusion Sociale, Justice Sociale, Institutions Pénitentiaires.

Key words: Human rights, Social Exclusion, Social Justice, Penitentiary Institutions.

1. LA CARA DE LOS PROBLEMAS

Estamos asistiendo hoy al acto solemne de clausura del IV Coloquio Internacional sobre “Interrogantes Penitenciarios en el cincuenta aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos”. A lo largo de estas jornadas han estado ustedes reflexionando sobre dos realidades que sabiamente las presentan interconectadas –“cárcel y derechos humanos”–. Pero ustedes mismos señalan en la presentación del coloquio que “el reto reside hoy en romper las barreras entre la sociedad y la cárcel, buscando alternativas”. Y un poco más adelante señalan la consciencia del cambio que se dibuja sobre nuestras cabezas, “nos encontramos en un contexto de revisión de las nociones de Estado, soberanía y políticas sociales de integración, ante los procesos actuales de globalización”.

Permítanme todos ustedes que sitúe mi lección en lo que desde mi punto de vista es el nexo de unión entre cárcel y derechos humanos: la democracia. En su ensayo *La Paz Perpetua*, Kant desarrolla la tesis de que las democracias nunca son posibles aisladamente en forma de sociedades únicas no estatales, sino sólo en la sociedad civil mundial. El viejo sabio alemán no estaba desacertado cuando asociaba la paz a los derechos humanos. Ciertamente, contra la barbarie, la civilización sólo está protegida cuando los derechos humanos fundamentales tienen validez global.

Con ello se produce una paradoja que hasta hoy bloquea todos los debates. La garantía de los derechos fundamentales presupone, al parecer, el Estado nacional.

Pero cuando se trata de la protección de los derechos humanos, concurren, cooperan y compiten varios actores entre sí: organizaciones interestatales como los comités de las Naciones Unidas, o Estados determinados, solos o en interacción con otros Estados o con organizaciones no gubernamentales o con forma de comités conjuntos regionales. Las relaciones entre estos actores estatales y los individuos portadores de estos derechos.

Con esto quiero indicar que no es el consenso transcultural sobre derechos fundamentales, sino los procedimientos y acuerdos de colaboración los que constituyen la clave para garantizar los derechos fundamentales transnacionales –un tejido denso y pluridimensional hecho de imbricaciones y obligaciones recíprocas– se traban, acuerdan y potencian.

Pero los derechos humanos, la esencia de la democracia, se confrontan contra los agujeros negros de la polarización social. Permítanme aportarles algunos datos para situar mejor el verdadero rostro de la polarización social y de la exclusión. En un planteamiento global, durante las tres últimas décadas ha aumentado la desigualdad y la polarización en la distribución de la riqueza. Según el informe sobre el Desarrollo Humano de 1996, en 1993 sólo 5 billones de dólares de los 23 billones de dólares del Producto Nacional Bruto global procedían de los países en vías de desarrollo, aun cuando suponían casi el 80% de la población total. El 20% más pobre de los habitantes del mundo ha visto reducirse su parte de la renta global de un 2,3% a un 1,4% en los últimos treinta años. Ello duplica la relación entre la parte de los más ricos y la de los más pobres: 30:1 a 60:1. Los activos de las 358 fortunas más importantes del mundo exceden las rentas anuales combinadas de los países con el 45% de la población mundial. La brecha en la renta per cápita entre el mundo industrializado y el mundo en vías de desarrollo se triplicó, de 5.700 dólares en 1960 a 15.000 dólares en 1993.

La conclusión a la que estas cifras nos elevan es a que si la evolución de las desigualdades en el interior de los países varía, lo que parece ser un fenómeno global es el aumento de la pobreza y sobre todo de la pobreza extrema. Nuestro tiempo se caracteriza por el desarrollo y subdesarrollo económicos simultáneos y la exclusión e inclusión sociales.

Otro tanto ocurre con la brecha entre las rentas. En los últimos quince años, en términos reales las rentas del trabajo han aumentado un 2% y, en cambio, las rentas del capital han aumentado en un 59%. El rastro de estos datos es la exclusión social. La exclusión social es uno de los dilemas que interroga con más fuerza a los derechos humanos, como decía un grafiti: sin vivienda no hay trabajo, sin trabajo no hay vivienda y sin trabajo ni vivienda no hay democracia. La pregunta surge inmediatamente: ¿cuánta pobreza puede soportar la democracia? ¿Es compatible la exclusión social con la democracia y los derechos humanos?

En tercer lugar, hay otro fenómeno cada vez más significativo, la exclusión social se corresponde menos con los estereotipos de las clases y por ello son más difíciles de identificar, así como de organizarse políticamente. Las vías típicas que llevan a la pobreza y a la falta de vivienda no se agotan en el paro; hay que contar con la separación matrimonial, la enfermedad, el impago de créditos o hipotecas, etc.

No es baladí esta reflexión porque nos traslada a uno de los núcleos problemáticos: ¿cómo hacer compatible esta situación con la justicia social? Aquí debemos enfrentarnos a uno de los dilemas básicos de nuestro tiempo. Porque hablo de dilemas. Ciertamente el adelgazamiento, cuando no la crisis, del Estado de Bienestar, supone no sólo la revisión teórica de las funciones del Estado, revisión que afecta al propio principio de qué es el Estado en la era global, sino a las instituciones de la sociedad civil construidas a su alrededor durante la era industrial. Si estas instituciones tienen problemas para cumplir con las funciones para las que fueron creadas, es evidente que estamos en presencia del socarramiento de la lógica de los derechos humanos como lógica institucional para corregir el desequilibrio social derivado de la lógica del mercado sin restricciones.

El dilema del gobierno en las sociedades occidentales podemos resumirlo siguiendo a N. Luhmann, en adoptar una concepción política restrictiva o una concepción expansiva: “una concepción política expansiva podría enlazarse con tradiciones de la vieja Europa, que asignan a la política un papel rector en la sociedad. A la política le competería entonces velar por la institucionalización de la vida social ajustada a la “dignidad humana” y a la vez determinar lo que esto signifique y cómo se alcanzaria tal estado. La política sería el destinatario último de todos los problemas que siguen sin resolver, sería una especie de cima jerárquica de la sociedad, sería la última instancia (...). Una concepción política restrictiva, por el contrario, únicamente vería en la política una función entre otras muchas. Tendría que hacer su aportación a la vida social y del modo más eficaz posible, pero debería ver también los límites de sus posibilidades y ser corresponsable de la aceptación de estos límites (...). En lo referente a la acción política propiamente dicha, una concepción política expansiva sería sensible a todo lo molesto, sería proclive a suscitar alarma. Seguiría la siguiente máxima: debemos ayudar, intervenir, redirigir (...), incluso aunque no sepamos si es posible o cómo puede alcanzarse un resultado efectivo. Una concepción restrictiva de la política comenzaría

verificando los medios político-administrativos de resolución de problemas y vacilaría antes de afrontar tareas que no puedan ser resueltas de un modo relativamente seguro por decisiones vinculantes, por la disposición del derecho y el dinero”.

2. EL DISCURSO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN

El dilema, pues, el nuevo papel de los militantes de los derechos humanos, está seguramente en la construcción de un discurso y de redes de prácticas para atender a las personas que han caído en los agujeros negros. Porque progresivamente parece menos importante cómo entran las personas en estos agujeros negros que lo que sucede después; es decir, la reproducción de la exclusión social y la imposición de nuevas adversidades a las que ya están excluidas. La población sin techo de los años noventa está compuesta por una mezcla de antiguos sin techo, y por personas nuevas, recién llegadas a este mundo; familias jóvenes dejadas, olvidadas por la desindustrialización y la reestructuración laboral, adolescentes escapados, inmigrantes sin hogar, mujeres maltratadas que huyen de sus casas. Pero una vez en la calle, la falta de hogar, como un estigma, y un mundo de violencia y abuso, actúa sobre ellos de forma indiscriminada.

¿Podríamos o debiéramos hablar de soluciones?

Es evidente que la legitimidad de los derechos humanos en la era de la globalización supone encarar los nuevos retos que plantea la exclusión social. El interrogante es cómo hacerlo, ¿se tienen instrumentos para encarar tan compleja realidad o hay que aceptarla en un acto de impúdica sumisión? Tradicionalmente se ha respondido a este desafío recurriendo al mito del pleno empleo, a la afirmación simbólico-material del valor del trabajo y al recurso a la política asistencial cuando los otros mecanismos no han funcionado. Pero en la divisoria de aguas que hoy representa nuestro mundo no caben hacer afirmaciones simples ni entregarnos a la dialéctica de un cosmopolitismo estético. Tampoco creo que valga, por necesario que sea, el recurso a la compasión.

Hacer una política de derechos humanos significa enfrentarse con nuestras ensañaciones, recurrir a la confrontación de nuestras ideas con la realidad empírica, escuchar el enigma y comprenderlo para actuar.

No olvidemos que la fortaleza de nuestra civilización ha estado basada en la naturaleza de la política de derechos humanos. Estos se afirmaban desde una idea clara y determinante de lo que eran la ciudadanía y los derechos ciudadanos. Las sociedades del bienestar europeas no son sino la visualización del éxito social de esta fórmula política. El modelo europeo, con variaciones según países, en líneas generales, se erige sobre cuatro supuestos: 1) En la entronización de la sociedad del bienestar. 2) El enriquecimiento general de la población y la redistribución de la riqueza acumulada. 3) El crecimiento económico (pleno empleo), como manifestación externa del éxito del sistema económico. 4) La lealtad de las masas, lo cual significa confianza y estabilidad política. Ciertamente el sistema social así estructurado es posible si se cumplen las expectativas generadas por este modelo de organización, motivación y legitimidad social: bienestar material, consumo, acceso a mejores niveles de renta, etc.

El bienestar se conforma como prerequisite de legitimidad social. La función del Estado es, con su carácter social y a través de las políticas fiscal y social, proteger este entramado.

La crisis del modelo asistencial que se sustenta sobre este modelo social expresa, a su vez, la crisis del Estado benefactor, ya que dispara algunos problemas adicionales relacionados con los mecanismos de consenso y legitimación, pero lo que es aún más significativo son los nuevos interrogantes que pone en circulación; la capacidad de seguir creciendo y de generar excedentes económicos, las políticas de redistribución decididas en cada momento por la sociedad y el modelo cultural e institucional de valoración de cuáles son los bienes y servicios que deben priorizarse en la distribución social de la riqueza.

No perdamos de vista que el discurso contemporáneo sobre la justicia se funda en el carácter asistencial del Estado y en la garantía de su buen funcionamiento, con objeto de favorecer o atender a las posiciones más débiles ante el mercado.

La era de la globalización está provocando que nazca un nuevo discurso sobre los derechos humanos. Tendría que intentar fundamentar esta idea planteando una pregunta, ¿qué es lo que torna irreversible la globalidad? Hay varias razones que presento escuetamente: 1) El ensanchamiento del campo geográfico y la creciente densidad del intercambio internacional, así como el carácter global de la red de mercados financieros y del poder de las empresas multinacionales. 2) La revolución en el terreno de la información y la tecnología de la comunicación. 3) La exigencia de respetar los derechos humanos, en cuanto éstos son considerados como el principio de la democracia. 4) La política mundial, cada vez más postinternacional y policéntrica: junto a los gobiernos hay cada vez más actores transnacionales con cada vez mayor poder (multinacionales, ONG's, Naciones Unidas, etc.). 5) El problema de la pobreza global, etc. 6) La crisis del principio tradicional de soberanía. 7) Una nueva concepción de la estatalidad.

Estos cambios me llevan a pedir que se abra el debate sobre la configuración política de la globalización. Habría que pensar con nuevas herramientas. ¿Cuáles podrían ser éstas? Tentativamente voy a sugerir las siguientes:

1) Una primera respuesta consiste en defender la cooperación política entre países a fin de restringir los efectos perversos que provoca la acción económica de las grandes empresas transnacionales. Globalización no puede significar abandonar todo a las fuerzas del mercado. El mercado requiere un ordenamiento establecido en las relaciones económicas internacionales al igual que existe en el ámbito nacional.

2) La cooperación entre Estados debiera basarse en principios como el del pacifismo jurídico y el principio federalista del control interestatal.

3) Otro tanto debiera ocurrir si pensamos que una sociedad de estas características es sociedad del conocimiento. Esto significa que si el trabajo ha de ser valorado o configurado por el conocimiento, hay que invertir en formación y en investigación. De hecho, una de las mayores respuestas a la globalización consiste en construir y reconstruir la sociedad del saber y de la cultura. Pero, de igual manera, se requiere reinvertir la noción de trabajo. Nuestro trabajo ha llegado a ser tan productivo que cada vez necesitamos menos trabajo para producir más bienes y servicios. La integración por el trabajo remunerado continúa siendo tan importante como antes, aunque no del mismo

modo. Habría que reflexionar sobre si no es posible crear otros modos de integración laboral, el trabajo público y civil (trabajo realizado con los ancianos, con los presos en las cárceles, los impedidos, los indigentes, etc., en definitiva con los excluidos). Estas formas laborales serían muy beneficiosas para fortalecer la conciencia ciudadana, amén de transformarse en un segundo centro de actividad que garantizara la sustancia democrática de la sociedad. Se trata de completar el trabajo remunerado, no de sustituirlo.

Con estas y otras iniciativas se trataría de fundar un nuevo contrato social que recoja la acción afirmativa de los derechos humanos en las condiciones actuales de globalización. Pero no podemos caer en lo que denunciara Rorty cuando señalaba, "hemos llegado a tener una mente tan abierta que se nos ha salido el cerebro". Ni situarnos en la penumbra del cinismo que relataba el antropólogo Geertz cuando preguntaba "¿es el narcisismo moral la alternativa a la entropía moral de nuestro tiempo?"

Prefiero la línea de confrontación con la realidad que nos propone I. Berlin cuando proclama que "la libertad y la igualdad figuran entre los objetivos primordiales perseguidos por los seres humanos a lo largo de muchos siglos; pero la libertad total para los poderosos, los dotados, no es compatible con el derecho a una existencia decente de los débiles y menos dotados. La igualdad puede exigir que se limite la libertad de los que quieren dominar; la libertad puede tener que reducirse para dejar espacio al bienestar social, para dejar espacio a la libertad de otros, para que pueda haber justicia o equidad".

Estas colisiones de valores son parte de la condición humana. Si nos dijese que estas contradicciones se resuelven en algún momento perfecto en el que todos los principios buenos pueden armonizarse, entonces debemos responder que la noción en la que todas las cosas coexisten, no sólo me parece inalcanzable sino ininteligible. Estamos condenados a elegir, y cada elección puede entrañar una pérdida irreparable. Esto me lleva a creer que la primera obligación, y aquí la gran transcendencia de los derechos humanos, es evitar el sufrimiento extremo. "No podemos hacer más de lo que podemos: pero eso debemos hacerlo, a pesar de las dificultades". Precisamente por esto, sigue siendo válido el elogio de la templanza de la que habla N. Bobbio o recomponer la condición humana a la que se refiere H. Arendt. Pero, en los albores del III Milenio, la base de nuestra convivencia, aquella que la hace posible, sigue estando en los derechos básicos, los derechos humanos. Tal es así que si éstos fracasan estamos entrando en el territorio de la sinrazón, aquél donde la injusticia y la falta de libertad ensombrecen con su presencia la condición humana. Rescatar la ilustración de las garras de la injusticia no es sino recuperar la humanidad, situar a los derechos humanos en el centro de nuestro modo de convivencia. Lo cual no debemos confundirlo ni con la demagogia estéril con la que, a veces, nos confunde la libertad del mercado, ni con los sueños irrealizables porque siempre terminamos descubriendo que la confrontación con la realidad los rompe en mil pedazos y hay que construir la realidad no con los sueños sino con los pedazos.

Reflexionar sobre los derechos humanos en las cárceles impone, casi siempre, un contrapunto a nuestras aspiraciones a la felicidad, porque nos descubre el especial significado que tienen los agujeros negros en nuestra sociedad. Aquí es donde debemos

ser capaces de caminar no sobre teas encendidas sino a hombros de gigantes. Nos obliga a introducir el valor del recuerdo en la reflexión, en cuanto nos obliga a mirar para ver el rostro de la exclusión, y son precisamente los excluidos los que nos dejan visualizar las grietas de nuestros andamios sociales y, sobre todo, nos recuerda que la lógica de los derechos humanos no ha conseguido todavía brindar la protección que los seres humanos requieren.

Quisiera dejar aquí mi reflexión, aunque no quiero terminar sin recordar aquello que nos trasladó Wittgenstein cuando decía “Si alguien nos preguntara ¿pero, es tal cosa verdad? Podríamos responderle, Sí, y si exigiera que se le dieran razones podríamos decirle, No puedo darte ninguna razón, si aprendes más cosas, compartirás mi opinión”.

Muchas gracias por escucharme.



De izda. a dcha.: F. Etxebarria, R. Ottenhof, A. Gurrutxaga, J.L. de la Cuesta, I. Subijana y A. Beristain.

ANEXOS

EGUZKILORE

Número Extraordinario 12.

San Sebastián

Diciembre 1998

239 - 240

CEREMONIA DE APERTURA PARA LA FIRMA DEL CONVENIO PARA LA CONSTITUCIÓN DE UN TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, ROMA, “IL CAMPIDOGLIO”, 18 DE JULIO DE 1998*

El mundo nunca será el mismo después de la constitución del Tribunal Penal Internacional. La Adopción de ayer del Acta Final de la Conferencia Diplomática de Naciones Unidas y la apertura de hoy del Convenio para la firma son el final de un proceso histórico que empezó después de la I Guerra Mundial y suponen también el comienzo de una nueva fase en la historia de la justicia penal internacional.

La constitución del Tribunal Penal Internacional simboliza y materializa una serie de valores fundamentales y esperanzas compartidos por todo el mundo y constituye, por tanto, un triunfo para todos.

El Tribunal Penal Internacional recuerda a los gobiernos que la *auténtica política*, que sacrifica la justicia en el altar de los arreglos políticos, ya no se acepta. Se confirma que la impunidad para los autores de “genocidio”, “crímenes contra la humanidad” y “crímenes de guerra” ya no se tolera. A este respecto se cumple lo que el Profeta Mahoma dijo, que “los injustos deben ser corregidos”. Se afirma que la justicia es parte integrante de la paz y de esta manera se reafirma lo que el Papa Pablo VI dijo una vez, “Si se quiere la paz, hay que trabajar en favor de la justicia”. Estos valores se reflejan claramente en el Preámbulo del Tribunal Penal Internacional.

El Tribunal Penal Internacional no va a ser una panacea para todos los enfermos de humanidad. No eliminará los conflictos, ni devolverá la vida a las víctimas, ni restablecerá a los supervivientes su situación anterior de bienestar, tampoco llevará a todos los autores de los crímenes más graves ante la justicia. Pero puede ayudar a evitar algunos conflictos, a prevenir algunas victimizaciones y a llevar ante la justicia a algunos de

* Comunicado del Profesor M. Cherif Bassiouni, Presidente, Comité del Proyecto. Conferencia Diplomática de Naciones Unidas para la Constitución de un Tribunal Penal Internacional, Roma, 15 de junio - 17 de julio de 1998.

los autores de esos crímenes. Al hacer esto, el Tribunal Penal Internacional consolidará el orden internacional y contribuirá a la paz y seguridad mundiales. Como tal, el Tribunal Penal Internacional, al igual que otras instituciones legales nacionales e internacionales, sumará su contribución a la humanización de nuestra civilización.

El Tribunal Penal Internacional también simboliza la solidaridad humana, al respecto John Donne afirmó tan elocuentemente, “ningún hombre es una isla, un todo en sí mismo; cada hombre es una pieza del continente, una parte de lo principal... La muerte de cualquier hombre me disminuye porque soy parte de la humanidad”.

Por último, el Tribunal Penal Internacional nos recordará que no debemos olvidar esos terribles crímenes de manera que podamos tener en cuenta el consejo tan acertadamente apuntado por George Santayana, al decir que aquellos que olvidan las lecciones del pasado están condenados a repetir sus errores.

Finalmente, si el Tribunal Penal Internacional salva una sola vida, como dice el *Talmud*, será como si salvara a toda la humanidad.

Desde Versalles a Ruanda, y ahora hasta el “Tratado de Roma”, son muchos los que han trabajado arduamente en favor de la constitución de un sistema de justicia penal internacional. Hoy nuestra generación orgullosa, pero con humildad, pasa esta antorcha a las futuras generaciones. De esta manera, el largo relevo de la historia continúa, con cada generación, aumentando los logros de sus predecesores. Pero hoy, puedo decir a aquellos que han hecho posible este histórico resultado, a los Delegados de gobierno en Roma, a los que les precedieron en Nueva York desde 1995, al personal de Naciones Unidas, a los miembros de la Oficina Legal, a las organizaciones no gubernamentales y aquí en Roma al personal del Ministerio Italiano de Asuntos Exteriores, lo que Winston Churchill dijo una vez sobre los héroes de otro tiempo, “Nunca tantos, debieron tanto, a tan pocos”.

Gracias.

EGUZKILORE

Número Extraordinario 12.
San Sebastián
Diciembre 1998
241 - 244

MENSAJE DEL DIRECTOR DE LA PRISIÓN DE SCHWALMSTADT (ALEMANIA)*

Queridos lectores, tal como vengo haciendo en años anteriores durante las Navidades, deseo dirigirme nuevamente a Ustedes este año. Es de dominio público que la prisión de "Schwalmstadt" cuenta con un nuevo equipo de redacción, dedicado con energía a su tarea. Es comprensible e importante que este nuevo equipo de redacción encuentre su estilo particular. El periódico no se publica para mí, sino para todos los presos.

Sin tener la más mínima intención de influenciar la tendencia y el contenido de esta revista, deseo expresar algunas reflexiones que me ocupan y preocupan de momento, sin que éstas tengan algún tipo de relación específica entre sí.

Permítanme volver a saludar efusivamente al nuevo equipo de redacción. Les deseo el mejor de los éxitos.

Me atrevo a rogarles de nuevo, queridos lectores, que presenten algunos candidatos para las elecciones de los representantes de los presos, que se celebrarán a principios del año próximo. Estoy convencido de que este tipo de diálogo es de gran provecho y que nos permitirá mejorar el ambiente del centro. Mis colaboradoras y colaboradores, y yo mismo, sólo podemos tratar de realizar vuestros deseos, si tenemos conocimiento de los mismos. Cabe agregar que no todos los deseos serán satisfechos, pero varios asuntos podrán solucionarse con rapidez. Vaya como ejemplo, que en noviembre el equipo de redacción me informó que Ustedes tenían interés en disponer de sartenes propias. Al día siguiente pudimos debatir la cuestión y darle nuestro visto bueno. Debo reconocer que el llevarlo a la práctica tardó más de lo previsto, pero en fin...

Queridos lectores, cuando paso revista a los años pretéritos debo reconocer que, pese a todos los problemas que atañen al centro e influyen en su situación particular, el ambiente que gozamos en el centro siempre pudo calificarse como tranquilo. Hace algunos años me permití expresar que me alegra encontrarme con semblantes simpá-

* Felicitaciones navideñas del Director de la prisión de Schwalmstadt (Alemania), Dr. Neu, en la revista de los internos.

ticos, y vuelvo a repetirlo. Soy de la opinión de que un saludo correspondido, que no sólo se expresa con respeto sino con claras muestras de cordialidad, no debe sobreentenderse dentro del marco de un centro penitenciario. Mis colaboradoras y colaboradores tienen la intención, y yo me adhiero a su empeño, de que esta situación siga desarrollándose positivamente, y no veo razón alguna para que no sea así.

Puede que la intranquilidad a la que me he referido anteriormente tenga que ver con la estación del año. Nos falta el sol, que no sólo calienta el cuerpo sino que alegra el espíritu. Noviembre es un mes oscuro y húmedo. El Adviento y las Navidades nos incitan a reflexionar sobre nuestro porvenir. El pensar mucho puede ser negativo, sobre todo estando preso, una situación en la cual es difícil, y a veces imposible, aceptar los mensajes de paz y felicidad tan inherentes a la fiesta navideña.

Queridos lectores, el reflexionar también tiene su aspecto positivo: puede aclarar varios pensamientos oscuros, o darle otro enfoque a ideas que enturbian la realidad. También puede ser una liberación. Varios problemas que nos amenazan personalmente pueden analizarse con otra mira. Varias preocupaciones pierden su validez si las sometemos a otra escala de valores. Las reflexiones pueden permitirnos un trato nuevo con las personas, ya sea con los otros presos, los empleados, o con personas fuera del centro.

La reflexión también puede ayudarnos a reconocer que hemos cometido errores, a encontrar caminos que nos lleven al arrepentimiento y a la reparación, cualidades que nos permitirán gozar de una reconciliación que nos acerque a la paz interior y a una tranquilidad espiritual.

Es precisamente esta paz, queridos lectores, la que les deseo a Ustedes. Se la deseo a aquellos que me estiman y también a los presos que no tienen, o no quieren tener, una relación personal conmigo, y a aquellos que se divierten a mi costa, o me injurian, que me rechazan o que piensan cosas aún peores sobre mí. Esto es también una realidad con la que debo vivir.

Les deseo a Ustedes, queridos lectores, y a sus allegados, una muy feliz Navidad. Les deseo también que el sentimiento de abandono y soledad, tan típico de las prisiones, no les oprima durante los días festivos.

Les deseo también, de todo corazón, que el año venidero les depare todo lo mejor, en lo personal, en lo profesional y en lo espiritual.

Schwalmstadt-Ziegenhain, Adviento de 1996

Queridos lectores, en varias ocasiones he debido escuchar lo que pudimos comprobar en el programa televisivo de Alfred Biolek en diciembre de 1997: Los presos sufren la falta de calor humano y solidaridad.

Me permito suponer que esta aseveración es verídica; pese a contar con una extensa experiencia profesional, no creo poder compenetrarme con los problemas y necesidades de los presos. Sin embargo, no necesitamos una gran imaginación para poder comprender estas ideas.

Bien puede ser que su situación no sea tan desesperada como Usted cree. Es muy posible que sucedan más cosas de las que Usted puede comprender en este momento, un momento de angustia y decepción. El calor humano se revela en varias ocasiones, como por ejemplo, en la Sportfest (fiesta deportiva), en la fiesta navideña, en el trato diario, en el cordial saludo mañanero de los empleados del centro penitenciario, si bien esto último no siempre conserva el mismo grado de simpatía, porque toda persona está supeditada a sus humores y problemas: Ustedes, queridos lectores, mis empleados y empleadas, y yo.

Para percibir calor humano hay que someterse a un paso previo, el aceptarlo. Es imposible experimentar la solidaridad con otras personas si nos negamos a apreciarlas, si las tratamos con indiferencia, o incluso las odiamos.

Me permito efectuar esta declaración sin intenciones de acusarles de nada. Es posible que Ustedes hayan tenido malas experiencias anteriores. También es posible que Ustedes nunca hayan experimentado lo que es calor humano con anterioridad. También es posible que el origen de su desconfianza fueran experiencias negativas como preso, eventualmente en la prisión de Schwalmstadt.

En mi última edición navideña expresé: Confíad en nosotros, y permitid el desarrollo de una camaradería entre vosotros.

Acepten Ustedes nuestro ofrecimiento de calor humano, la solidaridad de mis empleadas y empleados, y mi disposición a un pensamiento liberal. Acepten también una mayor porción de fraternidad entre Ustedes. Debo aclarar que aquí me refiero a calor humano verdadero, de ayuda y confianza, y no sólo a la solidaridad que tiene como meta aprovecharse del prójimo, someterlo a un nivel de dependencia, etc.

Queridos lectores, el calor humano es para Ustedes muy importante.

Otra interpretación del calor humano: una convivencia digna y humana no sólo es provechosa para los presos, sino también para los empleados del centro. Vaya un ejemplo, nos alegra sobremanera el encontrar semblantes satisfechos o escuchar comentarios alegres por parte de los presos.

Sin embargo, ésta no es la única fuente de nuestra alegría. Nos satisface, o mejor dicho, nos daría una gran satisfacción saber cómo y en qué medida Ustedes aprecian nuestros esfuerzos. Y referente a este punto, nos falta todo tipo de orientación, de modo que no podemos saber si les ayudamos de modo conveniente, o si nuestra ayuda es ineficaz para solucionar sus problemas. No tenemos modo de saber si la Sportfest o la fiesta navideña les ocasionan alegría o les brindan algo concreto.

Mi deseo para el año entrante es que nos hagan saber con más claridad lo que les gusta y lo que les disgusta. Pese a que recibimos algunas quejas referentes al tema mencionado anteriormente, son muy pocas para ser consideradas representativas, y de un carácter muy negativo para poder considerarlas objetivas. Aprovechen Ustedes la oportunidad de expresarse en una conversación personal, o por carta, o en el periódico del centro.

Les rogamos que no olviden que toda persona, y por consiguiente los empleados también, están supeditados a su cooperación para desarrollar su trabajo y crear nuevos métodos. Es lógico que se alegren sobre los comentarios positivos o elogiosos y que aprecien la crítica constructiva.

Soy de la opinión, queridos lectores, de que Ustedes tienen la posibilidad y la responsabilidad de participar en el desarrollo del centro penitenciario. Acepten el ofrecimiento de calor humano, expresando su opinión. Como dije con anterioridad, tanto el elogio como la crítica constructiva están relacionados con el calor humano.

Deseo que éste sea el sentido de mi saludo navideño, en la esperanza de que aliente la reflexión, y no sólo durante la semana de fiesta, sino durante todo el año.

Queridos lectores, les deseo a Ustedes y a las personas relacionadas con Ustedes, ya sea por parentesco o amistad, unas muy felices fiestas, con toda sinceridad, al igual que todo lo mejor para el año nuevo.

Schwalmstadt-Ziegenhain, Adviento de 1998

El 17 de febrero de 1993 se firmó en el Rectorado de la Universidad del País Vasco el convenio entre esta Universidad y la Sociedad Internacional de Criminología, por el que se funda, en el seno del Instituto Vasco de Criminología, en San Sebastián, el **Centro Internacional de investigación sobre la delincuencia, la marginalidad y las relaciones sociales**, a semejanza de sus correspondientes en Montreal (Centro Internacional de Criminología Comparada) y en Génova (Centro Internacional de Criminología Clínica).

Considerando que las notables transformaciones actuales en el desarrollo económico, social y cultural de las Comunidades contemporáneas dan pie a numerosos procesos de disfuncionalidad en las relaciones comunitarias entre las personas y entre las Instituciones, así como a dificultades de adaptación y/o de integración de los individuos o de los grupos, el **Centro Internacional** —consciente de estas realidades— pretende fomentar, llevar a cabo y difundir toda clase de estudios e investigaciones científicas en el campo de la delincuencia, la marginalidad y las relaciones sociales, cultivar la formación de jóvenes investigadores y fomentar las publicaciones de los trabajos académicos correspondientes a sus fines.

eman ta zabal zazu



Universidad Euskal Herriko
del País Vasco Unibertsitatea

VICERRECTORADO DEL CAMPUS DE GIPUZKOA
GIPUZKOAKO CAMPUSEKO ERREKTOREORDETZA



SOCIÉTÉ INTERNATIONALE DE CRIMINOLOGIE
INTERNATIONAL SOCIETY FOR CRIMINOLOGY
SOCIEDAD INTERNACIONAL DE CRIMINOLOGIA



DEPARTAMENTO DE JUSTICIA
JUSTIZI SAILA

DEPARTAMENTO DE INTERIOR
HERRIZAINGO SAILA

 *fundazioa*
fundación

La Dirección agradece a los Departamentos de Justicia e Interior del Gobierno Vasco, a la Fundación Kutxa y al Vicerrectorado del Campus de Gipuzkoa de la UPV/EHU, su contribución financiera a esta publicación.