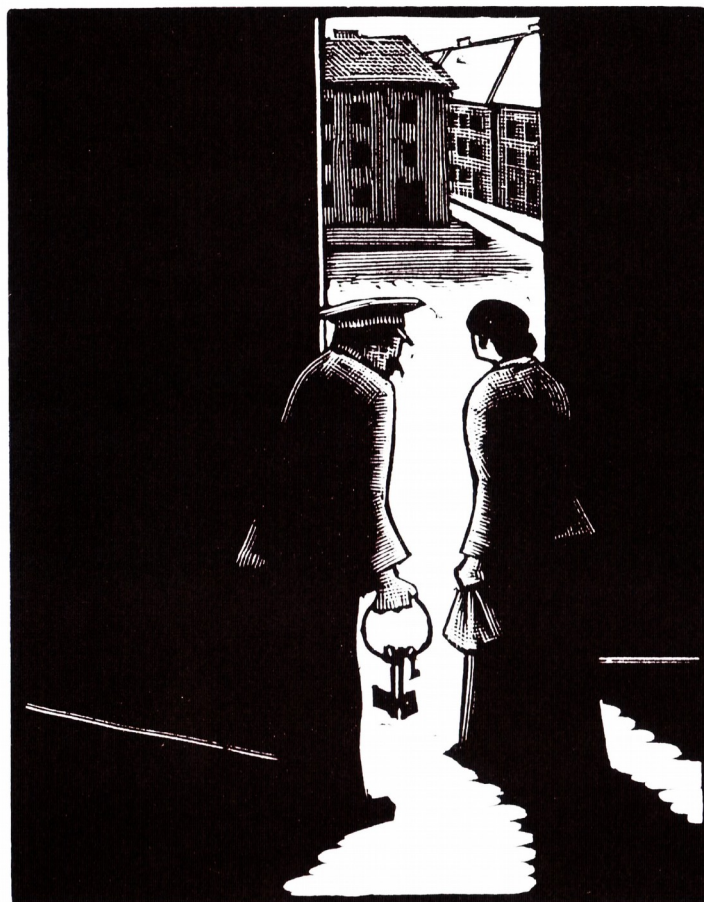




Los derechos fundamentales de los presos y su reinserción social

MONTSERRAT LÓPEZ MELERO



[Biblioteca Virtual de Historia del Control Social]

ÍNDICE

ABSTRACT	11
ABREVIATURAS EMPLEADAS	15
INTRODUCCIÓN	17

CAPÍTULO I

TEORÍA GENERAL DE LA PRISIÓN

1. EVOLUCIÓN DE LOS SISTEMAS PENITENCIARIOS Y LA EJECUCIÓN PENAL	33
1.1 Cuestiones generales	33
1.2 Antecedentes de la prisión en Europa hasta el siglo XVII .	36
a) Desde Grecia hasta la Edad Antigua	36
b) Edad Media	38
c) Edad Moderna	44
d) Siglo XVIII	49
e) Siglo XIX	64
f) Siglo XX-XXI	68

CAPÍTULO II

ASPECTOS GENERALES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU CONSIDERACIÓN CON RESPECTO A LOS PRESOS

1. DOCTRINA GENERAL SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	78
2. CLASIFICACIÓN Y RASGOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DESDE EL PUNTO DE VISTA CONSTITUCIONAL Y DOCTRINALES	

NAL	83
3. LOS PRESOS Y SUS DERECHOS FUNDAMENTALES	89
4. LA DIGNIDAD HUMANA COMO BASE DE TODOS LOS DERECHOS	95
4.1 El concepto de dignidad y su dimensión moral	95
5. GARANTÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS PRESOS	103
5.1 Consideraciones generales	104
5.2 El fundamento de las garantías en las Instituciones penitenciarias	106
5.3 Sistema de garantías constitucionales y la repercusión en el ámbito penitenciario	112
5.4 Especial consideración de las garantías en los Centros penitenciarios	122

CAPÍTULO III

CONSIDERACIÓN DE LOS PRESOS COMO SUJETOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

1. CONSIDERACIONES GENERALES	135
2. LOS PRESOS COMO SUJETOS DE DERECHOS	141
3. LA CONSIDERACIÓN DE LA POBLACIÓN RECLUSA COMO GRUPO DIFERENCIADO	145
3.1 Minoría-Grupo diferenciado	145
4. SITUACIÓN DE CIERTOS GRUPOS DE RECLUSOS	158
4.1 Las mujeres reclusas	158
a) Reseña histórica	158
b) Maternidad en prisión: estancias de niños menores	169
c) Pros y contras de los niños en la cárcel	172
d) Especial consideración de la mujer gitana	175
4.2 Colectivo de extranjeros reclusos	176

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS PORMENORIZADO DE LOS DERECHOS DE LOS PRESOS. LOS DERECHOS CIVILES E INDIVIDUALES DE LOS PRESOS (I)

1. CONSIDERACIONES GENERALES	186
2. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA VIDA	193
2.1 Derecho a la vida del preso	193
2.2 Especial consideración de la pena de muerte como sistema de condena para los presos	199
3. EL DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL DE LOS PRESOS EN LOS CENTROS PENITENCIARIOS	210
3.1 Conceptos	211
3.2 Las torturas como vulneración del derecho de la integridad física y moral	216
a) El castigo en la historia del Derecho y de la política	216
b) El reflejo de la tortura en la legislación actual ...	221
c) Cómo afrontar el tema de torturas en las prisiones	227

CAPÍTULO V

LOS DERECHOS CIVILES E INDIVIDUALES DE LOS PRESOS (II)

1. REPERCUSIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD EN LOS CENTROS PENITENCIARIOS	233
1.1 Problemática de la conceptualización de la intimidad ...	234
1.2 Relación intimidad, privacidad y vida privada	240
1.3 Los presos como sujetos del derecho a la intimidad	243
1.4 Orden de vulneración de la intimidad en las prisiones ...	245
a) Divulgación de datos de reclusos	245
b) Intimidad corporal: cacheos	248
c) Otros ámbitos cuestionados de la intimidad en los Centros Penitenciarios	254
2. INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO Y SU REPERCUSIÓN EN LA CELDA	258
3. DERECHO FUNDAMENTAL AL MATRIMONIO Y LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO	266
3.1 Matrimonio entre rejas	267
a) El matrimonio en nuestro ordenamiento jurídico y, en concreto, en el ámbito penitenciario	267

b)	Preso-Familia: relaciones familiares	272
c)	Vida sexual del recluso	278
d)	Relación traslado de presos-familia	282
4.	EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA	287
4.1	Consideraciones generales	287
4.2	Noción general, manifestaciones y límites a la libertad religiosa	294
a)	Concepto	294
b)	Manifestaciones en nuestro ordenamiento jurídico	296
c)	Limitaciones	299
4.3	Cómo afecta la libertad religiosa en el ámbito penitenciario	300
a)	Consideraciones generales. La figura del Capellán	300
4.4	El derecho a la asistencia religiosa	304
4.5	Subcultura religiosa carcelaria	309

CAPÍTULO VI

LOS DERECHOS DE LOS PRESOS RELATIVOS A LA SEGURIDAD

1.	LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD COMO SANCIÓN PENAL	313
1.1	Consideraciones generales	313
1.2	Concepto de seguridad	315
1.3	Principales construcciones doctrinales	321
1.4	Tipología de seguridad en los Centros penitenciarios	326
a)	Clasificación reglamentaria. Seguridad exterior y seguridad interior	326
b)	Medidas de seguridad en la prisión	329
b.1)	Observación de los reclusos	331
b.2)	Recuentos	332
b.3)	Intervenciones	334
b.4)	Medida de seguridad a través de los cacheos	334
b.5)	Medida de seguridad a través de las exploraciones radiológicas	343
b.6)	El aislamiento como medida de seguridad ..	344
b.7)	Traslados, conducciones y medidas de seguridad	357
b.8)	Los FIES como medida de seguridad	361

2. LAS COMUNICACIONES	364
2.1 Cuestiones previas	364
2.2 Comunicaciones según la Constitución y comunicaciones en la prisión	375
a) Paquetes postales	375
b) Comunicaciones telefónicas	376

CAPÍTULO VII

LOS DERECHOS DE LOS PRESOS DE NATURALEZA POLÍTICA

1. DERECHOS POLÍTICOS	381
1.1 Consideraciones generales	381
1.2 Derechos políticos y especial referencia al ejercicio de los mismos por parte de los reclusos	383
a) El derecho de reunión y manifestación	384
b) El derecho de asociación	387
c) El derecho de participación política: el sufragio acti- vo y pasivo	388
d) El derecho de petición	393
e) El derecho al acceso a las funciones públicas y resto de derechos políticos	395
2. DERECHO A LA DEFENSA EN LOS CENTROS PENITENCIA- RIOS	396

CAPÍTULO VIII

LOS DERECHOS SOCIALES DE LOS PRESOS

1. EL DEBATE DOCTRINAL SOBRE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL CONSTITUCIONALISMO MODERNO	411
2. DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD	421
2.1 Contenido del precepto constitucional	422
2.2 Protección a la salud en el ámbito penitenciario	427
a) Cuestiones previas	427
b) Teorías doctrinales	430
2.3 Prestaciones en el ámbito penitenciario	432

a)	Derecho a ser examinado por un médico ajeno a la prisión	433
b)	Prestación de enfermería	434
c)	Dependencias para trastornos mentales	435
d)	Dependencias para toxicómanos	437
2.4	Posibles soluciones en los Centros Penitenciarios	439
3.	EL SISTEMA LABORAL DE LOS CENTROS PENITENCIARIOS EN NUESTRO PAÍS	442
3.1	Consideraciones generales	442
3.2	Reseña histórica	445
3.3	Normativa reguladora. Conceptualización	447
3.4	El trabajo penitenciario como derecho y deber	453
3.5	Igualdad en el trabajo penitenciario	461
a)	Supuestos en los que se recurre a la igualdad de derechos	461
a.1)	Trabajo penitenciario remunerado	461
a.2)	Otras igualdades a tener en cuenta	465
4.	ALGUNAS APROXIMACIONES DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN	470
4.1	Cuestiones previas	470
4.2	Concepto y regulación del derecho a la educación	471
4.3	El derecho a la educación en los Centros penitenciarios ..	474
a)	Consideraciones generales	474
b)	Factores a tener en cuenta por su importancia en el derecho a la educación	477
c)	Contexto de la educación en la privación de libertad ..	482
5.	DERECHO A LA VIVIENDA. LA CELDA COMO DOMICILIO O COMO VIVIENDA DEL RECLUSO	487
5.1	La celda como domicilio	487
a)	Concepto de domicilio y de celda	487
5.2	Celda individual: derecho no fundamental del recluso ...	490
a)	Vulneración del principio celular	490
b)	Hacinamiento	493
5.3	Vivienda	497
a)	Consideraciones generales	497

b)	La celda como vivienda del preso	501
----	--	-----

CAPÍTULO IX

LA REINSERCIÓN SOCIAL DE LOS RECLUSOS

1.	EL CASTIGO Y LA SANCIÓN	505
1.1	Objetivos generales y planteamientos	506
1.2	Principales tipos de sanciones penales	515
1.3	Fin de la pena en general, y especial estudio de la pena privativa de libertad	517
	a) Teorías absolutas	517
	b) Teorías relativas	522
1.4	Privación y restricción del derecho a la libertad	530
	a) Reconocimiento del derecho	530
	b) Cuestiones doctrinales	532
	b.1) Una aproximación a la libertad como valor su- perior del ordenamiento jurídico español	532
	b.2) La libertad en las Instituciones Penitenciarias	537
1.5	La sanción penal privativa de libertad	539
	a) Antecedentes generales de la pena privativa de liber- tad: la prisión	539
	b) La libertad individual entendida como libertad mí- nima	541
	c) Privación de libertad como pena y no como medida de seguridad	545
1.6	La prisión como restricción a la libertad	548
	a) Fin común y principal de toda persona y, en especial, de los presos: la libertad	548
	b) Acceso de los presos a la libertad	551

CAPÍTULO X

EL TRATAMIENTO PENITENCIARIO

1. CONSIDERACIONES GENERALES Y UNA BREVE RESEÑA HISTÓRICA	559
2. UNA DEFINICIÓN PARA EL TRATAMIENTO PENITENCIARIO ...	561
3. SISTEMA PENITENCIARIO, RÉGIMEN PENITENCIARIO O TRATAMIENTO PENITENCIARIO	566
4. PRINCIPIOS POR LOS QUE OPERA EL TRATAMIENTO PENITENCIARIO	574
4.1 Principio de objetividad en la personalidad del preso ...	574
4.2 Diagnóstico de personalidad criminal	575
4.3 Principio de individualidad en el tratamiento	576
4.4 Principio de integración de métodos	578
4.5 Principio de programación	578
4.6 Principio de continuidad y dinamicidad	579
4.7 Principio de voluntariedad	579
5. TRATAMIENTO PENITENCIARIO: DERECHO FUNDAMENTAL O MANDATO PENITENCIARIO	581
6. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL TRATAMIENTO PENITENCIARIO A TRAVÉS DEL TRABAJO	586
6.1 Cuestiones previas	586
6.2 El trabajo como derecho y deber constitucionalmente reconocido	590
a) El trabajo como derecho	590
b) El trabajo como un deber	592
6.3 Modalidades o tipos de actividades que se realizan en la cárcel como tratamiento	593
6.4 Repercusión de la renta básica en el ámbito penitenciario .	607
6.5 Necesidad del trabajo en los Centros penitenciarios	615
7. LA EDUCACIÓN COMO PARTE DEL TRATAMIENTO PENITENCIARIO	617

CAPÍTULO XI

LA REEDUCACIÓN Y LA REINSERCIÓN SOCIAL DE LOS RECLUSOS

1. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ARTÍCULO 25 DE LA CE SEGÚN LA DOCTRINA	623
2. APLICACIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD COMO PRINCIPIO RESOCIALIZADOR	632
2.1 Reseña histórica	632
2.2 El reconocimiento del derecho a la reinserción social ...	634

a)	Teoría de la prevención especial	634
b)	Diferentes concepciones doctrinales en torno al fin de la pena privativa de libertad	645
	b.1) Resocialización, normalización o reintegración social	645
	b.2) Reeducción y reinserción	651
	b.3) Otras concepciones afines	661
3.	¿ES LA REINSECCIÓN SOCIAL UN DERECHO FUNDAMENTAL O UN FIN A COSEGUIR?	663
4.	LA REEDUCACIÓN Y LA REINSECCIÓN SOCIAL DE LOS RECLU- SOS	668
4.1	Consideraciones generales	668
4.2	Concepto de resocialización	670
4.3	Los programas resocializadores	674
4.4	Un fin constitucional para las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad	684
4.5	La cárcel, lugar de reeducación para reinsertarse	689
a)	La prisión como escuela de reeducación	689
4.6	Incidencia de la reeducación en los derechos de los presos	691
5.	ES LA REINSECCIÓN UN DERECHO DEL PRESO O DE LA SOCIE- DAD	697
6.	LA CÁRCEL COMO FACTOR SOCIAL	702
6.1	¿Por qué castigar?	702
6.2	Cuáles son las funciones de la cárcel en la sociedad	706
6.3	Relación sociedad-mundo carcelario	708
7.	SOLUCIONES PARA REINSERTAR	712
7.1	Posibles recomendaciones	712
7.2	El trabajo penitenciario como tratamiento resocializador	714
7.3	Principio general del trabajo penitenciario en la Constitu- ción española	720
7.4	Relación trabajo-educación como reeducación del recluso	724
7.5	Reinserción a través de los permisos de salida	726
	CONCLUSIONES	731

BIBLIOGRAFÍA 751

ABSTRACT

The research that we propose focus its attention on the fundamental role of prisoners' human rights in terms of the following: detainments, charges, prosecutions and imprisonment. The goal is to understand a situation that occurs daily between citizens. This proposed research begins with the accusation, that is, with someone accused of a crime becoming a remand prisoner or prisoner who undergoes a change in social status and results in the accused becoming a second-class citizen.

Based on its last fundamentals, the concept and themis of the problems surrounding the prisons and jails has come to be understood as a center for the care of those who have been punished by the law, to an institution of punishment in which the value of freedom itself is if not reduced, yet limited. The current importance of rehabilitation and reeducation in prisons in order to return offenders to society and live in full freedom, necessarily involves the fundamental principle of respect for the person of the detained.

Criminology has been debating this issue with great intensity in recent years, however, there is a lack of parallel, studies from the perspective of philosophy of law; there are only references to philosophical questions related to Criminology. Philosophical-critical analysis can clarify elements that criminology does not address.

It's clear that the field of penal science, especially in the last ten years, has demonstrated a growing interest in what has come to be known as victimology in deterioration of a more watchful eye on the offender. The empirical-sociological perspective may also contribute, as a useful need for philosophical reflection in an attempt to bring the government and especially to the society, to the world of prisons and prisoners.

We take as a starting point the Minimum Rules for the Treatment of Prisoners and the European Prison Rules 1973, both of which have a goal of protecting the human rights of

prisoners and reinforce compliance with the principle of legality in penal execution, that is, consider the prisoner as a person belonging to society rather than excluded from society, holder of constitutionally recognized rights and duties arising from the prison relationship, as in the treatment of prisoners. Prisoners' rights are recognized in major international declarations of human rights through an implicit recognition of certain rights, which are also applicable to people who are in pretrial, of which we have been analyzing, the explicit recognition of prisoners rights being different from the fundamental rights, all under the recognition of the general right to equality.

In the course of our study is in our specific interests that the fundamental rights and specially the right of freedom seems a contradiction with the inmates, not being so, as it has been deprived of liberty as established by the Article 17 of the Spanish Constitution and in the cases and the way prescribed by law. Thus, the doctrine states that we have a constitutional right but not legal. All these issues will be analyzed.

Consequently, before analyzing the conception of prisoners' rights one must examine what was seen in the history of prison leading up to today, there is considerable progress and worthy of remembering, as a basis for understanding the same, and the foundation of human rights to its positivization as fundamental rights. Note the need for protection of fundamental rights of all human beings, including, therefore, those of prisoners. It is for this reason, since the basis and root of all rights and values of the person and in particular, the inmate, as is the dignity of the human person, showed a series of rights, based on the application in prisons that can be violated as a result, in most cases, in the embodiment of order, discipline and prison security, which may take precedence over the rights.

Is analyzed, in short, the fundamental rights of our Constitution more representative in terms of their violation in prisons also those who are likely to achieve the primary goal of prisons, constitutional recognition, which is none other than the rehabilitation and reintegration of social prisoners. That is, we try to analyze the relationship between the fundamental rights of both the citizen as well as the prisoner, encompassing individual rights and freedom of the public, rights which belong to the individual in a natural and innate way, recognized and protected by the State through the Constitution. To get a detailed analysis of the fundamental rights of prisoners, we take as reference the consideration of the prison

population as a distinct group. After analyzing the most important rights, and under different doctrinal thesis about the penalty, the sanction and punishment, analyzes the recognition of the right to social reintegration, clarifying whether there is a fundamental right or a purpose to achieve; and at the same time, to know if prison is the ideal place to reinsert the prison treatment programs.

Work items will be needed for this study, we can obtain from the Prison Service, in particular the reports issued annually by the Prisons General Directorate. On the other hand, as a starting point the Spanish Constitution the prison rules, that is, the General Penitentiary Law and the regulations that develop it, and the Minimum Standard Rules for the Treatment of Prisoners and the European Prison Rules. Not forgetting the international texts of particular relevance to the topics.

However, the difficulties we face when collecting and obtaining such data will prevent and will decide the fate and the content of the present work, as well as books of well known philosophers and criminologists. The working method, therefore, is deductive of few general terms to get to the point ie one of the general human rights to become a specific right for the inmate. On the other hand the method is analytical, and is followed by systematic study of the particularity of the concept of the fundamental right to the position to make comparisons that lead to a conclusion by similarity, ie from the configuration of fundamental rights such as life, physical integrity and privacy to get to rights claimed by the society due to its development. Therefore, we must not confuse the purpose of the sentences with the rights for a prisoner as a human being.

ABREVIATURAS EMPLEADAS

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
AATC	Autos del Tribunal Constitucional
AJVP	Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria
Art.	Artículo
Cap.	Capítulo
CE	Constitución española
Cit.	Cita
CP	Código Penal
DGIP	Dirección General de Instituciones Penitenciarias
ET	Estatuto de Trabajadores
I	Instrucción
JVP	Juzgado de Vigilancia Penitenciaria
LO	Ley Orgánica
LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria
LOLR	Ley Orgánica de Libertad Religiosa
OIT	Organización Internacional de Trabajo
OM	Orden Ministerial
p.	Página
pp.	Páginas
RAE	Real Academia Española
RD	Real Decreto
RP	Reglamento Penitenciario
RPE	Reglas Penitenciarias Europeas
RO	Real Orden

SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
ss.	Siguientes
t.	Tomo
TC	Tribunal Constitucional
vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN

La Constitución española de 1978 (en adelante CE) reconoce una serie de derechos fundamentales a todos los ciudadanos en pie de igualdad¹. Ahora bien, no todos pueden ejercitar esos derechos en el grado en el que quisieran, ya que, debido a las especiales circunstancias en que se encuentran, determinados colectivos ven dificultado, o incluso imposibilitado, su ejercicio. Esto es precisamente lo que ocurre con las personas condenadas a penas privativas de libertad que han de cumplir dichas penas en un Centro penitenciario.

Como todos sabemos, el concepto moderno de los derechos humanos es un concepto histórico que tiene como origen el tránsito de la modernidad. Desde este punto de vista, existe un progresivo avance en su reconocimiento y protección de tales derechos. Así, la investigación que nos proponemos realizar centra su atención en el relevante papel de los derechos fundamentales de los presos, teniendo en cuenta cada una de sus categorías: detenidos, imputados, acusados o preventivos y presos, si bien el presente estudio se centra en su situación de preso. Desde este punto de vista, con la promulgación de la Ley Orgánica General Penitenciaria, de 26 de septiembre de 1979 (en adelante LOGP), se genera un reconocimiento normativo en cuanto a la relación jurídica entre la Administración y el ciudadano privado de libertad en prisión, que, por tal circunstancia, no pierde su condición. Por consiguiente, no existe excepción alguna, de carácter subjetivo, en el reconocimiento de los derechos fundamentales y, por tanto, está claro que las personas condenadas a penas de prisión continuarán siendo titulares de los derechos constitucionalmente reconocidos de igual modo que las personas que viven en libertad.

¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 323-324.

En este sentido, la principal consecuencia jurídica del delito, cualitativa y cuantitativamente, es la pena, “la privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme a la Ley, por los órganos jurisdiccionales, al culpable de una infracción penal”². Por consiguiente, partiendo de su fundamento último, se aprecia que la problemática en torno a las prisiones han pasado de ser entendidas como un Centro destinado a la custodia de aquellos que han sido castigados por el Derecho a ser, hoy, un Centro de castigo en donde la libertad queda limitada. Toda pena implica la privación de un bien jurídico del penado. La pena de prisión, siendo en la actualidad la que constituye la pena privativa de libertad por excelencia como principal instrumento sancionatorio de reacción frente al delito cometido en los sistemas penitenciarios modernos, y en el nuestro también, consiste en la privación de la libertad, principalmente, de movimiento del condenado y en la escasa facilidad de acceso y cumplimiento de otros derechos fundamentales como veremos a lo largo de esta investigación. La consecuencia de tal delimitación de derechos fundamentales en cuanto a su extensión o aplicación en el ámbito penitenciario es que este tipo de pena produce un efecto mayor del inicialmente previsto, ya que la libertad, como valor superior del ordenamiento jurídico, tiene una incidencia trascendental sobre los demás derechos fundamentales hasta el punto de condicionar su ejercicio, sobre todo en aquellos derechos que no se encuentran afectados por el fallo condenatorio, el sentido de la penal o la ley penitenciaria.

En concreto, se pone en evidencia que fue Clemmer³, en 1940, quien por primera vez descubrió las características especiales de la vida en prisión, considerando que coexisten dos sistemas de vida diferentes: el oficial, representado por las normas legales que disciplinan la vida en la cárcel, y el no oficial que rige realmente la vida de los reclusos y sus relaciones entre sí. En consecuencia, a la hora de establecer los derechos de los presos siempre se ha hablado de *derechos de segunda categoría* con respecto al resto de los ciudadanos que no se encuentran en prisión.

Veremos que la Criminología ha venido discutiendo esta cuestión con gran intensidad en los últimos años, pero existen muy pocos estudios desde la perspectiva

² CUELLO CALÓN, E., *La moderna penología*, Bosch, Barcelona, 1973, p. 16.

³ CLEMMER, D., *The Prison Community*, 1958.

de la Filosofía del Derecho, tan sólo hay referencias desde la Criminología que bordean las cuestiones filosófico-jurídicas. No obstante, como el análisis filosófico-crítico puede conducir a despejar y a clarificar aspectos que la Criminología no aborda, el objetivo de este trabajo es la articulación de los fundamentos de los derechos de los presos. La justificación de este enfoque viene de considerar que la visión filosófica permite mostrar elementos relevantes de las diversas propuestas normativas para la gestión de la pena privativa de libertad. Pero, en relación a la carencia a la que me acabo de referir, es cierto que desde la Ciencia Penal, especialmente en los últimos diez años, se viene mostrando un interés creciente por lo que se ha denominado *victimología* en deterioro de una mirada más atenta al delincuente. Y es cierto, también, que la perspectiva empírico-sociológica puede igualmente contribuir como un útil necesario a la reflexión filosófica en un intento de acercar los poderes públicos y, en concreto, a la sociedad al mundo de las prisiones y de los presos.

En la actualidad, queda claro que la prisión es la sanción del Derecho Penal por antonomasia, pero si la finalidad es la plena reintegración social del recluso, las cifras de reincidencia delictiva muestran la amplitud del fracaso. Por ello, el debate en torno al futuro de la prisión ha alcanzado su punto más álgido. La prisión consiste en la privación de libertad, sin marginar al recluso de una sociedad de la que sigue formando parte, una relación que sólo consiste en que el procesado no abandona los muros y la sociedad sólo llega a traspasarlos de forma ocasional. Pero, pese a ello, la prisión aún persiste, aunque tengamos la idea de que si el resultado es fallido debe examinarse y, en su caso, modificarse. Las personas, aunque se encuentren privadas de libertad, deben tener hacia ellos un respeto a su integridad física y psíquica, un trato justo y humano y, ante todo, la proyección de garantizar siempre un proceso satisfactorio de reinserción en la sociedad una vez cumplida la sanción. La importancia actual de la rehabilitación y reeducación al objeto de situar al delincuente en condiciones de reincorporarse a la sociedad y llevar una vida en libertad plena, pasa, necesariamente, por el respeto a la persona reclusa.

La pena privativa de libertad “consiste en la reclusión del condenado en un establecimiento penal en el que permanece privado, en mayor o menor medida, de su

libertad y sometido a un específico régimen de vida”⁴. Por tanto, el condenado a pena de prisión, será recluido en un Centro penitenciario donde tendrá lugar la ejecución de la misma y en el que deberá permanecer durante el tiempo fijado en la sentencia, sometido a un régimen especial de vida y a un tratamiento rehabilitador, como declara el artículo 25.2 de la CE. Todo ello dará lugar al nacimiento de una relación jurídica entre el Estado y el condenado, que nuestro Tribunal Constitucional ha calificado de relación de sujeción especial⁵ y de la que nacerán derechos y deberes recíprocos para ambas partes.

Obviamente, el objetivo de la prisión es evitar que la persona vuelva a delinquir a través de la reeducación según las pautas de comportamiento que la sociedad considera adecuadas. Pero resulta que esa acción no se corresponde con el resultado final⁶. En su momento, ya indicó Foucault que la prisión es la última figura de la edad de las disciplinas⁷. En este contexto, y en relación con los derechos fundamentales de los reclusos, la legislación penitenciaria, con base en la Constitución española, tiene que articular un adecuado sistema prestacional de derechos fundamentales, debiendo llevarlo la Administración penitenciaria a efecto y crear un escenario en el que se interrelacione la ejecución de la pena privativa de libertad en prisión y el ejercicio de los derechos fundamentales que no se encuentren afectados por la condena. Por eso, no es tanto la cuestión que se debe abordar el que los presos tengan reconocidos derechos fundamentales cuanto la garantía y el reconocimiento de los mismos. Es decir, el fundamento de la cuestión consiste en detallar y esclarecer hasta qué punto la pena de prisión es compatible con el ejercicio de los derechos fundamentales, o con otras palabras, si la legislación penitenciaria vigente en España es respetuosa con el ejercicio de los derechos fundamentales de los reclusos.

Consiguientemente, variadas son las dificultades metodológicas con las que me he tenido que enfrentar. En primer lugar, la investigación ha exigido un enfoque pluridisciplinar para entender la evolución de los derechos y la variedad de

⁴ LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 2005, p. 47.

⁵ Entre otras, SSTC 74/1985, de 18 de junio; 2/1987, de 21 de enero y 120/1990, de 27 de junio.

⁶ ALMEDA, E., RUBIO, J. y ROVIRA, M., “La cárcel no sirve para reinsertar”, *Revista El Ciervo*, nº. 642-643, 2004, p. 15.

⁷ ÁLVAREZ URÍA, F., “Sociologías de la Cárcel”, *Cuadernos de la Cárcel*, ed. especial de Derecho Penal y Criminología de No Hay Derecho, Buenos Aires, 1991, p. 94.

significados que se le otorgaron en su momento. Es por ello por lo que hay diversas referencias a la Ciencia Política, a la Criminológica, a la Filosofía y a la Sociología del Derecho. Todas estas disciplinas complementan el estudio de ubicar el tema que nos ocupa en el marco de la transformación de las relaciones entre el Estado-sociedad y los Centros penitenciarios.

Con la misma finalidad, se han utilizado las aportaciones doctrinales de filósofos del Derecho y de penalistas. Con todo no se ha llegado a elaborar, ni se ha pretendido, un análisis del Derecho comparado sino que nos hemos ceñido a la regulación de los derechos fundamentales por el ordenamiento jurídico español para, así, lograr una mayor comprensión y alcance de nuestra tesis. Los derechos fundamentales analizados están directamente influenciados por la normativa comunitaria, que impone en su desarrollo la adopción de medidas comunes por parte de todos los Estado miembros de la Unión Europea. En suma, se toman como base las Reglas Mínimas para el Tratamiento de reclusos de 1955, aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, y las Reglas Penitenciarias Europeas de 1973, ambas con la finalidad de respetar los derechos de los reclusos y de reforzar el cumplimiento del principio de legalidad en la ejecución penitenciaria. Es decir, con la finalidad de considerar al preso como sujeto perteneciente a la sociedad y no como sujeto excluido, titular de derechos reconocidos constitucionalmente y de derechos que nacen de la relación penitenciaria, como es el caso del tratamiento penitenciario.

En este sentido, para el desarrollo del tema he tenido en cuenta los diferentes textos legales necesarios, partiendo, ante todo, de la Constitución española de 1978, y teniendo presente tanto la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de 26 de septiembre y el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, así como los textos imprescindibles por referirse al ámbito penitenciario y por su carácter vinculante para los organismos y sistemas pertenecientes al mismo. Igualmente, he tenido en cuenta ciertos textos internacionales, en especial la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los textos específicos que se refieren al ámbito carcelario.

Por otro lado, es importante hacer hincapié en el interés que mostramos acerca de las reflexiones sobre la regulación en nuestro ordenamiento jurídico de los derechos fundamentales de los reclusos partiendo, concretamente, del artículo 25.2 de la CE, para determinar el alcance y las limitaciones de los derechos fundamentales en base a la relación de sujeción especial que existe, sin menoscabar las severas críticas que han recibido por un sector doctrinal mayoritario al calificar la relación jurídico-penitenciaria de esta manera⁸. No obstante, una Ley se ha dedicado a establecer la regulación de esa especial relación constituyendo un conjunto de derechos y deberes recíprocos entre Administración y recluso, configurando, en definitiva, el Derecho Penitenciario. Sin embargo, también se han empleado otras Leyes, pero solo en la medida en que en ellas aparece el Derecho analizado junto a las sentencias que fundamentan el Derecho en base a la mencionada relación de sujeción especial y el papel que juegan los poderes públicos en el reconocimiento y garantías de los mismos. Profundizándose, en la medida de lo posible, en el régimen jurídico de tales manifestaciones y en los posibles problemas que de éste derivan.

Asumidas estas ideas y como decíamos en un principio, la práctica inexistencia de estudios sobre los derechos fundamentales de los presos desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho ha acentuado la necesidad de poner de manifiesto el origen y los pilares doctrinales de otras ciencias. Tema tan importante merece una dedicación especial debiendo extraer de cada derecho fundamental toda consecuencia que afecta a la proclamación del mismo. En esta línea, pretendo dejar constancia de que, a pesar de estar en la situación descrita, los presos también poseen los derechos fundamentales del resto de los ciudadanos, aunque devaluados, como es el caso de la libertad y otros que quedan restringidos como derivación de la comisión del hecho delictivo, quedándose reseñado por el fallo de la sentencia, por el sentido de la pena o por la Ley penitenciaria, como se dispone constitucionalmente. En consonancia, la exposición de Motivos de la Ley General Penitenciaria califica la prisión como “un mal necesario”, encerrando toda la filosofía de la concepción actual de la pena privativa de libertad.

⁸ Entre ellos, MAPELLI CAFFARENA, B., “El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional”, *Derechos y libertades*, t. I, 1993, pp. 432 y ss.; GONZÁLEZ NAVARRO, F., “Poder domesticador del Estado y derechos del recluso”, *Persona y Derecho*, t. I, pp. 74 y ss.

En cuanto a la titularidad de los derechos fundamentales, ella es tratada respecto de cada derecho, pese a ello la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha ido pronunciando poco a poco siguiendo la doctrina alemana. Así, afirma que “la cuestión de la titularidad de los derechos fundamentales no puede ser resuelta con carácter general en relación a todos y cada uno de ellos. La mera lectura de los artículos 14 a 29 de la CE [...] acredita que existen derechos fundamentales cuya titularidad se reconoce expresamente a quienes no pueden calificarse como ciudadanos (es el caso de los arts. 16, 27.6 y 28.2), otros derechos fundamentales que por su propio carácter no entran en aquellos de los que eventualmente pueden ser titulares las personas jurídicas, como la libertad personal y el derecho a la intimidad familiar, y, en algunos supuestos, la Constitución utiliza expresiones cuyo alcance hay que determinar, como sucede en relación a la expresión “todas las personas” que utiliza su artículo 24”⁹.

El conjunto de los puntos indicados ha tenido la intención de plantear la hipótesis quedando estructurado el estudio en un total de XI Capítulos. De la observancia de los mismos, es posible efectuar una distinción entre los propósitos que animaron la investigación de los primeros, los cuales han servido de motivación para la redacción, en especial, de la reeducación y la reinserción social. Descriptivamente, el Capítulo primero fija el marco de los sistemas penitenciarios y la ejecución penal desde un punto de vista histórico, esclareciendo las principales razones que explican el actual sistema penitenciario. Dicho Capítulo sirve como introducción debido al considerable avance producido y al conveniente recuerdo de la historia penitenciaria para, de esta manera, contemplar cómo y en qué medida se concretan los derechos fundamentales en la cárcel. Dicha tarea es abordada en los Capítulos posteriores. Dando a conocer además la doctrina general sobre los derechos fundamentales. Investigar estas cuestiones resulta de gran importancia, pues nos permiten observar en qué se está fallando en materia de derechos fundamentales e intentar encontrar posibles soluciones. En este sentido, se analizan los fundamentos de los derechos humanos, se muestra su relevancia social y su necesaria implementación, como forma de alcanzar una sociedad más justa y humana; reflexionando sobre la situación actual en España y precisando qué derechos se están cumpliendo y cuáles violando en los

⁹ STC 19/1983, de 14 de marzo.

Centros penitenciarios españoles. Son objeto de reflexión las garantías que tienen los reclusos frente a esos derechos. Cuál es su protección frente a cualquier vulneración por parte de los funcionarios o de la Junta de Tratamiento Penitenciario o, incluso, de la sociedad, que ha creado sus propios delitos y delincuentes, de manera que, una vez cometido el delito, se desentiende de ellos.

El Capítulo tercero pretende delimitar la población reclusa como grupo diferenciado, variante de una minoría y sujeto de derechos fundamentales. Lo que hace que sea paradójico hablar de los derechos de los presos en un contexto social cuya base fundamental sea la proclamación de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico, llegándose a afirmar, como hace Mapelli con gran acierto, que “la prisión no encaja como modalidad penal dentro de la filosofía de un Estado social y democrático de Derecho”¹⁰. Siendo objeto de análisis el tema de los derechos de los presos extranjeros en nuestras cárceles como grupo diferenciado, al igual que la mujer reclusa y en particular la mujer gitana, aparte de sus hijos menores víctimas del encarcelamiento de sus madres.

En los Capítulos posteriores se analizan los derechos fundamentales más representativos de nuestra Constitución en cuanto a su posible vulneración en los Centros penitenciarios, asimismo ocurre con aquellos que pueden suponer la consecución del fin primordial de las prisiones, reconocido constitucionalmente, que no es otro que la reeducación y reinserción social de los presos. Es decir, se trata de analizar la relación entre los derechos fundamentales tanto del ciudadano como del recluso. El preso se encuentra en una situación que, evidentemente, hace que pierda ciertos derechos constitucionales y, por tanto, gane otros derechos, aunque no fundamentales pero, íntimamente relacionados con ellos. Son conocidos como derechos penitenciarios y se relacionan con el régimen o el tratamiento penitenciario, como son, por ejemplo, el derecho a recibir información por escrito de sus derechos y deberes, el derecho a no ser sancionado sino en los casos previstos tanto por la Ley como por el Reglamento penitenciarios, el derecho a participar en actividades o responsabilidades bien sea en materias de educación, deporte, cultura, derecho a un horario razonable, a un descanso nocturno, etc., tienen derecho a ser clasificados en el

¹⁰ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Bosch, Barcelona, 1983, p. 139.

régimen más adecuado a su tratamiento, el derecho a ser liberados, el derecho a ser destinados a un establecimiento atendiendo a su clasificación, el derecho a las progresiones de grado y, por tanto, a la revisión de la misma junto a los beneficios penitenciarios. Por tanto, por no tratarse de derechos fundamentales, no serán objeto de estudio. En consecuencia, el ingreso en prisión genera un entramado de derechos y deberes recíprocos entre la Administración penitenciaria y la persona reclusa.

Por otra parte, se abordan los derechos políticos debido a las discrepancias doctrinales que se generan, actualmente, en relación con el recluso y como derechos de participación. Y los derechos económicos, sociales y culturales son derechos fundamentales en el sentido pleno del término, pues pretenden establecer unas condiciones mínimas de homogeneidad para situar a todas las personas en una condición suficiente que les permita gozar de los demás derechos¹¹.

De este modo, carece de sentido abordar todos los derechos constitucionales y, en particular, todos los alegados por los reclusos mediante recursos, por ello, a lo largo de la tesis me centro en aquellos derechos que bajo el designio de *derechos fundamentales* guardan más relación con el ámbito penitenciario y, asimismo, con la consecución del fin penal que no es otro que la reeducación y la reinserción social. Como consecuencia, la clasificación quedaría de la siguiente manera: a) Derechos y libertades de ámbito personal, en el que se incluye la dignidad de la persona, el derecho a la vida, la integridad personal, la intimidad, la libertad religiosa y de creencias, la seguridad y las comunicaciones; b) Derechos y libertades de ámbito público, destacando los derechos políticos, la defensa en los Centros penitenciarios, y la libertad ideológica y religiosa como expresión de la política del país; c) Derechos sociales en el ámbito penitenciario, incluyendo la protección de la salud, el sistema laboral y el educativo, y el derecho a la vivienda.

Llegados a este punto, es preciso aclarar aquí que la libertad religiosa será considerada como derecho fundamental y no como libertad pública. Pese a que hay aspectos diferenciales, utilizo el término libertades públicas como sinónimo de

¹¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Derechos sociales y positivismo jurídico*, cit., p. 134.

derechos civiles e individuales¹², entendiendo que las libertades públicas son derechos fundamentales reconocidos y respecto de los cuales existe una obligación o compromiso del Estado de garantizar y velar su pleno respeto y vigencia, formando parte de los derechos fundamentales y de la estructura institucional de un Estado de Derecho. Sin embargo, estamos ante una expresión que no abarca todas las posibles facetas de los derechos fundamentales sino que se identifica con la categoría de aquellos derechos que llamamos derechos autonomía que suponen la creación, por el Derecho, de un ámbito exento para la libre acción de la voluntad, no siendo el caso de los derechos de participación ni de los derechos de prestación¹³. Los derechos-libertades, públicas, serían las que derivan directamente de la libertad humana y de su lógica manifestación exterior; son derechos que se exteriorizan, que se ejercen con relación a los demás aunque no necesariamente en forma colectiva pero que, en todo caso, pueden lograr, y aspiran a ello, una repercusión externa a su propio titular¹⁴. Por eso, poseen unas peculiaridades: 1.º Que hayan sido siempre libertades «molestas» (o de incómodo reconocimiento) para el poder; 2.º Que, siendo expresión de la natural sociabilidad de la persona, se hallen a medio camino entre los derechos o libertades individuales y los políticos; 3.º Que hayan sido, no obstante, los de más fácil politización, y 4.º Que su reconocimiento se vea acompañado de cautelas o condicionamientos o, en su caso, de remisiones a la ley¹⁵. Esta libertad pública no tienen sentido sin la libertad individual, la moral y la física¹⁶. Este derecho fundamental es objeto de investigación debido a que considero que no solamente es la labor penitenciaria a través del tratamiento el que pretende y *consigue* en algunas ocasiones la reeducación y reinserción social del preso, sino que la labor de organizaciones de carácter religioso en búsqueda de recursos para la mejora del servicio de tratamiento así como ofrecer medios para que sus vidas encuentren otra salida, es primordial.

¹² En el mismo sentido, lo interpreta PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Lecciones de Derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 25.

¹³ *Ibidem*, p. 24.

¹⁴ Esto no ocurre con las libertades individuales ni sociales.

¹⁵ SÁNCHEZ FÉRRIZ, R., “Las Libertades públicas como grupo de derechos con características propias no susceptible de ser confundido con los restantes derechos constitucionales”, *Revista de Derecho Político*, nº. 30, 1989, p. 65.

¹⁶ HESSE, C., “Significado de los Derechos Fundamentales”, en *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 91.

El Estado los reconoce, reglamenta y tutela y es por ello y al ser promulgados por lo que adquieren la dimensión de públicos¹⁷. Resumiendo lo dicho hasta aquí, las libertades públicas pueden ser definidas como aquellos derechos fundamentales reconocidos y organizados por el Estado, por medio de los cuales el hombre, en los diversos dominios de la vida social, escoge y realiza él mismo su propio comportamiento, dentro de los límites establecidos por el propio ordenamiento jurídico¹⁸.

Las libertades públicas se pueden considerar como derechos del individuo frente al Estado. El Estado está obligado y limitado frente a estos derechos. Se pueden considerar también, con Jellinek, como auto-obligaciones del Estado frente a los particulares, lo que les permite una esfera intangible de acción. En opinión de Hernández¹⁹, “[...] las libertades públicas deben ser concebidas simultáneamente como derechos fundamentales de los administrados frente al Estado y sus demás semejantes, y como obligaciones correlativas de hacer o no hacer, del estado y de los particulares para asegurar el efectivo goce de la respectiva libertad. En esta forma el derecho fundamental, que es el contenido esencial de toda libertad pública, se engarza de manera dialéctica con la obligación del estado y de los demás sujetos del ordenamiento de respetar su ejercicio o de remover el obstáculo que impide su efectivo disfrute”.

Pues bien, los últimos Capítulos, una vez analizados los derechos más relevantes, y bajo las diferentes tesis doctrinales sobre la pena, la sanción y el castigo, y todo lo que conlleva el tratamiento penitenciario, consideran el reconocimiento del derecho a la reinserción social, aclarando si estamos ante un derecho fundamental o ante un fin a conseguir. Asimismo, otro tema nuclear es si la prisión es un lugar idóneo para reinsertar y si los programas de tratamiento penitenciario son los adecuados. Por tanto, se estima que se debe abrir un debate sobre el tema de los presos, sobre el tratamiento penitenciario como derecho primordial de un encarcelado, como derecho fundamental o como objetivo principal a perseguir por la prisión, desembocando en la cuestión de la reinserción. Analizando si es posible y si es acertada reflejando los

¹⁷ HERNÁNDEZ VALLE, R., *Las Libertades públicas*, Juricentro, San José, 1990, pp. 11-13.

¹⁸ HERNÁNDEZ VALLE, R., *Las Libertades públicas*, cit., p. 13.

¹⁹ *Ibidem*, p. 16.

diferentes caminos hacia este objetivo, si bien ello ha sido criticado por entender que no se hace de manera acertada.

En suma, el método de trabajo en la investigación es deductivo, de unas ideas generales se llega a otras más concretas, e interdisciplinar. De otro lado, el método de trabajo empleado es analítico, y la sistemática seguida consiste en estudiar, separadamente, el concepto del derecho fundamental considerado en cada uno de los Capítulos, las normas legales que lo configuran, su regulación en el ámbito penitenciario, y la jurisprudencia establecida. El punto de partida es el estudio de la configuración de los derechos fundamentales de los presos entendiendo que la privación del derecho fundamental a la libertad constituye el contenido aflictivo de la pena de prisión.

Las principales líneas por las que discurre la investigación están relacionadas con la transformación del Estado social y democrático de Derecho, dando lugar a un cambio en las Instituciones penitenciarias y en las relaciones de ésta con la sociedad. Tales relaciones han estado basadas en la primacía del Estado sobre las Instituciones penitenciarias, concretándose este interés vigente por los derechos de los presos en un reflejo del movimiento general en defensa de los derechos humanos²⁰. Esta primacía se ha venido manifestando al atribuir al Estado el monopolio del ejercicio legítimo del poder y de la creación del Derecho, incorporando en la Constitución, a través de los derechos fundamentales, un sistema de valores superiores que han de constituir el orden de convivencia política además de informar al ordenamiento jurídico. De otro lado, es destacable el aspecto técnico al servicio de la Administración penitenciaria a través de la cual se concreta la justicia social impuesta por el Estado social y democrático de Derecho. Por todo ello, la Constitución ha impuesto a los poderes públicos el cumplimiento de unos fines reales y efectivos. Sobre el Estado social recae la responsabilidad de velar por los derechos fundamentales que se materializan en la protección de la salud y de la seguridad, en el trabajo y en la educación, entre otros, los cuales son objeto de atención en esta investigación por su gran repercusión en los Centros penitenciarios. En este sentido, el Estado dispone de los medios necesarios

²⁰ BUENO ARÚS, F., “Los derechos y deberes del recluso en la Ley General Penitenciaria”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº. 224-227, 1979, p. 10.

para realizar sus funciones y en beneficio del interés común, además de que los ciudadanos gozan de las garantías suficientes.

Es sobradamente conocido que, por tratarse de derechos que pertenecen a todos su efectividad se despliega también con respecto a la población reclusa. No estableciéndose por la normativa penitenciaria distinción de sexo o nacionalidad, la única distinción es en cuanto a la clasificación penitenciaria, siendo objeto de estudio cuando así se requiera como ocurre en el caso de los presos preventivos. Ningún derecho dentro de los investigados posee algún tipo de distinción entre los presos a la hora de su aplicación, salvo los que se refieren a la comunicación, u otro, que por razones obvias y de peligro deban anularse o restringirse. Estos derechos tampoco tienen distinción entre presos o presas, todos tienen los derechos reconocidos por las Leyes.

Desde esta visión, cabe subrayar que el ingreso de un individuo en una Institución penitenciaria se traduce en que, en adelante, serán otras personas las que dispondrán de cada minuto de su vida. “Los internos de tal tipo de establecimientos comienzan por sufrir un aislamiento psíquico y social de las personas de su relación; luego tienen la posibilidad de ejercer cualquier rol social. Finalmente, todas las alternativas de satisfacer sus necesidades sociales y materiales, como la movilidad psíquica y social, son reglamentadas y minimizadas”²¹.

Como complemento a la actividad del Estado, se encuentra la confianza que se ha depositado en el organismo de la Administración penitenciaria en cuando al desarrollo y la aplicación de ciertas cuestiones de suma importancia. Asumiendo la Administración penitenciaria la incuestionable función de ser garante de los derechos de los presos y tutora directa de los mismos. Mediante la creación de cuerpos funcionariales con unos conocimientos técnicos específicos, el Estado asume la regulación y el control específico.

El fundamento inicial para contemplar los derechos fundamentales y la finalidad de la pena privativa de libertad lo tomamos del precepto legal del artículo 25.2 de la CE

²¹ BERGALLI, R., *La recaída en el Delito. Modos de reaccionar contra ella*, Sertesa, Barcelona, 1980, p. 276.

y de los artículos 1 de la LOGP y 4 del RP. A partir de ahí, se abre un horizonte para garantizar los derechos fundamentales de todo ser humano y la propuesta *inalcanzable* de reinserción. Como afirma acertadamente García Valdés²², “un encierro sin esperanza de más pronto retorno a la vida libre es estéril”. Aunque, a mi juicio, no es un derecho del preso tal como lo entiende la LOGP ya que es aplicable a determinados presos, sino que es un derecho fundamental del que ha de gozar todo preso, con independencia de su clasificación. En síntesis, todos deben gozar de las mismas condiciones en esa otra sociedad.

Ahora bien, a pesar de realizar una reflexión de los derechos fundamentales de los presos, no pretendo contribuir a un cambio, evidentemente, para mejor, de las Instituciones penitenciarias, sino plasmar que paralelamente se cumpla la función de cumplimiento de pena con el respeto de algunos derechos elementales y básicos para la persona de acuerdo con su dignidad. Es decir, que los derechos fundamentales contribuyen, por tanto, a que cada persona pueda realizar plenamente estos signos de su condición humana²³.

En este sentido, se advierte del análisis de las normas vigentes, que, si las comparamos con los principios que las inspiran y la realidad de su aplicación, obtendremos unos resultados contradictorios. De esta forma, está totalmente asentado en la doctrina cuáles son, cómo se configuran y cuál es el alcance de los derechos en el ámbito penitenciario. Las nuevas orientaciones aportadas por Cesare Beccaria rechazando las penas que perjudiquen innecesariamente los derechos de una persona, por ser tiránicas, son tomadas como base del desarrollo de la investigación, sirviendo, además, como apoyo para emprender el camino hacia una reforma de los sistemas penales. El Estado social y democrático de Derecho en base a un tipo de política jurídico-criminal se ha planteado tal objetivo con la intención de atajar el aumento de la delincuencia que se ha incrementado de una forma exponencial. En atención a ello, cabe resaltar en el momento actual la situación de desbordamiento por la masificación

²² GARCÍA VALDÉS, C., “Estar mejor y salir antes: premios y beneficios condicionados a la conducta del recluso en la legislación penitenciaria del XIX y principios del XX”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LIV, 2001, p. 28.

²³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Derechos sociales y positivismo jurídico, (escritos de Filosofía jurídica y política)*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1999, p. 133.

existente en las cárceles. Una cuestión de índole cuantitativa que repercute, inevitablemente, en aspectos cualitativos de los derechos fundamentales.

La segunda dirección que debemos señalar como principal, aunque no es seguida por la doctrina mayoritaria, es la abolición de la pena privativa de libertad en régimen cerrado y semicerrado, manteniendo esta situación²⁴ sólo en los casos de verdadera peligrosidad social, por ejemplo, multireincidentes, terroristas y delincuentes psicopatológicos, en los cuales no será utilizada tampoco como pena sino como medida de seguridad para salvaguarda del resto de la población. Por lo que abogamos en este punto es por la desaparición de las cárceles, pero no de las penas, de ahí surgen las alternativas a la prisión, pero al ser ésta la esencialmente utilizada, es la que será objeto de estudio. Esas alternativas son objeto de la lucha constante por la humanización de las penas en el sentido de que sean menos lesivas para los derechos humanos y, sobre todo, para la dignidad ya que la prisión, en principio, sólo debe limitar la libertad de movimientos del sujeto y no suponer una violación de otros derechos fundamentales. La configuración legal de esta sanción y su aplicación práctica se abordarán a lo largo del presente trabajo.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, por un lado, parto de la idea de que la prisión no es el medio más idóneo ni eficaz para contener la criminalidad ni solucionar los problemas sociales existentes en las sociedades actuales. Ella se manifiesta como una Institución contraria al respeto de los derechos fundamentales de las personas presas que, por añadiduría, en la mayoría de las ocasiones, agudiza la eventual situación de exclusión y marginación que pueden padecer dichas personas. Ante esto, a mi parecer, resulta muy importante plantear un nuevo sistema punitivo cimentado en otro tipo de sanciones menos lesivas para los derechos, y que favorezcan la integración y la cohesión social.

²⁴ Es considerada como una lesión del *status libertatis*. STC 2/1987, de 21 de enero, acerca de su modificación, pasando a ser, tras ingresar en la prisión, portadores de un *status* específico, de individuos sujetos a un poder público, a los que también hacen especial mención las SSTC 120/90, de 27 de junio y 137/90, de 19 de julio, amparándose en la obligación de la institución penitenciaria de *retención y custodia* (art. 1 LOGP) de la que luego haremos no pocas referencias. STC 57/1994 de 28 de febrero, sobre trato penitenciario suministrado a un recluso; STC 207/1990, de 17 de diciembre.

Como resultado, he aquí mi aportación a un debate siempre inconcluso en torno a las diversas opciones punitivas y, en especial, sobre la búsqueda de alternativas a la pena privativa de libertad.

CAPÍTULO I

TEORÍA GENERAL DE LA PRISIÓN

1. EVOLUCIÓN DE LOS SISTEMAS PENITENCIARIOS Y DE LA EJECUCIÓN PENAL

1.1. Cuestiones generales

Antes de adentrarnos en la historia y evolución de las prisiones, considero que es necesario establecer el concepto de la misma, en este sentido, utilizaré los términos de *prisión* y *cárcel* de manera indistinta ya que se refieren a una realidad igual, lo que no ocurre con las voces de *recluso* y *preso* y la de *interno*. Y es que, a lo largo de la historia, la prisión ha cambiado considerablemente viendo la luz numerosos textos que tratan sobre su origen y evolución²⁵.

Así apreciamos que hay diversos antecedentes de lo que hoy entendemos por *prisión* o *pena*, dado que “lugares donde retener o custodiar a las personas culpables” han existido siempre, y lo que ha ido evolucionando de forma progresiva ha sido el criterio que de estos lugares se ha tenido²⁶. Lo que ha permanecido ha sido la necesidad

²⁵ Para saber más, MELOSSI, D., y PAVARINI, M., *Cárcel y fábrica: los orígenes del sistema penitenciario. Siglo XVI-XIX, Siglo XXI*, Madrid, 2005; BURILLO ALBACETE, F.J., *El nacimiento de la pena privativa de libertad*, Edersa, Madrid, 1999; ASINOLFI, G., *Storia di Regina Coeli e delle carceri romane*, Bonsignori, Roma, 1998; ARA PINILLA, I., *Las transformaciones de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1990; del mismo, “La naturaleza jurídica de los derechos humanos”, *Las transformaciones de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1990; CASSESE, A., *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Ariel, Barcelona, 1991; PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990; TÉLLEZ AGUILERA, A., *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones, Derecho y realidad*, Edisofer, Madrid, 1998.

²⁶ En este sentido, PEÑA MATEOS, J., “Antecedentes de la prisión como pena privativa de libertad en Europa hasta el siglo XVII”, en GARCÍA VALDÉS, C., (dir.), *Historia de la prisión: teorías economicistas, crítica*, Edisofer, Madrid, 1997; NEUMAN, E., *Evolución de la pena privativa de libertad*, Depalma, Buenos Aires, 1971; HENDLER, E.S., “El derecho penal primitivo y su supuesta evolución”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 54, 1994; GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de ciencia penitenciaria*, Edersa, Madrid, 1983; MONTANOS FERRIN, E. y SÁNCHEZ-ARCILLA, J., *Estudios de historia del derecho criminal*, Dykinson, Madrid, 1990; GEREMEK, B., *La piedad y la horca*, Alianza,

que la sociedad, y a través de ésta los gobernantes, tiene de retener al sujeto que viola las normas, asegurando al menos una ordenada convivencia. El dato más característico ha sido la progresiva humanización que las diferentes sociedades han ido estableciendo. La estancia en prisión o lugar de custodia era, en la mayoría de los casos, el paso previo a la pena capital, el lugar donde el preso permanecía olvidado hasta el día de su muerte. Hasta el siglo XVIII, tanto las prisiones como la aplicación de las penas en las mismas eran lamentables, la ejecución de la pena estaba regida por la crueldad. Antiguamente, el encierro de las personas no era para cumplir una condena sino que se les retenía hasta que eran juzgados y, posteriormente, se ejecutaban las penas sobre ellos. En todo este periodo las cárceles eran cárceles de custodia en las que las personas se confundían sin distinción de sexo, delito, edad o por cuestiones de salud, con una carencia absoluta de higiene, en edificios apenas habilitados para dicha función. El principal objetivo de estas prisiones era mantenerlas separadas de la sociedad, todo ello traía aún más enfermedades y, por supuesto, más delincuentes.

Esto fue así hasta el siglo XVIII, en el que aparece la pena privativa de libertad tal y como la entendemos hoy día. En este momento, fue cuando empezaron a surgir las nuevas ideas sobre la prisión. Las consecuencias que se derivaban de ella eran totalmente desfavorables para la sociedad, por lo que el interés recayó en un cambio, siendo en la segunda mitad del siglo XVII cuando empezaría a haber enfrentamientos y críticas a la legislación penal del momento y críticas en relación a la situación de los presos y de las prisiones. Los autores tratarían de defender y, por tanto, de implantar los derechos individuales, no ya de quiénes viven en sociedad con plena libertad, sino también de los presos, defendiendo la dignidad del hombre libre y del encarcelado.

No obstante, todo lo que rodea a las prisiones ha cambiado considerablemente. Ha cambiado en lo atinente al régimen y a la estructura de las primeras prisiones, produciéndose un recorrido desde la antigua *cisterna* en la que los hebreos arrojaban a sus prisioneros hasta la actual prisión como edificio moderno. En efecto, durante siglos fueron empleados como prisiones los lugares más inhabitables, y todos los derechos antiguos y ordenamientos medievales conocen la prisión como retención, la “cárcel de

Madrid, 1989; FOUCAULT, M., *Surveiller et punir: naissance de la prison*, Gallimard, París, 1975, *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*, trad. de A. Garzón del Camino, Siglo XXI, Madrid, 2002.

custodia” en la formulación clásica de Ulpiano²⁷. Ésta es la primera fase histórica de la pena privativa de libertad. Desde tal punto de vista, el encierro se ha utilizado desde tiempos remotos para castigar o dificultar la actividad de algunas personas, pero la cárcel, tal como hoy la conocemos, empieza a ser mencionada a finales del año 700. En la época de Alfonso IX, los delincuentes se organizaban en sociedades secretas de bandidos; en las circulares de la Santa Hermandad del siglo XV y posteriormente se tienen conocimiento de las *Cortes de Milagros* agrupadas por mendigos, delincuentes y minusválidos. Tras la caída de Granada aparece la Garduña, poderosa asociación de delincuentes (con una duración de casi tres siglos).

Un edicto de Luitprando, rey de los Longobardos (712-744) disponía que cada juez tuviera en su ciudad una cárcel para encerrar a los ladrones uno o dos años. Una capitular de Carlomagno del año 813 decretó “que las gentes que hubiesen delinquido fueran ingresadas en prisión hasta que se corrigieran”²⁸. En las Partidas del Rey Alfonso X el Sabio (1221-1284), se decía que la cárcel era para la custodia. Esta cárcel custodia era administrada por los príncipes y señores con plena arbitrariedad, ordenándola en función de la procedencia social de los destinatarios, mas no sería hasta el siglo XVIII cuando se encuentran en Europa las dos primeras manifestaciones de establecimientos penitenciarios propiamente dichos, es decir, de lugares construidos específicamente para servir de prisión. Los primeros fueron el Hospicio de San Michele en Roma (Italia) en 1704 y la prisión de Gante (Bélgica) en 1773. El edificio de San Michele fue diseñado para que fuera posible conciliar la separación nocturna de los presos y el trabajo en común diurno y en la prisión de Gante los distintos pisos se encontraban rodeados de una hilera de celdas, dormitorios, comedores, salas, almacenes y talleres en los que los presos pudieran trabajar. El trabajo, que era de muy variada naturaleza (cardar, hilar, tejer, hacer zapatos, trajes, etc.), se efectuaba en común, permaneciendo cada preso aislado en su celda durante la noche.

1.2 Antecedentes de la prisión en Europa hasta el siglo XVII

²⁷ Hablaba de retener a las personas no para castigarlas. Para un amplio conocimiento, GARCÍA VALDÉS, C., *Derecho Penitenciario. Escritos, (1982-1989)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, p. 27; GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de Ciencia penitenciaria*, cit., p. 73.

²⁸ Aquí encontramos el primer objetivo de lo que en la actualidad, tanto la Constitución española en su art. 25 como en la Ley y en el Reglamento Penitenciarios, señalan “corregir” o lo que es lo mismo “reeducar” al que haya delinquido.

En este apartado, me referiré concretamente a los textos legales que surgieron en el periodo de la prehistoria, se hace referencia a toda esa época que se caracteriza por la lucha por el poder y por las situaciones sociales de conflicto de cada momento. Debido a la evolución se llega a una progresiva universalización. Así, de pasar del reconocimiento de determinados derechos y a determinadas personas, se ha ido pasando al reconocimiento de la [igualdad](#) de la persona.

a) Desde Grecia hasta la Edad Antigua

Hay que tener en cuenta que en toda esta época no solamente existía la prisión como custodia de presos, sino que también existía la figura de la pena de muerte para algunos delincuentes, aspecto este último que estudiaré en un epígrafe aparte. En Grecia se utilizaron como prisiones canteras abandonadas, denominadas *latomías*, mereciendo ser citadas las de Siracusa, donde Dionisio el Viejo (S. IV a.de C.) encerraba a sus prisioneros. Consistían en una profunda cavidad en la roca de alrededor de 600 pies de largo por 200 pies de ancho, en las que los presos debían soportar todos los cambios meteorológicos sin ningún resguardo y, por consiguiente, existía un completo abandono de la persona (este procedimiento lo heredarían los cartagineses y, más tarde, los romanos).

En Grecia, encontramos tendencias a privar de libertad a ciertas personas con el propósito de asegurar algún interés frente a ellos, era lo que se denominaba “prisión por deudas”, la cárcel era un medio de retener a los deudores hasta que pagasen las deudas, ejerciendo la custodia sobre los acusados para que, impidiendo su fuga, pudiesen responder ante sus acreedores, ello permitía que el deudor pudiese quedar a merced del acreedor como esclavo suyo, o bien que éste retuviera a aquél a pan y agua. Más adelante aparecería el sistema público de reclusión, pero con forma coactiva para forzar al deudor a pagar. Platón creyó en la necesidad de la existencia de tres tipos de cárceles: una en la plaza del mercado (cárcel de custodia), otra en la misma ciudad (casa de corrección), y la tercera en un paraje sombrío y alejado de la provincia con el fin de amedrentar (casa de suplicio)²⁹.

²⁹ En este sentido, MELOSSI, D. y PAVARINI, M., *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*, Siglo XXI, México, 2005.

Por lo que se refiere a Roma³⁰ la situación de los presos no varió considerablemente, las cárceles se confiaban a guardianes que llevaban una lista exacta de los presos, de los cuales debían dar cuenta a los *triunviri* (una de las tres personas que gobernaba). Grillos y cadenas, esposas, argollas y otros instrumentos, servían para sujetarlos y agravar sus sufrimientos, que solían acabar con la muerte. Se sabe que existió la prisión preventiva de la que Ulpiano defendía argumentando “*carcer enim ad continendos homines non ad puniendos haberi debet*” (“La cárcel debe servir no para el castigo de los hombres, sino para su guarda”)³¹, y la prisión por deudas. También como pena fue conocida la institución del *ergastulum*, que era el arresto o reclusión de los esclavos en un local destinado a este fin en la casa del dueño. Este tipo de cárcel tenía carácter doméstico o privado, pues era misión del *paterfamilias* determinar si la reclusión en el *ergastulum*, había de ser temporal o perpetua. Por su parte, los grandes filósofos de la época también daban su opinión sobre las penas, así Platón³² admitía el estigma y el látigo. En España, destaca la doctrina de Séneca³³ sobre la finalidad retributiva (*quio peccatum est*) y preventiva (*ne peccetur*) de la pena, pudiendo aplicarse sólo a la pena privativa de libertad. El hecho mismo de la detención era el primer maltrato al preso. La pena de prisión, con carácter privado, aparece documentada durante la dominación visigoda, en donde se empleaban sobre los presos métodos coercitivos caracterizados por la crueldad.

Durante ésta época, en general, las condenas a prisión podemos decir que eran en su mayoría por impago de impuestos o por deudas adquiridas por el acusado. En esta coyuntura, la pena que se imponía iba dirigida a una reconciliación con los dioses, la purificación del grupo y la eliminación del infractor. La pena se caracterizaba por ser expeditiva y poco costosa. Existían ya funcionarios de prisiones contratados por el Estado, los presos pasaban hambre y las cárceles podían estar en lugares tan variopintos como conventos, casas o cisternas. Es decir, esta época se caracteriza porque el concepto de personalidad es desconocido. La libertad, venía de los dioses y se dirigía a los hombres a través de otros hombres, pero desconociendo siempre el diálogo. Por otra

³⁰ Entre otros, KRAUSE, J.U., “Prisons et crimes dans l’Empire romain,” in BERTRAND-DAGENBACH, C. (ed.), *Carcer: Prison et privation de liberté dans l’Antiquité classique. Actes du colloque de Strassburg*, 5 et 6 décembre 1997, De Boccard, París, 1999, pp. 117-128.

³¹ ULPIANO, *Digesto*, 48, 19, 8, 9.

³² PLATÓN, *Las Leyes*, Obras Selectas, Libro IX, 854d-856c, vol. II, Madrid, 2000, pp. 102-105.

³³ SENECA, *De la cólera*, Alianza, 1986, I, 6, pp. 43-45.

parte, la confusión entre lo humano y lo divino, lo sacro y lo profano impidió una real autonomía individual y una concepción profunda y operativa de la libertad personal. El poder político y el poder religioso venían a ser una misma cosa. Toda la existencia del hombre era esencialmente política. La comunidad -el grupo histórico- se imponía al individuo con una fuerte presión social y con un control en el que los elementos prohibitivos y sancionadores no estaban, como están hoy, suficientemente diferenciados³⁴.

En esta coyuntura, si bien la mayoría de los imperios se caracterizaban por el despotismo y el poder, en Grecia Aristóteles³⁵ defendió la naturaleza libre de determinados sujetos, los que se incluían en el estatus de ciudadano, excluyéndose al resto y calificándolos de esclavos. Esta situación sería similar en Roma, donde había hombres libres y esclavos. A esto podemos añadir que los estoicos proclaman la ley natural, la razón, la igualdad y la dignidad de los hombres por encima de la organización del Estado. Y la doctrina de los cristianos defendía que todos los seres humanos son descendientes de Dios, iguales ante Dios, con titularidad de una dignidad moral.

b) Edad Media

La Edad Media³⁶ se caracteriza por ideas cristianas, se defienden ideas como una comunidad universal formada por todos los seres humanos. En este apartado partiremos de los pueblos germánicos, los cuales aplicaban dos principios 1) Justicia = principio del Talión, y 2) Utilidad = no prescindir de brazos útiles para la guerra.

Adelantamos cómo supuso que se aboliese o, al menos, se redujese la pena de muerte, lo que hizo que se extendiesen las penas corporales y la pena privativa de libertad. Las prisiones laicas de la Edad Media eran los calabozos y subterráneos de los

³⁴ GONZÁLEZ CASANOVA, J.A., “Libertad de asociación”, *Revista Jurídica de Cataluña*, nº. 2, 1974, p. 260.

³⁵ ARISTÓTELES, *La Política*, J. Marías y M. Araujo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

³⁶ Para una concepción más amplia, BENEYTO, J., “Los derechos fundamentales en la España Medieval”, *Revista de Estudios Políticos*, nº. 26, 1982, pp. 99 y ss.; BAZÁN DÍAZ, I., “Crimen y castigo en la Edad Media hispana. La cárcel, un espacio del mal”, en SABATÉ I CURULL, F., *L'espai del mal: reunió científica: IX curs d'estiu Comtat d'Urgell*, Pagès Editors, Lleida, 2005, pp. 289-318; RAMOS VÁZQUEZ, I., “Cárceles públicas y privadas en el Derecho medieval y castellano: el delito de cárceles particulares”, *Revista de Estudios histórico-jurídicos*, nº. 28, 2006, pp. 339-386.

castillos, fortalezas, palacios, monasterios y otros edificios, sin preocuparse de las condiciones de higiene. Los señores feudales tenían su casa de justicia, donde los culpables o presuntos culpables podían permanecer indefinidamente. Durante este período, la idea de pena privativa de libertad surgió sin aparecer, teniendo todavía un eminente carácter aseguratorio de la no convivencia con el resto de la sociedad, con el fin de que los presos fueran sometidos con posterioridad a los más terribles tormentos demandados por el pueblo: la amputación de brazos, piernas, lengua, ojos, el quemar las carnes a fuego y la muerte, teniendo en la mayor parte de las ocasiones una naturaleza puramente festiva y de distracción.

La noción de libertad y respeto a la individualidad humana no existía y las gentes quedaban al arbitrio y merced de los que estaban en el poder. Locos, mujeres, niños y ancianos esperaban apiñados entre sí en encierros subterráneos, calabozos o estancias de palacios y fortalezas. También una capitular de Carlomagno ordenaba que las gentes *boni generis* que hubiesen delinquido podían ser castigadas con cárcel por el rey hasta que se corrigiesen. La cárcel en la Edad Media se sometía al arbitrio de los príncipes gobernantes, que la imponían en función del estamento al que perteneciera el preso y que podía conmutarse por prestaciones en metálico o en especie, quedando como excepción la pena de prisión para aquellos cuyo crimen careciera de la suficiente gravedad como para que fuesen condenados a muerte o a penas y en las que se mutilaban partes del cuerpo.

Una excepción a la regla general de la cárcel de custodia son las denominadas *prisiones de Estado* y la *prisión eclesiástica*³⁷, utilizadas para retener a personas concretas, las cuales gozaban de ciertas prerrogativas. La prisión de Estado, cumplió una función importante en la Edad Media, y también en la primera mitad de la Edad Moderna. En ella sólo podían recluirse los enemigos del poder real o señorial que hubiesen incurrido en delitos³⁸ de traición y los adversarios políticos de los personajes del poder. Bajo dos formas se nos presenta esta modalidad de prisión: como cárcel de custodia, donde el reo espera la muerte en sus diversas formas, o como detención

³⁷ Entre otros, LLORCA ORTEGA, J., *Cárceles, presidios y casas de corrección en la Valencia del XIX. Apuntes históricos sobre la vida penitenciaria valenciana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

³⁸ Para la definición de delito, FERRAJOLI, L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A., Ruíz Miguel, J.C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco y R. Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1997, pp. 373 y ss.

temporal o perpetua, al arbitrio del perdón real o señorial. En esta segunda modalidad es donde aparece claramente la privación de libertad como pena autónoma, tratándose, en la mayoría de los casos, de nobles que eran dispensados de la estancia en los establecimientos de prisión comunes. Carecían de local fijo y se utilizaban castillos, fortalezas o el palacio señorial. Entre las prisiones de Estado más famosas se encuentran: La Torre de Londres, los Castillos de Egelsburgo, la Bastilla parisina y los Plomos venecianos. Por su parte, la prisión eclesiástica estaba destinada a sacerdotes y religiosos, y respondía a las ideas de redención, caridad y fraternidad de la Iglesia, dando al internamiento un sentido de penitencia y meditación. Recluían a los infractores en un ala del monasterio para que por medio de la oración lograsen su corrección. Poseían un régimen alimenticio y penitenciario con frecuentes disciplinas y trabajos manuales en sus celdas desde el primer momento, elemento equiparable al actual tratamiento penitenciario de trabajos y actividades.

Dada la potestad jurisdiccional de la Iglesia, todo un sistema de penas y penitencias vino desarrollado a través del Derecho Canónico (siendo su fuente principal el denominado *Libri Poenitentialis*, dando lugar a la voz penitencia a penitenciario)³⁹ que castigaba a los monjes rebeldes o que hubiesen sido autores de hechos delictivos. La pena principal del Derecho Canónico se llamaba *detrusio in monasterium*⁴⁰ que consistía en la reclusión en un monasterio de los clérigos que hubiesen infringido una norma eclesiástica, en lugar de la reclusión era la denominada celda monacal, que debía tener luz para que el hermano pecador pudiera leer el breviario y los libros sagrados. El régimen canónico penitenciario conoció varias formas. Además de diferenciarse porque la pena se debía cumplir en la reclusión de un monasterio, en una celda o en la cárcel episcopal, tuvo distintas maneras de ejecutarse:

³⁹ En el quedaba reflejado una serie de pecados y sus penitencias. En estos escritos filosóficos y pragmáticos se recogen las experiencias y se ponían al alcance de los clérigos el deseo de trasladar a la práctica las soluciones moderadas a los problemas surgidos.

⁴⁰ En este sentido, MORRIS, N. y ROTHMAN, D.J., *The Oxford history of the prison: the practice of punishment in western society*, Oxford University Press, Oxford, 1998; GELTNER, G., "Medieval Prisons: between myth and reality, hell and purgatory", *History Compass*, nº. 4, 2006; DEAN, T., *Crime in Medieval Europe, 1200-1550*, Harlow, Longman, 2001; DUNBABIN, J., *Captivity and Imprisonment in Medieval Europe, 1000-1300*, Palgrave Macmillan, Nueva York, 2002; MABILLON, J., "Reflexions sur les prisons des ordres religieux", en THUILLIER, V., (ed.), *Ouvrages posthumes de D. Jean Mabillon et D. Thirri Ruinart*, F. Babuty, Paris, 1824, pp. 321-335; PETERS, E. M., "Prison Before the Prison: The Ancient and Medieval Worlds", en MORRIS, N. y ROTHMAN, R.J., (eds.), *The Oxford History of the Prison. The Practice of Punishment in Western Society*, Oxford University Press, Oxford, 1995, pp. 3-43.

a la privación de la libertad se añadieron sufrimientos de orden físico, aislamiento en calabozo (*cella, carcer, ergastulum*) y, sobre todo, la obligación del silencio. Estos atributos, propios de la ejecución penitenciaria canónica, tienen su origen en la organización de la vida conventual, muy en especial en sus modalidades del más acendrado misticismo.

El influjo que la organización religiosa de tipo conventual tuvo sobre la realidad carcelaria, fue de tipo del particular; la proyección sobre el ámbito público-institucional del original rito sacramental de la penitencia encontró su inspiración real en la alternativa religioso-monacal de tipo oriental, contemplativa y ascética. Pero hay que tener presente, como un elemento necesario para el análisis, que el régimen penitenciario canónico ignoró completamente el trabajo carcelario como forma posible de ejecución de la pena. La circunstancia de la ausencia de la experiencia del trabajo carcelario en la ejecución penal canónica puede clarificar el significado que la organización eclesiástica atribuyó a la privación de la libertad en un periodo determinado.

Parece, en efecto, que la pena de cárcel atribuyó al tiempo de internamiento la función de un *quantum* de tiempo necesario para la purificación según los criterios del sacramento de penitencia; no era, por eso, tanto la privación de la libertad en sí lo que constituía la condena, sino sólo la ocasión, la oportunidad para que, en el aislamiento de la vida social, se pudiera alcanzar el objetivo fundamental del castigo: el arrepentimiento. Esta finalidad se debe entender como enmienda, o posibilidad de enmienda, delante de Dios, y no como regeneración ética y social del condenado pecador; en este sentido, la pena no podía ser más que retributiva, fundada en la gravedad de la culpa y no en la peligrosidad del reo.

La naturaleza esencialmente penitencial de la cárcel canónica manifiesta claramente la posibilidad de su utilización con fines políticos; por el contrario, su existencia siempre tuvo un sentido religioso. No se crearon edificios sino que se utilizaron edificios ya creados, transformándolos en prisiones así, la Torre de Londres fue primeramente un palacio fortificado; la Bastilla, una de las puertas fortificadas de París, y la Salpêtrière, edificada por Luis XIV para fábrica de pólvora, de donde viene su nombre. Famosas, por lo terribles, fueron también las prisiones del castillo de

Spielberg (Austria); los subterráneos del castillo de Sant'Angelo; los horribles hornos de Monza, especie de nichos superpuestos en los que el encerrado no podía ponerse de pie y, sobre todo, el espantoso *vade in pace*, donde se dejaba al preso morir de hambre y sed, o se le sometía a una larga agonía proporcionándole algún alimento. Esta idea de prisión aparece perfectamente descrita por Cervantes en *Los trabajos de Persiles y Sigismunda* cuando dice: “Voces daba el bárbaro Corsicurbo a la estrecha boca de una profunda mazmorra, antes sepultura que prisión de muchos cuerpos vivos que en ella estaban sepultados”⁴¹.

En otras épocas de la Edad Media, como en la Alta Edad Media española, destacaron los Fueros Municipales, Fuero Juzgo y Fuero Viejo de Castilla, los cuales reflejan que existió la prisión preventiva y la prisión por deudas en los Fueros de Jaca (1063), Usagre y Béjar; la prisión como corrección paterna en el Fuero de Plasencia; la prisión como penal principal propiamente dicho en el Fuero de Medinaceli y en el de Miranda y, para los hombres ricos o de buena fama, se preveía la sujeción con hierros sin encarcelamiento (Fuero de Peralada). En Aragón destacó la cárcel de manifestados la cual dependía del Justicia Mayor garantizando la no intromisión arbitraria del Rey o de sus delegados⁴². Hinojosa nos da noticia de la prisión señorial arbitraria, en la que el reo no está sometido a juicio, sino que depende exclusivamente del capricho del señor⁴³.

En la Baja Edad Media española⁴⁴, la recepción del Derecho romano y el canónico traen consigo un aumento del poder real; se concibe a la prisión como institución preventiva (cárcel de custodia) y como verdadera pena. Las Partidas dicen “non es dada para escarmentar los yerros, mas para guardar los presos tan solamente en ella fasta que sean juzgados”⁴⁵. Junto a ello destaca la reclusión en los Monasterios por delitos religiosos, los trabajos forzados en las minas, la deportación a una isla, pudiendo ser las sanciones temporales o de por vida. En las leyes de estilo, el libro de las

⁴¹ CERVANTES SAAVEDRA, M., *Los trabajos de Persiles y Sigismunda*, Capítulo I.

⁴² Este es uno de los precedentes del Habeas Corpus.

⁴³ BUENO ARÚS, F., *Lecciones de Derecho Penitenciario: en Ponencias presentadas a la I Jornadas de Derecho Penitenciario*, Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares-ICE, Madrid, 1984, p. 12.

⁴⁴ Entre otros, BERMEJO CABRERO, J.L., “Mayoría de justicia del rey y jurisdicciones señoriales en la Baja Edad Media castellana”, *Actas de las I Jornadas de metodología aplicada a las ciencias históricas*, t. II, Santiago de Compostela, 1975, pp. 207 a 215; del mismo, “Notas sobre la representación de la Justicia en la Baja Edad Media castellana”, *Miscelánea de Arte*, 1982, pp. 29 a 34.

⁴⁵ Partidas 7^o, t. XXXI, Ley IV. Se prohíbe las prisiones privadas y se establece normas sobre la higiene, comunicaciones, responsabilidades, etc.

Costumbres de Tortosa y la Compilación de Huesca hacen referencias a la prisión preventiva y a la prisión como pena. El Fuero de Soria, el Ordenamiento de Alcalá, el Ordenamiento de Montalvo son otras normas que prohíben los malos tratos y ordenan la inspección semanal de las prisiones.

Esta época se caracteriza por el surgimiento de numerosos textos en los que se empiezan a plasmar derechos humanos y fundamentales, así en España se pueden señalar, entre otros, los siguientes textos básicos: El Pacto Convenido en las Cortes de León en 1188 entre Alfonso IX y su reino, El Privilegio General de Aragón de 1283, otorgado por Pedro III en las Primeras Cortes de Zaragoza, los Privilegios de la Unión Aragonesa de 1286, el Acuerdo de las Cortes de Burgos de 1301, el Acuerdo de las Cortes de Valladolid de 1322, el Fuero de Vizcaya de 1452 y las Partidas⁴⁶. En Francia encontramos los siguientes textos: las cartas de las comunas urbanas, como la Gran Carta de Saint Gaudens de 1203. En Italia el Cuarto Consejo Laterano de 1215. En Inglaterra la Carta Magna sellada por Juan Sin Tierra el 15 de junio de 1215⁴⁷ y las primeras prácticas de la Common Law. En Hungría la Bula de Oro de 1222. En Suecia los Capítulos del rey de las Leyes de los Condados Suecos, del siglo XIV, etc. Todos ellos claros antecedentes de nuestros textos actuales.

c) Edad Moderna

Cuando España pasó de la Edad Media a la Edad Moderna, durante la época de los Reyes Católicos y de los Habsburgo (siglos XVI y XVII), los gobernantes utilizaron a los encerrados como mano de obra barata. En esta época las cárceles eran consideradas como espacios ajenos al Derecho. Los prisioneros eran forzados a trabajar para la Corona en los barcos y en el Nuevo Mundo para cubrir la demanda de mano de obra en el Imperio. Esta situación se apoderó de España hasta el siglo XIX, apareciendo el Coronel Manuel Montesinos que ayudó a mejorar la situación de los presos. Montesinos fue el primer especialista penitenciario que instauró un nuevo concepto de las prisiones. Fue comandante del presidio de San Agustín (Valencia) desde 1834 y puso

⁴⁶ La Partida 7^o, t. XXIX, Ley IV se ocupa de las prisiones y de la manera en la que se hallaban reclusos los presos. Se indica que la cárcel debe ser para guardar los presos no para otro mal.

⁴⁷ Aparecen determinados derechos y privilegios feudales de los nobles. Se considera como estatuto solemne.

en práctica las previsiones legales contenidas en la Ordenanza General de Presidios del Reino de 1834⁴⁸.

Acerca de los Decretos de la Italia medieval, Ferri nos da a conocer las leyes punitivas de la República de Lucca, publicadas en la ciudad en 1640. En ellas, la prisión aparece como pena sustantiva y no como mera custodia preventiva, así un Decreto del año 1533, castigaba a los muchachos de más de diez años que arrojarían piedras contra la escuela, maestros o tiendas, si eran ciudadanos con prisión y, si eran extranjeros, con idéntica pena más veinticinco azotes en público.

Con respecto a España, son relevantes el Ordenamiento de Montalvo, las Leyes de Toro y la Nueva Recopilación, las cuales reflejan la diferencia entre la cárcel (preventiva) y el presidio (punitivo)⁴⁹. En los siglos XVI–XVII aparecieron distintas instituciones de patronato, es decir, de asistencia social y tutelar a presos, liberados o menores descarriados (Caballeros XXIV de Salamanca, Padre General de Menores, Padre de Huérfanos de Zaragoza, etc.). Las prisiones que se utilizaban para las mujeres eran las galeras, en ellas se internaban las prostitutas, vagabundas, mendigas, alcahuetas y las de mala vida. En estos centros se perseguía el escarmiento más que la corrección, aplicándose los métodos de la marca y la horca para los reincidentes⁵⁰.

A partir del siglo XI, las luchas de religión eran el centro del reino. Fueron muchos los gobernantes europeos que impusieron la pena de muerte consistiendo en quemar los cuerpos vivos contra los herejes. El Emperador Federico II publicó, en 1224, una ley imperial por la que se imponía la pena de muerte a los herejes. El Papa Gregorio IX, en 1231, aceptó para la Iglesia esta constitución y tomó diversas medidas para asegurar su cumplimiento. La principal fue la creación del Santo Oficio o Tribunal de la Inquisición, de la que se ocupó la nueva orden de los dominicos. Desde ese momento, se comenzó a luchar contra la herejía conforme a las leyes vigentes. El castigo más

⁴⁸ La Ordenanza contenía un sistema de clasificación que obligaba a la separación de los menores de dieciocho años y los condenados por penas infames. Se preveía un sistema de vida en común y se establecía rebajar la pena por el trabajo realizado. En el siglo XVI las Cortes de Madrid vieron la necesidad de depurar los defectos que había en el Ordenamiento de Montalvo.

⁴⁹ La Nueva Recopilación de 1567 dicta una serie de normas sobre el trato a los reclusos, la higiene, la separación por sexos, los aranceles, etc.

⁵⁰ Destacan en esta época la Obrecilla de Sr. Magdalena de San Jerónimo de 1608 y la Ordenanza de Don Luis Marcelino Pereyra de 1796.

riguroso era la muerte, que generalmente se producía por *fuego* a través de los *autos de fe*, le seguían otros como la cárcel perpetua o temporal.

En las Partidas del Rey Alfonso X el Sabio (1221-1284) se decía que la cárcel era para la custodia. Esta cárcel custodia era administrada por los príncipes y señores con plena arbitrariedad, ordenándola en función de la procedencia social de los destinatarios. Los presos eran retenidos no en edificios considerados como cárcel, puesto que no existían, sino que se servían de cualquier cantera, conventos desamortizados, fortificaciones o torres. En esta época era muy característico leer y publicar las sentencias en actos públicos, auto de fe. Durante el camino hacia la quema, los religiosos que acompañaban a los condenados multiplicaban los esfuerzos para obtener su retractación. Lo más frecuente es que éstos pidieran misericordia, lo que les valía ser estrangulados antes de llegar a las llamas.

En cuanto a las penas de prisión, fueron consideradas por la Iglesia como un medio de encarcelamiento del culpable y, en ciertos casos, como medidas de intimidación. Normalmente, estos encierros eran temporales en esa época aunque tampoco se descartaban penas de prisión perpetuas, éstas solían reducirse a pocos años, pues la Inquisición no podía alimentar indefinidamente a sus presos. Además, las cárceles inquisitoriales eran preferidas por los reos a los inmundos calabozos y mazmorras de la jurisdicción ordinaria. La Inquisición⁵¹ fue el primer Tribunal en Europa en abolir el tormento y los instrumentos designados a agravar la pena; sus calabozos fueron los más amplios, alumbrados e higiénicos, y el trato a los presos el más favorable. Se describen estos lugares como “cuartos cuadrados, bien blancos, claros por medio de una ventana con reja: todas las mañanas se abren las puertas desde las seis hasta las once, a fin de que entre el aire y se purifiquen”.

⁵¹ La Inquisición se caracterizó por imponer penas como prisiones preventivas (llamadas cárceles secretas basadas en el tormento), la pena de muerte por fuego, la cárcel perpetua y la cárcel temporal. No obstante, dicha época permitía que si un marido y su mujer cumplían condena podían cumplirla juntos y hacer vida en común, además, cabía la posibilidad de que el preso pudiese salir para trabajar en el exterior o cumplir una condena perpetua no en la cárcel sino en su domicilio. GARCÍA CÁRCEL, R., *Orígenes de la Inquisición española. El tribunal de Valencia (1478-1530)*, Península, Barcelona 1985; MARTÍNEZ DÍEZ, G., *Bulario de la Inquisición española. (Hasta la muerte de Fernando el Católico)*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1998; GACTO FERNÁNDEZ, E., “Aproximación al Derecho Penal de la Inquisición”, *Perfiles Jurídicos de la Inquisición Española*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1989, pp. 175 y ss.

Los prisioneros, tengan bienes o no, son tratados muy bien, pues les dan tres comidas. A los presos se les daba cama, ropa limpia, silla, mesa, algunos libros devotos y un alimento decente. En esta época también se quejaban del hacinamiento y, por ello, la Inquisición permitió que los presos cumplieren la prisión en sus casas, quizás sea el primer antecedente en cuanto a medida alternativa a la pena de privación de libertad, y la prisión perpetua se llevaba a cabo en los monasterios, siendo relativamente fácil el cambio de uno a otro. A finales del siglo XV la Garduña se estableció en Sevilla, determinando contraseñas para anunciar riesgos y transmitir mensajes aún estando presos. Los delitos que cometían eran: raptos, violaciones, secuestro de niños, petición de rescate, desvalijamiento de diligencias, falsificación de moneda y asesinato por encargo.

Las galeras eran una de las penas caracterizadas por ser lugares de desolación y sufrimiento físico y psíquico donde no se permitía la pereza, la fatiga, el agotamiento ni la enfermedad. Era un trabajo duro, y había pocos voluntarios. Lo más habitual era condenar a galeras a los delincuentes y esclavizar a los prisioneros de guerra. Con el inicio de las grandes empresas marítimas de los siglos XVI y XVII aparecieron, fundamentalmente en el reino de España, las *penas de galeras*⁵². Los *galeotes* españoles fueron el escenario donde se practicaban las penas corporales sustituyéndolas por trabajo forzado hasta la muerte. Desaparecida la galera a causa de los progresos de la navegación, los penados eran destinados a otros trabajos forzados mayores como el arme y desarme de buques, o el trabajo en las minas del reino. Podemos decir que las galeras representan un antecedente claro de los trabajos forzados de los presos, trabajo que no estaba remunerado económicamente, no obstante, no es posible afirmar que al trabajo al que eran sometidos fuese un claro antecedente del trabajo como resocializador del delincuente, ya que en ésta época no era ese su fin.

En el siglo XVI, comienzan a aparecer casos en los que las prisiones y su régimen se humaniza⁵³. Las llamadas *casas de trabajo* emergían en los países bajo la

⁵² Para un amplio conocimiento sobre el tema, RODRÍGUEZ RAMOS, L., “La pena de galeras en la España moderna”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 31, 1978, pp. 259-276; ALEJANDRE GARCÍA, J.A., “La función penitenciaria de las galeras”, *Historia* 16, vol. extra VII, 1978, pp. 47 y ss.

⁵³ En este sentido, BECCARIA, C., *Dei delitti e delle pene: con una raccolta di lettere e documenti relative alla nascita dell'opera e alla sua fortuna nell'Europa del Settecento*, trad. De los delitos y de las penas, Alianza, Madrid, 1982; PAVARINI, M., *Los confines de la cárcel*, Carlos Álvarez

influencia de la Reforma protestante, imponiendo a los presos una disciplina adecuada a la nueva moral religiosa, que además resultaba ventajosa para las necesidades del sistema de producción emergente del país. El trabajo era muy diverso: así, en Holanda, los condenados raspaban palo Campeche (tipo de madera) y las mujeres trabajaban como hilanderas. También se hacían redes de pesca, tejían alfombras o confeccionaban sacos para el comercio; en Alemania, los penados se empleaban en trabajos necesarios en calles y fortificaciones; en Bélgica se dedicaban a la manufactura del papel; y, en Italia, eran empleados para diversos oficios (en Nápoles se utilizaban en la fabricación de calzado).

En ésta línea, aparecen los *presidios militares* divididos en tres partes. Presidios arsenales; presidios militares y presidios peninsulares, viéndose la mayoría de las penas reducidas a las obras de fortificación en los presidios militares. Anteriormente a la Ordenanza general de 1834, surgía la transformación de las penas de galeras en presidio arsenal y en pena de trabajos públicos. En 1597, se creó la ley inglesa que autorizaba la deportación, dejando con vida a hombres y mujeres condenados, trataba de que fueran útiles a otras regiones de la Tierra. Eran transportados en buques hacia su lugar de destino, pero, mientras que estos buques se llenaban de presos esperaban durante meses hasta que estuvieran todos los reos reunidos, al tiempo que había que custodiarles y darles ocupación.

Las primeras casas de corrección datan de los siglos XVI y XVII, y aparecen en Inglaterra, Holanda, Alemania y Suiza. Se menciona como la más antigua la *House of Correction*, ubicada en Bridewell (Londres), inaugurada en 1552. Ésta era pensada para la corrección de aquellos pobres, que siendo aptos para el trabajo, se resistieran a trabajar. Una ley de 1670 define el estatuto de las mismas, ordena a los oficiales de justicia la comprobación del cobro de los impuestos y la gestión de las sumas que permitan su funcionamiento, confiando al Juez de Paz el control de su administración. En el año 1697, nació como consecuencia de la unión de varias parroquias de Bristol, la primera *Workhouse* de Inglaterra; otra se estableció en 1703 en Worcester; y una tercera

editor, Montevideo, 1995; FOUCAULT, M., *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*, cit.; RIVERA BEIRAS, I. y ALMEDA, E., *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Anthropos, Barcelona, 2005; del mismo, *La cuestión carcelaria. Historia, epistemología, derecho y política penitenciaria*, Del Puerto, Buenos Aires, 2006; DE LEÓN VILLALBA, F.J., *Derecho y prisiones hoy*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003.

lo hizo el mismo año en Dublín, pudiendo considerar a estas casas de corrección como el verdadero antecedente de la reacción carcelaria moderna. Tal vez lo más significativo era el castigo que se infligía para imponer la disciplina que era rígida e inflexible⁵⁴.

Desde las cadenas y azotes, pasando por el ayuno, hasta la tristemente célebre *celda de agua*, en la cual el recluso sólo podía salvar su vida achicando agua con una bomba. Estos procedimientos se aplicaban a falsos tullidos y mendigos mentirosos y, como anécdota, se cita que existía una pared entera cubierta de bastones y muletas colgados por los reclusos *curados*. La influencia ejercida por los Establecimientos de Amsterdam fue considerable. Las ciudades componentes de la Liga Hanseática construyeron prisiones con trabajos forzados. Lubeck en 1613, Hamburgo en 1629, en Bélgica se creó la Maison de force de Gand en el Castillo de Gerard le Diable, donde los internos trabajaban en el raspaje de madera, estableciéndose un peculio que se les pagaba cuando recuperaban la libertad. Igualmente el influjo llegó a Suiza, donde se creó el Shellenwerke bajo el principio de trabajo continuo e útil, eliminando el tormento ineficaz. Estas Instituciones de Amsterdam tuvieron gran éxito en muchos países europeos, si bien constituyeron un hecho excepcional, ya que todavía habría que esperar más de dos siglos para que las prisiones fuesen un lugar de corrección y no de custodia de delincuentes en espera de ser juzgados. No obstante, estos centros de reclusión no readaptaban al sujeto, ya que la función no era transformar. Almeda indica que el objetivo de corrección está muy lejos de alcanzarse, y entiende que las mismas se hallaban a medio camino entre el medio penitenciario y las actividades asistenciales o benéficas⁵⁵.

Es de gran interés referirme al siglo XVI, en el que se produce un gran avance en cuanto a los derechos humanos y ello se produce a partir de la llegada de los españoles a América, por tanto, es imprescindible tener en cuenta a Francisco de Vitoria que, a partir de 1526, se encarga de crear las *relectiones*, donde podemos encontrar una serie

⁵⁴ Ver GARCÍA VALDÉS, C., “Las casas de corrección de mujeres: un apunte”, en VV.AA., *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos*, Libro Homenaje al profesor Torío López, Granada, 1999; LLORCA ORTEGA, J., *Cárceles, presidios y casas de corrección en la Valencia del siglo XIX*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992; GÓMEZ BRAVO, G., *Crimen y castigo: cárceles, justicia y violencia en la España del Siglo XIX*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2005; MARTÍNEZ GALINDO, G., *Galerianas, corregendas y presas. Nacimiento y consolidación de las cárceles de mujeres en España (1608-1913)*, Dykinson, Madrid, 2002.

⁵⁵ ALMEDA, E., *Corregir y castigar. El ayer y el hoy de las cárceles de mujeres*, Balterra, Barcelona, 2002, p. 83.

de derechos que constituyen el principal fundamento ético para el establecimiento de una serie de derechos por parte de la Corona española, y que culminan en las llamadas Leyes nuevas de las Indias, de 1542, y las Ordenanzas de descubrimiento de 1573⁵⁶. Y mencionar también al Padre Fray Bartolomé de Las Casas, en su obra *De Regia Potestate*.

d) Siglo XVIII

Este siglo se caracteriza porque la cárcel convive con las penas corporales. En realidad la Ciencia del Derecho Penal española arranca de la labor de los juristas del siglo XVI, entre los que cabe destacar especialmente a Diego de Covarrubias y Leyva y a Antonio Gómez. Estos juristas ejercieron una gran influencia en los demás países europeos, influencia favorecida por la hegemonía política española, el uso común del latín como lengua científica y el cultivo del Derecho Romano y Canónico. Hasta aquí se llega a la conclusión de que los establecimientos destinados a los delincuentes estaban pensados para destruir a la persona, y no para custodiarles o mejorar su conducta. Desde el siglo XVIII, se formularon varias teorías que lograron avances en la explicación del delito como corrección, empieza a alcanzar plenitud la filosofía de los derechos humanos. Surge en esta época el Iluminismo penal, es decir, una mayor humanidad en el trato. Entre las casas de corrección, destaca la de San Fernando de Jarama, muy elogiada por Howard, creada por Olavide en 1766. La Real Asociación de Caridad de Señoras de Madrid, fundada en 1787, tenía como misión enseñar y corregir a las reclusas de las cárceles y galeras, se les buscaba trabajo, se ocupaba de sus necesidades materiales, se les facilitaba dinero a las liberadas, etc.

En este siglo fue cuando los filósofos y los juristas ilustrados hicieron una crítica exhaustiva del Derecho Penal y procesal, en palabras de Prieto Sanchís “[...] puede hoy presentarse como uno de los capítulos principales de la génesis ideológica de los derechos fundamentales”.⁵⁷ En el ámbito de la filosofía penal al igual que en el ámbito

⁵⁶ ROVETTA KLYVER, F., *Hacia un modelo iberoamericano de derechos humanos a partir del siglo XVI*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1990, pp. 30 y ss.; del mismo, *Hacia un modelo iberoamericano de derechos humanos a partir de Francisco de Vitoria y de la legislación indiana*, Separata de la obra colectiva *Los derechos humanos en América*, Cortes de Castilla y León, Valladolid, 1994, pp. 153 y ss.

⁵⁷ PRIETO SANCHÍS, L., “La filosofía penal de la Ilustración”, *Anuario de Derechos Humanos*, n.º. 3, Madrid, 1985, p. 288.

de las libertades y derechos fundamentales, es la secularización la que deja una gran huella y da lugar a cambios en el marco jurídico e ideológico⁵⁸.

Sería Lardizábal el que publicara en 1782 un libro titulado *Discurso sobre las penas*, en el que se pronuncia sobre los principios de legalidad, culpabilidad, personalidad y proporcionalidad con el delito cometido. Sin embargo, no se pronuncia sobre el principio de igualdad porque considera que los nobles sufren más la pena que los plebeyos, y sigue distinguiendo la prisión preventiva⁵⁹ (cárcel) de la punitiva (arsenales y presidios), los cuales deben tener como finalidad la corrección del preso y, respecto de los que son incorregibles, que cumplan una función utilitaria como la de los trabajos públicos y el servicio de armas.

Lardizábal acepta la tesis del contrato social, pero trata de conciliarla con sus creencias cristianas. El fundamento del *ius puniendi* no se halla sólo en el “contrato social” sino en Dios que ha atribuido tal poder a los gobernantes. No menciona siquiera el principio de división de poderes, incompatible con la estructura del Consejo de Castilla (con atribuciones de gobierno, legislativas y judiciales), pero admite el principio de legalidad de los delitos y de las penas y rechaza el arbitrio judicial. Admite la interpretación extensiva de las leyes, es decir, su aplicación a casos no comprendidos en su letra pero sí en su espíritu. La pena, según Lardizábal⁶⁰, ha de ser proporcionada al delito, pronta, necesaria, o sea, lo menos rigurosa posible y segura. Defiende la pena de muerte y rechaza los argumentos de Beccaria⁶¹ para negarla, pero se muestra partidario de una restricción en su aplicación a los casos en que sea absolutamente necesaria. No acepta tampoco la igualdad de los ciudadanos ante la ley penal y defiende la aplicación de penas diferentes a los nobles y a los plebeyos, por la mayor sensibilidad de los primeros. La concepción de la pena es una concepción utilitaria, relativa, típica del pensamiento de la Ilustración. Asigna a la pena un fin general: la seguridad de los ciudadanos y la salud de la República. Señala una serie de fines particulares: la

⁵⁸ TARELLO, G., “Storia della cultura giuridica moderna”, vol. I, *Absolutismo e codificazione del Diritto*, t. II, Mulino, Bolonia, 1976, p. 383, lo afirma; PRIETO SANCHÍS, L., “La filosofía penal de la Ilustración”, cit., p. 289.

⁵⁹ Ver, HUACUJA BETANCOURT, S., *La desaparición de la prisión preventiva*, Trillas, México, 1995.

⁶⁰ LARDIZABAL y URIBE. M., *Discurso sobre las penas*, Universidad de Cádiz, Cádiz, 2001, pp. 110 y ss., este autor es partidario de la prevención general de la pena.

⁶¹ BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, cit., pp. 155 y ss.

corrección del delincuente para hacerle mejor y para que no vuelva a perjudicar a la sociedad, servir de ejemplo para que los que han pecado se abstengan de hacerlo, etc. Por otra parte, preocupado por la corrección y enmienda del delincuente, denuncia el efecto corruptor de los presidios y arsenales, y propone la creación de Casas de Corrección.

Uno de los primeros intentos para explicar la delincuencia desde una postura más científica que teológica fue planteada a finales del siglo XVIII por el médico y anatomista alemán Franz Joseph Gall⁶², que intentó relacionar la estructura cerebral y las inclinaciones del criminal. Esta teoría fue popular durante el siglo XIX, mas hoy se encuentra abandonada. Una teoría biológica más sofisticada fue desarrollada a finales del siglo XIX por el criminólogo italiano Cesare Lombroso⁶³, que afirmaba que los delitos son cometidos por aquellos que nacen con ciertos rasgos físicos hereditarios reconocibles. La teoría de Lombroso fue refutada a comienzos del siglo XX por el criminólogo Charles Goring, quien demuestra lo errado de la teoría mediante un estudio comparativo entre delincuentes encarcelados y ciudadanos “respetuosos de las leyes”, llegando a la conclusión de que no existen los llamados *tipos criminales* con disposición innata para el crimen⁶⁴.

⁶² Desarrolló la Ciencia de la Frenología, mediante la cual podía adivinarse el carácter y predisposiciones de una persona gracias a las protuberancias de su cráneo. Entre otros, BARONA VILAR, J.L., “Franz Joseph Gall: la frenología y las funciones del cerebro”, *Mètode: Anuario*, n°. 2006, 2006, pp. 244-245; del mismo, “Històries de científics. Franz Joseph Gall: la frenología i les funcions del cervell”, *Mètode: Revista de difusió de la investigació de la Universitat de València*, n°. 47, 2005, pp. 124-125; WOLFGANG, R. y MICHAEL, N., “Franz Joseph Gall and his “talking skulls” established the basis of modern brain sciences”, *Wien Med Wochenschr*, n°. 158, 2008, pp. 314-319.

⁶³ LOMBROSO, C., *L'uomo delinquente studiato in rapporto alla Antropologia, alla Medicina Legale ed alla discipline carcerarie*, 1876; SERRANO GÓMEZ, A., “Centenario de L'uomo delinquente”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXIX, fasc. III, 1976, p. 623, nota 1. Lombroso desarrolló la teoría sobre *delincuente nato* o *criminal atávico*, aseverando que la Criminología, es una Ciencia empírica independiente del Derecho penal y de otras Ciencias afines, no siendo partidario de esta idea autores como GONZÁLEZ ZORRILLA, C., “La Criminología y su función: el momento actual del debate”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLV, fasc. II, 1992, p. 638; HERRERO HERRERO, C., *Seis Lecciones de Criminología*, Colección “Politeia”, n°. 2, Dirección General de la Policía, Madrid, 1988. En otro sentido, GARÓFALO, R., *Estudios Criminalistas*, V. Suárez, Madrid, 1896, pp. 80-81, da gran valor a los estudios con base en la predisposición biológica al delito, pero con factores exógenos al delincuente. La teoría de Ferri, *Ley de saturación criminal*, se basa en que “el nivel de la criminalidad viene determinado cada año por las diferentes condiciones del medio físico y social, combinados con las tendencias congénitas y con los impulsos ocasionales de los individuos”. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 407.

⁶⁴ Los estudios científicos recientes han confirmado las tesis y observaciones de Goring. No obstante, algunos investigadores siguen manteniendo que ciertas anomalías en el cerebro y en el sistema endocrino contribuyen a que una persona tenga inclinación hacia la actividad delictiva. En este sentido, ZAMBRANO LIZAMA, C.A., *Descripción cualitativa y propuesta metodológica para el trabajo con población infante juvenil infractora de Ley en la provincia de Valdivia. Una mirada etnográfica*, Tesis doctoral, Valdivia (Chile), 2006.

En este periodo cabe señalar a Cristian Tomasio (1655-1728), quien manifestó su preocupación por las Instituciones penales. Tarello, de otro lado, aseveraba que, “la doctrina penal de Tomasio representa el puente entre la doctrina penal del absolutismo del setecientos, expresado en el sistema hobbesiano y pufendorfiano, y la doctrina penal de iluminismo del XVIII”⁶⁵. Hablaba de la *poena medicinalis* que debe ser impuesta por el soberano, no como una represión vindicativa, sino con el objetivo de lograr la mejora de los ciudadanos, tanto del que ha delinquido como de la sociedad en general⁶⁶. Asimismo, Halle distinguiría entre el *justum*, el *honestum* y el *decorum*; el primero viene a garantizar la paz externa, de manera que el ordenamiento penal es la garantía última del orden externo establecido por el soberano, *non turbabis alios in uso juris sui*.

La pena es necesaria porque es necesario modificar la conducta del delincuente a fin de que en el futuro se acomode, no a las reglas de *honestum o del decorum*, sino a las de lo justo”⁶⁷. Otro intento de explicación del delito fue iniciado en Francia por Montesquieu (1689-1755), que intentó relacionar el comportamiento criminal con el entorno natural y físico. Su doctrina penal se refleja especialmente en los Libros VI y XII del *Espíritu de las Leyes* en los que se sientan las bases de un ordenamiento penal que ha de elaborarse a partir de nuevos supuestos ideológicos⁶⁸. Montesquieu⁶⁹ puso de relieve la importancia de las leyes penales y procesales, de las que depende la efectiva libertad del individuo; la libertad política consiste en la seguridad y ésta “no se ve nunca

⁶⁵ TARELLO, G., “Storia della cultura giuridica moderna”, cit., p. 383; PRIETO SANCHÍS, L., “La filosofía penal de la Ilustración”, cit., p. 297.

⁶⁶ TOMASIO, C., “Institutiones Jurisprudentiae Divinae”, Scientia Verlag, Aalen, 1963, citado por PRIETO SANCHÍS, L., “La filosofía penal de la Ilustración”, cit., p. 297. Tomasio entiende que “es preciso extender al proceso penal las reglas de la prueba propias del civil y, en particular, eliminar la confesión como prueba reina y casi definitiva (*confessio regina robationis*), lo que sin duda era condición necesaria para pedir la eliminación de la tortura, que jurídicamente se fundaba en la enorme importancia que se concedía a la confesión; por la tortura se impone al desdichado acusado, todavía no convicto, una pena que excede en crueldad a aquella con la que sería castigado de ser completamente probada su culpa”, cit., p. 298.

⁶⁷ HALLE, *Fundamenta Iuris Naturae et Pentium, in quibus discernuntur principia honesti, justitiae ac decori*, 1705, citado por PRIETO SANCHÍS, L., “La filosofía penal de la Ilustración”, cit., p. 298.

⁶⁸ *De l'èsprit et du rapport que les lois doivent avoir avec la constitution de chaque gouvernement, les moeurs, le climat*, Geneve, 1748, citado por PRIETO SANCHÍS, L., “La filosofía penal de la Ilustración”, cit., pp. 298-299 pone de relieve la importancia de las leyes penales y procesales, de las que depende la efectiva libertad del individuo; MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, cit., Libro XII, Cap. II, trad. de M. Blázquez y P. de Vega, Tecnos, Madrid, 1985, p. 173.

⁶⁹ Para Montesquieu existen cuatro clases de delitos: contra la religión, las costumbres, la tranquilidad y la seguridad, reserva la máxima pena para los que atentan contra la seguridad. MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, cit., Libro XII, Cap. IV, pp. 174-175.

tan atacada como en las acusaciones públicas o privadas, etc. Nada interesa tanto al género humano como los conocimientos acerca de las reglas que han de observarse en los juicios criminales”⁷⁰. No obstante, en adelante hablaremos de la postura de Montesquieu junto a la de Rousseau en cuanto a la proporcionalidad entre castigo y delito, y del *ius puniendi* y la pena de muerte.

Sus sucesores han intentado reunir pruebas tendentes a demostrar que los delitos contra las personas tienen como base el clima, otros lo argumentan bajo la presión atmosférica, el incremento de la humedad y las temperaturas altas. De estas fechas fue la creación del Hospicio de San Miguel para criminales jóvenes bajo la idea de corrección, se obligaba a aprender un oficio durante el día mientras que por la noche eran aislados en sus celdas, todo bajo la supervisión y orden de los religiosos. El Papa Clemente XII construyó de forma parecida una prisión para mujeres en Roma, culminando el sistema con la construida en Gante en 1775 por Juan Vilain XVI, en la que se estableció, además de la regla del silencio, una clasificación de los reclusos por categorías jurídicas y morales.

Aquí es necesario mencionar a Voltaire, cuya preocupación por el Derecho Penal fue tardía, la crítica sobre el modo de desarrollarse los juicios y sobre las instituciones penales del antiguo régimen se observan en el *Tratado sobre la tolerancia*. Según él, el Código Penal no es el único, ni tal vez el más adecuado modo de combatir la delincuencia, que muchas veces no llega a exteriorizarse con una adecuada prevención. En uno de los pasajes de su obra, además de abogar por la prevención del delito, describe el carácter clasista y discriminatorio del sistema punitivo cuando dice: “siendo de ordinario la estafa, el hurto y el robo, el crimen de los pobres, y habiendo sido hecha la ley por los ricos, ¿no pensáis que los gobiernos, que están en manos de los poderosos, deberían comenzar por destruir la mendicidad, en lugar de esperar la ocasión para ponerlos frente al verdugo?”⁷¹. Según Voltaire, la causa del delito no se halla

⁷⁰ *Ibidem*, Libro XII, Cap. II, p. 173.

⁷¹ VOLTAIRE, J.C., *Le Prix de la Justice et de l'Humanité*, art. II, *Oeuvres complètes*, cit., p. 282, algunas ideas de Voltaire son: los jueces deberían ser los primeros esclavos de la ley y no los árbitros; las leyes deben ser simples, uniformes, fáciles de entender por todo el mundo; lo que es verdadero y justo en una ciudad no resulte falso e injusto en otra; un código criminal es absolutamente necesario, tanto para los ciudadanos como para los magistrados. Los ciudadanos no tendrán entonces que quejarse nunca de los juicios y los magistrados no tendrán que temer incurrir en su odio: porque no será su voluntad la que condene, será la ley. Más extenso lo podemos encontrar en PRIETO SANCHÍS, L., *La filosofía penal de la Ilustración*, cit., p. 307.

exclusivamente en los factores endógenos, es decir, en la personalidad biofísica del reo; la posición social, la educación e, incluso, el clima son también factores a tener en cuenta. En torno al sistema penal, Voltaire protesta contra la forma de llevar a cabo las pruebas en el juicio; combate el carácter secreto de las actuaciones judiciales; aboga por la asistencia del letrado, se opone a la tortura judicial por falta de humanidad. Voltaire resume lo que debe ser la legislación penal: “[...] los jueces sean los primeros esclavos de la ley y no los árbitros [...], que las leyes sean simples, uniformes, fáciles de entender por todo el mundo [...], que lo que es verdadero y justo en una ciudad no resulte falso e injusto en otra”⁷². También asevera que, “un código criminal es absolutamente necesario, tanto para los ciudadanos como para los magistrados. Los ciudadanos no tendrán entonces que quejarse nunca de los juicios y los magistrados no tendrán que temer incurrir en su odio: porque no será su voluntad la que condene, será la ley [...]”⁷³.

John Howard (1726-1790)⁷⁴, quien, impresionado por el estado de las prisiones inglesas, se dedicó a mejorar la situación de los encarcelados recorriendo para ello los principales Estados europeos y atrayendo sobre estas materias el interés general de los pensadores de la época. Según él, en su libro *States of Prisons (Warrington, 1777)*, “en Inglaterra los presos hallábanse amontonados, hasta el punto de que en muy pocas prisiones existía la separación entre sexos, y los niños aprendían en las narraciones abyectas de los mayores criminales, el vicio y la manera de realizar los delitos. Los idiotas y los locos, eran allí encarcelados junto con los delincuentes a los que servían de cruel diversión y a veces de espanto. Aparecen las enfermedades por el hacinamiento, la fiebre, el tifo o peste carcelaria y la viruela a veces se extendían a las poblaciones vecinas y a todos los que tenían algún contacto con los reclusos”.

⁷² VOLTAIRE, J.C., *La reforme des lois penales*, cit., p. 535, el párrafo del “Fragmente des instructions”, *Oeuvres complètes*, cit. XXVIII, p. 85.

⁷³ En *Ideas republicanas, Opúsculos satíricos y filosóficos*, cit., p. 285, citado por PRIETO SANCHÍS, L., *La filosofía penal de la Ilustración*, cit., p. 308.

⁷⁴ Había sufrido prisión y afirmó que era necesario un cambio. Estos horrores no eran exclusivos de Inglaterra, según pudo comprobar Howard en sus viajes por Holanda, Francia, Alemania, España, Italia, Portugal y Rusia, donde murió a causa de la fiebre carcelaria. Howard en *States of prisons*, denuncia el estado de las cárceles para pretender mejorar las condiciones de vida, concluía que las condiciones carcelarias favorecían el crimen y propuso para ello: 1) Aislamiento solamente nocturno; 2) Trabajo obligatorio para los condenados y voluntario para los preventivos; 3) Instrucción moral y religiosa; 4) Buena higiene y alimentación; 5) Separación de los acusados de los penados; y 6) Separación de los hombres de las mujeres, HOWARD, J., *El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales*, trad. de J. E. Calderón, Fondo de Cultura Económica, México, 2003, pp. 338 y ss.

También expone el resultado de sus observaciones, junto a un sistema de reformas del régimen de las prisiones, cuyas bases se encuentran en el sistema del Hospicio de San Miguel⁷⁵: 1ª) Educación religiosa; 2ª) Trabajo realizado serio y regularmente; 3ª) Un régimen higiénico y alimenticio humano; y 4ª) Aislamiento (no absoluto), para evitar el contagio de la corrupción. Al mismo tiempo que Howard trabajaba en Europa, se iniciaba un movimiento parecido en América con la Sociedad de Filadelfia para la reforma de las prisiones, difundándose así en América las ideas de Howard y en Europa las del Guillermo Penn, determinando la corriente del penitenciarismo humanitario⁷⁶.

En América, concretamente en 1776, se crearía la primera prisión Walnut Street Jail por los cuáqueros con capacidad para 105 presos en régimen de completo aislamiento. Esta prisión se caracterizaba por la mala organización de manera que no tardó en que hubiese un gran hacinamiento, promiscuidad entre hombres y mujeres, circulación libre del alcohol, etc. Ante esto se empezaron a crear otras prisiones, unas tomando como modelo el panóptico de Bentham y, otras, un sistema arquitectónico radial⁷⁷.

La obra *De los delitos y las penas* de Beccaria supuso la ruptura con el sistema penal anterior, fijando los principios inspiradores del Derecho Penal actual. En su libro se describe la crueldad de las penas, siendo necesario una proporcionalidad de las mismas y el establecimiento de garantías. Expuso de modo completo la crítica del Derecho Penal de la monarquía absoluta y el pensamiento penal de la Ilustración.

⁷⁵ Fue creado por el Papa Clemente XI en Roma en 1704, en él se alojaban jóvenes delincuentes, la base del sistema estaba centrada en la disciplina, el trabajo, el aislamiento, el silencio y especialmente la enseñanza religiosa.

⁷⁶ Guillermo Penn, jefe de la secta de cuáqueros, fundó en 1681 la Colonia Británica de Pensilvania, era conocida como *Philadelphia Society for relieving distressed prisoners*, caracterizada por intentar la eliminación de las leyes inglesas ya que aplicaban sufrimientos corporales a los sentenciados. Es lo conocido como sistema filadélfico o pensilvánico. En cuanto a la humanización, BETEGÓN, J. "Los precedentes intelectuales de la humanización del Derecho penal y procesal en los siglos XVI y XVII", en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. y FERNÁNDEZ, E., (dir.), *Historia de los derechos fundamentales*, vol. I, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 483 y ss.

⁷⁷ Recordemos que Bentham ideó un sistema de cárcel caracterizado porque podía vigilar a todos los sentenciados sin ser visto, es decir, vigilar a los reclusos con el miedo de ser vistos. BENTHAM, *Panóptico*, La Piqueta, Madrid, 1791. Se rige por principios utilitaristas, es decir, mide la pena por el peligro y no por la moralidad del acto realizado. NAVAKWE, W.M., *Punishment and Prevention of Crime in Jeremy Bentham's Thought*, Microform, 1983.

Beccaria se confesaba discípulo de Montesquieu y fundó el Derecho Penal en el contrato social. Llegaba a decir que los seres humanos, libres en el estado de naturaleza, habrían cedido parte de su libertad, la menor posible, para vivir en sociedad y ver garantizado así el resto de su libertad. Sólo podrían constituir delito, por consiguiente, las conductas perjudiciales para la sociedad y sólo se deberían aplicar las penas estrictamente necesarias. El fundamento de las penas se halla en su necesidad para evitar la comisión de delitos en el futuro.

La de Beccaria era una concepción utilitaria de la pena⁷⁸, como la de todos los penalistas de la Ilustración, se exige la proporcionalidad de los delitos y las penas, siendo para él más eficaz que la pena dura y cruel, la pena cierta, pronta y proporcionada al delito. Consecuencia del contrato social es también en Beccaria el principio de legalidad de los delitos y de las penas. Siendo el legislador, representante de la sociedad unida por el contrato social, el único que debe establecer los delitos y las penas. Igualmente propone la sustitución de la pena de muerte por una pena perpetua de privación de libertad acompañada de trabajos útiles a la sociedad (esclavitud perpetua). A tales efectos, lo que trató de establecer fue una serie de principios fundamentales para modernizar el sistema penal, criticando al sistema procesal penal de su época para cambiarlo por uno mejor. Así, sustentaba que sólo las leyes pueden fijar la pena de los delitos, que es el legislador y no el magistrado el que tiene competencia para establecer las leyes, las leyes que tipifiquen los delitos deben ser inderogables⁷⁹. Esto da lugar a una serie de principios en los cuales se observa la limitación del *ius puniendi* o poder punitivo del Estado: 1º) principio de racionalidad; 2º) principio de legalidad de los delitos y de las penas; 3º) garantías procesales; 4º) principio de igualdad; 5º) principio de proporcionalidad; 6º) dulcificación de las penas; 7º) los fines de la pena, agilización

⁷⁸ Beccaria, al igual que Bentham, sustentó una concepción utilitaria de la pena, esto es, que la pena debe servir para reinsertar al preso en la sociedad y no concebir, exclusivamente, la pena como castigo. Es la tesis mantenida por la mayoría de los penalistas de la Ilustración, el fin de la pena no es otro que el impedir al preso que cause nuevos daños y evitar a los ciudadanos que cometan actos iguales. BENTHAM, J. *Tratados de legislación civil y penal*, Editora Nacional, Madrid, 1981, p. 307; BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, cit. Se habla de *utilidad social*, este utilitarismo es compatible con fórmulas autoritarias o antigarantistas, en este sentido, FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruíz Miguel, J.C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Trotta, Madrid, 2004, pp. 258 y ss.; LAMARCA, C. “Formación histórica y significado político de la legalidad penal”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, nº. 2, 1987, pp. 35 y ss.

⁷⁹ BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Cap. III, p. 73.

en la administración de justicia y prontitud de la pena, haciendo especial hincapié en la publicidad de los juicios y en la publicidad de las pruebas del delito⁸⁰.

Bentham (1747-1832), en su obra *Panóptico*, propuso un nuevo diseño para la arquitectura carcelaria teniendo como objetivo el control y tratamiento de los reclusos. Con Panóptico (sistema criticado, con posterioridad por Foucault⁸¹ al afirmar que Bentham había ideado una diabólica máquina de represión basada en la incertidumbre y creada en la mente del vigilado, que le impedía actuar libremente, pues se sabe de continuo observado y por ello condicionado) se proponía la creación de un establecimiento para guardar a los presos con más seguridad y economía, cuya principal característica estriba en que un solo hombre, ubicado en una torre de “inspección central”, podría vigilarlo todo. Bentham al concebir el Derecho como una creación humana, sostenía que debía ser dirigido a generar beneficio y felicidad a la sociedad que la había creado.

Para su buen régimen y funcionamiento, sugiere tres criterios: a) ausencia de sufrimiento corporal; b) severidad (no puede encontrarse el recluso mejor que en un régimen de libertad); y c) economía (evitando gastos innecesarios). Ampliando estos tres criterios: el Panóptico, sería un establecimiento propuesto para guardar los presos con más seguridad y economía, y para trabajar al mismo tiempo en su reforma moral, con medios nuevos de asegurarse de su buena conducta, y de proveer a su subsistencia en la sociedad después de su cumplimiento de condena. Para él, reinsertar al delincuente en la sociedad era un fin que la justicia debe perseguir y, durante su estancia en prisión, el preso debía adquirir preparación para su posterior subsistencia, ya que ésta sería la mejor garantía de buena conducta y recuperación.

⁸⁰ Para Beccaria lo fundamental es que sólo las leyes pueden fijar la pena de los delitos, y que sólo el legislador y no el magistrado tiene competencia para establecer las leyes; las leyes que tipifiquen los delitos han de ser leyes generales, es decir, singularmente inderogables, el fundamento último de la pena es la necesidad de proteger el pacto social; el objeto de los castigos no es otro que el de impedir al reo que vuelva a dañar a la sociedad, y el de retener a sus conciudadanos del deseo de cometer semejantes delitos por lo que es necesario buscar castigos que tengan una proporcionalidad con los delitos, que produzcan una impresión superior en el ánimo de los hombres y, al mismo tiempo, supongan un menor tormento para el reo, pp. 73 y ss.

⁸¹ FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, cit., p. 204.

En definitiva, Bentham⁸² sostenía que únicamente el castigo servía para reconducir las conductas, aunque dicho castigo debía ser el menos lesivo de los útiles. Proponía unas ideas básicas que las podemos resumir de la siguiente manera: distribución de los presos en los distintos pabellones considerando su sexo, clase social e incluso compañía, procurar una adecuada higiene a los presos, ocupar el tiempo de los presos con trabajo, utilización de castigos disciplinarios, sólo como excepción, procurar reformar a los presos, para que al salir a la sociedad este hecho no constituyera un problema ni para el preso ni para la sociedad. Su diseño arquitectónico fue pionero, pero fracasó en su país (Gran Bretaña), y en Europa. Sin embargo, en Estados Unidos algunas penitenciarías siguieron su ejemplo, dando lugar a tres regímenes carcelarios influidos de manera más o menos directa, el *filadélfico* o *pensilvánico*, el *auburniano* o de la regla del silencio y el *reformatorio* o progresivo⁸³.

El *filadélfico*, también llamado pensilvánico o celular, se basaba en la no violencia y pretendía evitar los vicios que dominaban la vida de las prisiones inglesas. Pretendía el aislamiento total del preso, para evitar la contaminación y la orientación penitencial religiosa (sólo permitía la lectura de la Biblia). El preso pasaba día y noche encerrado en su celda, sin visitas ni trabajo, ya que la finalidad que se intentaba obtener era el recogimiento y arrepentimiento del recluso y un trabajo podía distraerle. Introducía nuevos criterios como la separación entre reclusos y la necesidad de mantener unas condiciones mínimas de higiene dentro del establecimiento. Fue objeto de críticas porque producía un elevado número de suicidios y locura, se perdían los hábitos sociales y era costoso debido al alto número de hora que se permanecía en la celda. Los efectos destructivos del aislamiento absoluto sobre la salud psíquica de los condenados no tardaron en hacerse evidentes, y así se habló de la “locura penitenciaria” para describir el resultado del sistema. Ferri calificó este sistema celular como “una de las aberraciones del siglo XIX”, siendo prontamente sustituido por el Auburn.

⁸² BENTHAM, J., *An Introduction of Moral Principles of Morals Legislations*, Londres, 1982, p. 164.

⁸³ Para ampliar conocimientos sobre los sistemas, entre otros, CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I., *La prisión en España. Una perspectiva criminológica*, Comares, Granada, 2007; GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de Ciencia Penitenciaria*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1983.

El sistema *Auburn* surgió en la ciudad de Nueva York, también conocido como *Silent System*⁸⁴. En el año 1818, una prisión que fue pensada inicialmente para un régimen de tipo filadélfico dio lugar a un régimen diferente, cuyas notas esenciales eran el mantenimiento de un sistema celular nocturno, pero combinado con la vida en común y trabajo durante el día bajo la regla del silencio absoluto, junto a la aplicación de una disciplina severa (con castigos corporales frecuentes). Este silencio evitaba fugas, motines y “contactos diferenciales”. Su crítica se fundamenta en el deterioro de la personalidad y en la desocialización.

El sistema *progresivo* consistía en el modelo que se fue forjando en Europa durante la primera mitad del siglo XIX, que obedecía a la preocupación por adoptar un mayor dinamismo y orientación hacia una finalidad reformadora o correctiva. La idea básica consistía en la división del periodo total del cumplimiento de la condena en diferentes periodos o fases, de manera que la superación de las mismas suponía un mayor acercamiento a la libertad. Las etapas iban desde el aislamiento celular del interno hasta la libertad condicional, y la progresión no se hacía de manera automática sino a medida que el reo evolucionaba favorablemente en su conducta, así como en su rendimiento en el trabajo. Una de las claves del éxito era este incentivo al recluso para su adaptación al nuevo medio. El desarrollo de esta idea ha dado como resultado el sistema que ha pasado a ser la práctica penitenciaria habitual durante la mayor parte de los siglos XIX y XX, pudiendo destacarse como ejemplos los siguientes: el sistema

⁸⁴ Un claro ejemplo de este sistema lo constituye la prisión de Sing-Sing Correctional Facility, Ossining, Nueva York, abierta en 1828.

inglés de Maconochie⁸⁵, el alemán de Obermayer⁸⁶, el irlandés de Walter Crofton⁸⁷ y el español de Montesinos⁸⁸.

El nombramiento en 1835 del Coronel Manuel Montesinos, como director de la prisión de Valencia, supuso un paso muy importante en el sentido de la resocialización de los delincuentes. Montesinos implantó un sistema correccional basado en: 1) Estaba bien conservar separados entre sí a los buenos de los malos (refiriéndose a la conducta); 2) no alterar jamás la disciplina; 3) ocupación continua sujeta a toda clase de deberes; 4) constante vigilancia de los penados, y 5) los premios y castigos distribuidos equitativamente en función de la conducta⁸⁹. Su sistema estaba inspirado en una ideología reformadora y humanista, se centraba en el delito, pero también en la persona e, incluso, con mayor énfasis en la persona que en el delito.

A mayor abundamiento, C. Arenal⁹⁰ impulsó fuertemente la humanización de las cárceles. Fue visitadora de prisiones de mujeres desde 1863 en A Coruña y, en 1868, fue nombrada inspectora de casas de corrección de mujeres hasta 1873. Se dedicó a la reforma de las cárceles españolas bajo el criterio de que las sociedades están obligadas a recuperar al delincuente, es decir, la reinserción social. Así, estableció permisos para los presos, cerró 114 centros penitenciarios por estar en malas condiciones, creó la cárcel de

⁸⁵ Su autor estaba en contra de las condenas temporales considerando que son la raíz de casi toda la desmoralización que existe en prisión en el sentido de que rehúye de casi todo porque no le interesa nada. Pensaba que los males se remediarían introduciendo el sistema de redención por el trabajo, se inclinaba por la idea de rehabilitación de los delincuentes más allá de la condena considerada por él como algo estéril. De entre sus medidas se encontraba la condena indefinida, la educación como base para la reintegración del delincuente en la sociedad, la separación y clasificación de los penados, permisos de salida para llevar a cabo trabajos ocupacionales fuera de la prisión, etc. Este sistema, en su tiempo, provocó numerosas críticas.

⁸⁶ Obermayer fue director de la prisión de Munich desde 1842, tal sistema, a través de la ley de silencio obligatorio, se componía de etapas, una primera consistente en la vida en común de los reclusos en la que se observaba la personalidad; una segunda en la que los reclusos eran agrupados de forma homogénea para trabajos y a través del trabajo y de la conducta pasaban a la tercera etapa consistente en la libertad anticipada.

⁸⁷ Sistema creado por Sir Walter Crofton caracterizado por ser un programa de asistencia al reo para reintegrarlo en la sociedad mediante los pasos tradicionales de otros sistemas progresivos, que consisten desde una rigurosa prisión, y el trabajo en común hasta la libertad condicional.

⁸⁸ Este sistema fue adoptado en España por el RD de 23 de diciembre de 1889 y el RD de 3 de junio de 1901.

⁸⁹ Cuando uno ingresaba en prisión se le sometía a una observación rigurosa para estudiar en él sus vicios, instintos, cultura, estado moral y religioso, etc., en base a la tesis de que “a la puerta del establecimiento quedaba el delito, su misión era corregir al hombre”.

⁹⁰ Para un amplio conocimiento de su labor, entre otros, ARENAL, C., *El reo, el pueblo, y el verdugo*, III bloque, “Inconvenientes para el ejecutor”, Madrid, 1867; del mismo, *El visitador del preso*, Asociación de colaboradores con las presas (ACOPE), Madrid, 1991; del mismo, “Estudios penitenciarios”, *Obras completas*, t. VI, vol. 2, Madrid, 1895.

mujeres de Las Ventas y eliminó el uso de los grilletes. Su labor fue, sin duda, de gran importancia para la evolución del régimen penitenciario en España.

En la misma época, la escuela italiana se caracteriza porque otorgaba mayor importancia a las medidas preventivas del delito que a las destinadas a reprimirlo. Aseguraban que los individuos se ven determinados por fuerzas que operan al margen de su control, por lo que no podían ser responsables por entero de sus crímenes. En este sentido, impulsaron el control de la natalidad, la censura de la pornografía y otras iniciativas orientadas a mitigar los factores que, a su entender, empujaban a la actividad delictiva.

Poco después de la muerte de Rousseau los derechos del hombre y del ciudadano comenzaron a aparecer en algunas Constituciones, en la de Estados Unidos de 1776 y en la francesa de 1789. En esta época es cuando se inicia la lucha por entender en qué debe consistir la pena, por ejemplo, Kant consideró que la pena es un imperativo categórico que no puede servir como medio para conseguir otros bienes del individuo o de la sociedad. No se debe imponer la pena al delincuente para lograr algún provecho para él mismo o el resto de los ciudadanos, sino porque se le considera digno de castigo; porque el hombre no puede ser tratado como un medio para los fines de otros, ni confundido con un mero objeto del Derecho real. Admitió la Ley del Talión porque con ello se puede establecer con seguridad la cualidad y cantidad del castigo.

Distinta fue la corriente de Hegel que se apartó de la Ley del Talión, considerando que la pena supone reconocer la libertad racional y, en función de ello, la racionalidad de delincuente, honrándose al criminal como ser racional. Hegel concibe al delito como la negación del derecho y la pena, como “la vulneración afecta al delincuente no es sólo justa en sí, sino que también es un derecho impuesto en el delincuente mismo, esto es, en su voluntad existente, en su acción”⁹¹. En conjunto, en las obras de todos estos pensadores del siglo XVIII se mostró una honda preocupación por el Estado y organización de las prisiones. Pero sería, el Código Penal español de 1944, en su artículo 84, el que se referiría al sistema progresivo, siendo desarrollado en

⁹¹ HEGEL, G., *Filosofía del Derecho*, Dirección General de Publicaciones, México, 1975, p. 108; un amplio estudio, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., y otros, *Historia de los derechos fundamentales*, t. II, Siglo XVIII, vol. II, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2001, p. 472.

el Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1956 que los dividía en régimen cerrado, régimen ordinario, régimen abierto y libertad condicional. Por estos regímenes de clasificación debían pasar todos los penados para poder alcanzar la libertad condicional. Posteriormente, se modificó por el Decreto 162/1968, de 25 de enero, al permitir la posibilidad de la clasificación directa en segundo grado sin pasar por el primero, y el Real Decreto 2273/1977, del Ministerio de Justicia de 29 de julio, (RD), reafirmó esta nueva línea de flexibilidad, mas ambos textos seguían haciendo referencia al sistema progresivo del art. 84 del Código Penal (CP). El sistema que ha estado vigente hasta que se derogó el 24 de mayo de 1996 el Código Penal de 1973, cuyo artículo 84 establecía “Las penas [...] se cumplirán según el sistema progresivo”⁹² .

Esta evolución de los sistemas penitenciarios se manifestó, en especial, en la concepción de la ejecución de la pena privativa de libertad, y la pena de prisión, entendida en los términos actuales (como internamiento de un sujeto en un Centro penitenciario por un tiempo determinado, es decir, hasta el cumplimiento de la condena), no se consolidaría hasta el siglo XVIII. Hasta entonces, a lo largo de la historia se había reservado a la prisión funciones distintas, en particular, la de servir de custodia de quienes esperaban a ser juzgados (la actual prisión preventiva), o de los ya sentenciados hasta que fuera ejecutada la pena de muerte o sufriesen la pena corporal que había sido impuesta, o hasta que pagara una pena pecuniaria, pero rara vez se imponía la cárcel como pena en sí.

Durante la mayor parte de la historia las penas habían privado de bienes, como la vida, la integridad física, el honor o el patrimonio, pero no de la libertad en sí, en la actualidad, la privación del libertad supone, además, privaciones de otros derechos fundamentales. Cuando se privaba de este último bien, es decir, de la libertad, se hacía casi siempre como medio necesario para obtener otro fin. Según Beccaria “la prisión no se consideraba generalmente como una pena, lo que no quiere decir que no fuera éste un uso frecuente. Las prisiones eran abundantes o en ellas se hacinaban los acusados pendientes de juicio, los deudores insolventes, los locos, los condenados que esperaban la ejecución de sus sentencias, etc.”⁹³ .

⁹² LEGANÉS GÓMEZ, S., *Clasificación Penitenciaria, permisos de salida y extranjeros en prisión*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 19.

⁹³ BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, cit., pp. 80 y ss.

Las severas críticas de la Ilustración hacia el Antiguo Régimen conllevaron a la progresiva sustitución de las penas corporales y de muerte por la pena de prisión. Presentándose como contrarias a la dignidad del hombre, base del derecho a la libertad. El pensamiento ilustrado concibió la pena de privación de libertad como la forma más racional de ajustarse a las necesidades de un sistema penal más humano, enraizado en la proporcionalidad entre delito y pena, y en la duración diversa y escalonada de la misma, el principio de proporcionalidad que viene expresado con la premisa latina *poena debet commensurari delicto*, es un corolario de los principios de legalidad y de retributividad, que tiene en éstos su fundamento lógico y axiológico⁹⁴. En este sentido, Beccaria⁹⁵ afirmaba que “deberá haber una escala correspondiente de penas en que se gradúasen de la mayor hasta la menos dura”, pero las críticas de Bentham⁹⁶ se hicieron notar ya que afirmaba “esta máxima excelente sin duda, pero contenida en términos generales, es más edificante que instructiva”, es decir, que no ofrecía ningún criterio objetivo de ponderación. Por su parte, fueron rechazadas por Carrara, caracterizando de “nebulosa” la idea aritmética de la proporcionalidad de la pena y de la “estimación” del delito. No obstante, quién más desarrolló las críticas en torno a la proporcionalidad fue Bovio quién trataba de demostrar analíticamente el carácter ilusorio de todo cálculo dirigido a establecer una proporción entre la entidad de la pena y la entidad del delito⁹⁷.

Es de este siglo, la creación de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, distinguiéndose los derechos del hombre⁹⁸ y los derechos del ciudadano, es decir, los que le pertenecen atendiendo al *status naturalis* y al *status civitatis*.

e) Siglo XIX

⁹⁴ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 398.

⁹⁵ BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, cit., p. 36. De la misma opinión era MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las leyes*, cit., pp. 110-111; BENTHAM, J., *Teoría de las penas*, cit., pp. 26 y ss.

⁹⁶ BENTHAM, J., *Teoría de las penas y de las recompensas*, cit., t. I, Libro I, Cap. V, p. 26.

⁹⁷ BOVIO, G., *Saggio critico del diritto penale*, Sonzogno, Milán, 1912, pp. 21-41; un breve estudio del mencionado tema se encarga FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit. p. 451, nota 154.

⁹⁸ Esta mención de *derechos del hombre* y no de *derechos naturales* que era la que indicaba Rousseau, se debe a Thomas Paine.

Todos los escritos de Bentham, Beccaria y Howard, entre otros, sobre un sistema penitenciario más humanista ajustado a la dignidad humana durante el siglo XVIII sirvieron como base para la gran reforma, revolucionaria, en toda Europa en el siglo XIX. Los tres sistemas penitenciarios, *filadélfico o pensilvánico*, *auburniano* y *de reformatorio* son el referente histórico inmediato de dicha reforma europea. A lo largo del siglo XIX casi todos los países de Europa adoptaron el sistema filadélfico, con mayores o menores variaciones, y construyeron prisiones a imagen de las norteamericanas. Así, Inglaterra en 1835, Bélgica en 1838, Suecia en 1840, Dinamarca en 1846, Noruega y Holanda en 1851, y Rusia en 1852. La implantación de la pena de prisión a partir del siglo XIX como principal medio punitivo del Derecho penal llevó a una constante degradación de las Instituciones penitenciarias. Esta época se caracterizó por tratar de establecer la proporcionalidad entre delitos y penas, las garantías procesales, la independencia judicial, la reducción de la pena de muerte, la supresión del tormento y de las penas corporales y la consagración de la pena de prisión como sanción básica de todos los sistemas penales. Son numerosas las corrientes ideológicas que tratan de establecer que la prisión tenga como finalidad principal la corrección del delincuente⁹⁹. Las prisiones se convirtieron en medios, fundamentalmente, intimidatorios, además, no debe olvidarse que, suprimidas las penas corporales y reducido el alcance de la pena de muerte, las cárceles debían heredar la anterior función intimidativa que tenían. Con ello se pretendía un progreso, pero el estado de pobreza y de miseria que acompañó al primer proletariado industrial condujo a aumentar la dureza del nuevo sistema de control penal. Este siglo se caracteriza por la progresividad de la legislación penitenciaria.

Criminalistas de este siglo consideraron que el delito tenía como fuente las necesidades de la pobreza, llegaron a la conclusión de que quienes no disponían de bienes suficientes para satisfacer sus necesidades y las de sus familias se veían empujados con frecuencia al robo, al hurto, a la prostitución y a otros muchos delitos. A título ilustrativo, la criminalidad tendió a aumentar de forma espectacular en periodos de desempleo. Los criminalistas tienen una visión más amplia y profunda del problema y culpan de la mayoría de los delitos a todas las condiciones de necesidad y carencia asociadas con la podredumbre, las condiciones vitales de quienes se hallan en la

⁹⁹ Entre ellas destaca la Masonería, el Krausismo o la Filantropía Romántica.

miseria, de forma muy especial en los barrios más marginados que se caracterizan por la superpoblación, la falta de trabajo, la ausencia de escolarización, los espacios inadecuados para vivir, dando lugar a problemas de sanidad. Este tipo de condiciones genera necesidades y desesperación que conducen al crimen como salida. Otros pensadores relacionan la criminalidad con el estado general de la cultura, sobre todo por el impacto desencadenado por las crisis económicas, las guerras, las revoluciones y el sentimiento generalizado de inseguridad y desprotección derivados de tales fenómenos. Cuando una sociedad se vuelve más inestable y sus ciudadanos sufren mayor angustia y temor ante el futuro, la criminalidad tiende a aumentar.

En esta época destacaban las cárceles de carácter preventivo, las casas de corrección y los presidios en los que se cumplían las penas aflictivas, dividiéndose en presidios militares, arsenales o navales, y peninsulares o civiles¹⁰⁰. Es la Constitución de 1812 la que abolió el tormento judicial, las penas corporales y la Inquisición, destacando el art. 297 al dictaminar que “se dispondrán las cárceles de manera que sirvan para asegurar y no para molestar a los presos: así el Alcaide tendrá a éstos en buena custodia, y separados los que el juez mande tener sin comunicación, pero nunca en calabozos subterráneos ni mal sanos”. No obstante, fueron muchos los países que optaron por implantar el sistema celular¹⁰¹.

Como principales declaraciones en el siglo XIX pueden citarse, entre otras, la Constitución francesa de 1848; la Constitución de Cádiz de 1812; la Constitución de la Monarquía Española de 18 de junio de 1837; la Constitución española de 23 de mayo de 1845; la Constitución de la Monarquía Española de 1856; la Constitución de la Nación Española, de 1 de Junio de 1869; el Proyecto de Constitución Federal de la República

¹⁰⁰ Dentro de éstos últimos destaca el de Cádiz de 1802 que impuso el modelo de presidio industrial.

¹⁰¹ Pese a ello debo citar como inconvenientes de dicho sistema que es contrario a la naturaleza social del ser humano, supone peligro para la integridad física y psíquica, incrementa la tuberculosis y la aparición de la llamada *psicosis de prisión* o *locura penitenciaria* que es el resultado del permanente aislamiento. Este factor fue puesto de manifiesto en el Congreso Penitenciario Internacional de Budapest en 1905 analizándose medidas en las prisiones; el tipo de trabajo teniendo en cuenta la estructura de las instalaciones no podía alcanzar la productividad suficiente ya que el aislamiento impedía el trabajo colectivo y la división de tareas suponía falta de calidad en los productos, por lo que no era posible que con el trabajo de los presos se sufragasen los gastos de la prisión. Se puede concluir que el sistema filadélfico no daba lugar a la readaptación del preso en la sociedad. El Congreso Penal y Penitenciario Internacional de Praga en 1930 fue el que censuró definitivamente dicho sistema, aboliéndose en los distintos países en los años consecutivos.

Española, de 17 de julio de 1873; la Constitución de la Monarquía Española de 1876. Es relevante la Ordenanza General de Presidios del Reino de 14 de abril de 1834, la ley de prisiones de 1849 en la que las cárceles dependerán de la Administración civil y no de la militar. El RD de 10 de mayo de 1902 hace una distinción entre los que cumplen cadena de los que cumplen pena privativa de libertad, el condenado a pena de reclusión, pena de presidio y los menores penados.

Por otro lado, me parece interesante tener en cuenta los distintos Códigos Penales españoles del siglo XIX que han hecho grandes aportaciones al tema que nos ocupa, pero como no es posible hablar de todos y cada uno de ellos puesto que sería demasiado prolijo destaco el Código penal de 1822 el cual se caracterizaba por la inclusión de los siguientes aspectos: 1) Penas de trabajos perpetuos; 2) prisión en fortaleza; 3) arresto correccional; 4) rebaja de las penas por arrepentimiento o enmienda; y 5) indemnización a los procesados inocentes. O el Código penal de 1870, que produjo importantes consecuencias en el mundo penitenciario: la legalización del sistema progresivo de Montesinos, que constaba de cuatro etapas: la primera de aislamiento celular; la segunda de instrucción; la tercera de trabajo en el exterior; y la cuarta de circulación libre. Este Código suprimió las penas perpetuas que deberían ser indultadas a los treinta años de cumplimiento.

A partir de este momento surgirían grandes diferencias entre los Códigos y las disposiciones penitenciarias, así los Códigos establecían una clasificación de las penas de privación de libertad¹⁰², y las normas penitenciarias determinaban criterios de prevención especial y corrección del reo bajo el principio de individualización de la pena. Destacando en este sentido la Ley de Prisiones de 26 de julio de 1849 que introduce el sistema auburniano y hace depender todas las prisiones civiles del Ministerio de Gobernación, creando los depósitos municipales para los sentenciados a arresto menor y arresto gubernativo; y la Real Orden de 9 de junio de 1847 (RO) que promulga el Reglamento de Casas de Corrección de Mujeres del Reino. Desde el punto de vista doctrinal se impone el correccionalismo.

¹⁰² La clasificación quedaba resumida en lo siguiente: cadena perpetua y temporal, reclusión perpetua y temporal, relegación perpetua y temporal, presidio mayor, menor y correccional, prisión mayor, menor y correccional, arresto mayor y menor. Basado todo ello en el principio de proporcionalidad y retribución. BUENO ARÚS, F., *Lecciones de Derecho Penitenciario: en ponencias presentadas a la I Jornadas de Derecho Penitenciario*, cit., p. 21.

Por su parte, no hay que olvidar en este siglo, la Ley Penitenciaria de 21 de octubre de 1869, la cual estableció las bases para la reforma de las cárceles y de los presidios, y para el planteamiento de un buen sistema penitenciario siendo derogado en 1878, tal Ley iba dirigida a los depósitos municipales; cárceles de partido; cárceles de Audiencia; presidios y casas de corrección; y colonias penitenciarias. El servicio de Prisiones quedó finalmente atribuido al Ministerio de Justicia por Ley de 29 de junio de 1887, y, en 1881, se crearía el Cuerpo de funcionarios de prisiones¹⁰³ como Cuerpo de la Administración Civil del Estado. La RO de 23 de febrero de 1885 y el RD de 29 de abril de 1886 establecieron como principios básicos para reformar al recluso: la instrucción, la educación, la asistencia religiosa, el trabajo y la asistencia social y tutelar a los reos, liberados y familiares.

Durante el último periodo del siglo XIX, comenzó a abrirse paso la idea de crear un Derecho dirigido al tratamiento de los reclusos. De este modo, se consolidaron los principios de resocialización y reeducación como sustentadores de la pena de prisión, principios que se defienden hoy día. Ya desde la segunda mitad del siglo XIX surgió en Norteamérica un movimiento penitenciario preocupado por la reforma de los delincuentes jóvenes, empezando a funcionar el primer Centro penitenciario de tipo “reformatorio” el año 1876, en Elmira, aplicándose por vez primera en la prisión de Elvira (Nueva York), bajo la dirección de Brockway¹⁰⁴. Posteriormente, después de la Segunda Guerra Mundial, nacería una lenta evolución que dio lugar a una transformación profunda de los sistemas penitenciarios contemporáneos, correspondiéndose con la influencia de nuevas aportaciones teóricas.

¹⁰³ Concretamente el RD de 23 de junio de 1881.

¹⁰⁴ Las condiciones de acceso al centro eran: necesariamente tenía que ser personas entre los 16 y 30 años, existencia de una sentencia indeterminada, con un mínimo y un máximo que permitía concretar el tiempo efectivo del internamiento de acuerdo con la evolución de cada sujeto. El sistema de Elmira supuso el antecedente práctico de los ideales de rehabilitación y resocialización del condenado mediante tratamiento.

A finales del siglo XIX el penalista y criminólogo alemán Von Liszt¹⁰⁵, defensor de la función preventiva especial de la pena de prisión, indicó que la misma tenía tres funciones: a) corrección de los delincuentes que necesiten corrección y sean capaces de ella; b) simple intimidación de los que no precisen de esa corrección, y c) inocuización de los delincuentes no susceptibles de corrección.

f) Siglo XX-XXI

A partir de estos siglos los derechos humanos se han convertido en el referente más importante en la vida tanto jurídica como política, plasmándose en todo texto, nacional e internacional. Son numerosas las Leyes¹⁰⁶ y Reglamentos, como muestra de que la lucha constante por mejorar el sistema penitenciario nunca tendrá fin¹⁰⁷. El primer

¹⁰⁵ VON LISZT, F., “Der Zweckgedanke im Strafrecht (la idea del fin en el Derecho penal)”, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. I, Berlin, 1905, pp. 126 y ss.; MUÑOZ CONDE, F., “Excurso: incapacitación: la pena de prisión como simple aseguramiento o inocuización del condenado”, en DE LEÓN VILLALVA, F.J., (coord.), *Derecho y prisiones hoy*, Estudios, n.º. 93, Cuenca, 2003, pp. 13 y ss. “Había una gran preocupación por el asocial y el delincuente habitual considerados como los “diferentes”, molestos socialmente, no susceptibles de mejora o corrección, a los que había que controlar, eliminar o, por lo menos, “inocuizar” durante el resto de sus días; de resocialización no se hablaba. Von Liszt indicaba que contra esos sujetos “la pena se cumplirá en comunidad en establecimientos especiales (casas de trabajo o de disciplina), en régimen de esclavitud penal, [...], con trabajos forzados y con el máximo aprovechamiento posible de dichos trabajos; como sanción disciplinaria apenas podrá prescindirse de la pena de azotes [...], y, por supuesto, para señalar el carácter deshonoroso de la pena habría que privarles sin condiciones de forma obligatoria y permanente de sus derechos civiles honoríficos [...]”.

¹⁰⁶ En este siglo destaca la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948; la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en Bogotá en 1948; la Convención Europea de Derechos Humanos firmada en Roma en 1950 y la Carta Social Europea, en Turín en 1961; la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Convención de San José de Costa Rica, aprobada el 22 de noviembre de 1969; los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas; la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, de 1981; el Acta Única Europea; el Proyecto de Tratado de Unión Europea y el Tratado de Unión Europea; la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 9 de diciembre de 1989; La doctrina pontificia recogida en las Encíclicas también recoge derechos humanos, las Encíclicas del Papa Juan XXIII, como la *Pacem in Terris*, de 1963, la doctrina recogida en el Concilio Vaticano II (1965): Constitución *Gaudium et Spes*, etc. Las Encíclicas del Papa Pablo VI, siendo especialmente importantes las Encíclicas *Populorum Progressio* (1966) y *Humanae Vitae* (1968). Del Papa Juan Pablo II, entre otras, la Encíclica *Familiaris Consortio*.

¹⁰⁷ RD de 12 de marzo de 1903 crea la Guardia penitenciaria; RD de 12 de marzo de 1903 crea la Escuela de criminología en la Prisión Celular de Madrid; RD de 5 de mayo 1913; RD de 12 de abril de 1915: regulación del procedimiento gubernativo en el Cuerpo de Prisiones; RO de 13 de abril de 1918 sobre uso de uniforme y armamento para los funcionarios del Cuerpo de Prisiones; RO de 9 de julio de 1919: Reforma de la Instrucción para uso de uniforme y armamento; RD de 17 de diciembre de 1926: creación de la guardia penitenciaria y de refundición de los funcionarios de la Sección auxiliar del Cuerpo de Prisiones en una sola clase de Oficiales de tres categorías; Orden 13 de mayo de 1931: retirada de grillos, caderas, etc.; Decreto de 23 de octubre de 1931: creación del Personal femenino de Prisiones; Orden circular de 26 de julio de 1933: se suprime la impresión dactilar en los expedientes de los reclusos militares; Reglamento de 1948 aprobado por Decreto de 5 de marzo de 1948; Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente celebrado en Ginebra en 1955 aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones de 31 de julio de 1957 y 13 de mayo de 1977; Reglamento de

centro penitenciario de importancia que se construye en el siglo XX es la cárcel Modelo de Barcelona, inaugurada en 1904¹⁰⁸. Éste siguió siendo un periodo progresista, surgirían las inspecciones de prisiones, las estadísticas, el derecho de comunicación con familiares, el derecho de formación de los funcionarios de prisiones cuando antes eran un simple carcelero, aparece el RD de 5 de mayo de 1913 promulgando el primer código penitenciario español, junto con la Ley de Libertad Condicional de 1914, empieza a hablarse de derechos del recluso. Surge en 1956 el Reglamento de Prisiones, reformado en 1968 y 1977 hasta la actual Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979.

El Reglamento de prisiones franquistas, de 1956, hablaba de que las cárceles “se organizarán sobre la base de un régimen de disciplina, que será mantenido por un adecuado sistema de recompensas y castigos; de un régimen intenso de instrucción y educación y de asistencia espiritual; de una organización eficaz del trabajo y de una cuidadosa higiene física y moral”. En este siglo, se aprecia la importancia de los escritos de psicólogos y psiquiatras. Así, estudios realizados por el criminólogo americano Bernard Glueck y el psiquiatra británico William Healy han señalado que cerca de una cuarta parte de la población reclusa está compuesta por psicóticos, neuróticos o personas inestables en el plano emocional, y otra cuarta parte padece deficiencias mentales. Estas condiciones mentales y emocionales, de acuerdo con estas teorías, determinan que algunas personas tengan una mayor propensión a cometer delitos. Diversos estudios recientes sobre criminales y delincuentes han arrojado más luz sobre los desequilibrios psicológicos que pueden conducir a un comportamiento criminal¹⁰⁹.

1956 aprobado por Decreto de 2 de Febrero de 1956; Decreto 2705/1964 sobre régimen y funcionamiento de Trabajos Penitenciarios; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 23 de marzo de 1976; LOGP de 26 de septiembre de 1979; RD 1201/1981 de 8 de mayo; OM de 26 de octubre de 1983 sobre Reglamento de la Escuela de Estudios Penitenciarios; RD 190/1996 de 9 de febrero; Orden de 10 de febrero de 2000 sobre normas de organización y funcionamiento del Centro de Estudios Penitenciarios; RD 782/2001 de 6 de julio, relación laboral de carácter especial de los penados en talleres penitenciarios.

¹⁰⁸ A esta cárcel se le atribuye el tener una planta en forma de multibrazos, tipo seguido por muchas prisiones de la época, como es el caso de las prisiones de Jaén, Oviedo o A Coruña.

¹⁰⁹ Por lo que se refiere al ámbito penitenciario también destacan el RD de 20 de noviembre de 1911 que establece penas de trabajo al aire libre durante el último periodo de la condena; el RD de 5 de mayo de 1913; la Ley de Libertad Condicional de 23 de julio de 1914; la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 2 de agosto de 1918 y los Reglamentos de los Servicios de Prisiones de 24 de diciembre de 1928 y de 14 de noviembre de 1930. Con Victoria Kent al frente de la Dirección General de Prisiones desaparecen los hierros y grilletes, aparece la libertad de cultos y comunicaciones, los establecimientos hospitalarios, los permisos de salida, las visitas íntimas, la libertad condicional de los septuagenarios, la creación del Cuerpo Femenino de Prisiones y el Instituto de Estudio Penales.

Hoy se han abandonado las tesis que apelaban como causas de los delitos a una única causa, de manera que se tiende al convencimiento de que se trata de teorías con causas múltiples, es decir, que el delito surge como consecuencia de un conjunto plural de conflictivas y convergentes influencias biológicas, psicológicas, culturales, económicas y políticas. En último extremo, siguen sin estar claras las causas de comisión de los tipos delictivos, porque la interrelación de los factores en presencia en cada caso es difícil de determinar¹¹⁰. En España, es la Orden Ministerial (OM) de 7 de octubre de 1938 la que instituye la redención de penas por el trabajo, aplicándose a los presos por delitos no comunes y a los prisioneros de guerra y generalizándose para todos los reclusos en el Código de 1944. Sería en esta época en la que empezarían a tener importancia los Congresos Internacionales, en los cuales se trataba de fomentar las normas y principios necesarios para un adecuado funcionamiento del Derecho Penitenciario. Concretamente en el *IV Congreso Internacional de Derecho Penal*, celebrado en París en 1937, ya se ponía de manifiesto que “el principio de legalidad, base del Derecho Penitenciario, como lo es del Derecho penal, así como la garantía de la libertad individual, exigen la intervención del juez en la ejecución de las penas y medidas de seguridad”¹¹¹. A partir de aquí, se fueron celebrando numerosos Convenios internacionales sobre materia penitenciaria, caracterizados todos ellos por tratar de poner de manifiesto la necesidad de establecer un régimen carcelario acorde con los derechos humanos. Lo que supuso un gran paso en el reconocimiento de los derechos de los presos, acondicionándose edificios para el cumplimiento de las penas privativas de libertad, y garantizándose unos derechos y principios específicos.

Por OM de 22 de septiembre de 1967 se creó la Central de Observación Penitenciaria, y la reforma del Reglamento de 1956 modificó el sistema progresivo introduciendo una mayor flexibilidad, al igual que la adaptación a un tratamiento penitenciario científico, lo que requirió una incorporación de especialistas creándose el

¹¹⁰ Para ver la evolución del sistema penitenciario español, GARCÍA VALDÉS, C., “Derecho Penitenciario español: notas sistemáticas”, en BUENO ARÚS, F. y otros, *Lecciones de Derecho Penitenciario*, Europa Artes Gráficas, Salamanca, 1989.

¹¹¹ En idéntico sentido, la Regla 56.2 de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos mediante la Resolución 73 (5) de 19 de enero de 1973 del Consejo de Europa señala que “el respeto a los derechos individuales de los reclusos, en particular la legalidad en la ejecución de las penas, deberá estar asegurada por el control ejercido conforme a la reglamentación nacional por una autoridad judicial, o cualquier otra autoridad habilitada para visitar a los reclusos y no perteneciente a la administración penitenciaria”. Es uno de los documentos primeros en reflejar derechos y deberes de los reclusos.

Cuerpo Técnico de Instituciones Penitenciarias por Ley de 22 de diciembre de 1970. En 1964, por un Decreto del 27 de julio, se reorganizó el organismo *Trabajos Penitenciarios* para potenciar la actividad laboral de los reclusos, tratándose los temas de los salarios y de la Seguridad Social; posteriormente, en 1977, por Decreto, se trató los temas sobre derechos y garantías de los reclusos, los permisos de salida, las visitas íntimas y la supresión de las celdas de castigos, entre otros. La mayor parte de estas reformas fracasaron debido a la insuficiencia de los medios materiales, económicos, personales y, sobre todo, por la actitud de los presos caracterizada por una total rebeldía. Llegamos así a la Constitución de 1978 y la LOGP así como su Reglamento, no sin antes pasar por las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los reclusos. En efecto, es necesario mencionar en esta época las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los reclusos, un gran avance en la historia de la cárcel ya que tratan las características esenciales de la vida cotidiana en la prisión tratando de fijar un umbral mínimo que debe ser cumplido por los Estados en los Centros penitenciarios. Las Reglas Mínimas están complementadas por los Principios Básicos para el tratamiento de los reclusos, adoptados y proclamados por la Asamblea General en resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1990. Debemos destacar que estos principios están inspirados en la idea de reinsertar al recluso a la sociedad en las mejores condiciones posibles, por ello hacen hincapié en la dignidad humana de los reclusos; y en principios como el de no discriminación, respeto de creencias religiosas, etc.

La *Recomendación n. (87)3* del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa sobre Reglas Penitenciarias Europeas (RPE) concretaron y desarrollaron aspectos en los que las “reglas mínimas” se habían mantenido en un ámbito de declaraciones más genéricas, hecho que no debe extrañar debido a la mayor afinidad cultural y política de los Estados a los que se dirigía la *Recomendación*. En los principios fundamentales se hacía referencia a la “legalidad en la ejecución de las penas” y al control ejercido “por la autoridad judicial o cualquier otra autoridad legalmente habilitada para visitar a los internos y que no pertenezca a la Administración penitenciaria”. En materia de relaciones con el mundo exterior, se recomendaba la adopción de un sistema de permisos penitenciarios compatibles con los objetivos del tratamiento.

A su vez, contemplaba la aplicación de cualquier tratamiento médico, quirúrgico y psiquiátrico que se creyera necesario para tratar todas las deficiencias o enfermedades físicas o mentales que constituyeran un obstáculo para la readaptación del recluso. Hacía referencia a la administración general de los centros penitenciarios siendo aplicable a todo tipo de reclusos, estableciendo como principio general la no discriminación por razón de sexo, raza, color, lengua, religión, opinión, origen nacional o social, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación (regla 6.1). Y determinaba criterios de separación de categorías, reglas sobre higiene, alimentación, ejercicios físicos, contactos con el mundo exterior, religión, biblioteca, trabajo, instrucción y recreo, espacio reservado a los reclusos y medios coactivos, etc. Algunas de estas normas supusieron una importantísima modificación de la fisonomía tradicional de la prisión, como la prohibición de que la ropa del interno tuviera carácter humillante o degradante, o el hacer uso de cadenas y grilletes como medio de coerción. Similarmente, supusieron un paso importante en la humanización de las prisiones y en la incorporación de garantías jurídicas al ámbito penitenciario. También recoge la prohibición de sancionar dos veces la misma infracción y de imponer sanciones corporales, crueles, inhumanas o degradantes, previendo la sumisión del aislamiento a control médico.

Finalmente, en la Constitución de 1978, es el artículo 25.2 el que únicamente hace referencia al sistema penitenciario, que dice: “Las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de la persona, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad”. Artículo al que nos referiremos y desarrollaremos más adelante¹¹².

La aprobación de la Ley General Penitenciaria reguladora de la ejecución de las penas y medidas penales privativas de libertad, en su Exposición de Motivos califica la

¹¹² ATC 142/2000, de 12 de junio, Fj. 2 y la STC 7/2004, de 9 de febrero, Fj. 2.

prisión como un mal necesario. El análisis de la cárcel ha demostrado que existen efectos negativos que la prisión conlleva de entre el que no es el menor, por citar el más conocido y estudiado por los especialistas norteamericanos, el denominado fenómeno de la “prisionización”¹¹³. De ahí que la pena privativa de libertad se considere, por un sector de la doctrina científica, un mal y se pretendan unos sustitutivos penales como la semilibertad, los arrestos de fin de semana, el trabajo de utilidad social o los días-multa, actualmente establecidos en el Código Penal¹¹⁴. La Exposición de Motivos de la LOGP explica también la necesidad de dictar una LGP “al no constituir el Código penal ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal lugares adecuados para una regulación de la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad, y al no revestir las normas reglamentarias la fijeza que demanda la consagración positiva de los derechos y deberes fundamentales de los internos”. En este sentido, García Valdés sostiene que el régimen y la acción penitenciaria deben asegurar el respeto de los derechos fundamentales del hombre¹¹⁵. A través de los derechos fundamentales las personas podrán controlar libremente su comportamiento, decidir por su propia elección y con un consentimiento libre, con conocimiento de las circunstancias relevantes, sin que existan obstáculos, por necesidades básicas no satisfechas, para su acción y para la comprensión y conocimiento de esas circunstancias relevantes, y con mecanismos que hagan posible la participación en la formación de los criterios de organización del Derecho y de los mismos derechos fundamentales¹¹⁶.

No obstante, pese a que en los textos se hable de reeducación y reinserción de los presos, no se llega a tal fin, comenzando, por tanto, las diferentes teorías en torno a

¹¹³ El tema de la prisionización será objeto de análisis en Capítulos posteriores, adelantar que fue un término propuesto por Clemmer y ampliamente estudiado y perfeccionado por sus seguidores, significando el grado en el cual una persona al ingresar a la prisión asume los roles, costumbres y valores que son propios de ésta. Entre otros, FREDDY, A. y CRESPO, P., “Construcción y validación de la escala para medir prisionización: caso Venezuela: Mérida, 2006”, *Revista de las disciplinas del Control Social*, Capítulo criminológico, vol. 35, n.º. 3, 2007, pp. 375-407.

¹¹⁴ Al respecto, FERNÁNDEZ MUÑOZ, D. E., *La pena de prisión, propuestas para sustituirla o abolirla*, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1993.

¹¹⁵ GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la Legislación Penitenciaria*, Cívitas, Madrid, 1982, p. 241; del mismo, “Diez años de reforma penitenciaria en España: una recopilación”, *Derecho Penitenciario (1982-1989)*, Madrid, 1989; ALBACAR LÓPEZ, J.L., *La protección de los Derechos fundamentales en la nueva Constitución española*, IV Conferencia de Tribunales Constitucionales, Panorama 80, Serie Discursos, Viena, 1978, p. 26; RIVERA BEIRAS, I., “La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos”, en RIVERA BEIRAS, I., (coord.), *Tratamiento Penitenciario y Derechos Fundamentales*, Jornadas Penitenciarias organizadas por la Associació Catalana de Juristes Demócrates, Primera Ponencia “Sistema penal y penitenciario y derechos fundamentales de los reclusos”, Bosch, Barcelona, 1994.

¹¹⁶ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Lecciones de Derechos fundamentales*, cit., p. 138.

cuál es verdaderamente el fin de la prisión, a lo que se añade la generalización de la idea de que, en lugar de resocializar, se produce una paulatina desocialización del delincuente. Por este motivo, muchos ordenamientos jurídicos han comenzado a introducir en los últimos años cambios en el sistema de sanciones, estableciendo alternativas a la ejecución de las penas privativas de libertad. Una de estas alternativas son los trabajos en beneficio de la comunidad, los arrestos de fin de semana, las multas, etc., cuyo origen está no sólo en garantizar una reinserción de los presos sino que la mayoría de estas alternativas se buscan por el hacinamiento y la superpoblación en las cárceles. Esta tendencia se ha ido generalizando en el Continente europeo, y ha sido incluida poco a poco en muchos de los ordenamientos jurídicos de estos Estados. En cualquier caso, no hay que olvidar que las alternativas a las penas de prisión aspiran a limitar, sustituir o moderar la aplicación de la pena privativa de libertad, pero no a eliminarla completamente del escenario. En palabras de Ferrajoli, “la historia de las penas es más horrenda e infamante para la humanidad que los propios delitos que le dieron causa”¹¹⁷.

Teniendo en cuenta toda la historia¹¹⁸ y, lo referente a la actualidad, Manzanos Bilbao¹¹⁹, afirma que se distinguen diversos tipos de funciones sociales que desempeña la cárcel, así tiene funciones de tipo formal, legislativo que vienen definidas por la Constitución española, por la Ley y el Reglamento penitenciarios como funciones resocializadoras de las personas reclusas; funciones sociales o, más precisamente, de aculturación general y socialización diferencial, en relación con la definición por parte de la sociedad de quiénes son los delincuentes, identificando la delincuencia únicamente con aquellos infractores de leyes penales que se perciben, se persiguen, se penalizan y encarcelan¹²⁰; funciones políticas, tanto instrumentales como simbólicas, destinadas a

¹¹⁷ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., pp. 386 y ss.

¹¹⁸ Me remito a la obra de PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. y FERNÁNDEZ GARCÍA, E., *Historia de los Derechos Fundamentales*, t. I: tránsito a la modernidad, siglos XVI y XVII, y t. II: siglo XVIII, vol. II, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2003; RIVERA BEIRAS, I., “La cárcel en España: de la autonomía administrativa al control jurisdiccional”, cit., pp. 505-528.

¹¹⁹ MANZANOS BILBAO, C., “Reproducción de lo carcelario: el caso de las ideologías resocializadoras”, en RIVERA BEIRAS, I., (coord.), *Tratamiento Penitenciario y Derechos Fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 122-123.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 123, “La cárcel así entendida actúa como un espacio educativo para la producción de delincuentes adaptados a ella y a su papel social de chivos expiatorios de la necesidad de una delincuencia habitual que justifica la protección de intereses de poder mediante formas de control policial, penal y carcelario, ocultando otros tipos de delincuencia infinitamente más grave [...], haciéndonos creer que la cárcel es una herramienta eficaz en la prevención y lucha contra el delito”.

tratar de eliminar o neutralizar cualquier conflicto social que ponga en cuestión la realidad y/o legalidad establecida por motivos políticos o de conciencia.

CAPÍTULO II

ASPECTOS GENERALES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU CONSIDERACIÓN CON RESPECTO A LOS PRESOS

A lo largo de éste Capítulo plasmaré, conforme al título de la investigación que llevo a cabo, por qué es preferible hablar de derechos fundamentales de los presos y no de derechos humanos. La cuestión de los derechos fundamentales se presenta en su reconstrucción teórica como una encrucijada donde confluyen problemas de gran

relevancia, cuestiones capitales como la definición de derecho subjetivo, el concepto de Constitución o el sentido de la democracia. Es inevitable, por tanto, que una teoría de los derechos *fundamentales* termine vinculándose a una concepción general y a una interpretación global del Estado y del Derecho¹²¹. Pese a que la expresión *derechos fundamentales* se usa generalmente en el sentido de *derechos humanos* existen profundas diferencias, siendo necesario subrayar entre ellas la de que la expresión *derechos humanos* es absoluta refiriéndose al hombre con independencia del contexto, en tanto que *derechos fundamentales*, en opinión de Palombella es “plausiblemente abierta y relativa”¹²² ya que se pueden referir al hombre, a ámbitos, casos, circunstancias o sociedades, órdenes jurídicos o morales.

1. DOCTRINA GENERAL SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Pese al estudio incesante referente a los derechos no todos los filósofos están de acuerdo con las definiciones. En este sentido, Hohfeld señala que la palabra derecho se expresa con una multiplicidad de términos, como *inmunidad, libertad, privilegio, prerrogativa, facultad, exención, potestad, poder, pretensión legítima, interés legítimo, atribución, garantía, capacidad, competencia, autorización, permiso, licencia, franquicia, impunidad, concesión, título, opción, limitación de responsabilidad, prioridad, preferencia, jurisdicción, independencia, autarquía, autonomía, inoponibilidad [...]*¹²³.

¹²¹ PALOMBELLA, G., “Derechos fundamentales. Argumentos para una teoría”, *Doxa*, n.º. 22, 1999, p. 525.

¹²² *Ibidem*, p. 526. Este autor advierte que cuando se trata de los derechos fundamentales del hombre, ambas expresiones tienden obviamente a coincidir, en este sentido todos los derechos humanos enumerados, por ejemplo, en la Declaración de 1948, se convierten entonces en derechos fundamentales.

¹²³ HOHFELD, W. N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, trad. de G.R. Carrió, Fontamara, México, 2001, p.10; citado, también, por GARRIDO GÓMEZ, M.I., *Derechos fundamentales y Estado social y democrático de Derecho*, Dilex, Madrid, 2007, p. 18; DONNELLY, J., *The concept of human rights*, Croom Helm, London, 1985; del mismo, “Human Rights as Natural Rights”, *Human Rights Quarterly*, vol. 4, n.º. 3, 1982, pp. 391-405; PERELMAN, C., “Can the Rights of Man Be Founded?”, *The Philosophy of Human Rights. International Perspectives*, en ROSENBAUM, A.S., (ed.), Londres, Aldwych, 1980, pp. 45-51; PÉREZ LUÑO, A.E., “Concepto y concepción de los derechos

En sentido amplio, Peces-Barba¹²⁴ define *los derechos fundamentales* como “facultades que el Derecho atribuye a las personas y a los grupos sociales, expresión de sus necesidades en lo referente a la vida, la libertad, la igualdad, la participación política o social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte al desarrollo integral de las personas en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto o la actuación de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y con garantía de los poderes públicos para restablecer su ejercicio en caso de violación o para realizar la prestación”. Afirma este autor que el concepto de derechos fundamentales puede comprender tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica¹²⁵.

No obstante, un sector doctrinal considera a los derechos fundamentales como expresión de un orden objetivo de valores¹²⁶. No es ocioso recordar aquí que fue la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la que reiteró que los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política¹²⁷.

Partimos, pues, en primer lugar, de qué se entiende por derechos humanos. Éste es el término más utilizado en todas las épocas a la hora de ocuparse del hombre tanto como persona como ciudadano. La mayoría de los filósofos del Derecho consideran que

humanos (Acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta)”, *Doxa*, nº. 4, 1987, pp. 47-66.

¹²⁴ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Derecho Positivo de los Derechos Humanos*, Debate, Madrid, 1987, p. 15.

¹²⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos Fundamentales (I). Teoría general*, Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 33.

¹²⁶ SMEND, R. *Constitución y Derecho Constitucional*, trad. de J.M^a. Beneyto, CEC, Madrid, 1985, p. 230.

¹²⁷ STC 53/1985, de 11 de abril, Fj. 4. En ocasiones el Tribunal Constitucional ha hablado de “valores inherentes a la intimidad personal”, SSTC 7/1983, de 14 de febrero, Fj. 3 y 143/1994, de 9 de mayo, Fj. 7.

se trata de un término impreciso, así como la mayoría de las definiciones tanto filosóficas como políticas se orientan hacia la determinación de unas reglas y no a la individualización del concepto (siendo ésta la postura de la filosofía analítica). Desde tal perspectiva se tomó como base el titular de esos derechos, es decir, al ser humano, pudiéndose llegar a afirmar que está estrechamente unido a la dignidad del hombre frente al Estado¹²⁸, lo que hace que se empiece a tener una visión subjetiva del hombre en el sentido de que los derechos son concebidos como necesidades.

En este sentido, Prieto Sanchís considera que la búsqueda de un concepto jurídico de derechos humanos se torna menos misteriosa y asimismo el resultado de esa indagación menos categórica. Menos misteriosa porque no se trata de averiguar si el catálogo y régimen jurídico de los derechos se ajusta a una supuesta esencia conceptual, objetiva y ahistórica¹²⁹ que, en puridad, nadie conoce, son tan sólo de comprobar -y discutir- en qué medida un sistema jurídico positivo garantiza las exigencias morales que encierra el concepto histórico de derechos humanos, y también menos categórica, porque la conclusión que se obtenga no se verá en la alternativa de afirmar o negar la existencia jurídica de los derechos, sino que permitirá una reflexión crítica sobre la decisión del legislador o, lo que es lo mismo, sobre la interpretación efectuada por la norma del concepto de derechos humanos¹³⁰. Así pues, se entendería que el concepto de derechos humanos se corresponde con la dignidad de la persona frente al Estado. Es por lo que se puede sostener que una de las principales características de los derechos humanos es que son inherentes a toda persona¹³¹.

¹²⁸ Es decir, se piensa en la posibilidad y en la necesidad de crear unos derechos que sean respetados por el ser humano para vivir en sociedad y que al mismo tiempo respete al propio ser humano frente a otros de su condición. Derechos que tiene el deber de respetar y garantizar frente a un poder público.

¹²⁹ PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990. En este sentido, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales”, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1988, p. 241, manifiesta que los derechos solamente sobre la base de integrar el factor histórico tienen posibilidades de acertar una fundamentación ética; ASÍS ROIG, R., “Luis Prieto Sanchís: Estudios sobre derechos fundamentales”, *Derechos y Libertades*, nº. 1, Dykinson, Madrid, 1993, pp. 525 y ss.

¹³⁰ PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, cit., p. 93.

¹³¹ Lo que significa que, en ningún momento, se hace distinción del estado en el que se encuentre dicha persona así como tampoco su nacionalidad o cultura.

Y, por su parte, L. Hierro¹³² asevera que los derechos humanos son aquellas libertades, inmunidades, pretensiones y potestades que corresponden a todo ser humano como condición necesaria para realizarse como sujeto moral y cuya satisfacción es condición necesaria y suficiente para justificar la existencia, el origen y el contenido de un sistema jurídico. Coincidiendo con Gewirth¹³³, “[...] todos los derechos humanos tienen un fundamento racional en las condiciones necesarias o necesidades de la acción humana, de modo que ningún agente humano puede denegarlas o violarlas so pena de autocontradicción [...]. Es, también, a través de las exigencias morales establecidas por este principio como el orden político y jurídico recibe su justificación central en cuanto provisor de la protección de los derechos humanos”.

Desde nuestro punto de vista, se puede afirmar que, desde una comprensión amplia, los derechos humanos y los fundamentales no conforman categorías distintas y aisladas, sino que su conexión es evidente, pues los fundamentales se identifican con la trascipción normativa de los valores de libertad, igualdad, seguridad y solidaridad, y con la absorción al plano de las pretensiones y aspiraciones fuertes de las personas situadas en el plano de la moralidad¹³⁴. Pero por los derechos fundamentales entendemos los derechos humanos positivizados “el término *derechos fundamentales* hay que entenderlo como derechos humanos positivados en el plano estatal”¹³⁵.

Ahora bien, como pieza clave de este entramado se encuentra el sujeto el cual coincide, ya sea en los derechos humanos o en los fundamentales, aunque los derechos fundamentales tienen como elemento central la norma, es decir, que se trata de los derechos reconocidos y, por tanto, recogidos por las Constituciones de los Estado amparándose en el ordenamiento jurídico, el cual establece unas garantías para su reconocimiento y respeto. Un sector doctrinal -Martínez de Pisón, entre ellos-, con el

¹³² HIERRO, L., “¿Qué derechos tenemos?”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Doxa, nº. 23, 2000, p. 359.

¹³³ GEWIRTH, A., “La base y el contenido de los derechos humanos”, en BETEGÓN, J. y PÁRAMO ARGÜELLES, J.R., *Derecho y moral*, Ensayos analíticos, Barcelona, Ariel, 1990, pp. 125 y ss., citado por HIERRO, L., “¿Qué derechos tenemos?, cit., p. 359, nota 12.

¹³⁴ GARRIDO GÓMEZ, M.I., “La relación entre los derechos fundamentales y el poder”, *Universitas*, nº. 10, 2009.

¹³⁵ MARTÍNEZ DE VALLEJO FUSTER, B., “Los derechos humanos como derechos fundamentales. Del análisis del carácter fundamental de los derechos humanos a la distinción conceptual”, en BALLESTEROS, J. (ed.), *Derechos humanos. Concepto, fundamentos, sujetos*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 42 y 43.

que comparto opinión, mantiene que los derechos fundamentales se caracterizan porque no son universales ya que su reconocimiento y protección están circunscritos a los límites territoriales del Estado y a la Constitución de éste¹³⁶.

En suma, la diferencia entre los términos de *derechos humanos y fundamentales* estriba en que los derechos humanos parten de una validez axiológica entendida como una necesidad básica para que se pueda llevar a cabo una vida dignamente adaptada a los estándares vigentes en la sociedad¹³⁷. Los derechos fundamentales se refieren al plano normativo jurídico, siendo válidos porque son recogidos por el Derecho positivo según la consideración que, siguiendo el procedimiento democrático, han llevado a cabo los representantes de la ciudadanía, sin desconocer que haya pautas morales externas al bloque constitucional que sirven de crítica a los ya regulados, pudiendo ser acogidas tales posiciones en textos ulteriores con la creación de nuevas normativas, modificando las vigentes, completándolas o derogándolas¹³⁸.

En este sentido, cabe subrayar que los derechos fundamentales son el núcleo básico del sistema normativo de un Estado social y democrático de Derecho, en el que con la evolución de la sociedad surgen más necesidades y, por tanto, más derechos para evitar desigualdades¹³⁹.

¹³⁶ MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 165-168.

¹³⁷ HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L., “Derechos humanos o necesidades humanas. Problemas de un concepto”, *Sistema*, n.º. 46, 1982, pp. 45-61, Hierro explica lo que es un derecho basándose en la idea de necesidad, lo cual indica el aspecto objetivo del interés o deseo que se trata de satisfacer conforme a los fines del sistema normativo en el que esa necesidad tiene su lugar.

¹³⁸ GARRIDO GÓMEZ, M.I., “La relación entre los derechos fundamentales y el poder”, cit., p. 7. En el mismo sentido, BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís Roig, Debate, Madrid, 1991, p. 114; SCHNEEWIND, J.B., *The Invention of Autonomy. A History of Modern Moral Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998; TAYLOR, J.S. (ed.), *Personal Autonomy. New Essays on Personal Autonomy and its Role in contemporary Moral Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

¹³⁹ En este sentido, PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2005, p. 230; PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., al analizar la teoría de N. Bobbio en el “Prólogo” al libro *Igualdad y libertad*, trad. de P. Aragón Rincón, Paidós, Barcelona, 2000, p. 47; GARRIDO GÓMEZ, M.I., *La relación entre los derechos fundamentales y el poder*, cit., pp. 5-28; GARCÍA-PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 2005, pp. 18 y ss.; GILBERT, N. y TERRELL, P., *Dimensions of Social Welfare Policy*, Allyn & Bacon, Needham Heights (Massachusetts), 2004, pp. 13 y ss.

De esta manera, Peces-Barba¹⁴⁰ estima que los derechos fundamentales son la realización histórica de una determinada concepción moral que sitúa como eje la dignidad del hombre y los valores libertad e igualdad como cauces para alcanzarla. Y conllevan¹⁴¹: a) una pretensión moral justificada, tendente a facilitar la autonomía y la independencia personal, enraizada en las ideas de libertad e igualdad, con los matices que aportan conceptos como solidaridad y seguridad jurídica; b) un subsistema dentro del sistema jurídico, lo que supone que la pretensión moral justificada sea técnicamente incorporable a una norma, que pueda obligar a unos destinatarios correlativos de las obligaciones jurídicas que se desprenden para que el derecho sea efectivo, que sea susceptible de garantía o protección judicial y, por supuesto, que se pueda atribuir como derecho subjetivo, libertad, potestad o inmunidad a unos titulares concretos; c) son una realidad social, es decir, actuante en la vida social y, por eso condicionados en su existencia por factores extrajurídicos de carácter social, económico o cultural que favorecen, dificultan o impiden su efectividad.

En este sentido define a los derechos fundamentales como “aquellos derechos subjetivos, libertades, potestades o inmunidades que el ordenamiento positivo establece, de protección a la persona, en lo tocante a su vida, a su libertad, a la igualdad y no discriminación, a su participación política y social, a su promoción, a su seguridad o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a la libre elección de planes de vida, basada en la moralidad de la libertad, la igualdad, la seguridad jurídica y la solidaridad, exigiendo el respeto, o la actividad positiva de los poderes públicos o de las personas individuales o grupos sociales, con posibilidad de reclamar su cumplimiento coactivo en caso de desconocimiento o violación”.

En conclusión, el termino que nos parece más acertado es el de *derechos fundamentales*, ya que, partiendo de la teoría de Peces-Barba¹⁴², un derecho sería la pretensión moral justificada, tendente a facilitar la autonomía y la independencia personal, enraizada en las ideas de libertad e igualdad, con los matices que aportan conceptos como solidaridad y seguridad jurídica, y construida por la reflexión racional

¹⁴⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales”, en *Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1988, p. 234.

¹⁴¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, cit., pp. 119 y ss., y p. 469.

¹⁴² *Ibidem*, p. 109.

en la historia del mundo moderno, con las aportaciones sucesivas e integradas de la filosofía moral y política liberal, democrática y socialista”.

2. CLASIFICACIÓN Y RASGOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DESDE EL PUNTO DE VISTA CONSTITUCIONAL Y DOCTRINAL

En este apartado, parto de la opinión de Ferrajoli¹⁴³, quien sustenta que “son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “estatus” la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”.

Desde esta perspectiva, primero expondré los derechos que nuestra Norma Suprema establece como fundamentales y, posteriormente, estableceré cuáles les corresponde a los presos y cuáles no, así como estudiaré el articulado de la Ley Orgánica General Penitencia en lo relativo a los derechos de los presos, dejando de ser, en este caso, fundamentales y pasar, sólo, a configurarse como derechos de los presos. A través de los derechos fundamentales las personas podrán controlar libremente su comportamiento, decidir por su propia elección y con un consentimiento libre, con conocimiento de las circunstancias relevantes, sin que existan obstáculos, por las necesidades básicas no satisfechas, para su acción y para la comprensión y conocimiento de esas circunstancias relevantes, y con mecanismos que hagan posible la

¹⁴³ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, p. 37. Una tesis más elaborada la encontramos en su obra, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit. Además, también se considera, en ocasiones, los derechos como individuales, término que ha sido abandonado ya que se emplea como sinónimo de derechos humanos para identificar derechos humanos con el reconocimiento de determinadas libertades. Fue el término más utilizado a partir de la revolución francesa, en la que la ideología liberal considera al individuo fin en sí mismo, y la sociedad y el derecho son medios puestos a su servicio para facilitar el logro de los intereses. Desde estas coordenadas los derechos individuales son considerados en sentido negativo como garantía de no injerencia estatal en su esfera, es lo que Jellinek denomina *status libertatis* y Burdeau *libertad-autonomía*.

participación en la formación de los criterios de organización del Derecho y de los mismos derechos fundamentales¹⁴⁴.

Se habla de generaciones de los derechos fundamentales¹⁴⁵ y, como afirma, Peces-Barba¹⁴⁶, se trata de una terminología discutible, porque podría entenderse que las generaciones llegan a extinguirse y son sustituidas por las siguientes. La clasificación de Peces-Barba¹⁴⁷ es: a) derechos personalísimos, protegen a la persona en sí, con independencia de la vida social y de sus relaciones con los demás, incluyendo entre ellos el derecho a la vida, a la integridad física y moral, la libertad ideológica y religiosa, el derecho al honor, y a la propia imagen y el derecho a la objeción de conciencia. Tradicionalmente se llaman derechos individuales; b) derechos de sociedad, comunicación y participación, se trata de aquellos derechos que protegen a la persona en el ámbito de la sociedad civil, favoreciendo el libre tráfico entre todos sus miembros y su intervención en las relaciones sociales, son el derecho a la igualdad y a la no discriminación, la libertad de cultos, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, la libertad de residencia y de circulación, la libertad de expresión y de información, el derecho a la creación literaria, científica, artística y técnica, la libertad de cátedra, la libertad de enseñanza, el derecho de reunión y de manifestación y el derecho de asociación. Tradicionalmente se llaman derechos civiles; c) derechos políticos, son aquellos que favorecen la participación de sus titulares en la formación de la voluntad estatal y en la configuración de los poderes y de los órganos públicos, del Estado, de las comunidades locales. Junto con los derechos políticos se integran el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, el

¹⁴⁴ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Lecciones de derechos fundamentales*, cit., p. 138.

¹⁴⁵ Pese a que el concepto de derechos fundamentales es relativamente reciente no son así sus raíces históricas, su evolución es paralela a la evolución del Estado moderno.

¹⁴⁶ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Lecciones de derechos fundamentales*, cit., p. 122.

¹⁴⁷ *Ibidem*, pp. 284 y ss.; PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, cit., pp. 127 y ss. Frente a esta clasificación se encuentra la de SOUSA SANTOS, B., "Os direitos humanos na pós-modernidade. Direito e Sociedade", *Associação Portuguesa de Estudos sobre o Direito em Sociedade*, marzo, nº. 4, 1989; del mismo, "Vers une conception multiculturelle des droits de l'homme", *Droit et Société*, nº. 35, 1997, pp. 79 y ss.; también recogida en RIVERA BEIRAS, I., "Sociología de la cárcel", en BERGALLI, R., *Control social punitivo. Sistema penal e instancias de aplicación (policía, jurisdicción y cárcel)*, con la colaboración de RECASÈNS I BRUNET, A., DOMÍNGUEZ FIGUEIRIDO, J.L. y RIVERA BEIRAS, I., Bosch, Barcelona, 1996, pp. 112-113, nota 18, distingue las siguientes generaciones: la 1º caracterizada por las luchas por los derechos civiles y políticos contra la opresión; la 2º definida por las reivindicaciones de los derechos sociales en contra de la explotación; la 3º época de las luchas por la conquista de derechos en la esfera cultural, y simbólica contra la alienación, y la 4º que sería la actual, caracterizada por los problemas típicos de la sociedad tecnológica (como, por ejemplo, aquéllos ligados a la revolución informática, a la bio-ingeniería, a la defensa del medio ambiente, etc.).

derecho a participar; d) derechos de seguridad jurídica, pudiendo estar reforzados con la libertad, tienen carácter individual y social y su finalidad y objetivo principal es la de asegurar al individuo frente a las leyes criminales, es decir, persiguen el fin característico del iusnaturalismo y de Hobbes que son la paz y la seguridad, en ellos se incluyen el derecho a la libertad y a la seguridad, el derecho a la asistencia de un letrado, a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales y, e) derechos económicos, sociales y culturales que permiten el libre desarrollo de la personalidad, se caracterizan porque protegen los beneficios de los que se goza como la propiedad, o pretenden crear nuevos beneficios, como la educación, sanidad, seguridad social, vivienda. Este autor manifiesta que hay cuatro rasgos decisivos para la construcción de la filosofía de los derechos fundamentales: la secularización que se produce frente a las características de la sociedad medieval, contraponiéndose la soberanía de la razón y el protagonismo del hombre que orientaba su vida a un aspecto terrenal, se basaba en la autoridad de la Iglesia; el naturalismo, supone la vuelta a la naturaleza, se fortalece la idea de derecho subjetivo, utilizada posteriormente en la positivación de los derechos naturales; el racionalismo, que supone el concebir la razón como instrumento del conocimiento dominando de esa manera.

Teniendo en cuenta estas ideas, observamos que en la Constitución se señala una serie de derechos fundamentales, derechos que adelantaré ahora y los desarrollaré en su Capítulo correspondiente. La [Constitución española](#) otorga a todos los [ciudadanos](#) una serie de derechos fundamentales y libertades públicas, regulando unas garantías (entre otras, el [Defensor del Pueblo](#), el recurso de inconstitucionalidad, la cuestión de inconstitucionalidad, los procedimientos sumarios, el [recurso de amparo](#), etc.), para estos derechos. Y es a partir de aquí cuando, en base a los derechos fundamentales proclamados por nuestra Norma Suprema se advierte que los que están más afectados son los que se encuentran en relación con las personas reclusas, teniendo más repercusión en la finalidad última de toda pena privativa de libertad que es la reeducación y la reinserción social.

En este sentido, son derechos y libertades de ámbito personal el derecho a la [vida](#), incluyendo la abolición de la [pena de muerte](#); el derecho a la integridad física y moral, prohibiendo [torturas](#), penas o tratos inhumanos; la libertad de [creencias](#), tanto

[ideológicas](#) como [religiosas](#) -se declara la aconfesionalidad del [Estado](#) y el derecho a no declarar sobre ideología, religión o creencias-; el derecho a la [seguridad](#) jurídica y la tutela judicial, que garantiza un [proceso penal](#) con garantías; el derecho a la vida privada, que incluye el derecho a la intimidad personal y familiar, una vida privada y el derecho al honor y a la propia [imagen](#), incluyendo la limitación del uso de la [informática](#) para proteger la intimidad. Restando por aclarar que únicamente serán analizados la intimidad personal y familiar así como la relación intimidad, privacidad, vida privada; el derecho al secreto de las comunicaciones; la inviolabilidad del domicilio -en este caso inviolabilidad de la celda de reclusión-; por lo que respecta a la [circulación](#) y [residencia](#), lógicamente no son predicables para la población reclusa; y el derecho a contraer [matrimonio](#) y la protección de la familia.

Por lo que respecta a los derechos y libertades de ámbito público, existe discrepancia doctrinal en cuanto a la garantía de los mismos para la población reclusa, como son los derechos a participar en asuntos públicos, directamente o mediante representantes [democráticos](#). Incluye el derecho a acceder a la función pública en igualdad de condiciones; el derecho de reunión, manifestación y asociación; el derecho de petición, es decir, de poder dirigirse a los poderes públicos; el derecho de participación en asuntos públicos, de forma activa o pasiva o el derecho de acceder a cargo público en condiciones de igualdad. Por último, nos encontramos con derechos constitucionales vinculados con los derechos económicos y sociales, así, por ejemplo, el derecho a la [educación](#); la libertad de [sindicación](#) y, a su vez, no obligación de afiliarse; el derecho de [huelga](#); el derecho a la negociación colectiva; y el derecho y deber al trabajo, que incluye a su vez otros derechos fundamentales: la libre elección de profesión u [oficio](#); la mejora del puesto; la renumeración suficiente; y la no discriminación por [edad](#) o sexo en el trabajo, etc.

En el Derecho Constitucional, los derechos fundamentales se califican como derechos civiles y políticos siendo conocidos como los que pertenecen a la primera generación, teniendo por objeto la tutela de la libertad, la seguridad y la integridad física y moral de la persona, así como el derecho a participar en la vida pública. Más tarde, aparece la noción de derechos económicos, sociales y culturales, que se refieren a la existencia de condiciones de vida, a la posibilidad de acceder a bienes materiales y

culturales teniendo en cuenta, ante todo, la dignidad, recibiendo en éste caso el nombre de segunda generación.

Hay muchas clasificaciones de cuáles son los derechos fundamentales¹⁴⁸, pero no intento aquí reflejarlas todas siendo problemático determinar si los derechos reconocidos por la Constitución, pero recogidos en otros apartados, tienen o no esta catalogación. El texto de la Constitución no ayuda de manera definitiva para resolver la cuestión. El Título I de la Constitución se titula “De los derechos y deberes fundamentales” pero, el Tribunal Constitucional ha considerado que sólo son derechos fundamentales los de la Sección Primera del Capítulo II de dicho Título (“De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, artículos 15 a 29 y también el derecho a la igualdad y no discriminación) y que no lo son otros como, por ejemplo, la objeción de conciencia al servicio militar, el derecho al matrimonio o el derecho a la propiedad. Si bien esto ha sido ampliamente debatido y algunos autores consideran que todos los derechos del Capítulo, y no sólo los de su Sección Primera, han de estimarse derechos fundamentales.

Por lo que respecta a los presos, no se habla en la LOGP de derechos fundamentales de los presos sino, exclusivamente, de derechos de los presos. Sin embargo, como ya he mencionado con anterioridad, tienen derechos fundamentales, pero por la condición de presos se les priva de algunos. En este sentido, partiendo del artículo 4 del RP se dice que son derechos del preso el “velar por sus vidas, integridad y salud. No ser sometidos a torturas ni malos tratos. El derecho a preservar su dignidad, su intimidad. El derecho a los ejercicios de los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales. El tratamiento penitenciario. Las relaciones con el exterior. El trabajo remunerado. El acceder y disfrutar de las prestaciones públicas. Los beneficios penitenciarios. El participar en las actividades del centro. El formular peticiones y quejas. El recibir información personal y actualizada de su situación procesal y

¹⁴⁸ Thomas Marshall, en el ensayo *Citizenship and Social Class*, distingue tres clases de derechos: derechos civiles, políticos y los sociales, concebidos todos como derechos no de la persona o de la personalidad, sino del ciudadano o de la ciudadanía. Dice que la ciudadanía es aquel status que se concede a los miembros de pleno derecho de una comunidad; y los derechos y los deberes sobre los que se funda la igualdad de “todos los que lo poseen” son “conferidos por tal status”, en MARSHALL, T. H., *Citizenship and Social Class*, 1950, trad. de P. Linares, *Ciudadanía y clase social*, Alianza, Madrid, 1998.

penitenciaria”. Y, siguiendo con la opinión de Bueno Arús¹⁴⁹, en principio, la condición de penado no es obstáculo para disfrutar de todos los derechos fundamentales previstos en términos generales del texto constitucional, es decir, desde el artículo 14 al 38, incluyendo el artículo 10 referido a la dignidad.

En palabras de Bentham, tres son los principales escollos que debe evitar la parte sublime de la legislación: el desperdicio de los medios indirectos; la dirección inadecuada de las sanciones; y, la discordancia de las sanciones y los medios. La persona que se encuentra privada de su libertad posee, en consecuencia, un estatus jurídico particular: es un sujeto titular de derechos fundamentales, aunque con ciertas limitaciones derivadas de su situación de reclusión. La *regla* ha de ser, pues, el pleno reconocimiento, ejercicio y tutela de sus derechos fundamentales y garantías. La *excepción* tiene que ser, consecuentemente, la restricción de alguno de ellos¹⁵⁰.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional indica que los derechos fundamentales son derechos individuales, es decir, que tienen al individuo por sujeto activo y al Estado por sujeto pasivo en el sentido de reconocerlos y garantizarlos¹⁵¹. Atendiendo a la jurisprudencia -STC 25/1981, de 14 de julio- se establece que “los derechos fundamentales, si bien continúan concibiéndose primordialmente como derechos subjetivos de defensa frente al Estado, presentan además una dimensión objetiva, en virtud de la cual operan, como componentes estructurales básicos, que han de informar el entero ordenamiento jurídico”¹⁵².

¹⁴⁹ BUENO ARÚS, F., “Eficacia de los Derechos fundamentales reconocidos a los reclusos en el artículo 25.2 de la Constitución española”, *X Jornadas de Estudio, Introducción a los derechos fundamentales*, vol. II, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 1988, p. 1092; del mismo, “A propósito de la reinserción social del delincuente” *Cuadernos de Política Criminal*, n.º. 25, 1985, pp. 65-66.

¹⁵⁰ RIVERA BEIRAS, I., “Los derechos fundamentales en la privación de la libertad. (Análisis socio-jurídico de la normativa internacional), en RIVERA BEIRAS, I., (coord.), *Cárcel y derechos humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 26. Beiras se formula la pregunta: ¿es posible, realmente, asegurar el reconocimiento, ejercicio y protección de los derechos fundamentales de los hombres dentro de la cárcel? (p. 27).

¹⁵¹ STC 64/1988, de 12 de abril, Fj. 1, o el ATC 187/2000, de 24 de julio, Fj. 2.

¹⁵² STC 25/1981, de 14 de julio, Fj.5 indica que los derechos fundamentales son derechos subjetivos de los individuos, no solo en su consideración de derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico a la libertad personal y de actuar en un ámbito de existencia; SSTC 114/1984, de 29 de noviembre, Fj. 4; 81/1998, de 2 de abril, Fj. 2, 91/2000, de 30 de marzo; 181/2004, de 2 de noviembre Fj. 3; AATC 333/1996, de 18 de diciembre; 333/1997, de 13 de octubre.

La primera referencia que se hace a los derechos de los presos es en el artículo 3 de la LOGP a la hora de indicar la actividad penitenciaria, señalándose una relación de derechos que pueden ser ejercidos por los reclusos y quien se encarga de salvaguardar los derechos es el Juez de Vigilancia Penitenciaria. El hablar de los derechos de los presos es una idea revolucionaria de la que la historia no estaba acostumbrada, incluso se llega a decir que “la estructuración jurídica positiva de los derechos del interno favorece una visión plural y dinámica de la pena y no estática y unidimensional. La teoría de las relaciones especiales de sujeción se corresponde con una visión retributiva de los fines de la pena. En el momento de su ejecución el penado debe sentir la absoluta desprotección jurídica, que se suma al daño físico de la pena. La pena retributiva, la pena absoluta se correspondía con la idea de un mal absoluto”¹⁵³.

3. LOS PRESOS Y SUS DERECHOS FUNDAMENTALES

Aquí parto de la idea de la dignidad humana, que es la raíz de los derechos humanos y fundamentales. Los derechos humanos se estructuran en tres generaciones. Este concepto de generación se basa en dos criterios, el primero es histórico el cual trata de explicar la aparición de derechos en distintos momentos de la historia y el segundo criterio es temático, cada generación incluye derechos de una misma clase. La primera generación parte de la época de las revoluciones burguesas y las guerras de independencia tanto en Europa como en Latinoamérica durante los siglos XVIII y XIX, en esta generación se engloban los conocidos como derechos civiles y políticos. La segunda generación corresponde al período de las revoluciones nacionalistas y socialistas de principios del siglo XX y reúne los derechos sociales, económicos y culturales, y por último la tercera generación surge a partir de la segunda postguerra mundial y agrupa los derechos colectivos y de los pueblos, no siendo objeto de investigación. Con el punto de partida en la teoría utilitarista de Dworkin¹⁵⁴ en la que se afirma que “los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean hacer o tener, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga alguna

¹⁵³ MAPELLI CAFFARENA, B., “El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional”, *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 19-20.

¹⁵⁴ DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., p. 37.

pérdida o perjuicio”, hay muchos autores que afirman que esta teoría no tienen cabida en los derechos humanos¹⁵⁵ ya que no es posible tener como objetivo un mayor bien para un mayor número de personas. Pero no se trata aquí de establecer todo lo que se dice sobre el utilitarismo sino de plasmar cuáles son los derechos fundamentales de los reclusos, la defensa y vulneración de los mismos en los Centros penitenciarios y las garantías a establecer para la adecuación de los mismos.

Es preciso señalar que los textos de derechos humanos, tanto estatales como internacionales, no realizan una clasificación sistemática de los derechos, sino que se limitan tan sólo a enumerarlos¹⁵⁶.

Las generaciones de los derechos humanos inciden en los derechos del condenado, y en el Estado social de Derecho se proyectan los derechos, máxime cuando se trata de derechos económicos, sociales y culturales, bien entendiendo los derechos económicos en relación con el derecho al trabajo garantizando su remuneración, bien entendiendo los derechos sociales plasmados en los programas de resocialización y reinserción social de los condenados, bien entendiendo los derechos culturales, que desde premisas filosóficas que informan el Estado social se piensa que existe una estrecha vinculación entre la delincuencia e ignorancia, y por tanto, toda política de rehabilitación del recluso pasa por un proceso reeducativo¹⁵⁷.

Hay autores que hablan de derechos de cuarta generación incluyendo en los mismos a los derechos de la personalidad, económicos, sociales y culturales. Considerando que “se trata de derechos que comparten una característica común: son carencias de ciertos bienes, que se consideran precisos para conservación de la vida humana, o para su mejora [...] son, hablando con propiedad y rigor, necesidades que,

¹⁵⁵ Para un mayor estudio, RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, trad. de M.D. González, fondo de Cultura Económica, Madrid, 1995; NINO, C.S., *Ética y derechos humanos*, cit., pp. 50 y ss., quien indica que de los principios de autonomía, dignidad e inviolabilidad de la persona, éste último plantea conflictos con el utilitarismo.

¹⁵⁶ CASTRO CID, B., *Los derechos económicos, sociales y culturales: análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, Universidad de León, León, 1993, pp. 148 y ss.

¹⁵⁷ PÉREZ LUÑO, A.E., “Las generaciones de Derechos Humanos en el ámbito penitenciario”, “Tendencias modernas en la Legislación penitenciaria”, en VV.AA., *Derecho Penitenciario y Democracia*, Fundación El Monte, Sevilla, 6 de noviembre de 1993 a 12 de marzo de 1994, conferencia del 13 de noviembre de 1993, p. 56.

por el ferviente deseo de que sean satisfechas, calificamos erróneamente de derechos fundamentales o de derechos humanos”¹⁵⁸.

A efectos de nuestro estudio, un reconocimiento general de tales derechos se encuentra en el artículo 25.2 de la CE¹⁵⁹. De manera que existen derechos fundamentales como persona que son además de derechos penitenciarios derivados de la normativa de las prisiones, es decir, información nada más ingresar, programa de actividades, comunicaciones orales y escritas, beneficios penitenciarios, derecho a ser liberado y, derechos relacionados con el régimen penitenciario, que se traducen en la progresión o regresión de grado. Afinando un poco más la cuestión, los derechos de los presos vienen reconocidos en las principales Declaraciones internacionales de derechos humanos mediante el reconocimiento implícito de derechos que son aplicables tanto a las personas que están en situación de prisión como las que no lo están, mediante el reconocimiento explícito de los derechos de los presos, es decir, los que son concretamente y afectan a los presos y, por último, el reconocimiento del derecho a la igualdad, que impone el principio de no discriminación.

La razón por la que se deben de proteger los derechos de los presos es porque como presos son persona humana y por la situación de vulnerabilidad que se puede producir por su situación, es decir, que la existencia de los derechos de los presos se puede basar en la seguridad jurídica, esto supone una seguridad frente a la conducta de terceras personas, frente al juez, al policía o al funcionario de prisiones. Los derechos buscan la protección del preso y el logro de la finalidad de la pena y de las prisiones que no es otro que la reinserción de los presos. Las teorías sobre el fin de la pena pertenecen a dos grandes núcleos: la retribución y la prevención. La retribución, se impone la pena porque se ha delinquido¹⁶⁰. La prevención mira al futuro, para que no se delinca, ésta se

¹⁵⁸ Opinión de SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., “Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978”, en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., (Coord.) *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 18.

¹⁵⁹ BUENO ARÚS, F., “Derechos de los internos”, en COBO DEL ROSAL, M., (dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M., (coord.), *Comentarios a la Legislación penal*, t. VI, vol. I, Edersa, Madrid, 1986, p. 64.

¹⁶⁰ Al respecto, BERISTAIN, A., *La pena-retribución y las actuales concepciones criminológicas*, Depalma, Buenos Aires, 1982; BLONDIEAU, (et al.), *Rétribution et justice pénale*, PUF, París, 1983; GALLIGAN, D.J., “The Return to Retribution in Penal Theory”, *Crime, Proof And Punishment: Essays in Memory of Ser Rupert Cross*, Butterworths, Londres, 1981; HAMPTON, J., “Correcting Harms versus Righting Wrongs: the Goal of Retribution”, *UCLA Law Review*, n.º. 39, 1992; MURPHY, J.G., “Retribution and the State’s Interest in Punishment”, en PENNOCK, J.R. y CHAPMAN, J.W., (eds.) *Criminal Justice, Nomos XXVII*, Nueva York University Press, 1985; del mismo, “Retribution, Moral Education and the State Liberal”, *Criminal Justice Ethics*, n.º. 4, 1985; OLDENQUIST, A., “An

divide en dos clases: La prevención especial, la cual se dirige al delincuente, y la prevención general, se dirige a la sociedad, advirtiéndola con el castigo de que estas conductas sólo obtienen el reproche legal¹⁶¹. Temas que serán objeto de análisis en Capítulo posterior. Beccaria afirmaba que el fin de las penas "no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales"¹⁶². Por tanto, el fundamento último de los derechos de los presos es la dignidad de la persona humana¹⁶³. Y el fundamento inmediato radica en el valor seguridad jurídica¹⁶⁴.

De modo que, si "la responsabilidad social del Estado se configura en la satisfacción de un núcleo clásico de exigencias o demandas colectivas, tales como: seguro y previsión social, derecho a la asistencia, al trabajo, y a un amplio círculo de protección de la existencia humana, también los reclusos [...] deben recibir semejante tutela. Pero, esta tutela se debe ejercer en relación con los vínculos que el recluso necesita mantener o restablecer para afirmar su pertenencia social"¹⁶⁵. No obstante, como veremos más adelante, entra en contradicción con lo que hay en las prisiones ya que el tratamiento penitenciario y la prevención especial que aparece recogido en nuestro texto constitucional va dirigido a corregir, mejorar y modificar la personalidad. Es por ello por lo que afirma Bergalli que la tutela no debe prestarse únicamente mientras las personas se encuentren privadas de su libertad, sino también cuando la recuperen y particularmente en esta situación por sus comprensibles circunstancias de desamparo, desarraigo, desafectación, etc., que genera el aislamiento de la cárcel.

En opinión de Rivera Beiras, los reclusos pese a la relación de especial sujeción, y atendiendo a razones de seguridad en los Establecimientos penitenciarios, considera que parece que existen "unos" derechos para quienes viven en libertad y, "otros", para

Explanation of Retribution", *Journal of Philosophy*, nº. 9, 1988, pp. 464-478.

¹⁶¹ ORDÓÑEZ SÁNCHEZ, B., *El tratamiento en Instituciones penitenciarias*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, p. 41.

¹⁶² BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, de J.A. de las Casas, Alianza Editorial, Madrid, 1982, p. 45.

¹⁶³ A él se refiere el art. 5.2 del Pacto de San José de Costa Rica cuando afirma: "[...] Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano".

¹⁶⁴ Entendiendo por seguridad jurídica el valor jurídico fundamental por virtud del cual se pretende garantizar el cumplimiento efectivo de los derechos humanos.

¹⁶⁵ BERGALLI, R., "Las funciones del sistema penal en el Estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas", en BERGALLI, R., y OTROS, *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 55-56.

quienes habitan como internos las Instituciones penitenciarias¹⁶⁶, es decir, estamos ante la construcción jurídica de un *ciudadano de segunda categoría*. En consecuencia, como afirma la jurisprudencia constitucional en la Sentencia 2/1982, de 17 de enero, no existen derechos ilimitados pero, en todo caso, lo que habrá que hacer es una distinción entre limitar y delimitar, así por aquél entiende que significa fijar la extensión que pueden tener la autoridad o los derechos y facultades de alguien y, por este, supone determinar o fijar con precisión los límites de algo. En este sentido, afirma, que los derechos fundamentales están delimitados cuando su extensión o aplicación se señala en base a los principios morales que rigen cuáles son y hasta dónde llegan. Los principios a los que hace referencia son los de la autonomía, el desarrollo de la dignidad, la protección de la mayor cantidad de personas posible y de la mayor extensión, la satisfacción de necesidades radicales o la mayor afección a la sociedad democrática y sus estructuras jurídicas¹⁶⁷.

Atendiendo a lo expuesto, los derechos fundamentales no son absolutos, ya que, aparte de los límites que impone el ejercicio de otros derechos o la actuación de otros bienes constitucionales, caben los que vienen dados por el sistema jurídico en general, por el subsistema de los derechos fundamentales y por los límites genéricos de los derechos o de los particulares de cada derecho¹⁶⁸. El artículo 25 de la CE establece tres limitaciones, así por el contenido del fallo, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En cuanto a la limitación de los derechos fundamentales de los presos por el *contenido del fallo* supone que no se podrán ejercer aquellos derechos fundamentales expresamente limitados por la condena. En cuanto al *sentido de la pena* hay algunos -Cobo del Rosal- que afirman que debe entenderse referida a la privación de ciertos

¹⁶⁶ Señala, como ejemplos, la *constitucionalidad* del trabajo penitenciario gratuito (pese a que la Constitución garantice el derecho al trabajo carcelario remunerado, de modo expreso, en el art. 25.2), la imposibilidad de asistencia letrada efectiva, y no meramente formal a los reclusos en las juntas de Régimen o Comisiones Disciplinarias de las cárceles; la imposibilidad de mantener huelgas de hambre reivindicativas hasta sus últimas consecuencias (es decir, la imposibilidad de disponer de su derecho a la vida); la extensión de la práctica de la censura e intervención de la correspondencia entre presos; la posibilidad de que se prohíban los contactos íntimos (“vis a vis”) para determinados reclusos, etc. RIVERA BEIRAS, I., “La cárcel y el sistema penal (en España y en Europa), en BERGALLI, R., y OTROS, *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 367.

¹⁶⁷ GARRIDO GÓMEZ, M.I., “La determinación judicial de los límites de los Derechos Fundamentales”, en VV.AA. *Teoría y metodología del Derecho. Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. II., Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2008, p. 551.

¹⁶⁸ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, cit., pp. 589 y 598 y ss.; GARRIDO GÓMEZ, M.I., “La determinación judicial de los límites de los Derechos Fundamentales”, cit., pp. 551-552.

derechos que efectivamente son de imposible ejercicio por razón de la condena aunque no se encuentran expresamente limitados por el fallo condenatorio¹⁶⁹, mientras que otros -como Mapelli Caffarena- opinan que el sentido de la pena hace referencia a la finalidad de la misma, es decir, a la reeducación y reinserción y al tratamiento para conseguir tal finalidad¹⁷⁰. Y, en referencia a la remisión a la *Ley penitenciaria* se ha de hacer una significación estricta, referida únicamente a la Ley en sentido formal¹⁷¹.

4. LA DIGNIDAD HUMANA COMO BASE DE TODOS LOS DERECHOS

4.1 El concepto de dignidad y su dimensión moral

En este apartado no es mi idea realizar un análisis teórico sobre lo que significan la persona humana y la dignidad personal, pero sí indicar que la dignidad de la persona es la raíz de todo derecho fundamental. Son diversos los pensadores que ofrecen un estudio sobre la persona humana en cuanto a su existencia y en cuanto a su integración en la vida y, por tanto, la dignidad de la misma pero, es el iusnaturalismo racionalista el que dejó asentado que los derechos se habían de predicar de todos los hombres, ya que todos compartían la misma naturaleza racional, viniendo a considerar que el elemento esencial de la dignidad humana era la naturaleza racional del hombre y que de esa naturaleza racional se podrían deducir todos los derechos humanos¹⁷².

El reconocimiento de la dignidad de la persona, en virtud de su naturaleza humana y racional, tiene lugar tras la Segunda Guerra Mundial y es, precisamente, en

¹⁶⁹ En este sentido, COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J., “Artículo 25.2”, *Comentarios a las Leyes Políticas, Constitución española de 1978*, t. III, Edersa, Madrid, p. 97.

¹⁷⁰ MAPELLI CAFFARENA, B., “El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional”, *Derechos y libertades*, t. I, Dykinson, Madrid, 1993, p. 437; BUENO ARÚS, F., “Derechos de los internos. Artículo 3”, cit., p. 80.

¹⁷¹ Opinión de DUQUE VILLANUEVA, J.C., “Derechos fundamentales de los reclusos en el procedimiento disciplinario penitenciario”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, vol. IV, Aranzadi, Pamplona, 1998.

¹⁷² En este sentido, DÍAZ, E., *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 1989, principalmente en pp. 262-277. Esta es la idea del pensamiento tradicional.

los textos internacionales sobre derechos humanos donde se recoge por vez primera para, posteriormente, plasmarse en las diferentes Constituciones. Todo el estudio de la dignidad se apoya en dimensiones religiosas o teológicas, ontológicas, éticas y/o jurídico-positivas, destacando la dimensión ética, personal y social, como función de la conciencia valorativa ante cualquier norma y cualquier modelo de conducta¹⁷³; y el esfuerzo de liberación frente a interferencias o presiones alienantes y manipulaciones codificadoras, junto a la dimensión jurídico-positiva como factor de un comportamiento positivamente valioso en la vida de relación y con apreciación de una situación subjetiva merecedora de una específica tutela.

La dignidad de la persona supone la raíz de todo derecho y de todo valor jurídico, siendo, desde mi punto de vista, necesario hacer una breve referencia histórica para entender dicho concepto, para entender que la dignidad humana es el origen de todo derecho y la base en la que se ha de sustentar cualquier derecho fundamental. La dignidad entraña el reconocimiento de una esfera de la vida de todo individuo que debe ser protegida para que el hombre pueda realizarse¹⁷⁴, pues la dignidad humana aparece en todos los textos constitucionales, textos legales, declaraciones, pactos, etc., tanto nacionales como internacionales.

El primer texto internacional es La Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, con fecha 10 de diciembre de 1948, recogiendo tanto en el Preámbulo como en el artículo primero y quedando vinculada a la libertad y la igualdad. En el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, también en su Preámbulo y en el artículo 10.1 relaciona los derechos del detenido con la dignidad señalando que es inherente a todo ser humano. También en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la misma fecha, en este sentido, podríamos señalar todos y cada uno de los textos fundamentales que regulan los derechos¹⁷⁵. En el campo de la Filosofía del

¹⁷³ RUÍZ-GIMÉNEZ CORTES, J., “Artículo 10. Derechos fundamentales de la persona”, en ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. II, Edersa, Madrid, 1996, pp. 67 y ss.

¹⁷⁴ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., “Comentario introductorio al Título I”, en ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. II, Edersa, Madrid, 1997, p. 24.

¹⁷⁵ Ver también, la Declaración y Programa de Acción de Viena aprobada por la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos el 25 de junio de 1993 que dice exactamente “todos los derechos humanos tienen su origen en la dignidad y el valor de la persona humana”. Para las numerosas referencias que hay de la dignidad en los distintos textos internacionales se puede tener en cuenta PECES-BARBA

Derecho también existe una referencia a la dignidad humana así como debates sobre la misma, la Filosofía del Derecho señala a la dignidad como fundamento de la ética pública de la modernidad, como un *prius* de los valores políticos y jurídicos y de los principios y los derechos que derivan de esos valores¹⁷⁶, señalando, asimismo, que la elección del término valor es relevante porque en la tradición de la filosofía de los valores, éstos sólo se completan cuando se realizan en la práctica.

Sin entrar a cuestionar si estamos ante un precepto de carácter iusnaturalista o positivista¹⁷⁷, ni interpretar el apartado primero del precepto como ambiguo, sin estimarlo como principios de Derecho natural o principios básicos del ordenamiento jurídico, pero sí insistiendo en el doble carácter de los derechos fundamentales, como derechos subjetivos de los individuos y como elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional¹⁷⁸; lo que sí está claro es que el artículo 10 de la CE supone ser una fuente inspiradora para la conducta social. Se trata de una norma programática, punto de enlace entre el estrato espiritual de los valores ético-sociales que dan sentido a una vida colectiva plenamente humana, y el nivel de las normas positivas, estrictamente jurídicas, de rigor vinculante y efectividad sancionadora, que enmarcan las relaciones entrelazantes de los miembros de la nación¹⁷⁹, de modo que “quien ejerce la función de aplicar normas a comportamientos humanos deberá [...] asumir el imperativo de que el orden político y la paz social sólo se fundan en el respeto a la dignidad de la persona, a los derechos inviolables que le son inherentes, al libre desarrollo de la personalidad, al respeto a la ley y a los derechos de los demás [...]”¹⁸⁰. Afinando un poco más la cuestión, podemos afirmar que la dignidad humana sirve de exigencia y soporte para todos los derechos fundamentales, sean derechos de libertad o exigencias de igualdad y solidaridad. En este sentido amplio, se afirma que este

MARTÍNEZ, G., LLAMAS, A. y FERNÁNDEZ LIESA, C., *Textos básicos de Derechos Humanos* Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 267 y ss.

¹⁷⁶ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2003, p. 12, y nota a pie nº. 4 en la que Peces-Barba considera a los valores de libertad, igualdad, solidaridad y seguridad como el núcleo duro de la ética pública, política y jurídica.

¹⁷⁷ Una parte de la doctrina considera que el art. 10.1 de la CE ofrece una fundamentación iusnaturalista de los derechos fundamentales, entre ellos PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., pp. 56 y 325.

¹⁷⁸ STC 25/1981, de 14 de julio; PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 270.

¹⁷⁹ RUÍZ-GIMÉNEZ CORTÉS, J., “Artículo 10. Derechos fundamentales de la persona”, en ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a la Constitución*, cit., p. 57.

¹⁸⁰ DEL VECCIHIO, G., *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1969, p. 348.

precepto constitucional ocupa un rango fundamentalísimo, con eficacia legitimadora, iluminadora y propulsora para afianzar instituciones, esclarecer ambigüedades, cubrir lagunas e integrar nueva potencialidades en el esfuerzo colectivo hacia cotas más elevadas de justicia y de liberación humana¹⁸¹.

En nuestro ordenamiento positivo, los principios de reconocimiento de derechos a la persona y la intervención del Estado para la garantía de los mismos se encuentran plasmados en los artículos 10.1 y 9.2 de la CE¹⁸²; no obstante, la dignidad no ha sido definida de manera uniforme ni por la doctrina ni por la jurisprudencia.

Para establecer un concepto de dignidad se parte, en primer lugar, de una idea humanista, es decir, de la idea de que el hombre es el centro del mundo distinguiéndose de los demás animales, ésta es la idea defendida por los autores en el Renacimiento. Un hombre que es independiente, capaz de decidir por sí mismo, que piensa y crea por sí mismo, que se comunica y dialoga con los demás hombres y que decide libremente sobre su moralidad privada¹⁸³. Esto significa que la idea de dignidad humana es el fundamento de una ética pública laica, en este sentido merece señalar la definición que da Kant que lo que hizo fue presentar una idea ya admitida desde muchos siglos antes, una idea que aparece en la Biblia, concretamente en el Nuevo Testamento: el hombre como *amago Hedí* creado a su imagen y semejanza¹⁸⁴, considera que ningún ser humano pueda ser utilizado nunca por nadie (ni siquiera por Dios) como medio, sino como un fin. Vincula al hombre con la idea de su autonomía en el sentido de que no necesita andaderas y puede caminar por sí mismo¹⁸⁵. En la época del Renacimiento empieza a señalarse que el valor de una persona debe medirse por su capacidad para desarrollar las virtualidades de su condición humana¹⁸⁶, esta idea de dignidad se convierte en el

¹⁸¹ RUÍZ-GIMÉNEZ CORTÉS, J., “Artículo 10. Derechos fundamentales de la persona”, cit., p. 58.

¹⁸² Hay autores que consideran que la dignidad es un valor superior junto con la libertad y la igualdad, es el caso de GARCÍA GARCÍA, C., *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Universidad de Murcia, Murcia, 2003, p. 30.

¹⁸³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, cit., p. 13.

¹⁸⁴ *Génesis*, HI 26-27.

¹⁸⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, cit., p. 13, citando en la nota n. 5 a Kant, *Filosofía de la Historia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1941, 1981, pp. 25 y ss.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 28.

fundamento de la ética pública de la modernidad y del sistema jurídico que deriva de ella, va unido a la idea de nobleza¹⁸⁷.

El concepto de dignidad heterónoma o derivada se va descartando, es decir, la idea de dignidad unida a la religión, a la idea del hombre caído y marcado por el pecado original, que sólo se rehabilita por el sacrificio de Cristo en la cruz¹⁸⁸, a partir de aquí se defiende la idea de libertad del hombre, su competencia y capacidad para razonar, de tal manera que la dignidad del hombre es la relación de capacidades que posee y el desarrollo en cuanto a las dificultades en las que se puede encontrar.

El concepto de la dignidad humana en la época premoderna es heterónoma, hunde su raíz en la divinidad, y cuando pasamos a la época moderna la comprensión de la dignidad es la de la autonomía de la persona. La idea de la dignidad humana como autonomía de la persona es la raíz de la ética pública de la modernidad, y de todos los derechos fundamentales y valores. La dignidad constituye, en la teoría kantiana la dimensión moral de la personalidad, que tiene por fundamento la propia libertad y autonomía de la persona. La dignidad humana entraña no sólo la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones, sino que supone también la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo. El pleno desarrollo de la personalidad implica, a su vez, de un lado, el reconocimiento de total *autodisponibilidad*, sin interferencias o impedimento externos, de las posibilidades de actuación propias de cada hombre; y de otro, la *autodeterminación* que surge de la libre proyección histórica de la razón humana, antes que de una predeterminación dada por la naturaleza de una vez por todas¹⁸⁹. En el siglo XVII persiste la idea de la dignidad como *status*, los iusnaturalistas defienden que la dignidad humana es el referente que

¹⁸⁷ En este sentido, destaca el diálogo de Buonaccorso de Montemagno en 1428 entre dos jóvenes que se presentan ante Lucrecia, hija de un noble romano, para justificar quién es el más noble, es decir, el más digno. En dicho diálogo distingue dos dignidades, una dignidad derivada unida a la idea de rango de jerarquía, la cual es descartada por la idea de la dignidad autónoma o propia que surge de la propia condición humana. *Ibidem*, p. 28.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 29.

¹⁸⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Historia de los Derechos Fundamentales*, t. II, Siglo XVIII, vol. II, Dickinson, Madrid, 2001, pp. 470-471. La evolución posterior del pensamiento cristiano sobre la dignidad humana sufre una transformación con la Reforma, para Lutero y Calvino se produce una corrupción de la naturaleza humana, de modo que la tendencia al mal estará tan arraigada a la naturaleza humana dando lugar a que la justificación del hombre no viene por sus propias obras, sino directamente por la Gracia.

marca los objetivos de la ética pública y el contenido de la condición humana a desarrollar¹⁹⁰.

Como afirma Peces-Barba¹⁹¹, la dignidad es siempre del ser social, o mejor dicho, es de cada individuo, pero se realiza necesariamente en la vida social. Por su parte, Enériz Olaechea¹⁹² define la dignidad como la base sobre la que se asientan los pilares de todo el ordenamiento jurídico en un Estado de Derecho y democrático: es el suelo sobre el que todo Derecho y derechos que éste reconoce se apoyan.

Hay una serie de conceptos afines al término de dignidad, así *respeto*, *auto-respeto*, *honor* y *autonomía*¹⁹³, en cuanto al respeto partimos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en su Sentencia 53/1985, de 11 de abril, Fj. 8 que manifiesta “[...],

la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”. La diferencia con el auto-respeto es que el poseedor del valor de la dignidad y el sujeto que debe respeto a tal valor es la misma persona, en este sentido tiene cabida la idea kantiana de que “el hombre es fin en sí mismo, es decir, no puede nunca ser utilizado sólo como medio por alguien (ni aún por Dios), sin al mismo tiempo ser fin [...]”¹⁹⁴, manifiesta además, que “la persona humana es dignidad. La humanidad misma es una dignidad, por el hombre no puede ser tratado por ningún hombre (ni por otro, ni siquiera por sí mismo) como un simple medio, sino siempre, a la vez, como un fin, y en ello estriba precisamente su dignidad”¹⁹⁵.

¹⁹⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, cit., pp. 41y ss., Peces-Barba señala innumerables autores para entender el concepto de dignidad y su evolución, pasando por la idea de que la autonomía es la base de la dignidad, hasta la actualidad con los autores del socialismo que tomando como punto de partida la idea de que el hombre es el centro del mundo y centrado en el mundo llegan a la conclusión de que la dignidad aparece como base para limitar al poder, apoyándose en la tolerancia para decir que ésta es el origen histórico de los primeros derechos.

¹⁹¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Lecciones de derechos fundamentales*, cit., p. 136.

¹⁹² ENÉRIZ OLAECHEA, F.J., *La protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas en la Constitución Española*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2007, p. 154.

¹⁹³ Ver el estudio detallado de PÉREZ TRIVIÑO, J.L., “La noción de dignidad y algunos conceptos afines”, en VV.AA. *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. 3, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 1001-1015.

¹⁹⁴ KANT, I., *Crítica de la razón práctica*, trad. de M. García Morente y E. Miñana, Sígueme, Salamanca, 1997, p. 162.

¹⁹⁵ KANT, I., *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 335; del mismo, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, Alianza Editorial, Madrid, 2002, pp. 28 y ss.

En cuanto al honor, hay quien opina que la dignidad “es base de esa dimensión interna del honor”¹⁹⁶, y por último, Peces-Barba¹⁹⁷, mantiene que la dignidad es un género de la autonomía, “la vinculación de la dignidad con la idea de autonomía tiene dos momentos, y ambos forman parte del concepto que estamos analizando. En uno, autonomía significa capacidad de elección, libertad psicológica [...]. En el segundo [...] significa libertad o independencia moral [...]”. En la doctrina aristotélica se trata la proyección de la dignidad de la persona en el obrar de la misma a través de la justicia particular como justicia distributiva¹⁹⁸.

Históricamente como se refiere, la dignidad no surge de nosotros mismos, si así fuera, dependería de nuestros actos, de modo que el hombre que estuviese incapacitado para actuar no tendría dignidad. Es decir, la dignidad del hombre no nace de lo que éste sea capaz de hacer, no nace tampoco de las cualidades del ser humano, por lo tanto, el que un hombre sea más inteligente que otro no significa que uno sea más hombre que el otro, el ser hombre está inscrito en la propia naturaleza del mismo. El término persona se aproxima al término de hombre. El hombre recibe una determinación importante cuando se le considera como persona así como la persona recibe una determinación también importante cuando se le considera como humana¹⁹⁹.

¹⁹⁶ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 45.

¹⁹⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, cit., pp. 64-66.

¹⁹⁸ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, V, 6, 1130.b.31 y Política III, 12, 1282 y, 13, 1283; SADURSKI, W., “Distributive Justice and the Theory of Punishment”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 5, 1, 1985, pp. 47 y ss.

¹⁹⁹ Por tanto, se llega a afirmar que no es lo mismo hombre que persona, como tampoco es lo mismo hombre que ciudadano. *Hombre* es un término más genérico o indeterminado, persona es un término más específico que tiene que ver con los valores morales, éticos o jurídicos propios de una sociedad. Incluso puedo afirmar que cabe un concepto de hombre al margen del concepto de persona. En el derecho romano los esclavos eran hombres, pero no eran personas. Las Iglesias han prestado también sus aportaciones al desarrollo de los derechos humanos y al término dignidad, así la Iglesia Católica que se expresa en la Doctrina Social de la Iglesia tiene documentos tan significativos como el *Pacem in Terris* de Juan XXIII del 11 de abril de 1963; la Constitución Pastoral del Concilio Vaticano II *Gaudium et Spes*, aprobada por el Papa Pablo VI el 7 de diciembre de 1965; la Encíclica *Populorum Progressio* de Pablo VI; la *Laborem Excercens* y la *Centisimus Annus* de Juan Pablo II, quizás la más significativa es la Encíclica *Rerum Novarum* de León XIII de 1891. Ver, en este sentido, las transcripciones que señala PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Cuadernos de “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid, nº. 26, Dykinson, Madrid, 2003. pp. 21 y ss.

Dentro de lo que dice el ordenamiento jurídico español, partimos del artículo 10 de la CE²⁰⁰: “La dignidad de la persona [...] son fundamento del orden político y de la paz social”²⁰¹, siguiendo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 donde se reconoce la dignidad intrínseca de todos los miembros de la familia humana y de sus derechos. Siendo más reciente la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000²⁰², en cuyo artículo 1 se dice que la dignidad humana es inviolable y debe ser respetada y protegida. La persona, en nuestra Ley Fundamental, es el eje mismo sobre el que ha de girar la convivencia organizada jurídicamente, es, en definitiva, el núcleo mismo de la vida social.

La defensa de la persona humana, de su vida y de su integridad física y moral, de su dignidad, representa la legitimidad material sobre la que, a su vez, se asienta el orden jurídico y el sistema de valores objeto de protección preferente en la Constitución²⁰³. Ellos han de ser, sin duda, los instrumentos sobre los que se puede y debe construir un mundo mejor, es decir, un mundo más igual, más libre y, en definitiva, más justo.

Existe controversia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, así frente a los que han querido ver en la dignidad muestras de las teorías iusnaturalistas en la dogmática de la Constitución, el Tribunal Constitucional ha señalado en su Sentencia 150/1991, de 4 de julio, Fj. 4, que “las normas constitucionales relativas a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad [...] si bien integran mandatos objetivos [...] no pretenden la consagración constitucional de ninguna construcción dogmática [...]”, contradiciendo a lo que venía diciendo el Tribunal con anterioridad en la Sentencia 53/1985, de 11 de abril, Fj. 8, “la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto

²⁰⁰ Artículo inspirado en el art. 1 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, (Ley Fundamental de Bonn), de 23 de mayo de 1949, que indica “La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”.

²⁰¹ Peces-Barba considera que dicho artículo debería establecer “orden político y social” y no mencionar “paz” ya que si existe orden social se entiende que hay una sociedad organizada y existe paz.

²⁰² La dignidad humana es lo primero que proclama de los derechos, libertades y principios que se redactan a continuación.

²⁰³ CATTANEO, M. A., *Pena, diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Giappichelli Editore, Turín, 1998.

por parte de los demás”. La dignidad es propia de la persona y, por tanto, previa a todo Derecho.

Por su parte, Ruíz-Giménez²⁰⁴ señala que el artículo 10 de la CE desempeña una triple función: a) una función legitimadora del orden político, en sí mismo, y del ejercicio por los poderes públicos (de sus funciones). (De manera que) únicamente seguirá siendo legítimo el régimen político español en la medida en que respete y tutele la dignidad de la persona [...] y de sus derechos; b) una función promocional [...] (del enriquecimiento de la personalidad); y c) la función (de servir) de pauta interpretativa para todos los poderes públicos”²⁰⁵.

5. GARANTÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS PRESOS

En el tema de los derechos fundamentales adquiere mayor trascendencia, cada vez, la cuestión de sus garantías. Como dice Bobbio, este aspecto es más relevante que el del concepto y el fundamento, si bien, si existen aquéllas y se elaboran distintas técnicas garantistas es porque previamente se ha determinado que hay unos derechos que merecen ser protegidos²⁰⁶. No obstante, observamos, como algunos de que recoge nuestra Constitución no son justificables en la práctica, teniendo razón Guastini²⁰⁷ cuando sostiene que al hablarse de la garantía de un derecho el lenguaje es impreciso ya que no distingue entre *atribuir* y *proteger*. En definitiva, la cuestión radica en si es invocable un derecho que se proclama y no se salvaguarda por estar desprovisto de garantías idóneas, lo cual depende de si se considera que las garantías son un elemento constitutivo, es decir, una condición *sino qua non* para que exista²⁰⁸. Como

²⁰⁴ RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, J., “Artículo 10, Derechos fundamentales de la persona”, cit., pp. 58-59; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., “Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978”, en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 25.

²⁰⁵ GARCÍA GARCÍA, C., *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, cit., pp. 29 y ss., y en especial, p. 98.

²⁰⁶ BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís Roig, Debate, Madrid, 1991, pp. 78 y ss.

²⁰⁷ “La garantía de los derechos fundamentales en la Constitución italiana”, trad. de A. Grepí, en GUASTINI, R., *Estudios de teoría constitucional*, Fontamara, México, 2003, pp. 233 y ss.

²⁰⁸ PALOMBELLA, G., “Derechos fundamentales. Argumentos para una teoría”, *Doxa*, n.º. 22, 1999, p. 535; PÉREZ LUÑO, A.E., “El concepto de los derechos humanos y su problemática actual”, *Derechos y Libertades*, n.º. 1, 1993, p. 192.

consecuencia, desde un punto de vista kelseniano, nuestra Constitución plantea garantías como medios de defensa abstractos de la regularidad del orden jurídico, es una garantía objetiva cuya naturaleza es preventiva, ya que no es necesario que se active cuando se haya producido algún daño a derechos o a intereses²⁰⁹. Esto lleva a la necesaria vinculación entre derechos y garantías atribuyéndose a cualquier derecho un contenido de garantía.

5.1 Consideraciones generales

Se parte de la premisa de que la Constitución es la principal garantía de los derechos fundamentales. En necesario, en consecuencia, las *garantías* ya que de lo contrario estaríamos ante *normas programáticas*²¹⁰. La Constitución española de 1978 reconoce una serie de derechos fundamentales a todos los ciudadanos en pie de igualdad²¹¹. Ahora bien, no todos ellos podrán ejercitar estos derechos con la misma facilidad ya que determinados colectivos sociales, como es el caso de las personas condenadas a pena de prisión que se hallen cumpliendo la misma en un Centro penitenciario, debido a las especiales circunstancias en la que se encuentran podrían ver dificultado, o incluso imposibilitado, ese ejercicio. No existe excepción alguna de carácter subjetivo en este reconocimiento y, por tanto, continuarán siendo titulares de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos. Pero nuestro Ordenamiento Jurídico no sólo reconoce derechos fundamentales a todos los ciudadanos sino que, además, los garantiza y los protege y para ello será necesario la configuración de un apropiado sistema de protección de los mismos que cuente con mecanismos idóneos para su defensa a los que puedan acceder con facilidad las personas que se encuentren cumpliendo una pena de este tipo.

²⁰⁹ KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, trad. de R.J. Vernengo, Porrúa, México, 2003, pp. 232-235; GARRIDO GÓMEZ, M.I., *Derechos fundamentales y Estado social y democrático de Derecho*, Dilex, Madrid, 2007, p. 166.

²¹⁰ GUASTINI, R., "Diritti", en *Analisi e diritto 1994*, Giappichelli, Turín, 1994, p. 168. En opinión de Palombella lo indicado se puede predicar de un tipo en concreto de derechos subjetivos, los llamados derechos sociales, a los que parece se debiera negar toda realidad, incluida la jurídica, cuando ni siquiera se han precisado las obligaciones públicas que serían su sustancia,

²¹¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 323-324.

Desde el punto de vista de Kelsen, no es necesario que el sujeto legitimado haya sido afectado porque la legitimación se confiere por la ley²¹². Desde esta perspectiva, cabe subrayar la vinculación entre los derechos y las garantías puesto que el contenido de los derechos es el de garantizar. Es decir, atendiendo a la doctrina kelseniana no es posible sostener que exista un derecho carente de garantías, ya que no es posible atribuir al derecho un contenido que no consista en una garantía. A la luz de estas consideraciones Ferrajoli²¹³ defiende que los derechos son separables de sus garantías, las cuales nacen de disposiciones normativa ulteriores. Además, en el tema de los derechos fundamentales adquiere cada vez más trascendencia el tema de las garantías siendo, incluso, dicha cuestión más relevante que el propio concepto.

La teoría sobre el garantismo que más auge ha supuesto ha sido la de Ferrajoli²¹⁴, pese a que reconoce tres acepciones de garantismo enuncia dos significados genéricos: un modelo de derecho, presentado como una alternativa al Estado de Derecho y una propuesta de teoría general del Derecho, presentada como una superación de los reduccionismos iusnaturalistas y positivistas²¹⁵. Ambos significados confluyen en un axioma distinto: el derecho como garantía de limitación al poder²¹⁶. Asume la postura de que el Derecho es la garantía de los más débiles frente a los más poderosos²¹⁷.

El modelo de Derecho que defiende como una alternativa al Estado de Derecho lo califica como un tercer modelo de Estado de Derecho²¹⁸, su propuesta es en base a las insuficiencias del modelo liberal del Estado de derecho que descansa en unas ideas básicas. Primera, insuficiencia del Estado liberal para satisfacer las desigualdades sociales y económicas; segunda, necesidad de revisar los alcances de la legalidad; y

²¹² KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, trad. de R.J. Vernengo, Porrúa, México, D.F., 2003, pp. 232-235.

²¹³ FERRAJOLI, L., "Diritti fondamentale", en *Teoria política*, n.º. 2, 1998, p. 127.

²¹⁴ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A., Ruíz Miguel, J.C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco, y R. Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1997, p. 851.

²¹⁵ FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, p. 290; del mismo, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Trotta, Madrid, 2006, p. 47.

²¹⁶ MORENO CRUZ, R., "El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos generales", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º. 120, septiembre-diciembre de 2007, p. 827.

²¹⁷ FERRAJOLI, L., *El garantismo y la filosofía del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 121.

²¹⁸ FERRAJOLI, L., "Pasado y futuro del Estado de derecho", en CARBONELL, M., *Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2005, pp. 13-30.

tercera, proyección del modelo garantista a nivel global en virtud de la decadencia del concepto de soberanía²¹⁹.

5.2 El fundamento de las garantías en las Instituciones penitenciarias

El que aquí nos interesa es el sistema de garantismo penal de Ferrajoli, quien señala unos principios: el principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito; el principio de legalidad en sentido estricto; el principio de necesidad; el principio de lesividad; el principio de materialidad; el principio de culpabilidad; el principio de jurisdiccionalidad; el principio acusatorio; el principio de la carga de la prueba y el principio contradictorio o de defensa, añadiendo como forma de principios el de *favor rei* y el de *in dubio pro reo*²²⁰. La combinación de todos estos principios hace que se configure un sistema de *Derecho penal mínimo*, término sinónimo de *garantismo*, ambos designan un modelo teórico y normativo de derecho penal capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva sometiéndola a estrictos límites impuestos para tutelar los derechos de la persona²²¹. Estos principios se caracterizan porque nacieron ligados a la política, a la moral o al Derecho natural²²², actualmente se encuentran incorporados en el ordenamiento jurídico.

El modelo garantista, propuesto por Ferrajoli es un modelo de justicia y de legitimidad²²³, asimismo, tiene por objetivo minimizar la violencia y, por tanto, maximizar los derechos fundamentales. Por ello, el Derecho penal ha de actuar como última exigencia del ordenamiento jurídico, es decir, la pena privativa de libertad debe ser la última medida a aplicar por el ordenamiento jurídico atendiendo a los delitos cometidos, evitar, así, las defensas que de modo directo y personal ejerce la violencia estatal²²⁴. En consecuencia, las garantías, no son más que las técnicas encaminadas a

²¹⁹ Más detallado lo podemos encontrar en MORENO CRUZ, R., “El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos generales”, cit., p. 828.

²²⁰ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., pp. 105-106.

²²¹ FERRAJOLI, L., *Democracia y garantismo*, Trotta, Madrid, 2008, p. 193.

²²² FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 93.

²²³ *Ibidem*, pp. 93 a 97 y p. 931.

²²⁴ BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal. Parte general*, Ariel, Barcelona, 1989, p.

minimizar la violencia y la potestad punitiva, es decir, a reducir lo más posible la esfera de los delitos, los espacios de arbitrio judicial y la aflictividad de las penas²²⁵.

Este *Derecho penal mínimo*, permite intervenciones valorativas de atenuación y exclusión de responsabilidad cada vez que sea posible en un modelo de máxima protección de libertades individuales²²⁶, son exigencias dirigidas al legislador y a la actividad judicial, ya que deben incorporar determinados presupuestos que configuren el sistema penal y de orientar las decisiones de los jueces. Es decir, los principios constituyen una doble legitimación del Derecho penal, por un lado determinan la justicia del sistema, configurada por principios metapositivos o criterios de valoraciones morales o políticos y, por otro lado, determinan la validez de las normas penales, compuesta por principios incorporados al Derecho positivo y constituyen criterios de valoración jurídica²²⁷. Asimismo, los principios que, desde un punto de vista político, pretenden minimizar la violencia y maximizar la libertad, desde el punto de vista jurídico, se transforman en un conjunto de normas que limitan la potestad punitiva del Estado²²⁸.

Por tanto, los principios en el ámbito penal cumplen simultáneamente la función de límite al poder estatal y la de garantía de los ciudadanos. Estos principios los encontramos en nuestra Constitución considerados como auténticas normas constitucionales de aplicación directa en el ordenamiento jurídico español, son las normas obligatorias más importantes del ordenamiento jurídico²²⁹.

Es Ferrajoli²³⁰ quien considera que la función garantista del Derecho consiste en la limitación de los poderes y en la correspondiente ampliación de las libertades, citando

²²⁵ FERRAJOLI, L., *Democracia y garantismo*, cit., p. 195.

²²⁶ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., pp. 103 y ss.

²²⁷ *Ibidem*, pp. 173-174 y 213.

²²⁸ *Ibidem*, cit., p. 852.

²²⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 40. Es extensa la bibliografía en cuanto al carácter vinculante de los principios, por citar alguna, DÍAZ REVORIO, F.J., *Valores superiores e interpretación constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997; ver también jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la que indica que aunque algunos principios no se encuentren consagrados en la Constitución su vigencia en nuestro ordenamiento jurídico proviene de su "íntima unión" con los principios de legalidad y tipicidad recogido en el artículo 25.1 de la CE, se refiere al principio *ne bis in idem*, STC 23/1986, de 14 de febrero, Fj. 1. Hay discrepancia doctrinal en cuanto a qué norma constitucional contiene el principio.

²³⁰ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, cit., p. 932.

la idea kantiana de que lo que se trata es de hacer convivir las libertades de todos. Habla de una *garantía política* que se traduce en aquella en la que los poderes públicos deben respetar la legalidad constitucional y los derechos fundamentales, y una *garantía social* que es la condición de la efectividad de todo el ordenamiento y de su sistema normativo de garantías jurídicas y políticas, “la garantía social consiste en la acción de todos para asegurar a cada uno el disfrute y la conservación de sus derechos; esta garantía descansa en la soberanía nacional”, es la definición dada por la Constitución francesa del año I²³¹. De manera que Ferrajoli desea alcanzar una legitimación formal del poder entendida como el respeto al principio de legalidad, es decir, como respeto a las leyes por parte de los poderes públicos, mas tiene que darse “una legitimación sustancial fundada en el efectivo respeto de los derechos fundamentales y en el cumplimiento de los deberes jurídicos fundamentales por los poderes públicos”²³².

Podemos encontrar numerosas tesis sobre el tema de las garantías, por ejemplo, se habla de principios como el de legalidad y tipicidad contenido en el artículo 25 que se deriva del artículo 24 de la CE²³³. Otro sector de la doctrina, entre ellos Álvarez García²³⁴, opina que el principio de la culpabilidad se encuentra contemplado en la idea de reinserción social del delincuente. Para otros, como Bacigalupo²³⁵, el principio *in dubio pro reo* se trata de un principio de índole institucional derivado de la jerarquía constitucional de la libertad. Y, Alexy²³⁶ manifiesta que “el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y

²³¹ *Ibidem*, pp. 941-944.

²³² *Ibidem*, pp. 945 y ss.

²³³ Es la opinión de COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 76; también, la STC 2/1981, de 30 de enero.

²³⁴ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *Introducción a la Teoría jurídica del delito. Elaborada con base en las Sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 46 a 48.

²³⁵ BACIGALUPO, E., “La garantía del principio de legalidad y la prohibición de la analogía en el Derecho penal”, *Anuario de Derechos humanos*, nº. 2, 1983, p. 29.

²³⁶ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 87. Esta teoría la realiza a partir de las aportaciones de Dworkin. Frente a esta teoría se encuentra la de ATIENZA, M. y RUÍZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, p. 13, que dice que las *reglas* son razones autoritativas tanto en cuanto al porqué operan como al cómo operan en el razonamiento justificativo de los órganos jurisdiccionales; los *principios explícitos* son razones autoritativas en cuanto al porqué de su presencia en dicho razonamiento, pero no en cuanto al cómo operan en él; y que los *principios implícitos*, no son autoritativos en cuanto a su forma de operar en el razonamiento y, en cuanto al porqué de su presencia en él, lo son, en todo caso, sólo indirectamente, en tanto que tal presencia se fundamenta en su adecuación a las reglas y principios explícitos.

reales existentes”. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces ha de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible.

Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o bien un principio. “Los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario. En cambio, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden ser sólo cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos. Las reglas contienen por ello determinaciones en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente [...]”²³⁷.

Después de este paréntesis, cabe subrayar que el punto de partida es considerar la garantía como eficacia del derecho y de las libertades reconocidas como derechos fundamentales, es decir, a la validez del mismo vinculando a todos los poderes públicos

²³⁷ ALEXY, R., “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Doxa*, n.º. 5, 1988, pp. 143-144; del mismo, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 86 y ss. Esta tesis es criticada por ATIENZA, M. y RUÍZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996 y RUÍZ MANERO, J., “Principios, objetivos y derechos. Otra vuelta de tuerca”, *Doxa*, n.º. 28, 2005, pp. 341-365; ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 81-82, manifiesta que “para la teoría de los derechos fundamentales, la más importante es la distinción entre reglas y principios. Ella constituye la base de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin ella, no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en los derechos de libertad e igualdad, sino también de los derechos de protección, organización y procedimiento y a prestaciones en sentido estricto [...]. Por todo esto, la distinción entre reglas y principios es uno de los pilares fundamentales del edificio de la teoría de los derechos fundamentales”.

al respeto del contenido esencial de los derechos²³⁸. Respecto a la *cláusula del contenido esencial* que desarrolla la teoría constitucional la podemos encontrar en el art. 53, ap. 1º de nuestra Constitución. Supone un núcleo esencial del derecho beneficiario de una protección específica frente a una zona exterior que al mismo tiempo está expuesta a la evolución y al cambio, caracterizada porque en ella no es aplicable el efecto específico de protección²³⁹. Son las teorías absoluta y relativa las que tratan el contenido esencial del derecho, así para la relativa no hay distinción entre la garantía y el principio de proporcionalidad, toda vez que el contenido esencial queda reducido peligrosamente al hacerse depender de la justificación de la limitación. Y, para la absoluta, el contenido esencial aparece a toda costa inalterable con independencia de la justificación de la limitación, pese a que parte del contenido de los derechos siempre es la misma, esto es, absoluta²⁴⁰.

²³⁸ Art. 53.1 de la CE. Ver GALLEGO ANABITARTE, A., *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*, (derecho a la educación, autonomía local, opinión pública), Cívitas, Madrid, 1994; LÓPEZ PINA, A., (dir.) *La garantía constitucional de los derechos fundamentales: Alemania, España, Francia e Italia*, Cívitas, Madrid, 1991; GONZÁLEZ RIVAS, J.J., *Estudio-comentario jurisprudencial de la protección constitucional de los derechos fundamentales: (con jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo y formularios)*, Comares, Granada, 1992; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “Eficacia y garantía de los derechos fundamentales”, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, t. II, Cívitas, Madrid, 1991; CRUZ VILLALÓN, P. y PARDO FALCÓN, J., “Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º. 97, enero-abril, 2000, pp. 65-154; MARTÍNEZ PUJALTE, A.L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997; DOMÍNGUEZ MARTÍN, S., “Ejercicio racional de los derechos y garantías fundamentales”, *Introducción a los derechos fundamentales, X Jornadas de Estudio*, vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988; TRINIDAD FERNÁNDEZ, P., *La defensa de la sociedad: Cárcel y delincuencia en España (siglos XVIII-XX)*, Alianza, Madrid, 1991; BERGALLI, R., “Las estrategias de control social y la violencia del sistema penal”, *Sistema*, n.º. 132-133, Madrid, 1996, pp.129-143; del mismo, “Globalización y control social: post-fordismo y control punitivo”, *Sistema*, n.º. 160, Madrid, 2001, pp. 107-124, y *Sistema Penal y Problemas Sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; FRANKE, H., “Prison building at the end of the 19th century”, *The Bulletin of the European Group for the Study of Deviance and Social Control*, 1991.

²³⁹ CESANO, J.D., “Derechos fundamentales de los condenados a penas privativas de libertad y restricciones legales y reglamentarias, en búsqueda de los límites del legislador y de la administración”, *Revista de la Ejecución de la Pena privativa de la libertad y el encierro*, n.º. 3, 2008, p. 57 y, en el mismo sentido, ABA CATOIRA, A., *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 198.

²⁴⁰ CESANO, J.D., “Derechos fundamentales de los condenados a penas privativas de libertad y restricciones legales y reglamentarias, en búsqueda de los límites del legislador y de la administración”, cit., p. 58. Por su parte, Häberle es partidario de la conjunción de ambas teorías, HÄBERLE, P., “El legislador de los derechos”, en LÓPEZ PINA, A., (dir.) *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1991.

No obstante, Prieto Sanchís²⁴¹ ha señalado que “en la teoría de los derechos fundamentales más reciente el aspecto clave de la actividad limitadora se orienta más bien a la necesidad de justificar cualquier medida o disposición restrictiva”. Ahora bien, el enfoque en el ámbito penitenciario se traduce en que cualquier ley que pretenda restringir un derecho fundamental del recluso lo debe hacer bajo dos principios limitativos: el de proporcionalidad y el de preservación del contenido esencial de los derechos constitucionales reconocidos²⁴².

Desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho, el sistema de garantías fácticas, es decir, atendiendo a normas sociales, al sistema cultural y económico de la sociedad, queda justificado en atención a la “coacción” por parte de las normas del ordenamiento jurídico. Además, cabe señalar que los derechos fundamentales operan como límites al poder, de manera que éste no puede transgredir los derechos y su actuación y organización han de estar presididas por ello, siendo uno de los dilemas que acompañan a su efectiva realización el de las garantías en el caso de que se trate de derechos consistentes en una no-interferencia²⁴³.

Esto supone que el concepto de derechos fundamentales puede entenderse como límite de la actuación de los poderes públicos y como pauta de lo que deben hacer, es decir, se trata de reglamentar o de regular y de guiar²⁴⁴, desprendiéndose de ahí la importancia de los derechos fundamentales en el Estado de Derecho, existiendo un poder legítimo cuando se dan unas pautas, así: a) se regula por el Derecho (se relaciona

²⁴¹ PRIETO SANCHÍS, L., *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra Editores, Lima, 2002, p. 62.

²⁴² Cesano pone como ejemplo las comunicaciones de los presos a través de carta, que pueden ser objeto de apertura por motivos de seguridad afectando, en este caso, a la intimidad del recluso, esa limitación parece ser proporcional frente al interés de salvaguardar. Además, si al recluso se le suspende el ejercicio del derecho a recibir comunicaciones escritas es una acción legal. CESANO, J.D., “Derechos fundamentales de los condenados a penas privativas de libertad y restricciones legales y reglamentarias, en búsqueda de los límites del legislador y de la administración”, cit., pp. 62-63. Aunque teniendo en cuenta la terminología utilizada por Ferrajoli, la limitación no sería constitucional. REVIRIEGO PICÓN, F., “El secreto de las comunicaciones en los centros penitenciarios: comunicaciones escritas entre reclusos”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, nº. 26, Madrid, 2005.

²⁴³ ASÍS ROIG, DE R., *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, cit., pp. 25-27; HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L., “El imperio de la ley y la crisis de la ley”, en HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L., *Estado de Derecho. Problemas actuales*, Fontamara, México, 2001, pp. 17 y ss.; GARRIDO GÓMEZ, M.I., *Derechos fundamentales y Estado social y democrático de Derecho*, Dilex, Madrid, 2007, p. 56.

²⁴⁴ RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑÍZ, J., *Principios, fines y derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2000, p. 121; GARRIDO GÓMEZ, M.I., *Derechos fundamentales y Estado social y democrático de Derecho*, cit., p. 57.

con una actuación racional y con el sentido del Estado de Derecho); b) existe una participación directa o indirecta en relación con su ejercicio (se identifica con el consentimiento y la controvertida obediencia al Derecho en un Estado democrático); c) gracias al Derecho, defiende y promueve el disfrute de las libertades; y d) teniendo como instrumento al Derecho, faculta para que haya fórmulas que dejen la vía abierta al disenso. Los dos últimos se proyectan directamente sobre los derechos fundamentales²⁴⁵.

La existencia de unas garantías hacia los derechos fundamentales hace pensar, por la doctrina, entre ellos, Bobbio, Haberle, Martín-Retortillo²⁴⁶, que hay derechos que merecen ser protegidos.

5.3 Sistema de garantías constitucionales y la repercusión en el ámbito penitenciario

La Constitución, para dotar de eficacia real a los derechos fundamentales, prevé diversos tipos de garantías, las normativas, jurisdiccionales y las institucionales²⁴⁷. Las primeras y las últimas se refieren, respectivamente, a los instrumentos normativos dirigidos a evitar la alteración del contenido de los derechos fundamentales, lo que explica en la Constitución el principio de rigidez, es decir, la inalterabilidad en el número de los derechos y libertades; y el control del Parlamento contra la acción del Gobierno, que es el caso de la figura del Defensor del Pueblo, cuya función es proteger todos los derechos fundamentales.

²⁴⁵ ASÍS ROIG, DE R., *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, cit., pp. 100-101; GARRIDO GÓMEZ, M.I., *Derechos fundamentales y Estado social y democrático de Derecho*, cit., p. 57; HALPIN, A., *Rights and Law. Analysis and Theory*, Hart Publishing, Oxford, 1997, pp. 50 y ss.

²⁴⁶ BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís Roig, Debate, Madrid, 1991, pp. 78 y ss.; HABERLE, P., “Efectividad de los derechos fundamentales en el Estado constitucional”, en LÓPEZ PINA, A. (dir.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales (Alemania, España, Francia e Italia)*, Cívitas, Madrid, 1991, p. 269, afirma que “[...] la efectividad (de los derechos) se remite a la cultura política de un pueblo”, por eso estamos “necesitados de la categoría de cultura de los derechos fundamentales”; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “Eficacia y garantía de los derechos fundamentales”, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, t. II, Cívitas, Madrid, 1991, pp. 585-633.

²⁴⁷ En este sentido, CRUZ VILLALÓN, P. y PARDO FALCÓN, J., “Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º. 97, 2000, pp. 73 y ss.; GARLAND, D., *The culture of control. Crime and Social Order in Contemporary Society*. Oxford University press, Oxford, 2001; BAÑO LEÓN, J.M., “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º. 24, 1988, pp. 155 y ss.

En suma, *las normativas* se refiere a aquellas garantías derivadas de su posición en el texto constitucional o de las condiciones impuestas al legislador de los derechos fundamentales, en este sentido, los derechos fundamentales se proclaman, concretamente, en su Título I, con independencia de lo que se diga más adelante acerca de la estructura interna de dicho Título. Se afirma, pues, que no son derechos de creación judicial pese a que la posición, en especial, del Tribunal Constitucional haya sido decisiva en la configuración del contenido²⁴⁸. Supone, además, garantía normativa el procedimiento de reforma de la Constitución en aquellos casos en los que afecta a los derechos fundamentales recogidos en la Sección primera del Capítulo II del Título I. Asimismo, la garantía de reserva de ley y los derechos fundamentales limitan la potestad normativa de las Comunidades Autónomas por la vía del ámbito reservado a la ley orgánica, y de otro, cuando se afirma que el Estado tiene competencia exclusiva en la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales²⁴⁹.

Por lo que respecta a las *garantías institucionales*, se ha llegado a afirmar que los derechos fundamentales son garantías institucionales, recogidas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, concretamente en la Sentencia 32/1981, de 28 de julio, Fj. 3, dictaminando que "El orden jurídico-político establecido por la Constitución asegura la existencia de determinadas instituciones, a las que se considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ellas un núcleo o reducto indispensable por el legislador. Las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y las normaciones que las protegen son, sin duda, normaciones organizativas, pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, en éstas la configuración institucional concreta se refiere al legislador ordinario, al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza. No obstante, no hay que confundir los derechos fundamentales

²⁴⁸ CRUZ VILLALÓN, P., "Formación y evolución de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº. 25, 1989, nota 2, pp. 35 y ss.

²⁴⁹ Art. 149.1.1 de la CE. En este sentido, BARCELÓ, M., *Derechos y deberes constitucionales en el Estado autonómico. Un análisis sobre la relación entre la organización territorial del Estado y la regulación de los derechos y deberes constitucionales*, Cívitas, Madrid, 1991.

con la garantía institucional, ya que aquellos ofrecen una mayor resistencia a la acción del legislador y la garantía es más vulnerable”²⁵⁰.

Ahora bien, pese a la diferencia indicada, ni el origen dogmático de la garantía institucional ni la configuración de los derechos fundamentales respalda la diferencia. Por definición, la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Dicha garantía es desconocida cuando la institución es limitada, de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre²⁵¹.

Para que los derechos fundamentales se garanticen es preciso el principio de legalidad²⁵² y el principio general de jurisdiccionalidad para que las lesiones sean sancionadas²⁵³. Junto a ellos, se encuentran las garantías a través de la legitimación pudiendo ser formal y sustancial. En un Estado democrático los derechos tienen que estar tutelados. La legitimación formal es aquella que viene asegurada por el principio de legalidad y de sujeción del juez a la ley, y la sustancial es la que recibe la función judicial de su capacidad de tutela o garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, es decir, la inmunidad del ciudadano frente a las intervenciones arbitrarias está garantizada por la estricta legalidad, es decir, por la sujeción del juez solamente a la ley, que al mismo tiempo asegura la máxima legitimación formal²⁵⁴. Es Cesano²⁵⁵ quien

²⁵⁰ BAÑO LEÓN, J.M^a., “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española”, cit., p. 155.

²⁵¹ Para más detalle sobre el tema ver JIMÉNEZ BLANCO, A., “Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución española”, *Estudios sobre la Constitución*, Homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría, t. II, Cívitas, Madrid, 1991, pp. 635 y ss.; GALLEGO ANABITARTE, A., *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales: análisis y doctrina jurisprudencial*, Cívitas, Madrid, 1994.

²⁵² Ver en cuanto al principio de legalidad, a LÓPEZ CALERA, N.M., *Introducción a los derechos humanos*, Comares, Granada, 2000, p. 37.

²⁵³ Estos principios Ferrajoli los predica de los derechos de libertad y de los derechos sociales. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, cit., p. 917. Para saber más sobre la jurisdicción penitenciaria, MAPELLI CAFFARENA, B., “La judicialización penitenciaria, un proceso inconcluso”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 277 y ss.

²⁵⁴ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, cit., p. 918.

²⁵⁵ CESANO, J.D., “Legalidad y control jurisdiccional. Construcción de garantías para lograr un trato humano en prisión. Reflexiones a partir de la realidad carcelaria argentina”, cit., pp. 777-799; del mismo, *La ejecución de la pena privativa de libertad: Una lectura desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2009, pp. 74 y ss.; del mismo, “Limitaciones al legislador y al poder administrador”, en CESANO, J.D. y REVIRIEGO PICÓN, F.,

establece que se hace indispensable construir mecanismos de protección donde cobran relevancia dos garantías esenciales: la de legalidad ejecutiva y la de tutela judicial efectiva.

Desde este punto de vista, es indiscutible reconocer el principio de legalidad como el principio informador del derecho, de este modo en nuestro Estado configurado como social y democrático de Derecho se materializan unos valores superiores que se concretan en principios básicos de organización del Estado. Partiendo del principio de legalidad se derivan una serie de garantías, por ejemplo, en la plasmación de delitos y penas para proteger a la sociedad, pero también en la plasmación de derechos básicos para proteger a ciudadanos. En este sentido, al Estado se le exige que sea respetuoso con el ciudadano al que se le reconoce como sujeto digno, igual y capaz de participar en la vida social²⁵⁶.

De ahí derivan otros principios como el de *humanidad, culpabilidad, proporcionalidad y resocialización*²⁵⁷. Este es el punto de partida donde entran en conflicto la garantía de los derechos de la sociedad ante la criminalidad y la garantía de los derechos del preso, un problema que exige que se resuelva de forma que la protección de los intereses de la sociedad sean lo más racionales, justos y controlables posible, de modo que incluya el mínimo sacrificio de los derechos individuales del delincuente²⁵⁸. Tal problema conlleva el conflicto doctrinal de reconocer como principios materiales el de justicia y el de utilidad como configuradores de criterios para la pena, de criterios de fijación de conductas punibles, de los principios de dañosidad social, del principio de tolerancia y de respeto de la dignidad humana. Se indica, por la doctrina, entre ellos Sánchez Martínez²⁵⁹, que “hay principios que son necesarios pero

(coords.), Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones, Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2010, pp. 49-79.

²⁵⁶ SÁNCHEZ MARTÍNEZ, O., *Los principios en el Derecho y la Dogmática penal*, cit., p. 89; BAUMAN, Z., *La Globalización. Consecuencias humanas*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001; del mismo, *La posmodernidad y sus descontentos*, Akal, Madrid, 2001; BECK, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós Ibérica, Barcelona, 1998.

²⁵⁷ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general (Fundamentos y Teoría del delito)*, PPU, Barcelona, 1990, pp. 103 y ss.

²⁵⁸ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal y Control social*, Fundación Universitaria de Jerez, 1985, pp. 124-125, citado por SÁNCHEZ MARTÍNEZ, O., *Los principios en el Derecho y la Dogmática penal*, cit., p. 93.

²⁵⁹ SÁNCHEZ MARTÍNEZ, O., *Los principios en el Derecho y la Dogmática penal*, cit., pp. 94-95.

insuficientes para determinar el merecimiento y la legitimidad de la pena, son principios contradictorios en la doctrina penal, el derecho penal tiene como fin reducir las formas de violencia informal en la sociedad”, pero una vez que la persona que ha cometido el delito es privada de libertad, entran en juego unos derechos fundamentales que en la mayoría de los casos son limitados, teniendo que haber equilibrio entre el principio de intervención mínima y los principios garantistas de derechos.

También se plantean conflictos internos entre los principios garantistas de la humanidad y la igualdad o la proporcionalidad y la resocialización²⁶⁰. Por lo que se refiere al principio de proporcionalidad, ha sido considerado por el Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 50/1995, de 23 de febrero, como un principio inherente al valor justicia y cercano al de igualdad e incluido en el artículo 9 de la CE, en tanto se opone frontalmente a la arbitrariedad en el ejercicio de la actuación de los poderes públicos.

El Estado social impone una finalidad preventiva general a su ordenamiento penal y, a tal efecto, exigirá que las penas fueran cumplidas. Por el contrario, de la consideración del Estado como democrático se deriva el principio de la necesidad de ofrecer al delincuente posibilidades de resocialización²⁶¹. De ello se deriva una nueva discusión, si la resocialización se aplica como medida buena para el preso o por necesidades de protección social²⁶², teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, para interpretar la finalidad resocializadora que tiene toda pena hay que tener en cuenta la forma de cumplimiento de la condena y no su duración²⁶³. De modo que, teniendo en cuenta, que la finalidad resocializadora se lleva a cabo a través del tratamiento penitenciario y que éste es voluntario²⁶⁴, el principio de resocialización sólo puede buscar una forma de vida alternativa a la delincuencia²⁶⁵, es por lo que tal finalidad aunque no se consiga, al menos, debe ser intentada como un mínimo para

²⁶⁰ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 278. Entiende que el principio de resocialización, que puede entenderse como una manifestación de la dignidad humana, puede entrar en contradicción con él y, por tanto, ambos deben conjugarse.

²⁶¹ SÁNCHEZ MARTÍNEZ, O., *Los principios en el Derecho y la Dogmática penal*, cit., p. 97. Estima que el modo de armonizar tales principios potencialmente contradictorios es insertar la prevención especial en el marco de la prevención general.

²⁶² *Ibidem*, p. 98.

²⁶³ Ver las SSTC 18/1988, 150/1991, y 55/1996, de 28 de marzo, entre otras.

²⁶⁴ En este sentido, CESANO, J.D., “La voluntariedad del tratamiento penitenciario: ¿hacia un nuevo modelo en la ejecución de la pena privativa de la libertad?”, *Nuevo Foro Penal*, n.º. 68, Medellín, 2005.

evitar la desocialización del preso, un mínimo en el que tiene cabida no sólo los parámetros de las normas, en este caso, penales y penitenciarias, sino también otros criterios de valoración pudiendo ser éticos, poniendo freno a la irrazonabilidad y la arbitrariedad²⁶⁶.

Así, nuestro Estado social y democrático de Derecho se presenta como “*principio valorativo supremo* en el sentido de llevar a cabo un tratamiento dirigido a lo *conveniente*, lo *oportuno*, lo *ampliamente aceptado*, por la sociedad, traduciéndose en la protección de los bienes jurídicos, culpabilidad, proporcionalidad o resocialización en los que necesariamente operan también juicios de valor y en los que lo obligatorio deja paso a lo oportuno, lo conveniente, lo correcto o a una tendencia deseable”²⁶⁷, de tal manera que parecen acertadas las deducciones de que dichas valoraciones se hacen según las pautas sociales vigentes²⁶⁸. En definitiva, considerando a los principios jurídicos-penales, los principios son interpretados atendiendo a una dimensión valorativa, a una dimensión metodológica o interpretativa y a una dimensión normativa²⁶⁹, de manera que incorporan criterios morales.

Desde esta perspectiva, cabe subrayar que “el estado de preso no significa que los derechos de la persona puedan ser totalmente descuidados, sino que [...] las respectivas manifestaciones exteriores de esos derechos deben ser permitidas”²⁷⁰, de manera que las restricciones de los derechos y garantías tienen que operar por vía legal y sólo la ley puede restringir esos derechos cuando la limitación sea inherente al sentido de la condena²⁷¹. En suma, los límites al legislador, o potestad legislativa debe ser ejercitada en atención a las competencias estatales con arreglo a las directrices que

²⁶⁵ Opinión, que comparto, de SÁNCHEZ MARTÍNEZ, O., *Los principios en el Derecho y la Dogmática penal*, cit., p. 98.

²⁶⁶ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, cit., p. 30.

²⁶⁷ MIR PUIG, S., *El Derecho penal en el Estado Social y democrático de derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 121 y ss., y 127.

²⁶⁸ NINO, C.S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*, UNAM, México, 1989, pp. 85 y ss.

²⁶⁹ PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 291.

²⁷⁰ RUOTOLO, M., *Derechos de los detenidos y Constitución*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 101-102.

²⁷¹ PINTO DE MIRANDA RODRÍGUES, A.M., “Derechos de los reclusos y control jurisdiccional de la ejecución de la pena de prisión”, en MUÑAGORRI LAGUÍA, E., PINTO DE MIRANDA RODRIGUES, A.M. y RIVERA BEIRAS, I., *Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción*, Bosch, Barcelona, 2000, p. 56.

establece la Norma Suprema, además, desde la esfera jurídica, se ha de actuar respetando los derechos inherentes a la personalidad individual y a la dignidad de las personas; y, de conformidad con las exigencias extrajurídicas, se ha de conducir racionalmente en línea con las necesidades político-legislativas emergentes de la vida social advertidas en la opinión pública, en coherencia con los postulados del orden constituido según la lógica de la actividad normativa²⁷².

En este sentido, hace que se tenga en cuenta las tesis del positivismo jurídico, sintetizadas por Hoerster en: 1) *la tesis de la ley*, para la que el concepto de Derecho tiene que ser definido por medio del concepto de ley (según el autor se trata de una tesis insostenible); 2) *la tesis de la neutralidad*, para la que el concepto de Derecho tiene que definirse prescindiendo de su contenido (es empleada por los iuspositivistas), esta tesis subyace en que “el concepto de Derecho tiene que ser definido de forma que su uso no presuponga ninguna valoración, ni imponga limitaciones a aquello que sustancialmente puede ser ordenado o prohibido por el orden jurídico”; 3) *la tesis de la subsunción*, para la que la aplicación del Derecho puede realizarse en todos los casos mediante una subsunción libre de valoraciones (para el autor es insostenible); 4) *la tesis del subjetivismo*, para la que los criterios del Derecho recto son de naturaleza subjetiva (es empleada por los iuspositivistas), esta tesis es fruto de la teoría filosófica general que establece que no hay normas suprapositivas objetivamente válidas; y 5) *la tesis del legalismo*, para la que las normas del Derecho deben obedecerse en todas las circunstancias (insostenible)²⁷³.

En un sentido crítico, Ferrajoli²⁷⁴ sustenta que “el sistema [...] no se compone sólo de normas formales sobre la competencia o sobre los procedimientos de formación de las leyes. Incluye también normas sustanciales, como el principio de igualdad y los

²⁷² KOMESAR, N.K., *Law's Limits. The Rule of Law and the Supply and Demand of Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, pp. 50 y ss.; GARRIDO GÓMEZ, M.I., *Derechos fundamentales y Estado social y democrático de Derecho*, cit., p. 58; MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pp. 89 y ss.

²⁷³ HOERSTER, N., “En defensa del positivismo jurídico”, en HOERSTER, N., *En defensa del positivismo jurídico*, trad. de J.M. Seña, Gedisa, Barcelona, 2000, pp. 11 y ss.; GARRIDO GÓMEZ, M.I., *Derechos fundamentales y Estado social y democrático de Derecho*, cit., pp. 58-59.

²⁷⁴ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., pp. 20-21. Para saber más sobre los términos *validez formal* y *validez material* RUÍZ MIGUEL, A., “Validez y vigencia: un cruce de caminos en el modelo garantista”, en CARBONELL, M. y SALAZAR, P., (eds.) *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 2005, pp. 213 y ss.

derechos fundamentales, que de modo diverso limitan y vinculan al poder legislativo excluyendo o imponiéndole determinados contenidos. Así, una norma –por ejemplo, una ley que viola el principio constitucional de igualdad- por más que tenga existencia formal o vigencia, puede muy bien ser inválida y como tal susceptible de anulación por contraste con una norma sustancial sobre su producción”.

En atención a la garantía jurídica de los derechos fundamentales, es una “realidad multidimensional, relacional y funcional”, analizable dentro de un sistema jurídico²⁷⁵, debiendo separar las cuestiones de los derechos y de las garantías en base al principio de legalidad como Norma de reconocimiento. Esta distinción, en opinión de Ferrajoli²⁷⁶, tiene gran peso en los planos teórico y metateórico.

Ferrajoli²⁷⁷ habla de “garantías primarias”, de las prohibiciones y de las obligaciones que corresponden a los derechos y, de forma paralela, de las relaciones entre lo “permitido” y lo “prohibido”, y entre lo “permitido” y lo “no-obligatorio”. Son las garantías primarias²⁷⁸ las que a través de ciertos mecanismos hacen que los derechos sean efectivos. Las “garantías secundarias” se establecen en cuanto a las obligaciones que incumben a los órganos judiciales de aplicar la sanción o de declarar la anulación, si hay actos inválidos o ilícitos que infrinjan las obligaciones o las prohibiciones que forman las garantías primarias. Consisten en vías de reclamación, si es que se infringen, porque los derechos sociales poseen una estructura y un contenido que les diferencian de los individuales²⁷⁹. Pero esta teoría de Ferrajoli ha sido criticada, cabiendo destacar entre los críticos a Martí Mármol así se ha argumentado que ha convertido los derechos en un instrumento insaciable que devora la democracia, el espacio político y la

²⁷⁵ PEÑA FREIRE, A. M., *La garantía en el Estado constitucional de Derecho*, Trotta, Madrid, 1997, p. 31.

²⁷⁶ FERRAJOLI, L.: “Derechos fundamentales”, en CABO, A. de y PISARELLO, G. (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, trad. de P. Andrés y A. de Cabo, Trotta, Madrid, 2001, pp. 50 y 51.

²⁷⁷ FERRAJOLI, L., “Los derechos fundamentales en la Teoría del Derecho”, en CABO, A. de y PISARELLO, G. (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 192 y 193.

²⁷⁸ Ver, por todos, FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruíz Miguel, J.C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Trotta, Madrid, 1995.

²⁷⁹ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., pp. 917-918. Y sobre la cuestión, cfr. CARBONELL, M., “La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli”, en CARBONELL, M. y SALAZAR, P. (eds.), *Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 2005, p. 183.

autonomía moral de la que se hacen derivar²⁸⁰, otra de las críticas es argumentativa, en el sentido de que las garantías no han de contemplarse como lagunas del Derecho positivo, sino que han de estimarse como una medida para distinguir la existencia y la operatividad jurídica verificada de la previsión de un derecho subjetivo²⁸¹.

Ferrajoli²⁸² hace una distinción clara entre Derecho y moral a través de las tesis del formalismo y el utilitarismo jurídico²⁸³ al que me remito, defendiendo que la separación entre Derecho y moral es presupuesto necesario para cualquier teoría garantista y para cualquier sistema de Derecho penal mínimo. De modo que en base al principio de legalidad es delito aquello que está prohibido y no todo lo que es reprochable. Por tanto, Ferrajoli sostiene una posición formalista separando los derechos fundamentales de sus garantías, y manteniendo que los problemas se pueden arreglar teóricamente al existir una “disfunción normativa”.

De este modo, la cuestión de las garantías hace que haya derechos con un mayor grado de resistencia que otros en dependencia de lo que haya decidido el poder²⁸⁴. Desde este punto de vista, Guastini²⁸⁵ habla de derechos “sobre el papel” y “verdaderos”.

Para atribuir derechos basta con que una norma se formule como atributiva. Por el contrario, para que se garanticen no es suficiente proclamarlos, se precisa también disponer los mecanismos adecuados para su protección. En síntesis, los derechos “verdaderos” son “los susceptibles de tutela jurisdiccional, pudiendo ejercitarse o

²⁸⁰ MARTÍ MARMOL, J.L., “El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales”, en CARBONELL, M. y SALAZAR, P. (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, cit., p. 365; PINTORE, A., “Derechos insaciables”, en CABO, A. de y PISARELLO, G. (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 243, citado por GARRIDO GÓMEZ, M.I., “La relación entre los derechos fundamentales y el poder”, p. 16, disponible en www.universitas.idhbc.es, última consulta el 17 de febrero de 2010.

²⁸¹ PALOMBELLA, G., “Derechos fundamentales. Argumentos para una teoría”, *Doxa*, nº. 22, 1999, p. 539, citado por GARRIDO GÓMEZ, M.I., “La relación entre los derechos fundamentales y el poder”, cit., p. 16.

²⁸² FERRAJOLI, L., *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, cit., pp. 219 y ss.

²⁸³ Entendiendo que el utilitarismo no es condición de por sí suficiente para fundamentar en el plano teórico sistemas garantistas de derecho penal mínimo. *Ibidem*, pp. 231 y 260.

²⁸⁴ PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1994, pp. 95 y ss.

²⁸⁵ GUASTINI, R., “Derechos”: Una contribución analítica (Draft), en SAUCA, J.M. (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1994, pp. 133-134.

reivindicarse frente a un sujeto concreto”. El contenido se refiere a una obligación de conducta bien definida, con un sujeto que es su titular. Y los derechos “sobre el papel” son “los que no satisfacen alguna de esas condiciones”²⁸⁶. Esto supone que la función de todo servicio público ha de ser la de posibilitar el disfrute de los derechos y su promoción²⁸⁷. Al respecto entiende Bobbio²⁸⁸ que las formas de actuar un Ordenamiento represivo son las de impedir una acción no querida por medio de “hacerla imposible”, “hacerla difícil” y “hacerla desventajosa”.

Una consideración comunicativa de los individuos que viven en sociedad precisa “esgrimir una interpretación seria de la sociabilidad humana”, “conectar indisolublemente las ideas de democracia y de interés común”, e “integrar en un sistema ético aceptable la adscripción a los particulares de deberes positivos hacia terceros y hacia la comunidad”²⁸⁹. En esta línea, la figura de Rawls representa una referencia básica, el cual intenta superar el desequilibrio entre el “principio de igual respeto para con las diversas concepciones de la vida buena” y la “solicitud y atención a los intereses de todos”. Para ello se presentan unos principios de justicia compartidos unánimemente en circunstancias ideales²⁹⁰.

5.4 Especial consideración de las garantías en los Centros penitenciarios

En el ámbito penitenciario, Cesano²⁹¹ indica acertadamente que esta distinción de garantías es relevante, por cuanto la ley limita derechos de los presos apelando a expresiones cargadas de vaguedad. Es por ello por lo que hay que buscar criterios que limiten la actividad legislativa y reglamentaria en la medida en que, bajo la vaguedad e imprecisión que subyace a la invocación de que determinada restricción resulta

²⁸⁶ GARRIDO GÓMEZ, M.I., “Derechos y garantías jurídicas en el discurso de la protección de la familia”, cit., p. 200.

²⁸⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “De la función de los derechos fundamentales”, *Derechos sociales y positivismo jurídico. (Escritos de Filosofía jurídica y social)*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 139 y ss.

²⁸⁸ BOBBIO, N., *Contribución a la Teoría del Derecho*, Debate, Madrid, 1990, pp. 371-385.

²⁸⁹ GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J., “Solidaridad y derechos de las minorías”, en PRIETO SANCHÍS, L., *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Escuela Libre, Madrid, 1994, pp. 149 y ss., citado por GARRIDO GÓMEZ, M.I., “Derechos y garantías jurídicas en el discurso de la protección de la familia”, cit., p. 201.

²⁹⁰ RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, trad. de M.D. González Soler, Fondo de Cultura Económica de España, Madrid, 1997; del mismo, *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, trad. de M.A. Rodilla, Tecnos, Madrid, 1999; VIDAL GIL, E. J., *Los derechos de solidaridad en el ordenamiento jurídico español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 130 y 131.

²⁹¹ CESANO, J.D., “Limitaciones al legislador y al poder administrador”, cit., pp. 55-56.

inherente al sentido de la condena, puedan afectarse derechos fundamentales de los internos.

Junto al principio de legalidad se encuentra el de la tutela judicial, advirtiéndose que es el Juez de Vigilancia Penitenciaria quien ha de velar por las situaciones que afecten a los derechos y libertades de los presos condenados al constituir un medio efectivo de control del principio de legalidad y una garantía de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos²⁹². En cuanto a las garantías jurisdiccionales, hay que partir de una definición del derecho a la jurisdicción, doctrinalmente lo define Carrió como “aquel que todo hombre tiene, por un lado, a no ser afectado en su libertad sin intervención de un órgano jurisdiccional y, por otro, a que las quejas, agravios, insatisfacciones, etc., que pueda tener el habitante de un país sean ventilados ante un órgano judicial del Estado y eventualmente satisfechos”²⁹³. Por su parte, Serrano Alberca²⁹⁴ postula que no es un derecho a cualquier jurisdicción, sino a una jurisdicción que está subjetiva y objetivamente inspirada en los principios de todo Estado social y democrático de Derecho, por lo tanto, los principios que rigen la actuación del Poder Judicial serían garantías de los derechos fundamentales.

Las garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales se encuentran, básicamente, enunciadas en el artículo 53.2 de la CE no haciendo falta que se produzca un daño para que el derecho en cuestión esté garantizado o protegido, el precepto dictamina que “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”, de otro lado, esa tutela jurisdiccional ordinaria se proclama en el artículo 24.1 de la CE, la tutela judicial efectiva, como un derecho fundamental, indicando una gran flexibilidad en el establecimiento de vías que garanticen su efectividad²⁹⁵. Según la jurisprudencia del

²⁹² STC de 30 de junio de 1983 reiterada por la STC 72/1994, de 3 de marzo.

²⁹³ CARRIÓ, G.R., “Sobre la Administración de justicia y el derecho de la jurisdicción”, *Anuario de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid*, nº. 5, 1988-1989, p. 44.

²⁹⁴ SERRANO ALBERCA, J.M., “Las garantías jurisdiccionales como derechos fundamentales”, *Anuario de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid*, nº. 3, 1984-1985, p. 443.

²⁹⁵ LÓPEZ GUERRA, L., “La garantía de la Constitución”, en PECES-BARBA MAR´TINEZ, G. y RAMIRO AVILÉS, M.A., (coords.), *La Constitución a examen. Un estudio académico de 25 años después*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de

Tribunal Constitucional es una garantía que asegura el proceso y es previa (STC 337/2005, de 20 de diciembre)²⁹⁶. Apunta que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, proyectándose las garantías procedimentales de este complejo artículo sobre las actuaciones que estuvieran dirigidas a ejercer las potestades sancionadoras de la Administración²⁹⁷.

Esta distinción entre uno y otro orden sancionador, debe hacerse “en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 de la CE”²⁹⁸. Por lo tanto, hay unos derechos que también se presumen para el recluso, como el derecho a la defensa, el derecho a ser informado de la acusación, el derecho a la presunción de inocencia, etc.

El aspecto predominante es el derecho de todos a la jurisdicción, lo que supone, según el artículo 119 de la CE, que la justicia será gratuita cuando así lo disponga la Ley, y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar. En atención al mismo, Garrido Gómez añade la realización de un trabajo óptimo, evitar privilegios y discriminaciones a favor de unos y en perjuicio de otros²⁹⁹.

A efectos de nuestro estudio, interesa concretar qué garantías existen para el cumplimiento de los derechos fundamentales de los presos, atendiendo a nuestro Estado social y democrático de Derecho, esto es que frente a los derechos de libertad, que son *derechos de* (o *facultades* de comportamientos propios) a los que les corresponden *prohibiciones* (o deberes públicos de no hacer), existen derechos sociales o *derechos a*

Madrid, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 242 y ss.

²⁹⁶ Otras sentencias representativas son, SSTC 99/1989, de 5 de junio; 223/2001, de 5 de noviembre, Fj. 4 y, 77/2003, de 23 de abril, Fj. 3.

²⁹⁷ STC 18/1981, de 8 de junio, reiterada por la STC 316/2006, de 15 de noviembre.

²⁹⁸ REVIRIEGO PICÓN, F., “España: centros penitenciarios y derechos fundamentales”, en CESANO, J.D. y REVIRIEGO PICÓN, F., (coords.), *Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones*, Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2010, p. 228.

²⁹⁹ GARRIDO GÓMEZ, M.I., *Derechos fundamentales y Estado social y democrático de derecho*, cit., p. 181; de la misma, “Hacia una justicia racional y efectiva en el orden civil”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, nº. 78, 1991, p. 116; PÉREZ NIETO, R., *El derecho a la tutela judicial efectiva y las garantías constitucionales del proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

los que les deberían corresponder *obligaciones*³⁰⁰, por tanto, el Estado de Derecho resulta del conjunto de las garantías liberales y sociales³⁰¹, reflejando los intereses y necesidades de todos. En consecuencia, las garantías penales y procesales no pueden ser más que un sistema de prohibiciones inderogables: prohibiciones de castigar, de privar de libertad, de registrar, de censurar o de sancionar de alguna otra forma, *si no* concurrieren las condiciones establecidas por la ley en garantía del ciudadano frente a los abusos del poder³⁰².

Hay que advertir que la cárcel es refractaria a cualquier tipo de control externo³⁰³, se debe a la doctrina de las relaciones especiales de sujeción que significa que “la Administración en función de la prestación de ese servicio establece unas relaciones no jurídicas o domésticas que le permite regular todo lo que es la ejecución de la pena privativa de libertad en un campo completamente ajeno al control del derecho”³⁰⁴. Se debe dar, de un lado, un control jurisdiccional en el sentido de que el juez de ejecución debe garantizar que, en el cumplimiento de la pena, la Administración no incurra en desviaciones de poder que restrinjan derechos que no se encontraban afectados por la sanción impuesta³⁰⁵, que según Cesano supone tres aspectos³⁰⁶. En primer lugar, controlar la legalidad de los procedimientos administrativos sancionatorios; en segundo lugar, es necesario que el juez pondere ciertas decisiones administrativas (ya no sancionatorias) que pueden limitar derechos fundamentales, en orden a su razonabilidad, ya que la Administración penitenciaria -en ocasiones- impone restricciones acudiendo a conceptos vagos como a la necesidad del tratamiento o por razones de seguridad que no guardan una relación con la garantía mínima que debe contar la limitación. Y, finalmente, es necesario evitar que el dolo que la pena implica se

³⁰⁰ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit. p. 861.

³⁰¹ *Ibidem*, p. 864.

³⁰² *Ibidem*, p. 861.

³⁰³ Así lo entiende MAPELLI CAFFARENA, B., “Ejecución y proceso penal”, en AA.VV., *Jornadas sobre sistema penitenciario y derechos humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 61. Pero ya lo reflejó Foucault cuando aseveró que “la prisión no es hija de las leyes, ni de los códigos, ni del aparato judicial; que no está subordinada al tribunal como instrumento dócil o torpe de las sentencias que da y de los esfuerzos que quisiera obtener; que es él, el tribunal, el que es, por relación a ella, exterior y subordinado”, FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar*, cit., p. 314.

³⁰⁴ MAPELLI CAFFARENA, B., *Ejecución y proceso penal*, cit., p. 61.

³⁰⁵ Esta postura es sostenida, entre otros, por GUZMÁN DALBORA, J.L., *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2009, p. 237.

³⁰⁶ Más desarrollado aparece en CESANO, J.D., “Las expectativas respecto del control jurisdiccional”, en CESANO, J.D. y REVIRIEGO PICÓN, F., (coords.), *Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones*, Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2010, pp. 84-87.

intensifique por déficits o limitaciones materiales, igualmente de agravar ilegítimamente las condiciones de detención, es decir, que no se vulnere la dignidad del condenado por ser propia de su condición de persona (hace referencia a la alimentación, higiene, hacinamiento, etc.).

El control en estos aspectos puede evitar los motines en las cárceles, pero el excesivo control también es problemático, pudiendo dar lugar a una mayor incertidumbre o insostenibilidad de las relaciones entre el personal y los presos, una mayor polarización y distanciamiento entre ellos, dando lugar a inseguridad y disminución en el nivel de tolerancia entre ambas partes. En consecuencia, los presos experimentan un sentimiento de injusticia que da lugar a la movilización, al desorden, atenuando la tensión en un establecimiento penitenciario.

Pero también hay que efectuar un control sobre el régimen, para evitar los efectos despersonalizadores que la propia institución carcelaria conlleva, es decir, la prisionalización, es por ello que la política penitenciaria progresista propone el principio de ejecución penitenciaria mínima. Es decir, se “reclama un constante incremento de los espacios de relación con el mundo libre”³⁰⁷, siendo aquí donde tiene cabida los permisos de salida o la libertad condicional.

En consecuencia, el régimen penitenciario resocializador es un régimen inspirado en el principio de aproximación, de asimilación entre la vida penitenciaria y la vida libre, un régimen dirigido a garantizar la potenciación de la condición del interno de parte integrante de la sociedad³⁰⁸. Por eso, se requiere limitar la intervención en los derechos de los presos al mínimo imprescindible en que consista la pena de privación de libertad rechazando aquellas privaciones y limitaciones de derechos que no estén justificados por la necesidad de la seguridad y orden penitenciarios, bajo el estricto control del Juez de Vigilancia, garante de la ejecución prisional. Esto significa que el régimen penitenciario no sólo debe basarse en los principios de humanidad e intervención mínima sino que debe haber una intervención administrativa ofreciendo

³⁰⁷ Al respecto, MAPELLI CAFFARENA, B., “Presupuestos de una política penitenciaria progresista”, en AA.VV., *Francesco Carrara. Homenaje en el centenario de su muerte*, Temis, Bogotá, 1988, p. 251; CESANO, J.D., “Las expectativas respecto del control jurisdiccional”, cit., p. 87.

³⁰⁸ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Reflexiones acerca de la relación entre régimen penitenciario”, cit., p. 61.

prestaciones garantizadoras que no se queden en prestaciones específicas del mundo penitenciario (como sistemas educativos exclusivos, o laborales o sanitarios), además de potenciar al máximo los lazos con el mundo exterior.

En tal sentido, en no pocas ocasiones la Administración suele utilizar estas instituciones (propias de la progresividad) como medio de gobernabilidad de la prisión³⁰⁹, sobre todo en aquellos casos en los que se retrasa injustificadamente la progresión de la clasificación en grados. En consecuencia, se hace necesario un control por parte de la judicatura sobre determinadas decisiones o hechos determinantes de la Administración penitenciaria³¹⁰, ya que toda acción discrecional de la Administración se apoya en una realidad fáctica que actúa como supuesto de hecho de la norma que ha de aplicarse³¹¹. Es por ello que la principal característica es que las resoluciones de la Administración están sujetas a los principios de legalidad y discrecionalidad. Para que una resolución de la Administración penitenciaria sea discrecional ha de plasmarse con arreglo a los fines que persiga la actividad, atacándose, en consecuencia, aquellos actos que se dirijan a un fin distinto del que en principio se determinó o supongan una medida innecesaria o desproporcionada para alcanzar el fin. Supone o un desvío de poder o un exceso³¹². En consecuencia, toda decisión administrativa ha de cumplir unos requisitos como son: la motivación de la decisión; la necesidad de justificación objetiva y; la presunción de legalidad de los actos administrativos.

Con esta perspectiva, se afirma que la Administración ha de actuar conforme a los valores superiores del ordenamiento jurídico, pues no puede crear obligaciones ni otorgar derechos subjetivos típicos o activos³¹³. Se trata de conseguir unas garantías³¹⁴

³⁰⁹ CESANO, J.D., “Las expectativas respecto del control jurisdiccional”, cit., p. 88.

³¹⁰ En este sentido, BACHS I ESTANY, J.M., “El control judicial de la ejecución de penas en nuestro entorno cultural”, en RIVERA BEIRAS, I., (ccoord.), *Cárcel y derechos humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 147 y ss.

³¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo. (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, Cívitas, Madrid, 1995, pp. 31-49.

³¹² BARRY, N., *Limited Government, Individual Liberty and the Rule of Law*. Selected Works of Arthur Asher Shenfield, E. Elgar, Cheltenham, 1998; LATORRE SEGURA, A., *Introducción al Derecho*, Ariel, Barcelona, 2006, pp. 167 y ss.

³¹³ GARRIDO GÓMEZ, M.I., *Derechos fundamentales y Estado social y democrático de Derecho*, cit., p. 63.

³¹⁴ Se consideraba que un sistema constitucional adecuado podía resolver las principales injusticias y desigualdades sociales, por ello aparecen las Constituciones prometiendo derechos básicos iguales para todos, según GARGARELLA, R., *Derecho y Grupos Desaventajados*, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 100 y ss., “muchos grupos sociales afirmaban que en lugar de prometer a todos los individuos

en cuanto al respeto de los derechos de los grupos diferenciados y, en especial, a las mujeres y extranjeros reclusos dentro del sistema penal, paliando la discriminación por razón de género que se produce.

Frente al control del régimen, nos encontramos con el control del tratamiento penitenciario, que como bien piensa Cesano³¹⁵ no hay que confundir régimen progresista con tratamiento penitenciario, es decir, que la flexibilización del encierro carcelario no puede verse frustrada por la falta de adhesión a los programas de tratamiento, de lo contrario la cárcel se transformará en un “laberinto de obediencias fingidas”³¹⁶. Pero la mayor diferencia entre régimen progresivo y tratamiento es que este último tiene como objetivo la reinserción social del recluso³¹⁷. Ya se observará, en el Capítulo correspondiente, que las características del tratamiento penitenciario son las de ser voluntario, individualizado, general a todo preso, etc., ahora bien, si a través del tratamiento se pretende una resocialización mínima, parece lógico que la actividad de la Administración penitenciaria sea controlada por una autoridad judicial bien para que a través de los programas de tratamiento no se vulnere derechos del preso además de tener la posibilidad, frente a las posibles carencias de la Administración en la ejecución de programas, de estructurar programas específicos, incluso evaluar y orientar sobre los mismos³¹⁸.

Con independencia de quién establezca los programas de tratamiento, estos van encaminados a la reinserción social del preso, esto es, a evitar eventuales recaídas en el delito, “el objetivo principal de esos programas es la disminución de futuras actuaciones abusivas, al ayudar a los penados a tener más conciencia y así desarrollar respuestas alternativas a los disparadores asociados con su conducta desviada y lograr empatía por sus víctimas y por otras personas”³¹⁹.

los mismos derechos, la Constitución debería establecer tratos diferenciales y derechos especiales para los más desaventajados”.

³¹⁵ CESANO, J.D., “Las expectativas respecto del control jurisdiccional”, cit., p. 88.

³¹⁶ DOBÓN, J. y RIVERA BEIRAS, I., *Secuestros institucionales y derechos humanos: la cárcel y el manicomio como laberintos de obediencias fingidas*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 13-43.

³¹⁷ Cesano entiende el concepto de reinserción social en el sentido de lograr el mero respeto de la legalidad, es decir, readaptación social mínima. De lo contrario, la pena pierde toda su legitimidad. CESANO, J.D., “Las expectativas respecto del control jurisdiccional”, cit., p. 89; del mismo, “El tratamiento penitenciario”, *Revista de Derecho penal y procesal penal*, n.º. 1, Rosario, 2007, p. 65.

³¹⁸ En este mismo sentido se pronuncia CESANO, J.D., “Las expectativas respecto del control jurisdiccional”, cit., p. 90.

³¹⁹ CESANO, J.D., “El tratamiento penitenciario”, cit., p. 74.

A efectos de nuestro estudio interesa concretar que se establece una igualdad penal para todos los sujetos, es el llamado *valor garantista del principio de regulatividad* y de la consiguiente prohibición de las leyes penales constitutivas (que supone la desigualdad y la discriminación)³²⁰, ya que todos los hombres son iguales penalmente en cuanto a que son castigados por lo que hacen y no por lo que son y en cuanto sus acciones, y no su (distinta) personalidad. La igualdad jurídica puede ser definida como igualdad en los derechos fundamentales. Para Ferrajoli, “Los derechos fundamentales son, en efecto, las técnicas mediante las cuales la igualdad resulta en ambos casos asegurada o perseguida [...] precisamente, las garantías de los derechos de libertad aseguran la igualdad formal o política. Las garantías de los derechos sociales posibilitan la igualdad sustancial o social. Unas tutelan las diferencias, para las que postulan la tolerancia; las otras, remueven o compensan las desigualdades que postulan como intolerables. Los derechos del primer tipo son derechos a la diferencia, es decir, a ser uno mismo y a seguir siendo personas diferentes de las demás; los del segundo son derechos a la compensación de las desigualdades y, por ello, a llegar a ser personas iguales a las demás en las condiciones mínimas de vida y supervivencia”. En este sentido define a los derechos fundamentales como aquellos derechos cuya garantía es igualmente necesaria para satisfacer el valor de las personas y para realizar su igualdad³²¹.

De manera particular, ha sido frecuente la utilización de las garantías en orden al derecho a la igualdad. En las primeras Sentencias, el Tribunal Constitucional, ha venido estableciendo que la igualdad sólo es violada si está desprovista de una justificación objetiva y razonable; justificación que ha de apreciarse en relación a la finalidad y los efectos de la medida correspondiente, exigiendo la existencia del principio de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida³²². Con la aplicación al derecho a la igualdad, el Tribunal Constitucional ha venido utilizando el principio de proporcionalidad en relación con los límites de otros derechos fundamentales, como por ejemplo, el derecho a la tutela judicial efectiva, en el sentido

³²⁰ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, cit., p. 505.

³²¹ *Ibidem*, pp. 907-908..

³²² Por todos, SSTC 22/1981, de 2 de julio; 34/1981, de 10 de noviembre; 76/1990, de 26 de abril; y, 158/1993, de 6 de mayo.

de que se vulnera este derecho cuando el órgano judicial hace una interpretación de los requisitos procesales de una forma desproporcionada con la finalidad para la que se establecen. No obstante, el Tribunal ha utilizado este principio como sinónimo de “ponderación necesaria de derechos y libertades fundamentales en conflicto, o de los bienes constitucionales en presencia”, bien sea en relación con el derecho de libertad y la duración de la prisión provisional³²³.

Desde los puntos de vista analizados, todos estamos seguros de que la cárcel no reeduca ni reinserta, por lo tanto cabe preguntarse para qué sirve. Desde un punto de vista social se argumenta que es para que la sociedad se quede tranquila durante el periodo de cumplimiento de la pena privativa de libertad. Pero, cuando ésta es cumplida vuelve a su entorno, a no ser que se den facilidades para otro entorno diferente. En suma, la cárcel es un espacio para aislar temporalmente a un sujeto considerado como indeseable por la sociedad. Desde esta perspectiva, cabe advertir que se ha creado una sociedad dentro de la sociedad, concebida por algunos como la *escuela del crimen*, como es el caso de Concepción Arenal o Victoria Kent. Lo que se pretende es una disciplina, es decir, el depósito más la seguridad³²⁴.

Frente a la idea de que la sociedad tan sólo se conforma con que el sujeto que ha cometido el hecho delictivo sea encarcelado y que cumpla la totalidad de la pena, se establece un régimen de garantías y protección de los derechos de los reclusos partiendo de la garantía criminal, es decir, *nullum crimen sine lege*, esto es, que ninguna conducta puede ser calificada como delito sino está regulada por la Ley, así lo indica el artículo 1 del Código penal al dictaminar que “No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración. Las medidas de seguridad, sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la Ley”.

Además, nos encontramos con la garantía penal, *nulla poena sine lege*, es decir, ha de imponerse exclusivamente la sanción que se encuentra tipificada para el delito

³²³ STC 8/1990, de 25 de julio. Otras sentencias representativas son SSTC 241/1991, de 16 de diciembre y, 85/1992, de 8 de junio.

³²⁴ NEUMAN, E., “Aspectos penológicos”, cit., p. 32, indica que “(depósito + seguridad) resulta aniquilante de la personalidad del recluso”.

cometido, así lo indica el artículo 2 del CP “No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las Leyes que establezcan medidas de seguridad. No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda, sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario”.

Por último, la garantía de la ejecución de la pena y de la medida de seguridad, se regula en el artículo 3 del CP “No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales. Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y Reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes”. En definitiva, como indica el artículo 2 de la LOGP “La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Ley, los reglamentos y las sentencias judiciales”.

Con esta perspectiva, cabe subrayar que “toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada no existe Constitución, porque sin garantía los derechos fundamentales nos son derechos”³²⁵. Además, no hay que confundir derechos y técnicas de garantía³²⁶, en cuanto a derechos se discute sobre las exigencias éticas que están detrás de los derechos, y en cuanto a las técnicas, sobre la conveniencia de establecer

³²⁵ La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en el art. 16.

³²⁶ Esta distinción aparece en LAPORTA, F., “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa*, nº. 4, 1987, pp. 23-46; del mismo, “Sobre la fundamentación de enunciados jurídicos de los derechos humanos”, en MUGUERZA, J., (ed.), *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989, pp. 203-208.

determinados mecanismos de garantía³²⁷. Para Ferrajoli³²⁸ si se confunden derechos y garantías resultarán descalificadas en el plano jurídico las dos conquistas más importantes del constitucionalismo de este siglo, es decir, la internacionalización de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales. Como afirma este autor³²⁹, “¿En qué cosa consisten las “garantías constitucionales”? Con esta expresión se alude normalmente a la “rigidez” de la Constitución, es decir, a la no modificabilidad de los principios, de los derechos y de los institutos en ella previstos si no es mediante procedimientos de revisión agravados, y al control jurisdiccional de la constitucionalidad respecto de las leyes ordinarias reñidas con aquélla”.

Interesa concretar, por tanto, que doctrinalmente la teoría sobre el garantismo jurídico analizado por Ferrajoli pretende determinar un marco en el que el Derecho no quede abandonado a lo que diga la política, habiendo de ser regulada jurídicamente y dar un alcance lo más amplio posible al Estado social de Derecho ante la crisis de la justicia que se manifiesta en grandes masas sociales que no poseen ni los derechos más elementales³³⁰.

En conclusión, las garantías, pese a que afecta a todos los derechos fundamentales, inciden más en unos derechos que en otros, de manera que en los derechos civiles la efectividad está garantizada, incluso, en los textos internacionales de manera reiterante. En los derechos sociales, pese a que se encuentran recogidos en las Constituciones, es un paso importante pero perfeccionable³³¹.

³²⁷ GREPPI, A., “Los nuevos y viejos derechos fundamentales”, *Derechos y Libertades*, nº. 7, 1999, p. 289.

Esta postura es sostenida, entre otros, por GUZMÁN DALBORA, J.L., *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, Instituto “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid, nº. 7, Madrid, 1999, p. 289. La distinción ya la señaló LAPORTA, F., “Sobre el concepto de derechos humanos”, cit., pp. 23 y ss. y, del mismo, “Sobre la fundamentación de enunciados jurídicos de los derechos humanos”, cit., pp. 203 y ss.

³²⁸ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., p. 59.

³²⁹ FERRAJOLI, L., “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, *Doxa*, nº. 29, 2006, p. 23.

³³⁰ MORA MOLINA, J.J., *El garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli. Un estudio de Filosofía del Derecho sobre la frágil relación entre la Democracia, la Constitución y el Estado de Derecho*, Universidad de Huelva, Huelva, 2004, pp. 45 y ss.; MARTÍ MÁRMOL, J.L., “El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales”, en CARBONELL, M. y SALAZAR, P., (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 2005.

³³¹ GARRIDO GÓMEZ, M.I., “La relación entre los derechos fundamentales y el poder”, cit., p. 17.

De esta manera, cabe subrayar que uno de los fines que busca el recluso es su reconocimiento en la sociedad, es decir, que por el mero hecho de haber sido encarcelado, no suponga limitaciones a puestos de la sociedad o simplemente que se le garantice su vida frente a los efectos de venganza. “El delincuente o criminal es un hombre, pero no es un hombre común y corriente. Decimos esto porque el hombre normal aún cuando en su forma de ser tenga las mismas características, no ha llegado al límite del delincuente; es decir, a cometer el delito. No ha meditado las consecuencias, piedad, exceso de egoísmo y engaño”³³².

En definitiva, se trata de una cárcel infinitamente reformada en cuanto irreformable, que produce des-personalización, infantilización, expropiación del tiempo y de la comunicabilidad. La cárcel es, desde siempre, un lugar de contagio, de difusión de morbosidades que, en las diversas contingencias históricas, agrade a los más indefensos: pulmonías y escorbutos en las primeras Galeras; infecciones de todo tipo, locura y promiscuidad en la época del Gran Internamiento; drogas y SIDA en la cárcel contemporánea³³³. Los derechos fundamentales son medios de defensa indispensables frente al Estado porque éste representa un poder superior, constituye una fuerza irresistible; y, en cambio, no lo son en las relaciones entre individuos privados, y consiguientemente no son esgrimibles frente a los particulares, por las relaciones entre ellos -o se presumen- de igual a igual³³⁴.

No se puede creer capaz de que la prisión tenga como finalidad la reeducación y la resocialización de la persona presa si ésta no cumple la encarcelación en su lugar de origen o al menos en lugar próximo, considero que cuando el cumplimiento de la pena se produce en una prisión alejada del lugar en el que la persona presa tiene su trabajo, su familia, su residencia, su entorno social puede dar lugar, incluso, a una desocialización. Bergalli señala que es comprensible que las Instituciones penitenciarias se hayan

³³² SÁNCHEZ GALINDO, A., *Manual de conocimientos básicos de personal penitenciario*, Messis, México, 1976, p. 15.

³³³ GALLO, E. y RUGGIERO, V., *Il carcere immateriale. La detenzione come fabbrica di handicap*, Sonda, Milán, 1989, p. 7, citado por RIVERA BEIRAS, I., “La cárcel y el sistema penal (en España y en Europa)”, en BERGALLI, R. y OTROS, *Sistema penal y problemas sociales*, cit., p. 385.

³³⁴ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., “Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978”, cit., p. 34, nota a pie 31; GARLAND, D., *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, trad. de M. Sozzo, Gedisa, Barcelona, 2005; del mismo, *Punishment and modern society: a study in social theory*, Clarendon Press, Oxford, 1994. También lo refleja la STC 64/1988, de 12 de abril, Fj. 1.

convertido en simples contenedores donde las autoridades pretenden que se mantenga el orden y la disciplina sobre la base de unas condiciones y unos regímenes de vida imposibles de soportar por cualquier ser humano³³⁵. Es el artículo 12 de la LOGP la que procura que la ubicación de los Establecimientos penitenciarios no de lugar al desarraigo social. Es uno de los derechos adquiridos por la condición de preso, situando el problema en los familiares que son los que tienen el derecho de visitar, de manera que el alejamiento del Centro penitenciario del lugar de residencia habitual supone un castigo añadido, una medida arbitraria con fundamentación política para el caso de los que pertenecen a banda armada.

Un sector de la doctrina, entre ellos Manzanos Bilbao³³⁶, señala que se transgreden los derechos, pero esta transgresión es *necesaria y consustancial* a la propia gobernabilidad de la cárcel y a la necesidad de esa corporación de someter a los res para garantizar el “orden y buen funcionamiento del establecimiento”, que en realidad es el objetivo primordial de la cárcel como estructura encargada de materializar la ejecución penal fundamentada en la privación de libertad. Dicho de otro modo, el sistema carcelario no tiene como objetivo la resocialización de las personas presas, sino como todo sistema, su objetivo es autorreproducirse, perpetuarse, y para ello se alimenta de sus propias paradojas y autojustificaciones.

³³⁵ Citado por RIVERA BEIRAS, I. y OTROS., “La cárcel en España en el fin del milenio (a propósito del vigésimo aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria), cit., p. 134.

³³⁶ MANZANOS BILBAO, C., “Funciones y objetivos de las prisiones. La cárcel contra el Estado de Derecho”, *Hika*, nº. 133, 2002. Disponible en www.eco.unlpam.edu.ar, última consulta el 28 de noviembre de 2009.

CAPÍTULO III

CONSIDERACIÓN DE LOS PRESOS COMO SUJETOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

1. CONSIDERACIONES GENERALES

En este Capítulo, serán objeto de análisis los derechos fundamentales de los reclusos que pueden verse afectados por la privación de libertad y, en consecuencia, aquellos que vayan dirigidos a la reeducación y reinserción social. No obstante, los reclusos, tienen una serie de derechos que no poseen el carácter de fundamentales, pero están íntimamente relacionados con los mismos, es el caso del derecho que tiene toda persona, a su ingreso en prisión, de ser informado por escrito de sus derechos y deberes,

los pertenecientes al régimen de establecimiento, a las normas disciplinarias o a los medios de defensa³³⁷.

Las personas privadas de libertad son titulares de todos los derechos constitucionales, evidentemente, sujetos a las restricciones legítimas derivadas de la medida privativa de la libertad. La privación de la libertad implica la suspensión absoluta de algunos derechos, pero no implica la restricción de los demás. Algunos derechos, como la libertad personal o la libre circulación, se encuentran absolutamente limitados a partir de que una persona se encuentra presa, así como la libertad de residencia. Por último, la persona, sin importar su condición o circunstancia, está protegida por unos derechos constitucionales que no pueden ser objeto de restricción jurídica durante la estancia en la prisión. Se trata de derechos como el derecho a la vida, a la integridad personal y la protección de la salud, entre otros, lo cual ha sido resaltado por los Organismos Internacionales como La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Desde este punto de vista, en cualquier caso, toda limitación de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad debe ser proporcional a la finalidad de la medida privativa de la libertad. Esto hace que se le imponga al Estado y a las Instituciones penitenciarias una serie de deberes, garantías y protección para promover la efectividad de los derechos fundamentales del preso. Lo que sí es cierto que cuando una persona ingresa en prisión se produce una *relación de especial sujeción*³³⁸ con respecto a la Administración. El origen de la sujeción especial se sitúa en

³³⁷ Se encuentra recogido en los arts. 49 y 50 de la LOGP.

³³⁸ En cuanto a esa relación de especial sujeción podemos señalar como antecedente la STC 74/1985, de 18 de junio, que es la primera que utiliza el término y la STS de 23 de abril de 1976, además de las SSTC 120/1990, de 27 de junio, reiterando la 61/1990, de 29 de marzo, afirmando que el concepto de relación especial de sujeción es impreciso; 97/1995, de 20 de junio y 127/1996, de 9 de julio, declara que “la situación de sujeción especial no puede implicar la eliminación de sus derechos fundamentales”; 60/1997, de 18 de marzo, Fj. 1 que viene a decir que el interno está respecto a la Administración en una relación de sujeción especial de la cual deriva para aquélla una potestad sancionatoria disciplinaria, el ejercicio de ese poder ha de estar sujeto a normas legales de estricta observancia encontrándose, además, limitado, tanto por la finalidad propia de dicha relación como por el valor preferente de los derechos fundamentales del recluso que el art. 25.2 de la CE expresamente reconoce; 129/1995, de 11 de septiembre, Fj. 3; 35/1996, de 11 de marzo, Fj. 2; 60/1997, de 18 de marzo, Fj. 1; 175/2000, de 26 de junio, Fj. 2; 27/2001, de 29 de enero, Fj. 3; 11/2006, de 16 de enero, Fj. 2. Estas teorías de relación de especial sujeción fueron creadas por Jellinek, para quien el *status libertatis* constituye el núcleo de los derechos personales que son inherentes a toda persona e inviolables porque son los elementos esenciales para el desarrollo integral de la personalidad; MAPELLI CAFFARENA, B., “El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional”, *Tratamiento penitenciario y derechos*

Alemania en el siglo XIX, con Schmitthenner como precursor, ya que es el primer autor que utiliza el término diferenciando las relaciones de poder de las relaciones de Derecho privado y las relaciones de propiedad³³⁹. Pero no todos lo llaman relación de especial sujeción, una parte de la doctrina lo denomina *poder domesticador del Estado*³⁴⁰. García Valdés³⁴¹, reiterando lo indicado por la doctrina penitenciaria, afirma que es sujeción especial “la situación jurídica en la que ese encuentran los componentes del binomio básico en esta materia: reclusos-Administración, entendida como la reciprocidad en el total del conjunto de los derechos y obligaciones respectivos, plasmados en el texto legal”.

A efectos de lo que nos interesa hay que añadir que esta relación de sujeción especial hace referencia, exclusivamente, a los que se encuentren cumpliendo la condena de pena de prisión. Con esta perspectiva cabe subrayar que esta relación de sujeción especial se desprende directamente de la propia Constitución, cuyo art. 25.2, en atención al estado de reclusión en que se encuentran las personas que cumplen penas de privación de libertad, admite que los derechos constitucionales de estas personas puedan

fundamentales, Bosch, Barcelona, 1994, p. 25; del mismo, “Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad”, *Estudios penales y criminológicos*, t. XVI, 1993; MUÑAGORRI LAGUÍA, I., PINTO DE MIRANDA RODRÍGUES, A.M. y RIVERA BEIRAS, I., *Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción*, Bosch, Barcelona, 2000; FRAGOSO, H. C., “El derecho de los presos. Los problemas de un mundo sin ley”, *Doctrina penal*, n.º 14, 1981; GARCÍA MACHO, R., “En torno a las garantías de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción”, *REDA*, n.º 64, 1989, pp. 524 y ss.; BUENOS ARÚS, F., “Estudio preliminar”, en GARCÍA VALDÉS, C., *La reforma penitenciaria española. Textos y materiales para su estudio*, Madrid, 1981, p. 15; GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la Ley General Penitenciaria*, Cívitas, Madrid, 1982, p. 17; GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de Ciencia Penitenciaria*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Edersa, Madrid, 1983, p. 382; GONZÁLEZ VICENTE, M. P., “El derecho a la tutela efectiva en el procedimiento sancionador penitenciario”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 239, 1988, p. 45; ALONSO DE ESCAMILLA, A., “El control jurisdiccional de la actividad penitenciaria”, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 40, 1990, pp. 147-164. Hay que reseñar que un sector de la doctrina que rechazando la citada teoría como fórmula restrictiva de carácter general, no ve inconveniente en que se mantenga, es el caso de LUZÓN PEÑA, D.M., “Estado de necesidad e intervención médica (o funcional, o de terceros) en casos de huelga de hambre, de intentos de suicidio o autolesión”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 238, 1987, p. 49. La teoría de Luzón Peña es criticada por MAPELLI CAFFARENA, B., “El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional”, cit., pp. 438 y ss.

³³⁹ REVIRIEGO PICÓN, F., *Los derechos de los reclusos en la jurisprudencia constitucional*, Universitas, Madrid, 2008, p. 35; LASAGABASTER HERRARTE, I., *Las relaciones de sujeción especial*, Cívitas, Madrid, 1994, p. 39; FRAGOSO, H., “El derecho de los presos. Los problemas de un mundo sin ley”, cit., pp. 123-148.

³⁴⁰ GONZÁLEZ NAVARRO, F., “Poder domesticador del Estado y derechos del recluso”, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje a García de Enterría*, t. II, Cívitas, Madrid, 1991.

³⁴¹ GARCÍA VALDÉS, C., “Introducción. Derecho penitenciario español, notas sistemáticas”, *Ponencia presentada a las I Jornadas de Derecho Penitenciario*, Alcalá de Henares, 1984, en COBO DEL ROSAL, M., (dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M., (coord.), *Comentarios a la Legislación penal*, t. VI, vol. I, cit., p. 5.

ser objeto de limitaciones que no son de aplicación a los ciudadanos comunes y, entre ellas, las que se establezcan en la Ley penitenciaria, que regula el estatuto especial de los reclusos en Centros penitenciarios.

Esta relación de especial sujeción, que debe ser siempre entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente que corresponde a los derechos fundamentales, origina un entramado de derechos y deberes recíprocos de la Administración y el recluso, entre los que destaca el esencial deber de la primera de velar por la vida, integridad y salud del segundo, valores que vienen constitucionalmente consagrados y permiten, en determinadas situaciones, imponer limitaciones a los derechos fundamentales de presos que se colocan en peligro de muerte a consecuencia de una huelga de hambre reivindicativa, que podrían resultar contrarias a esos derechos si se tratara de ciudadanos libres o, incluso, internos que se encuentren en situaciones distintas³⁴².

El que el recluso sea sujeto de derechos, se desprende de toda norma. Tomemos como referencia La Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por La Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 que, en su Preámbulo, establece que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”, mencionándose a lo largo de todo el texto unos derechos sin distinción de la circunstancia personal de cada ser humano, sin especificar un estatus social. Todos estos derechos son reconocidos a todos los seres humanos. A continuación, detallo la relación de derechos que se establece:

1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos (art. 1).
2. Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona (art. 3) Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (arts. 4-5).

³⁴² STC 120/1990, de 27 de junio.

3. Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica (art. 6).
4. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley (art. 7).
5. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales (art. 8).
6. Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado. (art. 9).
7. Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente (art. 10).
8. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia (art. 11).
9. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques (art. 12).
10. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país (art. 13).
11. Toda persona tiene derecho a buscar asilo (art. 14).
12. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad (art. 15).
13. Derechos en cuanto al matrimonio (art. 16).
14. Toda persona tiene derecho a la propiedad (art. 17).
15. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 18); Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión (art. 19).
16. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación (art. 20).
17. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país (art. 21).
18. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social (art. 22).

19. Toda persona tiene derecho al trabajo (art. 23).
20. Toda persona tiene derecho al descanso (art. 24).
21. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación (art. 25).
22. Toda persona tiene derecho a la educación (art. 26).
23. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad y Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales (art. 27).
24. Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional (art. 28).

No sólo debemos tener en cuenta la prisión definitiva para el cumplimiento de los derechos y para garantizar los derechos fundamentales, sino que debemos tener presente que, aunque se trate de una prisión provisional, el sujeto en cuestión está privado de libertad. Una de las razones, o fin, por la que se decreta la prisión provisional es para evitar la fuga del imputado y su desaparición, ocultación o manipulación de fuentes de prueba. Dicha medida, posiblemente, es creada ya que no se puede ordenar a todos los imputados la privación de libertad con la finalidad de prevenir la comisión de futuros delitos, pese a que la mayor parte de la doctrina jurisprudencial así lo reconozca. La privación del derecho fundamental a la libertad personal en vía cautelar alcanza su grado máximo con la prisión provisional³⁴³.

En este sentido y, teniendo en cuenta el artículo 25.2 de la CE que establece que el condenado a pena de prisión gozará de los derechos fundamentales que cualquier ciudadano, es ocioso pensar que los que están en prisión provisional, como no se establece en qué grado de prisión se ha de estar, *todos* gozan de los derechos fundamentales recogidos constitucionalmente. No hace falta recordar que la situación de prisión no le exime al legislador ni a la Administración penitenciaria excluir a la población reclusa del reconocimiento de tales derechos. Quizás unos de los derechos más afectados del que está en prisión provisional y posteriormente no tenga que cumplir condena sean el derecho al honor y el derecho a la propia imagen. No obstante, la

³⁴³ SANGUINÉ, O., *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 23. No es mi tarea justificar si estamos ante una medida necesaria y eficaz, para ello me remito al primer capítulo de la obra del autor mencionado.

prisión provisional no es una sanción sino una medida procesal cautelar que tiene como finalidad preparar y asegurar el buen fin de la causa criminal³⁴⁴, debe reunir los requisitos de excepcionalidad y proporcionalidad³⁴⁵.

No obstante, como entiende Bobbio³⁴⁶, el problema básico de los derechos no se cifra en justificarlos, sino en protegerlos, es decir, más que analizar su dimensión formal, cabe estimar su eficacia y realización. Como se puede comprobar en la realidad, a aquellos que están en prisión provisional se les tienen privados ciertos derechos, por ello se entiende que el que está en prisión provisional lo está para mantener un orden público y una seguridad pública, cumpliendo la misma en Centros penitenciarios sujetos a normas penitenciarias, por tanto, a derechos penitenciarios. La prisión provisional puede y debe ser entendida como una medida de seguridad anticipada. Por su parte, Asís Roig³⁴⁷ entiende que “el Estado de Derecho no es suficiente para la protección de los derechos”.

2. LOS PRESOS COMO SUJETOS DE DERECHOS

El sujeto de los derechos humanos puede definirse como la persona o grupo de personas a las que va referida la titularidad, ejercicio y garantías de los derechos, posee una serie de connotaciones de diversa naturaleza: etimológica, lógico-gramatical, ética y jurídica. Es decir, partiendo de su etimología (del latín *subiectus*) significa lo que sustenta, lo que soporta. En cuanto al significado gramatical, es la persona de quien se predica o atribuya o anuncia algo; el antropológico se refiere a la persona, al sujeto humano, es decir, es un ser social capaz de de conocimiento y autoconocimiento, es el protagonista del acto de conocer, es capaz de diálogo, de relación intersubjetiva, es capaz de integración y de solidaridad, es capaz de rendir cuenta de sus actos: capaz, en

³⁴⁴ STC 34/1987, de 12 de marzo.

³⁴⁵ SSTC 47/2000, de 17 de febrero, y 207/2000, de 24 de julio.

³⁴⁶ BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís Roig, Debate, Madrid, 1991, p. 61; PÉREZ LUÑO, A.E., “Las funciones de los Derechos Fundamentales”, *Introducción a los Derechos Fundamentales*, vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, p. 665; SANGUINÉ, O., *Prisión provisional y derechos fundamentales*, cit., p. 77.

³⁴⁷ ASÍS ROIG, R., *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Debate, Madrid, 1992, pp. 64-65.

consecuencia, de responsabilidad, es protagonista de la historia y es protagonista de los actos morales y del Derecho³⁴⁸.

En cuanto a la connotación ética, partimos de Kant “los seres irracionales tienen solamente un valor relativo, como medios y, por ello, se llaman cosas; en cambio, los seres racionales son llamados *personas*, pues su naturaleza, les distingue ya como fines en sí mismos, esto es, como algo que no está permitido emplear solamente como un medio”³⁴⁹. Kant afirma que el único derecho del cual es titular “el hombre natural”, es el derecho a la libertad. Ésta es la tesis adoptada por los iusnaturalistas, indicando que el goce de la libertad trae como consecuencia la igualdad de todos los hombres entendida en el sentido de que unos hombres posean más libertad que otros. Y, por último, en cuanto a la connotación jurídica, se nos viene a señalar que la persona es titular de los derechos humanos.

En este momento no es mi objetivo hacer una lista exhaustiva de todos los derechos que le corresponden a los reclusos. Si bien es cierto que le corresponden todos los derechos tanto en cuanto persona como en cuanto ciudadano, salvo que por el contenido del fallo se le prive de alguno, por el sentido de la pena o por la ley penitenciaria. Atendiendo a la premisa de que el fundamento básico de la protección de las personas privadas de libertad radica en la consideración de la condición de personas de los reclusos, estatuto que no pierde por el hecho de ser condenado, de manera que, los Tribunales de Justicia u otros Organismos judiciales ordenaron que fuesen privados de su libertad, pero no de su calidad humana³⁵⁰.

No obstante, desarrollo en otro punto aquellos derechos reconocidos tanto por la Constitución española como por la Ley y el Reglamento Penitenciarios. Si tomamos como punto de partida la Constitución española, que es donde se establecen todos los

³⁴⁸ OCAÑA, M., *Sujeto de investigación científica, subjetivo, subjetividad en terminología científico-social. Aproximación crítica*, Anthropos, Madrid, 1988, p. 943.

³⁴⁹ KANT, *Die Metaphysik der Sitten in Werkausgabe*, Band VII, sección II, Suhrkamp Verlag, Frankfurt, 1979, pp. 33 y ss.; GARCÍA PELAYO, “La teoría de la sociedad en Lorenz Von Stein”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 47, 1949, p. 57, señala que “Se es persona, y por tanto fin en sí mismos, porque la persona se determina por sí misma frente a la cosa, a la naturaleza, que no puede determinarse por sí misma”.

³⁵⁰ COYLE, A., *La administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos. Manual para el personal penitenciario*, Centro Internacional de Estudios Penitenciarios, Londres, 2002, p. 31.

derechos con carácter general, vemos que no se pone ninguna limitación a la hora de reconocerlos, siempre se habla de “toda persona” (art. 17); “todos tienen derechos” (art. 15); “se reconoce” (art. 21). En ninguno de ellos se establece limitación en cuanto a la situación en la que se encuentre un sujeto. De manera que la doctrina no se ha de cuestionar si el preso tiene o no derechos, lo único que se ha de cuestionar es si los derechos que posee por la condición a la que están sujetos, son respetados y si pueden mejorarse.

Sabido es que por la situación de preso de lo que no van a gozar es de la libertad, ya que para eso se crearon las cárceles, para privarles de libertad por lo que han cometido, pero eso no significa que se le prive de los restantes derechos y libertades, salvo que lo establezca el fallo judicial, si bien es cierto que la privación de libertad lleva como consecuencia la privación de otros derechos como ya hemos reiterado en varias ocasiones. A toda persona privada de libertad se le debe garantizar, por ejemplo, expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones (art. 20.1 a) de la CE). El que se esté preso no significa que no se deban reconocer los derechos a no ser sometidos a tratos inhumanos o degradantes (art. 15), o garantizar el derecho al honor, a la intimidad personal (art. 18) y, sin embargo, está demostrado que estos son los derechos más vulnerados.

Los derechos recogidos en la Constitución y las libertades son para *todos*, las excepciones las establece la norma particular para los reclusos, la Ley Orgánica General Penitenciaria y el Reglamento. En ellas se reconocen los derechos mínimos que debe tener toda persona, respeto a la personalidad, no discriminación, velar por sus vidas, su integridad y su salud, no ser sometidos a torturas, preservar su dignidad, su intimidad, etc. Todos ellos están recogidos y reconocidos en el artículo 4 del RP. Estos son derechos en cuanto el titular es un sujeto interno de las Instituciones penitenciarias, pero, además, están los derechos reconocidos como personas y como ciudadanos y, como tales, también están sujetos a deberes. El punto de partida es el artículo 14 de la CE que dicta, “los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier

otra condición o circunstancia personal o social”³⁵¹. Si nos remitimos a la estructura organizativa de la Constitución, comprobamos que el derecho a la igualdad no se encuentra integrado dentro de la Sección “De los derechos fundamentales y libertades públicas” pero, no es motivo suficiente para no considerarlo como derecho fundamental. Es, por el contrario, considerado como derecho fundamental, como valor superior y principio fundamente del resto de los derechos.

Parte de la doctrina jurídica española, entre los que cabe mencionar a Ruíz Miguel, Jiménez Campo o Rodríguez-Piñero³⁵², reconoce que el artículo 14 de la CE establece dos preceptos diferentes: el primero, cuando dice “los españoles son iguales ante la ley”, consagra el clásico principio de que las leyes deben considerar a los ciudadanos como iguales sin hacer, entre ellos, distinciones arbitrarias o irrazonables; el segundo, imponiendo una prohibición mucho más taxativa y perentoria de introducir o aceptar “discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Con esta perspectiva, Ruíz Miguel lleva a cabo una distinción para entender el concepto de igualdad, así, habla de *reglas de igualdad relativas* (prescriben un trato igual para una categoría de personas sólo en la medida en que ese trato se otorgue a otra categoría) y, *no relativas*³⁵³ (establecen los derechos y deberes de varias personas sin referencia a la relación con otras, pone como ejemplo que todos tienen derecho a no ser torturados). Esta distinción hace entender la igualdad ante la ley³⁵⁴. En suma, la

³⁵¹ No es de aplicación aquí la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, aprobada por la Asamblea General en la Resolución 47/135, de 18 de diciembre de 1992. Ver para una distinción entre el concepto de igualdad y conceptualización a DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., pp. 209 y ss.; *El imperio de la justicia*, Gedisa, Madrid, 1988, pp. 60 y ss.; PÉREZ LUÑO, A.E., “Concepto y Concepción de los derechos humanos”, *Doxa*, n.º. 4, 1987, pp. 47-66; PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., pp. 91-92.

³⁵² RUÍZ MIGUEL, A., “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Doxa*, n.º. 19, 1996, p. 43. En este sentido, JIMÉNEZ CAMPO, J., “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º. 9, 1983; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, entre otros.

³⁵³ RUÍZ MIGUEL, A., “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, cit., p. 44; WESTEN, P., *Speaking of Equality. An Analysis of the Rhetorical Force of “Equality in Moral and Legal Discourse”*, Princeton University Press, Princeton, 1990.

³⁵⁴ La fórmula de igualdad ante la ley tiene su origen en la Revolución francesa detallada en el art. 6 de la Declaración de 1789. El Tribunal Constitucional utilizaba de forma indistinta la igualdad ante la ley y la igualdad en la aplicación de la ley, es a partir, de las SSTC 49/1985, de 28 de marzo y 58/1986, de 14 de mayo, cuando utiliza la distinción indicando que el art. 14 de la CE se refiere al contenido material de la igualdad y el art. 24.1 de la CE se refiere al contenido formal. Hay diferentes teorías de

doctrina, citando por ejemplo a Rubio Llorente y Alonso García, discrepa en cuanto a la estructura del mencionado precepto, es decir, el hecho de que por un lado se proclame la igualdad ante la ley, y, por otra, una “prohibición de discriminación en razón de circunstancias concretas”. Esta discrepancia se traduce en una diversidad de tesis, así para Rubio Llorente³⁵⁵, el “[...] enunciado general no prohíbe, en efecto, todo género de diferenciaciones, sino sólo aquellas que resulten arbitrarias; la prohibición de discriminación, por el contrario, impone un trato paritario o, lo que es lo mismo, califica *a priori* de arbitraria cualquier diferenciación basada en algunos de los criterios que específicamente menciona [...]”. Alonso García, lo argumenta bajo “cláusulas de desigualdades específicas” que estipulan “el tipo de desigualdad constitucionalmente prohibido”, tales como el sexo, la raza, la opinión o la religión³⁵⁶. Y, para Jiménez Campo³⁵⁷, existe un *numerus apertus* en cuanto a las causas posibles de discriminación.

3. LA CONSIDERACIÓN DE LA POBLACIÓN RECLUSA COMO GRUPO DIFERENCIADO

El debate en torno al significado y al alcance de los derechos de las minorías resulta de suma importancia cuando nos referimos a minorías que reclaman un cierto grado de ejercicio del derecho a la autodeterminación³⁵⁸. Con ellas surge la discusión en torno al principio de igualdad, las posibilidades de desarrollo otorgados por los organismos jurídicos internacionales y nacionales. Por definición, toda norma supone atribuir ciertas consecuencias a un determinado universo de personas definido según alguna característica, es decir, toda norma supone o consagra una diferenciación o desigualdad dentro del conjunto de destinatarias del Derecho, fabricando por así decirlo mayoría y minorías³⁵⁹. La tarea que nos ocupa es la consideración de la población

justicia igualitaria, algunos autores consideran que una teoría de justicia igualitaria debe ser caracterizada mediante la igualdad de recursos, DWORKIN, R., “La discriminación inversa”, *Los derechos en serio*, Cap. 9, cit., pp. 327 y ss.

³⁵⁵ RUBIO LLORENTE, F., “Igualdad”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Cívitas, Madrid, 1995, p. 3366; del mismo, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: introducción”, *Revista española de Derecho Constitucional*, nº. 31, 1991, pp. 9-36.

³⁵⁶ Es la opinión de ALONSO GARCÍA, E., “El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española”, cit., p. 22.

³⁵⁷ JIMÉNEZ CAMPO, J., “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, cit., p. 90.

³⁵⁸ DE LUCAS, J., Presentación a la obra VV.AA. *Tolerancia y minorías. Problemas jurídicos y políticos de las minorías en Europa*, (coord.), Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 1996, p. 9.

³⁵⁹ PRIETO SANCHÍS, L., “Igualdad y minorías”, *Tolerancia y minorías. Problemas jurídicos y políticos de las minorías en Europa*, cit., p. 29.

reclusa como grupo diferenciado, variante de la minoría, en base a que constituye minoría lo que algunos han llamado *sujetos frágiles* por integrarse en alguna de las categorías de la desviación social³⁶⁰. Se trata, en suma, de grupos que son discriminados aunque no forman una categoría unitaria, en el caso de la población reclusa la desigualdad que se produce es *e iure*.

3.1 Minoría-Grupo diferenciado

El propio término de minoría genera gran confusión sobre todo a la hora de determinar un concepto jurídico-político, por ello considero que a los reclusos deben ser considerados, en todo caso, como grupo diferenciado, siendo en este lugar donde trate de ofrecer elementos que no lleven a la confusión y nos ayuden a formular alguna propuesta que profile el contenido, o al menos unas condiciones mínimas para considerar al colectivo de los presos como grupo diferenciado.

Por tanto, a la pregunta de si debe considerarse a los reclusos como minorías se debe partir del artículo 27 del Pacto de Naciones Unidas de los Derechos Civiles y Políticos que establece literalmente: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”. Teniendo en cuenta que lo que se trata exclusivamente es una minoría étnica, religiosa y lingüística, la respuesta a la pregunta formulada con anterioridad es negativa. El hecho de que estén excluidos socialmente no es la base para poder afirmar que estamos ante un grupo minoritario, pero sí ante un grupo diferenciado³⁶¹.

³⁶⁰ VARELA, J. y ÁLVAREZ-URÍA, F., *Sujetos frágiles. Ensayos de sociología de la desviación*, FEC, México, 1989.

³⁶¹ Ver COMANDUCCI, P., “Diritti umani e minoranza: un approccio analítico e neo-illuminista”, *Ragion pratica*, n.º. 2, 1994; FERNÁNDEZ, M. E., “Igualdad, diferencia y desigualdad. A propósito de la crítica liberal de la igualdad”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. X, 1993; LUCAS, J. de, *Europa: ¿convivir con la diferencia? Racismo, nacionalismo y derechos de las minorías*, Tecnos, Madrid, 1992, del mismo, “Algunos problemas del estatuto jurídico de las minorías. Especial atención a la situación en Europa”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º. 15, 1993, y “El reconocimiento de los derechos. ¿Camino de ida y vuelta? (A propósito de los derechos de las minorías)”, *Derechos y Libertades*, n.º. 1, 1993.

Señalando una breve reseña histórica para comprender si la sociedad actual debe estimar a los presos como minorías y darles el reconocimiento jurídico de las mismas; he de indicar que hasta finales del siglo XIX y, sobre todo, hasta la época posterior a la Primera Guerra Mundial, el problema del trato a dar a las minorías no recibió una consideración general en la acción política y jurídica internacional, aunque se limitara a las minorías existentes en una determinada región del mundo³⁶². Hasta esa época, si adoptamos ante todo una perspectiva interior a los Estados europeos, el pensamiento y la acción política relativos al problema de las minorías se habían mantenido ocultos y dependientes de los referentes a las cuestiones político-jurídicas fundamentales, interrelacionadas entre sí. La primera, era la cuestión del establecimiento y la consolidación del Estado con los derechos civiles y políticos en general. La segunda, era la de la autoafirmación de la soberanía popular frente al antiguo régimen realizado particularmente dentro de la poderosa corriente de cambio social que condujo a la Revolución francesa.

Los primeros antecedentes, se remontan en relación a la religión, teniendo su culminación en el Tratado de Lausana celebrado en 1923 entre Turquía y el Imperio británico, Francia, Italia, Japón, Grecia, Rumania y el Estado serbio-croata-esloveno, incluyó una sección sobre la protección de las minorías dando figura jurídica al nuevo orden de naciones independientes y de la protección internacional de las minorías³⁶³. Existe una discusión en cuanto al estatuto jurídico de las minorías, produciéndose una presunción de *victimización*³⁶⁴ de las minorías ya que normalmente se constituyen como objeto de persecución, marginación o discriminación, no siendo el caso de la población reclusa aunque, en la mayoría de los casos, un preso es objeto de discriminación por los ciudadanos y de marginación por la sociedad.

Asumiendo lo dicho y partiendo de lo que afirma Peces-Barba, la titularidad de los derechos le corresponde al hombre y al ciudadano, y se indican una serie de circunstancias o situaciones cuya relevancia deriva: a) De una condición social o cultural de personas que se encuentran en situación de inferioridad en las relaciones

³⁶² MARIÑO, F., *Los derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Escuela Libre, Madrid, 1994, p. 164.

³⁶³ *Ibidem*, p. 167.

³⁶⁴ Sobre el tema, HOUGH, J.M., "The Impact of Victimization: Finding from the British Crime Survey", *Paper Prepared for Third International Institute of Victimology*, Lisboa, 1984.

sociales y que necesitan una protección especial, una garantía o una promoción para superar la discriminación, el desequilibrio o la desigualdad (entiende que el modelo más claro es el derecho de la mujer para que alcance los mismos niveles que el hombre en algunos derechos concretos, incluyendo también en este grupo a los derechos de los emigrantes), b) De una condición física de personas que por alguna razón se encuentran en situación de inferioridad en las relaciones sociales (incluye los derechos del niño y los discapacitados físicos o psíquicos), y c) De la situación que ocupan las personas en unas determinadas relaciones sociales, encontrándose en una circunstancia concreta (incluye a los derechos del consumidor y el usuario).

Por lo que, desde mi punto de vista, aquí tienen cabida los derechos de los presos. Como se sustenta, se parte de una desigualdad que se considera relevante, porque dificulta o impide el pleno desarrollo moral de las personas, fin último de los derechos, y se interviene para alcanzar la satisfacción de esas necesidades que impiden la igualdad mínima³⁶⁵. Es por consiguiente, necesario señalar, que el valor igualdad depende de aquello en que se es igual, implicando una justificación a la desigualdad, dentro de los principios de razonabilidad y proporcionalidad³⁶⁶. En este sentido, la igualdad debe ser protegida y garantizada en la sociedad para evitar la desigualdad, sobre todo, en el trato y, en especial, en el ámbito carcelario.

Como señala Garrido Gómez, para establecer un concepto de minoría, hay que tener en cuenta dos elementos: el espacial y el social. Según el primero, las minorías se concretan en función del territorio en el que se encuentran y, en cuanto al segundo, lo que determina la constitución de una minoría es la existencia de un grupo diferenciado desde el punto de vista étnico, religioso y lingüístico. Es decir, de una comunidad humana diferenciada que posee un número inferior al del resto de comunidades y que está en situación no dominante, expresando un sentimiento de solidaridad entre sus componentes para conservar su cultura³⁶⁷.

³⁶⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos Fundamentales (I). Teoría general*, Boletín Oficial del Estado, 1995, pp. 181-182.

³⁶⁶ En este sentido, NINO, C.S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica "con referencia particular a la dogmática penal"*, UNAM, México, 1989.

³⁶⁷ GARRIDO GÓMEZ, M.I., "El interculturalismo como propuesta de gestión de los derechos de las minorías culturales", en PÉREZ DE LA FUENTE, O., *Una discusión sobre la gestión de la diversidad cultural*, Debates del Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, n.º. 9, p. 110; ver la cita que hace de GARCÍA

Teniendo en cuenta esto, la definición de Soriano del término *minoría* es la de un colectivo, frecuentemente de escasas dimensiones, definido por rasgos culturales innegociables, raza, lengua, religión, tradiciones, etc., que se encuentran en una situación grave de dependencia respecto a una estructura de poder estatal o supraestatal³⁶⁸. Pero observamos en esta definición que se refiere a minorías étnicas, religiosas, lingüísticas.

Por otro lado, en la postura de Soriano se distingue tres tipos de minorías³⁶⁹: 1) minorías nacionales, definidas como aquellas que presentan rasgos culturales propias, incluyendo a las poblaciones aborígenes; 2) minorías étnicas, aquellos grupos que emigran a otros países, padecen una desigualdad de derechos que constituyen una minoría construida por el derecho a partir del rasgo de “no español”; y 3) minorías sociales, definiéndolas como aquellos colectivos de ciudadanos oriundos del Estado en situación precaria en el disfrute de sus derechos y condiciones de vida, los cuales reciben diversas denominaciones como grupos sociales diferenciados. Se considera que son minorías sociales los incapacitados, los pobres y, entre otros, los internos de Instituciones penitenciarias, es decir, los que tienen carencias económicas, físicas o culturales.

De manera que, teniendo en cuenta la clasificación que establece Soriano, los presos constituyen una minoría social o grupo social diferenciado. Partiendo de lo dicho, su reconocimiento jurídico debe ser de grupo diferenciado como personas situadas en un determinado ámbito a las que debe garantizarse sus derechos. Ese reconocimiento existe por la LOGP y su RP. Es decir, lo que se pretende es que, a pesar de su conducta, se les reconozcan unos derechos. Lo que se intenta conseguir es un reconocimiento jurídico cuya principal función es garantizar unos derechos con la finalidad de que, siendo respetados los presos, empiecen a respetarse a sí mismos y a

INDA, A., “Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos”, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2001, p. 62; MARIÑO, “Protección de las minorías y derechos internacional”, en VV.AA., *Derechos de las minorías y grupos diferenciados*, Escuela Libre, Madrid, 1994, pp. 171 y ss.

³⁶⁸ SORIANO, R., *Los derechos de las minorías*, Mad, Sevilla, 1999, p. 18; del mismo, “Las minorías y la Constitución española”, en BETEGÓN, J., LAPORTA, J.J., PRIETO SANCHÍS, L. y DE PÁRAMO, J.R., *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 543 y ss.

³⁶⁹ SORIANO, R., *Los derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, cit., pp. 19 y 20.

respetar a la sociedad en la que han vivido, y que, cuando salgan de cumplir su condena, puedan reinserirse³⁷⁰. Ello supone ser tratados con consideración y respeto, derivado de la atribución de valor moral a las personas por su igual condición de agentes morales³⁷¹. De manera que teniendo en cuenta a Soriano, Prieto Sanchís o Lamarca, no existe contraposición entre minoría y grupo diferenciado, sino que éste último sería una variante de una minoría.

Por otra parte, el artículo 27 del Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos no contiene una definición de minoría y su texto podría ser interpretado en el sentido de que se refiere únicamente a los derechos de las personas miembros de la minoría y no a los derechos de un grupo diferenciado como tal³⁷².

Con la definición de Capotorti, y en relación con la población reclusa, podemos sostener que: a) Ciertamente es que son un grupo numéricamente inferior al resto de la población, o al menos eso creemos, ya que actualmente las cifras de presos se ha elevado considerablemente, pero, aún así, se trata de un grupo reducido; b) están en situación dominante, pero dominados por el Estado; c) la característica que les diferencia del resto de la población no son étnicas, religiosas o lingüísticas, cada uno por separado puede dar lugar a una minoría, pero se refuerza más cuando están juntos dando lugar a una posición de desventaja o con dificultades para poder acceder a núcleos de poder político, económico o cultural. Pero, la definición de Capotorti en 1977 no hace referencia a los presos, señala que la minoría es “ un grupo numéricamente inferior al resto de la población de un estado, en situación dominante, cuyos miembros, súbditos del estado, poseen desde el punto de vista étnico, religioso o lingüístico unas

³⁷⁰ En este sentido, se desprende el art. 3.3 del RP: “principio inspirador del cumplimiento de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad sea la consideración de que el interno es sujeto de derecho y no se haya excluido de la sociedad, sino que continúa formando parte de la misma. En consecuencia, la vida en prisión debe tomar como referencia la vida en libertad, reduciendo al máximo los efectos nocivos del internamiento, favoreciendo los vínculos sociales, la colaboración y participación de las entidades públicas y privadas y el acceso a las prestaciones públicas”.

³⁷¹ HIERRO, L., “¿Qué derechos tenemos?”, cit., p. 364.

³⁷² MARIÑO, F., *Los derechos de las minorías*, cit., p. 170; VELASCO ARROYO, J.C., “Derechos de las minorías y democracia liberal: un debate abierto”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, nº. 109, 2000, pp. 201-221; OLIVA MARTÍNEZ, J.D., *Los derechos humanos ante los desafíos internacionales de la diversidad cultural*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; LUCAS, J. de, “Algunos problemas del estatuto jurídico de las minorías. Especial atención a la situación en Europa”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº. 15, 1993, pp. 100 y ss., del mismo, “El reconocimiento de los derechos. ¿Camino de ida y vuelta? (A propósito de los derechos de las minorías)”, *Derechos y Libertades*, nº. 1, 1993.

características que difieren de las del resto de la población y manifiestan incluso de modo implícito un sentimiento de solidarias al objeto de conservar su cultura, sus tradiciones, su religión o su idioma”.

Muchas de las veces cuando atribuimos el carácter de minoría a un grupo no nos basamos en las diferencias étnicas, religiosas o lingüísticas, sino en el hecho de que están en una situación de desigualdad o en una situación que les impida el pleno ejercicio de los derechos. Hoy día sabe todo el mundo cuáles son las principales diferencias con el resto: asesinos, homicidas, ladrones, violadores. Prieto Sanchís³⁷³ habla de minorías como grupos discriminados que no forman una categoría unitaria, otros los llaman “sujetos frágiles” incluyendo no sólo a los presos, sino también a los enfermos psíquicos y a los drogadictos y a todos aquellos que se integran en algunas de las categorías de la desviación social³⁷⁴. Se trata de grupos de discriminados que, aunque no formen una categoría unitaria, algunos padecen una desigualdad de derechos, como los extranjeros, los presos o los niños; otros una minusvalía o carencia que les hace desiguales como ancianos o pobres. De aquí se deduce que falta por determinar qué se entiende por desigualdad y, en su caso, por igualdad, en qué y entre quiénes. Aquí se centra la cuestión de la evolución de los derechos fundamentales en la especificación de los sujetos que son sus titulares³⁷⁵.

En consecuencia, la población reclusa es, por tanto, un grupo diferenciado, variante de una minoría, o un grupo de “exclusión social”³⁷⁶, siendo, la prisión un espacio de exclusión social, Manzanos Bilbao, ha tratado de sistematizar lo que llama la «red de espacios segregativos» diseñados específicamente para segregar y excluir³⁷⁷. En este sentido, Rostaing³⁷⁸ asevera que “la prisión es un lugar de exclusión temporal que

³⁷³ PRIETO SANCHÍS, L., “Minorías, respeto a la disidencia e igualdad sustancial”, *Doxa*, nº. 15-16, vol. I, p. 370.

³⁷⁴ También lo afirma J. Varela y E. Álvarez-Uría, entre otros.

³⁷⁵ BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, cit., pp. 45 y 114 y ss.

³⁷⁶ Término utilizado por CABRERA CABRERA, P.J., “Cárcel y exclusión”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº. 35, 2002, p. 83, quien sigue afirmando que con este término estamos designando más bien un proceso de carácter estructural, que en el seno de las sociedades de abundancia termina por limitar sensiblemente el acceso de un considerable número de personas a una serie de bienes y oportunidades vitales fundamentales, hasta el punto de poner seriamente en entredicho su condición misma de ciudadanos.

³⁷⁷ MANZANOS BILBAO, C., *Contribución del sistema carcelario a la marginación socio-económica familiar*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1991, p. 88.

³⁷⁸ ROSTAING, C., “Les détenus: de la stigmatisation à la négociation d’autres identités”, *L’exclusion, l’état des savoirs*, S. Paugam, Découverte, Paris, 1996, p. 355.

imprime sobre los detenidos la marca de un estigma”. El concepto de exclusión no se puede entender sin una referencia a “aquello de lo que se es excluido, es decir, del nivel de vida y del modo de inserción laboral y social propio de un sistema de vida civilizado y avanzado”³⁷⁹, en sentido similar “la prisión es la forma más categórica de exclusión que permite la ley”³⁸⁰.

Por otro lado, C. Lamarca³⁸¹ matiza estas ideas y argumenta que la población reclusa constituye en España una minoría y que, en consecuencia, el Derecho penitenciario es, en gran parte, un derecho de minorías; minorías, no sólo, en el obvio sentido numérico o sociológico, sino también, en el jurídico o político constitucional de que los presos representan uno de esos grupos sociales que se hacen acreedores a la llamada discriminación inversa o tratamiento específico y protector que intenta compensar por vía normativa una desigualdad o postergación de hecho que se considera injustificada, considera, pues, que se trata de una minoría *creada* por el propio orden jurídico. En este sentido, considera que el artículo 25.2 de la CE y la normativa que lo desarrolla puede considerarse una proyección de la función promocional y de prestación que asumen los poderes públicos respecto de los grupos sociales desfavorecidos, esto es, de las minorías.

Normalmente, se ha llamado mayoría a todos aquellos que ocupan una posición de privilegio, y minoría a quienes padecen alguna desventaja con respecto de la sociedad, por tanto, aquí sí se incluirían a los presos concibiendo el concepto de minoría en un sentido amplio. Con esta visión, afirma Prieto Sanchís que no hay una minoría en singular, pudiéndose clasificar por criterios, así algunos son inmodificables como la raza, otros por la fortuna como la pobreza, y otros más o menos voluntarios como el consumo de drogas³⁸². Afirma que existe una discusión en cuanto al estatuto jurídico de las minorías, existe una presunción de “victimización” de las minorías ya que

³⁷⁹ TEZANOS, J. F., *La sociedad dividida: estructuras de clases y desigualdades en las sociedades tecnológicas*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2001, p. 146.

³⁸⁰ SMITH, D. y STEWART, J., “Probation and social exclusion”, *Social Policy & Administration*, nº. 31, 1996, p. 106.

³⁸¹ LAMARCA PÉREZ, C., “Los derechos de los presos”, en VV.AA., *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Escuela libre editorial, Madrid, 1994, p. 77.

³⁸² PRIETO SANCHÍS, L., “Las minorías religiosas”, en VV.AA., *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, cit., p. 36, también lo afirma en su obra *Igualdad y minorías*, Revista del Instituto “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, nº. 5, 1995, pp. 112.

normalmente se constituyen como objeto de persecución, marginación o discriminación, no siendo el caso de la población reclusa aunque en la mayoría de los casos un preso es objeto de discriminación por los ciudadanos y de marginación por la sociedad. Este autor, trata de indicar si la pertenencia a una minoría puede constituir una razón que permita, prohíba o imponga un tratamiento desigual *de iure*³⁸³. En un mismo sentido crítico, De Lucas, pone en relieve que “lo que define a las minorías es que constituyen grupos de individuos que son como los demás (que pertenecen a un grupo más amplio: el Estado como marco común, del que son ciudadanos también los miembros de la minoría), pero que, sin embargo, no quieren/no pueden/no son asimilados en todo a ellos”³⁸⁴.

En consecuencia, desde el punto de vista que nos interesa, lo importante es la posición de desventaja de la población reclusa, ya sea jurídica o institucional, económica o social³⁸⁵. Se trata, pues, de aplicar la igualdad en relación con aquellas diferencias que generan desigualdades o ponen a las personas en condiciones de desventaja y exclusión. Esta es la razón por la que considero necesario buscar alternativas a las condiciones de desventaja en que se encuentran dichos sujetos en base a su pertenencia a un determinado grupo social como son la población reclusa y, en especial, por estar en posición de desigualdad social, existiendo una exclusión social³⁸⁶.

³⁸³ PRIETO SANCHÍS, L., “Igualdad y minorías”, VV.AA., *Tolerancia y minorías. Problemas jurídicos y políticos de las minorías en Europa*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 1996, pp. 29 y ss. Ver en la misma obra el artículo de ROUSSO LENOIR, F., “¿Derechos de las minorías o igualdad?”, pp. 135 y ss., quien trata de dar respuesta a preguntas como, si debe buscarse en un catálogo de derechos de las minorías fuera de la órbita del Derecho internacional de los derechos humanos, o cuáles serían los medios de un Derecho de las minorías; ULL PONT E., “Principio de igualdad y respeto a las minorías”, *X Jornadas de Estudio, El principio de la igualdad en la Constitución española*, vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, pp. 615 y ss., refiriéndose a la discriminación por causa de la lengua que no es recogida por el precepto constitucional.

³⁸⁴ DE LUCAS, J., “Algunos problemas del estatuto jurídico de las minorías. Especial atención a la situación en Europa”, cit., p. 100.

³⁸⁵ COMANDUCCI, P., “Diritti umani e minoranze: un approccio analítico e neo-illuminista”, cit., pp. 5 y ss.

³⁸⁶ Ver AÑÓN ROIG, M.J., *Igualdad, diferencias y desigualdades*, Fontamara, México, 2001; PÉREZ LUÑO, A.E. “Sobre la igualdad en la Constitución española”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. IV, 1987, p. 134; en palabras de Bobbio, la tolerancia aludía a una convivencia de creencias, mientras que hoy se refiere más bien a una convivencia de minorías, la mejor prueba de esta diferencia es que en la actualidad lo que se pretende combatir no suele denominarse intolerancia, sino discriminación, BOBBIO, N., “Las razones de la tolerancia”, en Id., *El tiempo de los derechos*, cit., pp. 243 y ss.; del mismo, *El problema del positivismo jurídico*, trad. de E. Garzón Valdés, Fontamara, México, 2001, pp. 17 y 18. Lo que ocurre es que la tolerancia antigua apuntaba hacia la libertad, mientras que la tolerancia moderna se orienta hacia la igualdad, WEALE, A., “Toleration, Individual Differences and Respect for Persons”, en MORTON, J. y MENDUS, S., *Aspects of Toleration*, Methuen, Londres, Nueva York, 1985, pp. 29 y ss., o, si se prefiere, hacia la libertad igualitaria: ya no se trata de «soportar» algo que se considera malo o, cuando menos, diverso sino de comprobar en qué medida lo diverso puede integrarse como algo aceptable

Igualdad y minorías son conceptos obviamente relacionados, en palabras de Alexy³⁸⁷ “un principio de igualdad que, *prima facie*, exige un tratamiento igual y sólo permite un tratamiento desigual si puede ser justificado con razones opuestas”. En el mismo sentido, se pronuncia Prieto Sanchís³⁸⁸ asevera que igualdad y minoría son conceptos relacionados, el problema de la igualdad es el problema de qué sujetos o situaciones deben ser tratados del mismo modo y cuáles merecen un tratamiento diferenciado. Por definición, toda norma supone atribuir ciertas consecuencias a un determinado sector de personas.

Para Ferrajoli, las identidades *persona*, *ciudadano* y *capacidad de obrar*, son las que han proporcionado la extraordinaria variedad de las discriminaciones de sexo, etnia, religión, censo, clase, educación y nacionalidad con que en cada caso han sido definidas, los parámetros de la inclusión y de la exclusión de los seres humanos entre los titulares de los derechos y, por consiguiente, de su igualdad y desigualdad³⁸⁹. Así, como acertadamente afirma, en la antigüedad, había desigualdad por razón de la negación de la misma identidad de persona, o bien porque se consideraba que no tenía capacidad de obrar. Mantiene que los poderes jurídicos son los que constituyen desigualdades entre las personas, mientras que los poderes extrajurídicos constituyen desigualdades sociales o sustanciales mucho más profundas que las primeras, puesto que aquéllos son incontrolados y tendencialmente ilimitados³⁹⁰. En consecuencia, los derechos fundamentales son, en efecto, las técnicas mediante las cuales la igualdad resulta en ambos casos (se refiere a la igualdad tanto formal como sustancial) asegurada o perseguida, y es la diversa naturaleza de los derechos sancionados en los dos casos lo que permite explicar su diverso modo de relación con las desigualdades³⁹¹.

o incluso valioso en una sociedad pluralista, es decir, en qué medida se hace acreedor a un trato igualitario, GIANFORMAGGIO, L., *El mal a tolerar, el bien de tolerar, lo intolerable*, Doxa, nº. 11, trad. de J.M. Vilajosana, 1992, pp. 53 y ss.

³⁸⁷ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 398.

³⁸⁸ PRIETO SANCHÍS, L., “Las minorías religiosas”, en VV.AA., *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, cit., pp. 8 y ss.

³⁸⁹ FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, pp. 23-24.

³⁹⁰ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A., Ruíz Miguel, J.C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco, y R. Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1997, p. 933.

³⁹¹ AÑÓN ROIG, M.J., *Igualdad, diferencias y desigualdades*, cit., p. 7, cita a FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*. En palabras de Añón Roig “la igualdad es tal en cuanto constitutiva de los derechos fundamentales y los derechos fundamentales son fundamentales porque son constitutivos de la igualdad”, AÑÓN ROIG, M.J., *Igualdad, diferencias y desigualdades*, cit., pp. 12-13.

En un sentido crítico también, pero desde otro ángulo, Beccaria³⁹² indicó que la división de los delitos es el principal antecesor de la división en los Centros penitenciarios actuales para garantizar la seguridad dentro de los mismos. La población reclusa conforma, en suma, grupos diferenciados y, dentro de éstos, hay una diferenciación más acusada en las mujeres presas y en los extranjeros presos³⁹³. En definitiva, el mandato de igualdad prohíbe la desigualdad injustificada y no hay ningún motivo para suponer que la desigualdad establecida para un solo individuo es imposible de justificar, pues las circunstancias que justifican el trato desigual pueden darse tanto en un grupo como en un individuo singularmente considerado³⁹⁴.

A efectos de nuestro estudio nos interesa concretar que dentro de una prisión, el colectivo de presos no es tratado todos con igualdad ni todos están en igualdad de condiciones, aquí no me refiero sólo a las mujeres y los extranjeros reclusos, sino que además hay otros grupos de presos que, incluso, obtienen beneficios. Además hay una inclinación en aseverar que los pertenecientes a grupos terroristas están en situación beneficiosa en los Centros penitenciarios³⁹⁵.

³⁹² BECCARIA, C., *Tratado de los delitos y de las penas*, Versalles, París, 1828, pp. 33 y ss. También establece esta división Bentham, lo recoge TORIBIO NUÑEZ, *Ciencia social según los principios de Bentham*, Libro II, Cap. I, “De los delitos: su división y clasificación”, Real, Madrid, 1835, pp. 79 y ss., así como trata el tema de la igualdad de bienes en contraposición de la igualdad de derechos en relación con el derecho de la seguridad, Libro IV, Cap. XXXI –XXXIII, pp. 359 y ss.

³⁹³ Incluso Mapelli indica que la pena de prisión estigmatiza de tal modo que supone un atentado al principio de igualdad frente al resto de los ciudadanos, MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Bosch, Barcelona, 1983, p. 137.

³⁹⁴ OTTO, I., “Igualdad”, en GONZÁLEZ ENCINAR, J.J., *Diccionario del sistema político español*, Akal, Madrid, 1984, p. 181. En este sentido coincide, JIMÉNEZ CAMPO, J., “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº. 9, 1983, pp. 75 y ss.

³⁹⁵ Para ampliar conocimientos sobre el tema ver LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, p. 31; del mismo, “Análisis crítico y propuestas de la legislación penal antiterrorista”, *La ley Penal*, nº. 41, 2007, p. 7; TERRADILLOS BASOCO, J., *Terrorismo y Derecho*, Tecnos, Madrid, 1988. Ver la STS 2/1997, de 29 de noviembre que sostiene que “la búsqueda de una definición con relevancia jurídico-penal ha de ser ajena a descripciones teóricas de signo fenomenológico, a categorías analógicas simples, a puras connotaciones políticas o a reduccionismos conceptuales tan abundantes en el campo especulativo”; STS, Sala de lo Penal, Sección 1, de 19 de enero de 2007, supone un giro en la concepción tradicional de la jurisprudencia española en materia de asociaciones ilícitas terroristas; para una extensa tesis sobre conceptos CAPITA REMEZAL, M., *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, Colex, Madrid, 2008; FARALDO CABANAS, P., “Un Derecho penal de Enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en FARALDO CABANA, P., PUENTE ABA, L.M. y BRANDARIZ GARCÍA, J.A., *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 299-340; MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “El cumplimiento íntegro de las penas”, *Anualidad Penal*, nº. 7, 2003, pp. 195-214; LÓPEZ CALERA, N., “El concepto de terrorismo. ¿Qué terrorismo? ¿Por qué el terrorismo? ¿Hasta

La delincuencia terrorista constituye, sin duda alguna, una de las más graves amenazas que pueden concebirse para la estabilidad del Estado de Derecho contemporáneo³⁹⁶, y la Ley Penitenciaria en ningún precepto regula un régimen de concentración en Establecimientos determinados, o de dispersión por los diferentes Centros penitenciario, de los presos condenados en procesos por terrorismo. Tal ausencia, permite a la Administración disponer con plena discrecionalidad la distribución de presos por los distintos Establecimientos penitenciarios³⁹⁷. También sabemos que los que hayan pertenecido a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad están en módulos diferentes al resto de los reclusos, pudiendo suponer desigualdades de oportunidades en las cárceles.

El mandato de no discriminación supone una variable del principio general de igualdad, se trata de normas que limitan la posibilidad de tratos diferenciados no razonables entre las personas y que, además, suelen detallar algunos rasgos o características con base a los cuales está especialmente prohibido realizar tales diferenciaciones. Dichos rasgos o características suelen variar dependiendo del ordenamiento jurídico concreto de que se trate, pero, en general, hacen referencia a: 1) situaciones en las que se encuentran las personas con independencia de su voluntad y que, en esa virtud, no pueden modificar, y 2) posiciones asumidas voluntariamente pero que no les pueden ser reprochadas a través de la limitación en el goce igual de algún derecho o prerrogativa³⁹⁸.

Una parte de la doctrina -Rodríguez Piñero- enumera unos rasgos definatorios de la discriminación, así: la discriminación presupone una diferencia de trato frente a la norma estándar que actúa contra el sujeto discriminado. La expresión *diferencia de trato* hay que entenderla incluyendo las distinciones, limitaciones o restricciones, las

cuándo el terrorismo?”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º. XIX, 2002, pp. 51 y ss.

³⁹⁶ GARCÍA VALDÉS, C., *Derecho Penitenciario. (Escritos, 1982-1989)*, Ageda, Madrid, 1989, p. 213.

³⁹⁷ Aunque hubo un momento que, tras argumentos decisivos para la concentración de los presos en cárceles determinadas, se llevó a cabo la concentración, bien por la prevención del contagio criminógeno hacia delincuentes no relacionados con delitos de terrorismo, en la actualidad se aboga por la política de dispersión por los distintos Centros penitenciarios.

³⁹⁸ CARBONELL, M., “Estudio preliminar. La igualdad y los derechos humanos”, *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2003, p. 14; ALONSO GARCÍA, E., “El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española”, *Revista de Administración Pública*, n.º. 100-102, 1983, pp. 21 y ss., disponible en www.cepc.es

preferencias y las exclusiones. Tal exclusión debe provocar un perjuicio para el discriminado. Por otro lado, se entiende que la discriminación es un fenómeno jurídico, es decir, la discriminación sólo puede materializarse cuando el resultado de las causas prohibidas en el artículo 14 de la CE es la privación en lo que se refiere al reconocimiento, goce o ejercicio de derechos, Y, por último, la diferencia de trato debe tener un específico resultado consistente en la creación de una situación discriminatoria objetiva que anule o menoscabe para el discriminado el goce de determinados derechos, que perjudique sus intereses o que grave las cargas³⁹⁹.

No obstante, me limitaré a analizar dos casos que, habitualmente, presentan un especial problema⁴⁰⁰, las mujeres y los extranjeros presos porque, ya de por sí, esa discriminación y desigualdad existe fuera de los muros penitenciarios, siendo más acusada dentro de ellos. Por tanto, aquellas desigualdades sociales que afectan sustancialmente a los sujetos por su situación o pertenencia a un grupo social, hacen que las mujeres aparezcan como grupo desaventajado junto con los extranjeros⁴⁰¹. Mi propósito no es tratar la igualdad en cuanto tal sino situar el problema de la desigualdad en los Centros penitenciarios, la protección de los derechos fundamentales y la no discriminación en los derechos. Detallar, asimismo, que atendiendo al artículo 14 de la CE, en principio, son los españoles los titulares del principio de igualdad, la exclusión de los extranjeros debe entenderse referida sólo al derecho a la igualdad en la ley, con la salvedad de los derechos fundamentales en los que no hay cabida el hecho de ser extranjero como elemento de diferenciación respecto de los ciudadanos españoles. Por

³⁹⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ, M.F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 79 y ss., citado por SUÁREZ PERTIERRA, G., y AMERIGO F., “Artículo 14. Igualdad ante la Ley”, en ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a la Constitución española*, cit., pp. 267 y ss.

⁴⁰⁰ Ver MARTÍNEZ TAPIA, R., *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Universidad de Almería, Almería, 2000, pp. 44 y ss., trata el tema de la igualdad de trato; FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., pp. 74 y ss., indica cuatro modelos para establecer la configuración de diferencias de identidad que son: la lengua, etnia, religión, opiniones públicas, y las desigualdades que son únicamente las discriminaciones, así indica que el primer modelo de la relación entre derecho y diferencia es el de la indiferencia jurídica de las diferencias, caracterizado porque esas diferencias se ignoran; el segundo modelo es la diferenciación jurídica de las diferencias en la que se establece una jerarquización de las diferentes identidades, hay un status de privilegiados; el tercer modelo es la homologación jurídica de las diferencias, en el que las diferencias son devaluadas e ignoradas en nombre de una afirmación de igualdad y, un cuarto modelo que es el de la igual valoración jurídica de las diferencias basado en el principio normativo de la igualdad en los derechos fundamentales .

⁴⁰¹ En referencia a los extranjeros hay muchas obras tratando la multiculturalidad, y la ciudadanía diferenciada tratando las situaciones de desventaja, exclusión y discriminación de dicho sector, me remito a ellos.

su parte, Mapelli⁴⁰² afirma que la pena de prisión está estigmatiza, de tal modo que supone un atentado al principio de igualdad frente al resto de los ciudadanos.

4. SITUACIÓN DE CIERTOS GRUPOS DE RECLUSOS

4.1. Las mujeres reclusas

a) Reseña histórica

Páginas atrás he estudiado la historia de los correccionales, galeras, etc., hasta la cárcel de nuestros días, pero la cárcel de mujeres también ha tenido su historia⁴⁰³, antes el encierro de las mujeres servía para corregir la naturaleza *viciada*, es decir, los comportamientos que no se ajustaban al modelo de la sociedad en ese momento. No hay mucha información sobre las primeras cárceles de mujeres, el primer intento fue promovido por Cristóbal Pérez de Herrera, medico real de las galeras, navegante y escritor⁴⁰⁴. Es en los primeros años del siglo XVIII cuando nace en España la cárcel específica para mujeres, hasta ésta época no se concebía la pena de privación de libertad para ellas ni la cárcel pública, siendo a partir de este momento cuando rigen para ellas la misma legislación penitenciaria común para ambos sexos. Es García Valdés⁴⁰⁵ quien manifiesta que la historia penitenciaria femenina está marcada por tres etapas: la religiosa, la judicial y la penitenciaria. De todos es sabido que el Derecho Penitenciario apenas ha prestado atención específica a la mujer⁴⁰⁶, quizás por la baja presencia de la

⁴⁰² MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, cit., p. 137.

⁴⁰³ Ver al respecto, AL-SA DAWI, N., *Memorias de la cárcel de mujeres*, La Editorial, Madrid, 1995; FAITH, K., *Unruly Women, The Politics of Confinement and Resistance*, Press Gang, Vancouver, 1993.

⁴⁰⁴ ALMEDA, E., *Corregir y castigar. El ayer y hoy de las cárceles de mujeres*, Balleterra, Barcelona, 2002, p. 27 y nota a pie nº. 2; LLORCA ORTEGA, J., *Cárceles, presidios y casas de corrección en la valencia del XIX*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992; PÉREZ DE HERRERA, C., *Discursos del amparo de los legítimos pobres, y reducción de los fingidos: y de la fundación y principio de los albergues de los Reynos, y amparo de la milicia dellos*, publicada en Madrid, por Luis Sánchez en 1598, concretamente el discurso cuarto “De la forma de reclusión y castigo para las mujeres vagabundas y delincuentes de los Reynos”, de la que hay una edición moderna de BERISTAIN IPIÑA, A. y DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *Cárcel de mujeres. Ayer y hoy de la mujer delincuente y víctima*, Bilbao, 1989, pp. 181 y ss.; NACIONES UNIDAS, “Administración de justicia, estado de derecho y democracia, Documento de trabajo de la Sra. Florizelle O’Connor sobre la cuestión de la mujer en prisión”, *Informe de la Comisión de Derechos Humanos en su 56º período de sesiones*, 9 de julio de 2004.

⁴⁰⁵ GARCÍA VALDÉS, C., “Las casas de corrección de mujeres: un apunte”, en VV.AA., *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos*, Libro Homenaje al profesor Torío López, Comares, Granada, 1999, pp. 587 y ss.

⁴⁰⁶ Tener en cuenta a BELTRÁN PEREIRA, E., “La construcción de la igualdad constitucional”, en BETEGÓN, J., LAPORTA, J.J., PRIETO SANCHÍS, L. y DE PÁRAMO, J.R., *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 569 y ss., tratando el tema de la exclusión de las mujeres y la igualdad sexual; CUENCA GÓMEZ, P., “Mujer y

delincuencia femenina, y quizás por una serie de conductas relacionadas con la reputación social. Por estos motivos, aunque la prisión como pena autónoma no aparece hasta el siglo XVIII, durante los siglos XVI y XVII existen beaterios, casas de arrepentidas y galeras⁴⁰⁷ conducidas por órdenes religiosas para jóvenes descarriadas o que cometieran actos impuros debido, entre otros factores⁴⁰⁸, a los movimientos migratorios de mujeres desposeídas por la caída del feudalismo y a la expansión del moralismo que pretende corregir todo tipo de actos impuros. En los siglos XV y XVI en los que la cárcel sólo servía para retener, no hay apenas referencias a la mujer, los delitos se castigaban con la muerte tanto para hombres como para mujeres⁴⁰⁹.

Durante el Antiguo Régimen, la prisión tenía un sentido diferente para hombres y mujeres ya que, si bien para los primeros fue un lugar de tortura, y para las segundas fue un lugar de adiestramiento moral. En el siglo XIX, se crean por Reglamento las casas de corrección de mujeres del Reino de 9 de junio de 1847⁴¹⁰, siendo la antigua galera de Alcalá de Henares el primer Centro específico de mujeres en España. El

Constitución: los derechos de la mujer antes y después de la Constitución española de 1978”, *Universitas*, nº. 8, 2008, pp. 73-103; IGLESIAS, C., “Presentación”, *Mujer y Constitución en España*, Instituto de la Mujer, Madrid, 2000, pp. 9-12; PÉREZ TREMPES, P., “Constitución y derechos de la mujer”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Facultad de Extremadura*, nº. 14-15, 1996-1997, pp. 247-260; CASTÁN TOBEÑAS, J., *La condición social y jurídica de la mujer*, Reus, Madrid, 1955, pp. 48-49; IZQUIERDO BENITO, M.J., “Los derechos de la mujer en la Constitución de 1978”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº. 2, 1979; LÓPEZ GUERRA, L., “Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución de 1978”, en *Mujer y Constitución en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 19-41; BARRERE UNZUETA, M.A., *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Cívitas, Madrid, 1997; VALCÁRCEL, A., *La política de las mujeres*, Cátedra, Madrid, 1997, p. 98; ASÍS ROIG, R. de, “La igualdad en el discurso de los derechos” en LÓPEZ GARCÍA, J.A. y DEL REAL ALCALÁ, A. (eds.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 149-168; *Mujeres privadas de libertad en Centros Penitenciarios de Andalucía*, Defensor del Pueblo andaluz, Tecnographic, Sevilla, 2006.

⁴⁰⁷ Ver MARTÍNEZ GALINDO, G., *Galerianas, corrigendas y presas. Nacimiento y consolidación de las cárceles de mujeres en España (1608-1913)*, Madrid, 2002.

⁴⁰⁸ CANTERA MURILLO, A. *Delincuencia femenina en España*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, p. 21.

⁴⁰⁹ En España, Sor Magdalena de San Jerónimo creó en Valladolid la Casa de Probación sobre 1604, lo que originó la aparición de las galeras (1622) como prisiones de “mujeres vagantes, ladronas, alcahuetas y otros delitos”, se les rasuraba el pelo, se les alimentaba con pan y agua y se les aplicaban duros castigos. La regulación de estos centros estaba en la obra de Sor Magdalena “Razón y forma de la Galera y Casa Real que el Rey manda hacer en estos Reynos”, llamada *La Obrecilla*, publicada en 1608. En ella se describen ocho conductas marginales: vagantes y deshonestas, enfermedades contagiosas (venéreas), fingidas (mendigas), oficios aparentes (proxenetas), alcahuetas, mujeres que venden muchachas (corrupción de menores), mozas de servicio (hurto doméstico) y ponedoras de mozas (proxenetas con engaño); Un amplio estudio de las casas galeras de sor Magdalena lo podemos encontrar en ALMEDA, E., *Corregir y castigar. El ayer y hoy de las cárceles de mujeres*, Balleterra, Barcelona, 2002, pp. 29-39; CERVELLO DONDERIS, V., “Las prisiones de mujeres desde una perspectiva de géneros”, *Revista General de Derecho Penal*, nº. 5, 2006.

⁴¹⁰ LLORCA ORTEGA, J., *Cárceles, presidios y casas de corrección*, cit., p. 168.

término *presas* es reciente en la historia, antes se hablaba de reclusas, corrigendas, galerianas, etc.

Desde esta perspectiva, estimo necesaria la precisión de dos términos conceptuales que en la actualidad son objeto de grandes confusiones y discusiones: el sexo y el género⁴¹¹. En lo referente al primero, pone de manifiesto las diferencias biológicas existentes entre hombres y mujeres y, el segundo, el género, se refiere a las diferencias sociales que son debidas a la propia naturaleza de ambos o, incluso, a las discriminaciones impuestas por la sociedad, la sociedad patriarcal en la que vivimos. Es el ya mencionado artículo 14 de la CE el que proclama el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo⁴¹². Esta igualdad de la que se habla es un principio jurídico universal reconocido en diversos textos internacionales sobre derechos humanos, entre los que destaca la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por La Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1979 y ratificada por España en 1983. A estos efectos, destacan también, las Conferencias Mundiales sobre las mujeres dirigidas por Naciones Unidas y celebradas en Méjico (1975), Copenhague (1980), Nairobi (1985) y Pekín (1995). La igualdad es, asimismo, un principio fundamental en La Unión Europea desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el 1 de mayo de 1999, la igualdad y la eliminación de las desigualdades son uno de los objetivos⁴¹³. En la Constitución aparece recogida la igualdad como derecho fundamental, tanto en la manifestación de trato igual como en el derecho a no ser discriminado. Esta posición no es aceptada por un sector doctrinal, aunque minoritario, entre ellos Basile y Martínez García, argumentando que la igualdad no es un derecho sino “un modo objetivo de ser la ley”⁴¹⁴. Otros, como Gálvez, aseveran

⁴¹¹ AÑÓN, M.J., *Igualdad, diferencias y desigualdades*, cit., que trata la igualdad y diferencia en torno al género; KANT, I., *Los principios metafísicos del Derecho*, F. Ayala, Espuela de Plata, 2004, considera a la mujer como ciudadana pasiva carente de derechos políticos, apoyándose en la superioridad de las facultades del hombre sobre las de la mujer y en la dependencia de ésta.

⁴¹² También lo establece el art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Ver La Declaración sobre la Eliminación de la discriminación contra la mujer, proclamada por la Asamblea General en su Resolución 2263 (XXII), de 7 de noviembre de 1967; MORAGA GARCÍA, M.A., “La igualdad entre hombres y mujeres en la Constitución española de 1978”, *Feminismo/s*, nº. 8, 2006, pp. 53-69; CONTRERAS PELÁEZ, F.J., “La idea de igualdad en el pensamiento político de Kant”, *Derechos y Libertades*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 225 y ss.; GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., “Igualdad, discriminación y diferencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Derechos y Libertades*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 53 y ss.; FERNÁNDEZ, E., *Igualdad y Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2003.

⁴¹³ En lo que se refiere a España, destaca la promulgación de LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

⁴¹⁴ Es la opinión de BASILE, “Los valores superiores, los principios fundamentales, y los derechos y libertades públicas”, en PREDIERI, A. y GARCÍA DE ENTERRIA, E., *La Constitución*

que no es uno más de entre los derechos y libertades que se proclaman, sino que es uno de los presupuestos necesarios para la efectividad de aquellos⁴¹⁵. A efectos de nuestro estudio nos interesa concretar que el derecho a la igualdad es un derecho fundamental, si bien, dentro de este sector existen posiciones que consideran que la igualdad es un derecho relacional, un derecho conexo ya que siempre ha de estar conectado con otros derechos fundamentales⁴¹⁶ y, en otro sentido, se considera como un derecho autónomo, caracterizado porque no sólo prohíbe el trato desigual, sino cualquier trato que lleve consigo una des-valoración de la condición del ser humano⁴¹⁷.

Pero, no todos defienden la idea de que se trata de un derecho fundamental, ya hemos señalado a Basile⁴¹⁸ y, en sentido similar se pronuncia Lorca Navarrete “no aparece, si hemos de atenernos al tenor literal de la Constitución, la significación de la igualdad como derecho fundamental”⁴¹⁹. Peces-Barba⁴²⁰, lo consideró como un derecho subjetivo del ciudadano. Y, Pérez Luño⁴²¹, aseveraría que “el derecho a la igualdad es el derecho fundamental, que tiende a asegurar un determinado status subjetivo, es decir, una determinada esfera de intereses de los ciudadanos, concretada en la garantía de paridad de trato y la consiguiente prohibición de una serie, no cerrada, ni exhaustiva, de discriminaciones”.

En la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional también encontramos algunas referencias considerando que la igualdad no es un derecho fundamental⁴²², es decir, niegan tanto el derecho fundamental de la igualdad⁴²³ como el derecho

española de 1978, estudio sistemático, Cívitas, Madrid, 1980, p. 277. Esta doctrina se ve apoyada por jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en particular por la sentencia 76/1983, de 5 de agosto.

⁴¹⁵ Opinión de GÁLVEZ, “Artículo 14 de la Constitución”, de GARRIDO FALLA, M., *Comentarios a la Constitución española*, Cívitas, Madrid, 2001, p. 183; RODRÍGUEZ PIÑERO, M., *El principio de igualdad en la Constitución española*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991; STC 14 de julio de 1982 y 22 de octubre de 1986.

⁴¹⁶ Es el caso de GARCÍA MORILLO, “La cláusula general de igualdad”, cit., p. 160.

⁴¹⁷ En este sentido, PÉREZ LUÑO, A.E., “Sobre la igualdad en la Constitución española”, cit., p. 151.

⁴¹⁸ BASILE, S., “Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas”, *Predieri*, 1980, p. 277.

⁴¹⁹ LORCA NAVARRETE, J., *Derechos fundamentales y jurisprudencia. Introducción al derecho*, t. II, Pirámide, Madrid, 1989, p. 171.

⁴²⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “Reflexiones sobre la Constitución”, cit., pp. 95 y ss.

⁴²¹ PÉREZ LUÑO, A.E., “Sobre la igualdad en la Constitución española”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, cit., p. 151.

⁴²² La ya citada STC 22/1981, de 2 de julio, que lo consagra como principio; 76/1983, de 5 de agosto, Fj. 2; o consideran que el art. 14 sólo tiene carácter informador, como la STC 4/1981, Ffj. 1 y 10.

⁴²³ SSTC 4/1981, de 2 de febrero y 10/1981, de 6 de abril.

fundamental al derecho a la igualdad⁴²⁴. Pese a ello, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha evolucionado, de manera que nos encontramos con sentencias en la que se considera al derecho de la igualdad como derecho fundamental, como derecho subjetivo de los ciudadanos para evitar los privilegios y las desigualdades discriminatorias⁴²⁵. Lo que, ante todo, se persigue, es la igualdad de no discriminación y la igualdad de oportunidades⁴²⁶.

Este es el sentido del derecho a la igualdad que será analizado en el ámbito penitenciario y dentro del Centro penitenciario con ocasión de que todos los reclusos reciban un igual trato en la aplicación de la normativa penitenciaria.

Las RPE, en su tercera versión aprobada por el Consejo de Europa el 11 de Enero de 2006, destaca la importancia de respetar las necesidades físicas, profesionales, sociales y psicológicas de las mujeres que afecten a su encarcelamiento con una atención especial a las que hayan sido objeto de violencias psíquicas, mentales o sexuales.

Han sido numerosas las teorías que tratan de explicar el fenómeno de la delincuencia femenina, desde teorías con base en los acercamientos criminológicos por Lombroso, Ferrero, y Hentig; desde teorías de contenido psicoanalítico, entre los que se incluyen a Freud y a Neuman, caracterizadas por considerarse a la mujer delincuente como un ser anormal o un ser carente de sus más elementales principios femeninos, y afectada socialmente de una patología criminal que la lleva a un comportamiento masculinizado. Llegando a teorías en las que se toma como base el carácter social de la delincuencia, como es el caso de la teoría del Rol.

⁴²⁴ SSTC 27/1981, de 10 de enero y 22/1981, de 2 de julio.

⁴²⁵ SSTC 49/1982, de 14 de julio; 75/1983, de 3 de agosto; 8/1986, de 21 de enero; más recientemente, 7/2009, de 12 de enero; 105/2009, de 4 de mayo, entre otras.

⁴²⁶ En este sentido, PUY MUÑOZ, F., "El derecho a la igualdad en la Constitución española", *XI Jornadas de Estudio, El principio de igualdad en la Constitución española*, vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 149.

La inclusión de la mujer presa⁴²⁷ dentro de este grupo diferenciado se debe a su exclusión social a lo largo de la historia y en la actualidad. Como señala Mapelli⁴²⁸, esta materia se aborda dentro de la problemática de las minorías (mujeres, menores, niños de corta edad, extranjeros y minorías étnicas o religiosas) ya que la estricta separación entre los distintos colectivos ha derivado en un tratamiento discriminatorio hacia ellos, por la escasez de recursos que provoca una inclinación hacia los Establecimientos penitenciarios de hombres, por ser el grupo más numeroso y, por consiguiente, más necesitado en términos generales⁴²⁹.

Ahora bien, la LOGP establece unas distinciones en atención al sexo, así el artículo 9 de la LOGP establece la separación en los Centros penitenciarios de hombres y mujeres, lo que se corrobora por el artículo 16 del mismo texto normativo, así como por el artículo 29.1 e). En cuanto al trabajo como derecho y deber del preso (lo que incluye a la mujer), la ley establece que están exentas de esta obligación “las mujeres embarazadas durante las seis semanas, anteriores a la fecha prevista para el parto, y las ocho posteriores al alumbramiento”. El artículo 43.3 de la LOGP establece que “el régimen de aislamiento no se aplicará a las mujeres gestantes [...]”⁴³⁰. De otro lado, es la Regla 34 de las RPE⁴³¹ la que regula las garantías para la mujer en prisión⁴³². Asimismo,

⁴²⁷ Sobre las mujeres presas tener en cuenta WARD, D.A. y KASSEBAUM, G.G., *Prisión de mujeres. Estructura social y sexual*, Aura, Barcelona, 1977, detallando los estudios sobre la sexualidad de las mismas, es decir, el papel que desempeñaban las presas si era un papel “masculino” o “femenino”, trata sobre la homosexualidad en las prisiones; CLEMENTE DÍAZ, M., “Integración de la madre reclusa en el medio ambiente de la prisión”, *Estudio*, nº. 269, Madrid, 1990; MIRANDA, M.J., “Mujeres en prisión” *Revista 8 de Marzo*, nº. 27, Instituto Andaluz de la Mujer, 1997.

⁴²⁸ MAPELLI CAFFARENA, B., “Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas” *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2006, disponible en <http://criminnet.ugr.es>

⁴²⁹ En otro sentido, teniendo en cuenta a Ferrajoli, las dimensiones de la igualdad dependen, de un lado, de la extensión de la clase de sujetos (todos) a que se refiere la igualdad; del otro, de la cantidad de los derechos que les son reconocidos y garantizados de forma universal, de modo que los derechos fundamentales e igualdad jurídica son exactamente la misma cosa. Lo que significa que la igualdad es garantizada a todos los sujetos, a todo ser humano, debiendo garantizarles todos los derechos habidos, desde el derecho a la vida hasta cualquier derecho reconocido, de modo que la igualdad es la garantía de los derechos fundamentales independientemente del hecho y de los titulares, aunque estos sean diferentes. FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., pp. 81 y 82.

⁴³⁰ Así como en la Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos, concretamente en la Regla 8 se habla de una separación de categorías y por tanto de sexo, y en la Regla 23 hace referencia a las embarazadas y a las guarderías infantiles.

⁴³¹ La Regla 34 viene a decir que las autoridades deben igualmente respetar las necesidades de las mujeres, entre otras su nivel físico, social, psicológico, en el momento de tomar decisiones que afecten a uno u otro aspecto de su detención. Las detenidas deben estar autorizadas a dar a luz fuera de la prisión, pero si un niño nace en el establecimiento las autoridades deben suministrar la asistencia y las infraestructuras necesarias”.

⁴³² Para Mapelli es una de las minorías de la prisión junto con los menores, los niños de poca edad, los extranjeros y las minorías étnicas y lingüísticas, MAPELLI CAFFARENA, B., “Una nueva

es el artículo 231.2 del RP el que pone de manifiesto que “el régimen disciplinario se aplicará a todos los internos [...]”, por lo que en ningún precepto se hace referencia a la inaplicación absoluta de la medida de seguridad, siendo acertada, por ende, la afirmación de García Valdés al sostener que la no aplicación a la que se refiere el artículo 254.3, que dice: “No se aplicará esta sanción a las mujeres gestantes y a las mujeres hasta seis meses después de la terminación del embarazo, a las madres lactantes y a las que tuvieran hijos consigo”, presenta un claro carácter temporal y sólo la prescripción legal de la falta disciplinaria supondrá que la sanción no se cumpla cuando las circunstancias personales referidas desaparezcan⁴³³.

En este tema, fue Foucault el que ya señaló la decisión de crear en Estados Unidos dos tipos de penitenciaría: una para los hombres y otra para las mujeres⁴³⁴. Y autores como Bueno Arús destacan la no referencia a la discriminación por razón de sexo, quizás por entender equivocadamente que resulta incompatible con la separación en Establecimientos o dependencias diferentes de hombres y mujeres, separación que responde únicamente a criterios de organización y convivencia y que no creemos pueda suponer vulneración de este derecho fundamental. Lo que, posiblemente, podría plantearse como problemático es el derecho de las madres reclusas a tener consigo a sus hijos hasta la edad de escolarización, derecho que si bien no está previsto para los padres presos, seguramente por una tradición o práctica social, podría ser perfectamente reivindicado. Ello obligaría a que los Establecimientos de hombres contaran con los mismos servicios que los previstos, a estos efectos, en los de mujeres⁴³⁵.

En la actualidad, si bien las mujeres continúan siendo minoritarias dentro del total de la población carcelaria, se ha observado que, aproximadamente a partir de 1984, la cantidad de las que ingresan en el sistema penitenciario ha aumentado

versión de las normas penitenciarias europeas”, cit., p. 26.

⁴³³ GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la legislación penitenciaria*, Cívitas, Madrid, 1982, p. 134. De la misma opinión, MAPELLI CAFFARENA, B., “Contenido y límites de la privación de libertad (Sobre la constitucionalidad de las sanciones disciplinarias de aislamiento)”, *Revista del Poder Judicial*, nº. 52, Madrid, 1998, p. 222.

⁴³⁴ FOUCAULT, M., *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*, trad. de A. Garzón del Camino, Siglo XXI, Madrid, 2002, pp. 128 y ss., principio general establecido en el preámbulo de la Ley en 1779 que fue redactada por Howard y Blackstone.

⁴³⁵ BUENO ARÚS, F., “Los derechos de los internos”, *Comentarios a la Legislación penal*, t. VI, vol. I, Madrid, 1986, p. 67; LAMARCA PÉREZ, C., “Los derechos de los presos”, en PRIETO SANCHÍS, L., *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, cit., p. 92, lo cita.

progresivamente⁴³⁶. El que una mujer delinca tiene mayor repercusión social que si lo hace un hombre⁴³⁷, a la mujer se le ha atribuido, desde antaño, una serie de roles (ama de casa, cuidadora de sus hijos, la que impulsa la educación de los niños, etc.) que al pasarse a otro ámbito ha generado un conflicto⁴³⁸. Las cárceles específicas para mujeres son pocas⁴³⁹, lo normal es reservar un módulo para ellas dentro de una cárcel para hombres, lo que significa que están en situación de desventaja por lo que surge el problema de los espacios comunes, como el polideportivo, la sala de conferencias, los comedores, etc. Esto significa también que las mujeres presas no pueden acceder a actividades de tratamiento penitenciario destinadas a hombres ya que no son las mismas; pudiendo darse el caso de que mientras que las actividades dirigidas a los hombres presos pueden estar orientadas a la reinserción puesto que se aprenden técnicas de construcción, carpintería, mecánica, automoción, etc., las actividades de las mujeres presas están destinadas, en la mayoría de los casos, a ser una buena ama de

⁴³⁶ Actualmente, según la estadística general mensual de Instituciones Penitenciarias en el mes de diciembre de 2010, hay un total de 5041 mujeres reclusas frente a 58362 de hombres. Disponible en www.mir.es/INSTPEN/, distribución de la población reclusa por sexo.

⁴³⁷ La mujer principalmente comete delitos contra la salud, robo y fraude, el más común es el tráfico de drogas. El perfil es muy diferente al de los hombres presos, en las cárceles españolas prima las gitanas. En 1997, el Defensor del Pueblo, F. Álvarez de Miranda, denunció la desigualdad entre reclusos y reclusas, ya que la gran mayoría de las cárceles españolas están pensadas para los hombres. Cuando empezó a crecer el número de presas, hasta un 800% desde los años ochenta, las instituciones penitenciarias optaron por ir haciendo hueco para ellas en las cárceles de hombres. Situación que agrava sus condiciones por la falta de espacios adecuados para cubrir sus necesidades básicas como atención hospitalaria con salas de maternidad, personal de pediatría, guardería, servicios de higiene y alimentación adecuada para ellas y sus hijos. La situación en Europa es bastante parecida. En Francia, Italia o Alemania la mayoría de las presas estaban sin trabajo antes de su encarcelación, consumían drogas y/o alcohol, tenían problemas económicos y cada vez más están siendo encarceladas por tráfico de estupefacientes. Muchas de las mujeres que ingresan en prisión habían sido víctimas de violencia y de abusos sexuales con anterioridad.

⁴³⁸ RIVERA BEIRAS, I., *La cárcel en España en el fin del milenio, (a propósito del vigésimo aniversario de la Ley Orgánica Penitenciaria)*, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 208-209, dice que “la mujer que delinque obtiene un mayor reproche social que el hombre, pues no ha sabido comportarse conforme al rol que le viene asignado por la sociedad: por un lado sumisa, pasiva, obediente y, por otro, garante del orden familiar, mediadora de los conflictos ajenos, protectora de los miembros de la familia, etc. El inconsciente colectivo convierte a la reclusa en una “antimujer”, en una madre desnaturalizada y, de este modo, tiene que soportar una doble estigmatización como mujer delincuente”.

⁴³⁹ Actualmente en España como departamentos de mujeres de las cárceles están el de Valladolid, Alcalá II, Martutene, Torrero en Zaragoza, Badajoz, Alicante, Castellón, Palma de Mallorca, Gran Canaria, Pamplona, Málaga, Cuenca, Ibiza, La Coruña, León, Murcia, Almería, Santander, Nanclares de la Oca en el País Vasco, o Cáceres I, entre otros. Departamentos de mujeres en cárcel de hombres destaca en Tarragona, Ponent en Lleida, y Girona. Establecimientos exclusivos para mujeres con capacidad para 200-300, son las de Alcalá de Guadaíra en Sevilla, Brieva en Ávila, Madrid I y Wad Ras en Barcelona, por el contrario hay más de 80 Centros penitenciarios para hombres. Asimismo existen Unidades dependientes para madres que están fuera del recinto penitenciario pero solo acoge a 15-20, existen programas de módulos mixtos de hombres y mujeres (es el caso de Navalcarnero cuando ambos están presos). Aquí empezamos a apreciar la desigualdad de las cárceles de hombres de las de mujeres.

casa, pues los talleres suelen ser de cocina, de cosmética o manualidades, no están diseñados para reinsertarlas laboralmente sino a cumplir el papel de mujer y de madre.

De esta manera, el artículo 9.1 de la LOGP señala que los Establecimientos de cumplimiento se organizarán separadamente para hombres y mujeres, y el artículo 6.3 del mismo texto legal dispone que, cuando no haya Establecimientos de preventivos para mujeres, ocuparán el de los hombres, departamentos absolutamente separados y con organización y régimen propios. La situación de las mujeres dentro de las prisiones públicas es peor que la de los hombres, porque están más hacinadas, tienen menor formación cultural y más problemas por sus condiciones de marginación⁴⁴⁰. Si la arquitectura penitenciaria ha permitido que existan módulos para garantizar la separación en las prisiones de hombres y mujeres, no lo ha posibilitado en las unidades acondicionadas para mujeres, es decir, no suele haber, en la mayoría de los Centros penitenciarios, unas dependencias para mujeres con hijos distintas a la de mujeres embarazadas. Así como las penitenciarías de mujeres no disponen de cárceles para jóvenes y cárceles para adultas, como señala la ley, separación que sí se lleva a cabo en el caso de Centros penitenciarios para hombres.

Por otro lado, no debemos olvidar que se han tomado poco en cuenta las necesidades y problemas de las mujeres reclusas que, a mi juicio, son diferentes a las de los hombres. Esta omisión refleja el hecho de que las mujeres son un grupo diferenciado minoritario en la población reclusa total. Numerosos estudios demuestran que sus necesidades físicas, mentales y emocionales difieren de las de los hombres reclusos⁴⁴¹.

La cárcel, como sistema penal en su totalidad, fue históricamente diseñada para excluir a los/las excluidos/as, para proyectar marginación y prejuicio, para construir y reproducir, en el caso de las mujeres, exclusión por el hecho de tener un cuerpo femenino. Las prisiones contemporáneas siguen proyectando sobre las mujeres presas imágenes prototípicas de feminidad, siguen adaptando patrones universales, falsamente

⁴⁴⁰ Informe de la Secretaria de Estado de Asuntos Penitenciarios, el 14 de diciembre de 1994, ante las Cortes Generales.

⁴⁴¹ Las mujeres encarceladas presentan un mayor índice de enfermedades psicológicas y mentales y una mayor probabilidad de haber sido víctimas de abuso físico y sexual; en ellas el riesgo de autolesión y suicidio es mayor.

masculinos, siguen discriminando y sancionando a las mujeres por ser mujeres⁴⁴². En las prisiones femeninas existe una precaria dotación de recursos económicos, una estructura espacial inadecuada y condicionada, en muchos casos, a un centro de población reclusa masculina, unas instalaciones poco habilitadas, una oferta muy reducida de programas rehabilitadores y un personal de orden y régimen poco preparado para atender la problemática de las mujeres.

El tratamiento penitenciario se basa en un enfoque sexista y estereotipado que refuerza el rol tradicional de las mujeres: la disciplina y el control son excesivamente severos, existe una medicación desmesurada y una falta de atención y asistencia a las mujeres con cargas familiares. Este conjunto de situaciones comporta una condena especialmente severa para las mujeres que consolida e intensifica las desigualdades de género existentes en la propia sociedad en unas Instituciones penitenciarias proteccionistas y paternalistas⁴⁴³. Hay estudios en los que se consideran que las mujeres presas en cárceles, por ejemplo, del País Vasco son las más vulneradas⁴⁴⁴.

El por qué del aumento de la mujer como reclusa se debe a la mayor emancipación y participación social de la mujer en la sociedad con la llegada de la democracia, lo que supone una incorporación a la pobreza y la criminalización de los excluidos: extranjeros, gitanos, toxicómanos, etc.⁴⁴⁵. En definitiva, en España las mujeres no cometen más delitos sino que se les aplica más pena de prisión y de mayor duración, como lo demuestran los datos⁴⁴⁶. La cultura machista se agudiza en prisión, lo

⁴⁴² ALMEDA SAMARANCH, E. y BODELÓN GONZÁLEZ, E., *Mujeres y castigo: un enfoque socio-jurídico y de género*, Dykinson Madrid, 2007, p. 14.

⁴⁴³ ALMEDA SAMARANCH, E. y BODELÓN GONZÁLEZ, E., *Mujeres y castigo: un enfoque socio-jurídico y de género*, cit., lo escribe Almeda “Ejecución penal y mujer en España: olvido, castigo y domesticidad”, p. 27.

⁴⁴⁴ Destaca el estudio de MANZANOS BILBAO, C., “Vivencias y percepciones de las mujeres presas de su discriminación en las cárceles ubicadas en el País Vasco”, en ALMEDA SAMARANCH, E. y BODELÓN GONZÁLEZ, E., *Mujeres y castigo: un enfoque socio-jurídico y de género*, cit., pp. 133 y ss.; CRUELLES, M. y IGAREDA, N., *Mujeres, Integración y Prisión*, Aurea, Barcelona, 2005, en la que detalla una investigación sobre las mujeres en el sistema penal y el desarrollo del encarcelamiento, el perfil tanto penal como sociológico de las mujeres presas, y medidas de reinserción.

⁴⁴⁵ NAREDO, M. “La criminalización de las mujeres gitanas en el estado español”, *Actas de las Jornadas de Graduado en Criminología y Política Criminal 2000 y 2001*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2003, p. 188.

⁴⁴⁶ CERVELLÓ DONDERIS, V., “Las prisiones de mujeres desde una perspectiva de géneros”, *Revista General de Derecho Penal*, nº. 5, 2006, pp. 6 y 9: “El mayor inconveniente que presentan los Centros de mujeres es la insuficiente clasificación dado el reducido número de internas según el art.16 de la LOGP, en detenidos y presos separados de condenados, primarios de reincidentes, jóvenes de adultos, enfermos de sanos, detenidos y presos por delitos dolosos de los que estén por

que aumenta los desniveles que por causa de género se dan en la sociedad en general⁴⁴⁷. Como consecuencia de esta escasez de Centros, no es posible cumplir el artículo 12 de la LOGP de evitar el desarraigo social de los penados, porque, al haber sólo escasas prisiones exclusivas de mujeres y el resto de departamentos o módulos dentro de las de hombres, no todas las mujeres presas pueden cumplir condena cerca de su lugar de residencia.

Bodelón habla de tres modelos para estudiar la discriminación de las mujeres en el sistema penal: modelo de la discriminación o aplicación sexista del Derecho, que parte de la idea de que la igualdad requiere el igual tratamiento de los sujetos por parte del Derecho (pone como ejemplo las normas diferentes que se aplicaban en el Código penal en los años setenta a la violación masculina y femenina). El modelo de la masculinidad del Derecho, indicador de que la discriminación no se produce por la existencia de normas jurídicas diferentes para hombres y mujeres, sino por el hecho de que una misma norma se aplica a situaciones que tienen diferente significado por sus implicaciones de género (pone como ejemplo el parricidio). Y el modelo de la construcción de la desigualdad de género, que parte de la idea de que la desigualdad se produce por aplicación igual y desigual de la norma jurídica. El problema es que el Derecho Penal tiende a reproducir una estructura de género que subordina a las mujeres, promoviendo interpretaciones que consolidan el rol tradicional femenino y masculino⁴⁴⁸.

imprudencia y, la clasificación en primero, segundo y tercer grado no siempre es posible por la falta de espacio. La precaria situación de varios departamentos de mujeres de ciertos centros penitenciarios hizo que en 1990 se suprimieran algunos de ellos (Huelva, Teruel, Huesca, Toledo, Soria, Salamanca, etc.), por sus reducidas dimensiones y falta de condiciones idóneas. En la actualidad, dependientes de la DGIP, sólo funcionan como prisiones propias de mujeres las de Brieva-Avila, Madrid I-mujeres y Alcalá de Guadaíra-Sevilla, el resto son unidades o módulos separados dentro de prisiones de hombres, según el Informe de la DGIP de 2004 hay ocho en toda España (Alcalá de Guadaíra, Albolote-Granada, Teixeiro-Coruña, Madrid V y VI, León, Dueñas-Palencia (La Moraleja), Mallorca, Valencia), además hay seis unidades dependientes con madres y niños y dos departamentos de mujeres (Las Palmas y Tenerife)”.
⁴⁴⁷

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Retos principales del actual sistema penitenciario” *Jornadas en Homenaje al XXV Aniversario de la Ley Orgánica General penitenciaria*, Madrid, 2005, p. 127.

⁴⁴⁸ RIBAS, N., ALMEDA, E. y BODELÓN, E., *Rastreando lo invisible: Mujeres extranjeras en las cárceles*, Anthropos, Barcelona, 2005, pp. 61-62, en la p. 97 señala una lista en la que establece unos motivos por los que se produce discriminación a la mujer reclusa extranjera: por el género, por las relaciones con los funcionarios, por las relaciones con el exterior (vis a vis, comunicaciones y teléfono), por desarraigo y extranjería, por el puesto laboral, relaciones con los servicios sociales y servicios médicos; BEJARANO, F., “Extranjeros en prisión” *Cuadernos de Derecho Penitenciario*, nº. 8, 2000, pp. 21-28; CARRIÓ, R., “Particularidades de la situación carcelaria de las mujeres”, en BERISTAIN IPIÑA, A. y DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *Cárcel de mujeres: ayer y hoy de la mujer delincuente y víctima*, Instituto Vasco de Criminología, Bilbao, 1989; CUEVAS, T., *Cárcel de mujeres*, Siricco, Barcelona, 1985; PARELLA RUBIO, S., *Mujer, inmigrante y trabajadora: la triple discriminación*, Anthropos, Barcelona, 2003; RIVERA BEIRAS, I., “La devaluación de los derechos fundamentales de

b) Maternidad en prisión: estancias de niños menores

Haciendo un repaso histórico por los distintos textos legales sobre materia penitenciaria, observamos que la presencia de los niños en la prisión siempre ha existido. El Reglamento de Organización del personal, régimen y funcionamiento de las prisiones aprobado por el RD de 5 de mayo de 1913, en su artículo 222, dictaminó que los hijos de las reclusas deben estar en un departamento especial para ellos. De otra parte, el Reglamento para la aplicación del Código penal en los Servicios de Prisiones aprobado por RD de 24 de diciembre de 1928 permite la admisión de mujeres condenadas que lleven consigo a sus hijos; el mismo dictamen se encuentra en el Reglamento de los Servicios de Prisiones aprobado por Decreto el 14 de noviembre de 1930, como en los posteriores textos normativos.

La Resolución del Parlamento Europeo de 26 de mayo de 1989, sobre mujeres y niños encarcelados, supuso una clarísima llamada de atención a los Estados sobre los efectos de la cárcel en las personas, en general y, en particular, sobre los menores. La resolución “insta a los Estados miembros a que, con carácter de urgencia, investiguen y apliquen medidas de sustitución de la pena de prisión”, para las madres encarceladas con hijos⁴⁴⁹. Finalmente, es la Regla 36 de las RPE⁴⁵⁰ la que regula los menores de corta edad en prisión, guardando estrecha relación con el tratamiento que se les da a las madres en la cárcel.

Es el artículo 38 de la LOGP el que establece que los Centros penitenciarios deberán estar dotados de material de obstetricia necesario para el tratamiento no sólo de las mujeres que estén embarazadas sino de las que acaban de dar a luz y de las que se encuentren convalecientes, siempre que por razones de urgencia no se permita que se realicen en hospitales civiles. La atención sanitaria para ellas debe ser igual que para el

los presos”, VVAA, *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1994; ALMEDA, E., *Corregir y castigar. El ayer y hoy de las cárceles de mujeres*, Bellaterra, Barcelona, 2002, pp. 215 y ss.

⁴⁴⁹ I 6/1990, de la Fiscalía General del Estado, sobre menores ingresados en Centros penitenciarios con sus madres presas; Circular 17/95, sobre funcionamiento y seguimiento de las Unidades Dependientes, de 26 de junio y, la I 14/97, de 22 de abril de 1998, sobre Organización y Funcionamiento de las Escuelas Infantiles en los Centros penitenciarios.

⁴⁵⁰ La Regla 36 viene a indicar que los niños de poca edad pueden estar en prisión con un pariente recluso únicamente si ello resulta de interés para el menor. Estos no deben ser considerados como detenidos. Deben tomarse medidas especiales para disponer de una guardería infantil dotada de personal cualificado donde el niño sea ubicado cuando el pariente esté realizando actividades a las cuales no tenga permitido el acceso al menor.

resto de las mujeres. En el apartado segundo de dicho artículo, se establece que las mujeres que ingresan en un centro o establecimiento penitenciario y tengan “en su compañía a los hijos que no hayan alcanzado los tres años de edad, siempre que acrediten debidamente su filiación”, debe existir “en aquellos centros donde se encuentren ingresadas internas con hijos [...] un local habilitado para guardería infantil”.

Además, obliga a la Administración penitenciaria a celebrar “los convenios precisos con entidades públicas y privadas con el fin de potenciar al máximo el desarrollo de la relación materno-filial y de la formación de la personalidad del niño dentro de la especial circunstancia determinada por el cumplimiento por la madre de la pena privativa de libertad”⁴⁵¹. La regulación del régimen de internamiento en Unidades de Madres se encomienda a los artículos 178 a 181 del RP, destacando la posibilidad, establecida en el artículo 180, de que el centro directivo autorice, “a propuesta de la Junta de Tratamiento, que las internas clasificadas en tercer grado de tratamiento con hijos menores sean destinadas a Unidades Dependientes exteriores, donde éstos podrán integrarse plenamente en el ámbito laboral y escolar”.

En el Informe presentado a las Cortes Generales por el Defensor del Pueblo, correspondiente a la gestión realizada en el año 2000⁴⁵², éste se muestra especialmente sensible y preocupado por la situación de las mujeres con hijos en prisión, poniendo de manifiesto algunos graves problemas, detectados en las visitas a diversos Centros penitenciarios. Así, el Alto Comisionado de las Cortes Generales relata cómo “no todos los menores de tres años que conviven con sus madres en prisión son alojados en unidades de madres”, de modo que “cerca de un cinco por ciento de esos menores

⁴⁵¹ Tener en cuenta el art. 17 del RP, internas con hijos menores que resumidamente viene a decir que se admitirá a los hijos menores de tres años por lo que deberá acreditarse debidamente la filiación y que dicha situación no entraña riesgo para los menores. Admitido el ingreso de los niños en prisión, deberán ser reconocidos por el Médico del establecimiento. En los posibles conflictos que surjan entre los derechos del niño y los de la madre, deben primar los derechos de aquél, que, en todo caso deben quedar debidamente preservados en el modelo individualizado de intervención penitenciaria que se diseñe para la madre. La Administración penitenciaria dispondrá para los menores y sus madres de unidades de madres, que contarán con local habilitado para guardería infantil y estarán separadas arquitectónicamente del resto de los departamentos, a fin de facilitar las especificidades regimentales, médico-sanitarias y de salidas que la presencia de los menores en el centro hiciesen necesarias. Además, fomentará la colaboración y participación de las instituciones públicas y privadas de asistencia al menor.

⁴⁵² Boletín Oficial de las Cortes Generales, n.º. 201, 8 de octubre de 2001, pp. 57 y 58; también lo encontramos citado por DEL ROSAL BLASCO, B., *La situación de las mujeres internadas en centros penitenciarios con hijos menores*, XVI Jornadas de Coordinación de Defensores del Pueblo, 2001, disponible en www.gva.es/sdg/

continúan siendo alojados en departamentos de mujeres que, normalmente, no reúnen condiciones adecuadas, y en los que conviven madres penadas o preventivas con otras internas que ni están embarazadas ni tienen a sus hijos con ellas”. En estos departamentos de mujeres no se suele contar, además, ni con el personal con formación especializada ni con las condiciones adecuadas para dispensar a los menores las atenciones y los cuidados que precisan ni para facilitarles el ambiente que es necesario para su correcto desarrollo. Por otro lado, el Informe señala que de la información recibida por la Administración penitenciaria “destaca el reducido porcentaje de menores de tres años que se encuentran destinados en unidades dependientes, en pisos integrados en las ciudades”, de modo que “resulta significativo que no se haya superado el porcentaje del 15% en el número de menores de tres años que permanecían con sus madres en unidades dependientes, es decir, que un 85% de los niños se encontraban dentro de prisiones, bien en módulos de madres o bien en departamentos de mujeres”. Situación a la que se le suma, además, el muy reducido número de Unidades dependientes existentes en el territorio nacional, pues su ubicación se reduce a cuatro ciudades.

Las Unidades de madres en España son muy recientes. Es alrededor de 1989 cuando tiene su origen como consecuencia de un informe emitido por el Defensor del Pueblo en el que se comentó las deficiencias encontradas en prisiones en las que había niños menores compartiendo no sólo el espacio sino también el régimen con todo tipo de reclusas, sin unas mínimas condiciones, ya fuesen de seguridad o de otra índole, necesarias para los menores. Es, consecuencia de ello, por lo que se habilitan espacios en ciertos establecimientos independientes del resto de la población para que las presas con hijos pudieran encontrarse en un ambiente más normalizado y en condiciones más parecidas en la vida real.

Por otro lado, hay que señalar que el derecho que se predica de las mujeres presas que tengan hijos menores de tres años para que puedan permanecer en el centro con ellas, es un derecho que no se encuentra reconocido para los padres presos, como ya se ha indicado con anterioridad.

c) Pros y contras de los niños en la cárcel

Es el artículo 8.15 de la Carta Europea de los Derechos del Niño el que establece que los niños cuyos padres se encuentren encarcelados deberán poder mantener con los mismos los contactos adecuados, los niños de corta edad que convivan con sus madres en las cárceles deberán poder contar con las infraestructuras y cuidados oportunos⁴⁵³. Los Estados miembros deberán garantizar a estos niños su escolarización fuera del ámbito carcelario. Se trata de un derecho de las reclusas el estar con sus hijos, pero dicha situación va en contra de los beneficios del niño. Javier Urrea, Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid en 1999, pedía que saliesen los niños de la cárcel, porque ellos no han cometido ningún delito y no deben estar allí: el criterio de la Institución del Defensor del Menor es que el niño, cuando nace, debe estar con los padres. La situación de los niños en las cárceles es buena, pero vivir en la cárcel es muy duro. Si un niño vive en una cárcel, no puede mirar a lo lejos, siempre hay una pared al fondo; en la cárcel no hay sonrisas, y para que un niño se desarrolle es fundamental que se ría; la cárcel tiene barrotes y tiene puertas metálicas que cierran de repente haciendo mucho ruido. La cárcel no es para los niños⁴⁵⁴. En este sentido es de especial interés las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990.

A veces los hijos de las mujeres presas tienen como única y mejor opción estar en la cárcel cerca de sus madres, la problemática de estos niños va desde que la madre ingrese en la prisión y éstos se queden con ella o que sean acogidos por familias

⁴⁵³ Encontramos un resumen histórico así como las consecuencias de estar en prisión en cuanto al desarrollo de los niños, las enfermedades, alteraciones del desarrollo psicomotor así como, otros problemas, en JIMÉNEZ MORAGO, J. y PALACIOS GONZÁLEZ, J., *Niños y madres en prisión. Desarrollo psicosociobiológico de los niños residentes en Centros Penitenciarios*, Ministerio de Interior y Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1998, pp. 29 y ss.

⁴⁵⁴ La Oficina del Defensor del Menor propone la creación de las Unidades Dependientes. Unidad Dependiente es un lugar fuera de la cárcel, en la ciudad, si es posible, donde hay un conjunto de casitas, en las que vive la madre con el niño. Mientras el niño está en la Escuela Infantil, de 9 a 5 de la tarde, la madre está en la cárcel. Cuando vuelve el niño, la madre va a su hogar con el niño, merienda con él, está toda la tarde con él y duerme con él. Al día siguiente el niño vuelve al colegio, y su madre, a la cárcel. No se trata de que la madre no cumpla la sanción. Es el niño el que jamás tiene que entrar en la cárcel, porque jamás ha cometido un delito. A cargo de las Unidades Dependientes proponemos que haya una ONG y alguien de Instituciones Penitenciarias que vigile para que no pase nada (tráfico de drogas, fugas...) En el caso de que la madre infrinja las normas, ese día vuelve a la cárcel y está allí con el niño hasta que éste cumpla tres años. A la hora de llevar este proyecto a cabo, hay muchos riesgos, pero ¿vamos a hacer una ley pensando en un supuesto, o tenemos que quebrar una situación terrible que yo he denominado de «violencia institucional»??. Disponible en www.archimadrid.es

sustitutas o Instituciones sociales. Se han llevado a cabo proyectos como el Jardín de Infancia, cuyo objetivo es darle al niño desde su primera infancia la posibilidad de un desarrollo estimulado en el marco de crecimiento adecuado. Para cumplir con él, se requiere la colaboración de la madre. Por lo tanto, “es objetivo del proyecto también apuntalar a las madres como sostén de los hijos, favoreciendo la identidad del niño en un marco de apertura”. Mantienen que “en la situación de privación de la libertad se podría ver aumentado el riesgo de establecer una relación en la que el niño quede ubicado como único objeto de compañía, generador de privilegios para la madre (objeto de beneficios y diferencias con el resto de las internas, etc.)⁴⁵⁵”.

Uno de los problemas derivados del encarcelamiento de las madres con hijos pequeños es la destrucción del núcleo familiar. El alejamiento de hijos puede desembocar en la ruptura de la familia, el cumplimiento de condena para algunas presas en lugares lejanos a su domicilio o los traslados a otras cárceles impiden en muchos de los supuestos las visitas de sus hijos, que carecen de los medios suficientes para hacerlo con cierta periodicidad. Los problemas que acarrea son fundamentalmente que el proceso de aprendizaje es más tardío, su capacidad visual es menor, porque su perspectiva se reduce a unos muros.

Por añadidura, la cárcel no es un sitio adecuado ni saludable para una madre ni, en todo caso, para un bebé o un niño menor de tres años por las siguientes razones⁴⁵⁶. En

⁴⁵⁵ Debemos recordar que entre las recomendaciones de la Relatora Especial sobre Violencia contra la Mujer, encontramos que “Es preciso canalizar más recursos hacia los programas de acercamiento madre-hijos en las cárceles de mujeres. Conviene facilitar el transporte de los niños para visitar a sus madres y, profesionales y asesores competentes deberían ayudar a las mujeres a solucionar sus problemas de relación materno-filial. Hay que tener un cuidado especial cuando los niños visiten a sus madres y debe ofrecerse la oportunidad a algunas de las mujeres de pasar algún tiempo con sus hijos en una unidad especial”, *Anuario del Diario Clarín*, 1999, p. 289. Un estudio de la Universidad Complutense de Madrid en 1998, señaló que “las cárceles no fueron diseñadas para los chicos, los niños en prisión con sus madres pueden calificarse de niños en riesgo”. La problemática es que estos niños adoptaron el encierro como única forma de vida. El dilema es cómo combinar el derecho de los niños “a no ser separados de sus madres” y el derecho a “crecer en libertad” y en un ambiente “que les permita desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal”, como consagra la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁴⁵⁶ Entre los principios que declaran los Derechos del Niño los más relacionados con la problemática en desarrollo son: Principio 2: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad”; Principio 4: “Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud, El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo”; Principio 6: “Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño

una cárcel hay estrés, hay ruido, no hay privacidad, hay enfermedades, escasas instalaciones para el juego de los niños o para el ejercicio, pocas instalaciones para el cuidado y la educación de los niños. Lo que significa que habría que incluir otro profesional como es el personal especializado de guarderías. Si la madre no puede salir, el niño tampoco, lo que significa que el economato debe estar dotado de material suficiente y necesario para la alimentación, higiene y vestimenta de un bebé, que la enfermería debe estar dotada de personal sanitario adecuado, que debe haber en todo Centro penitenciario de mujeres un pediatra para el cuidado y la prevención de enfermedades típicas de un niño, así como para poder vacunarles. Estos niños que no pueden salir no sabrán hasta los tres años lo que hay fuera de los muros de una prisión, no sabrán lo que es una vida con la familia. Teniendo en cuenta todo ello se están violando los artículos 2 y 3 de La Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, que, respectivamente, disponen que “los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares” y que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”⁴⁵⁷.

de corta edad de su madre”; Principio 7: el niño tiene derecho a recibir educación [...]en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social, llegar a ser un miembro útil de la sociedad”. Ver al respecto, JIMÉNEZ MORAGO, J., y PALACIOS GONZÁLEZ, J., *Niños y madres en prisión. Desarrollo psicobiológico de los niños residentes en centros penitenciarios*, 1998; MATTHEWS, R., *Pagando tiempo. Una introducción a la sociología del encarcelamiento*, Bellaterra, Barcelona, 2004.

⁴⁵⁷ No hay que olvidar las recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa [R 1469 (2000)] que, al tratar sobre el problema de las madres y los niños en prisión ha indicado al Comité de Ministros que invite a los Estados miembros a: Desarrollar y utilizar sanciones para madres de niños pequeños y evitar el uso de la prisión; Desarrollar programas educativos para profesionales de la justicia criminal, utilizando las líneas marcadas por la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas y el Convenio Europeo de Derechos Humanos; Reconocer que la custodia de la mujer embarazada y de las madres con niños pequeños debe de ser utilizada exclusivamente como último recurso para aquellas mujeres condenadas por los delitos más graves y que representen un peligro para la sociedad; Desarrollar pequeñas unidades de seguridad y semi-seguridad con el apoyo de servicios sociales donde los niños puedan ser cuidados en un ambiente amigable y donde el mejor interés del menor debe ser el objetivo, incluso conservando la seguridad pública; Asegurar que los padres tenga reconocidos derechos más flexibles de visitas; Asegurar que el personal tenga una formación adecuada en cuidados infantiles; Desarrollar normas adecuadas para los tribunales de justicia, de modo que sólo puedan imponer sentencias de prisión para mujeres embarazadas o madres criando a niños cuando el delito sea grave y violento y la mujer represente un peligro. La Regla 23 de RMTR contempla que en los establecimientos para mujeres deben existir instalaciones especiales para el tratamiento de las reclusas embarazadas, de las que acaban de dar a luz y de las convalecientes. Hasta donde sea posible, se tomarán

En conclusión, los niños “nunca pueden ver árboles, tráfico, animales o experimentar una vida ordinaria de familia”; además, “los niños no tienen oportunidad de forjar vínculos o establecer una relación con otros miembros de la familia, particularmente con los padres, hermanos o hermanas”, dañando las relaciones entre la madre y el niño” y provocando una “mutilación emocional”⁴⁵⁸.

d) Especial consideración de la mujer gitana

Dentro de la población reclusa femenina es necesario hacer referencia a la mujer gitana en la prisión ⁴⁵⁹. Se trata de uno de los colectivos más discriminados entre la población reclusa femenina⁴⁶⁰, puesto que si ya de por sí la razón de que las mujeres que entran en prisión es que tengan escasos recursos económicos, con un nivel cultural bajo, el colectivo gitano no escapa de esos parámetros. Incluso se da el caso de que muchas de las mujeres gitanas cumplen la condena del marido, en el sentido de que se hacen titulares del delito cometido, ya que estiman que es el hombre el que debe educar a sus hijos. Las personas más desfavorecidas tienen más probabilidades de convertirse en delincuentes.

Existe una falta de información sobre la situación de este grupo diferenciado especialmente vulnerable, dificultando la ausencia de datos sobre el número de las mujeres gitanas presas. De hecho, el segundo Plan de inclusión social de España (2003-

medidas para que el parto se verifique en un hospital civil. Si el niño/a nace en el establecimiento, no deberá hacerse constar este hecho en su partida de nacimiento y, cuando se permita a las madres reclusas conservar su niño/a, deberán tomarse disposiciones para organizar una guardería infantil, con personal calificado, donde estarán los pequeños cuando no se hallen atendidos por sus madres.

⁴⁵⁸ *Mothers and babies in prison*, Report of the Social, Health and Family Affairs Committee, Doc. 8762, nº. 9, Council of Europe, Parliamentary Assembly, 2000.

⁴⁵⁹ Para el tema de las mujeres gitanas ver a PÉREZ DE LA FUENTE, O., “Mujeres gitanas. De la exclusión a la esperanza”, *Universitas*, nº. 7, 2008, pp. 109-146; BUSTOS BOTTAI, R., “Discriminación por razón de sexo y acciones positivas: reflexiones a la luz de la jurisprudencia constitucional española y aproximación a la Ley para la igualdad efectiva”, *Universitas*, nº. 6, 2007, pp. 127-147.

⁴⁶⁰ ALMEDA, E., *Mujeres encarceladas*, Ariel, Madrid, 2003; AZAOLA E., *Prisiones para mujeres: un enfoque de género. Programa interdisciplinario de Estudios de la Mujer*. México, 1994; LARRAURI, E., “La mujer ante el derecho penal”, *Revista de la Asociación de Ciencias Penales*, nº. 11, 1996; Proyecto BARAÑÍ, *Criminalización y reclusión de Mujeres Gitanas*, disponible en <http://web.jet.es>; YAGÜE, C., “Mujer, delito y prisión: Un enfoque diferencial sobre la delincuencia femenina”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº. 249, 2002; BARTOLOMET GUTIÉRREZ, R., *Delincuencia Juvenil Femenina*, Universidad de Castilla La Mancha, 2001; del mismo, “La Eficiencia de las medidas dirigidas a la reinserción de las mujeres presas en Europa”, *MIP: Mujeres, Integración y Prisión*, proyecto financiado por la CE, 2002-2005; www.surt.org/mip, *Informe sobre la igualdad entre hombres y mujeres de la Comisión de las Comunidades Europeas 2004 al Consejo de Europa*, Bruselas, 2004.

2005) reconoce la importancia de “recoger información actualizada de la población gitana a través de informes e investigaciones, para evaluar el impacto de las correspondientes políticas sociales”. Aunque, la Constitución de 1978, proclamó la igualdad de todos los españoles sin discriminación alguna y derogada la Ley de Peligrosidad Social o la *cartilla* de la Guardia Civil que prevenía de la proclividad criminal de los gitanos, las mujeres gitanas aún sufren muy gravemente estos arraigados prejuicios. La mayoría de ellas se trata de vendedoras ambulantes, recogedoras de basura, temporeras, trabajos domésticos, etc. La mujer gitana, según cualquier investigación que tengamos en cuenta, tienen una tasa mayor de desempleo, vive en infraviviendas, en poblados, chabolas o casas prefabricadas.

4.2 Colectivo de extranjeros reclusos

El punto de partida es el de no confundir los *Centros de Internamiento de extranjeros* con los *Establecimientos penitenciarios*, en primer lugar porque los Centros de Internamiento forman parte del Derecho penal especial pero, administrativo no penitenciario, es decir, es un instrumento ordinario de intervención de la Administración en la regulación de las políticas de extranjería en los países occidentales⁴⁶¹. Es un sistema en el que se da primacía a las competencias policiales, la función de este Derecho penal y procesal administrativo especial es prevenir los delitos y las perturbaciones del orden público a través de medidas de defensa social ante o *extra delictum* aplicadas por vía administrativa a sujetos “peligrosos” o “sospechosos”⁴⁶². Se le priva de libertad a una persona sin haber cometido un hecho delictivo por lo que cabe la pregunta de si es legítima la actuación, para ello el Tribunal Constitucional ha entendido que “la comisión de un hecho delictivo no es el único título que permite restringir la libertad [...], la restricción de la libertad es un concepto genérico del que una de sus modalidades es la prisión en razón de un hecho punible [...]”⁴⁶³.

Teniendo en cuenta que la Ley de Extranjería nos aporta fórmulas excluyentes y si observamos el día a día vemos cómo no paran de llegar extranjeros a nuestras

⁴⁶¹ SILVEIRA, H.C., “Inmigración y derecho: la institucionalización de un sistema dual de ciudadanía”, en BERGALLI, R. y OTROS, *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 550.

⁴⁶² *Ibidem*, p. 551; FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., pp. 766-767.

⁴⁶³ SSTC 178/1985, de 19 de diciembre y 303/2005, de 24 de noviembre, sobre las medidas de ingreso en un Centro de Internamiento.

fronteras⁴⁶⁴, todos sin un contrato de trabajo, y muchos buscando nuevas oportunidades que se traducen en un nada. La mayoría caen en la delincuencia para sobrevivir y muchos llenan nuestras cárceles con todas las consecuencias. La filosofía del sistema de inmigración se explica en la Exposición de Motivos del Reglamento de Extranjería⁴⁶⁵: “En la arquitectura del sistema migratorio actual, la admisión de nuevos inmigrantes en nuestro país está fundamentalmente basada en la necesidad de cobertura de puestos de trabajo y, salvo en los supuestos previstos por circunstancias excepcionales, los inmigrantes que quieran desarrollar una actividad laboral deberán venir en origen con un visado que les habilite para trabajar o para buscar un empleo”. Las prisiones españolas constituyen el medio físico en el que se desenvuelve directamente buena parte de la vida, se trata de una realidad social muy amplia y de facetas inéditas y complejas. Si éstas se hacían pequeñas para la delincuencia de nuestro país hay que sumarle los extranjeros, tanto hombres como mujeres. La presencia de las mujeres en los procesos migratorios históricamente aparece como un fenómeno de menor envergadura que la masculina, pero existe⁴⁶⁶. No obstante, no hay que caer en el estereotipo de inmigración igual a delincuencia, estos colectivos sociales están caracterizados por la precariedad y la pobreza. En cuanto al derecho de los extranjeros se plantean problemas complejos en relación a si son destinatarios de derechos atendiendo a la condición de ciudadanos⁴⁶⁷.

Ahondando en la cuestión, a la luz de lo que aquí nos interesa concretar, es la Regla 37 de las RPE la que regula la situación de un extranjero preso, dictaminando que “Los detenidos naturales de un país extranjero deben estar informados sin demora de sus derechos a ponerse en contacto con las autoridades diplomáticas y consulares y

⁴⁶⁴ Ver MARTÍN PALOMO, M.T., MIRANDA LÓPEZ, M.J. y VEGA SOLÍS, C., “Delitos y fronteras. Mujeres extranjeras en prisión”, *Política y Sociedad*, vol. 44, nº. 2, 2007; APARICIO, R., TORNOS, A. y LABRADOR, J., *Inmigrantes, integración, religiones. Un estudio sobre el terreno*, Sal Terrae, Madrid, 1999; RUÍZ OLABUENAGA, J.I., RUÍZ VIEYTEZ, E.J. y VICENTE TORRADO, T.L., *Los inmigrantes irregulares en España. La vida por un sueño*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999; MILANS DEL BOSCH PORTOLES, I., “La dicotomía nacional/extranjero: nacionalidad de los derechos individuales y universalidad de los derechos humanos”, *Migraciones y desarrollo humano*, Dykinson, Madrid, 2003.

⁴⁶⁵ LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social, el RD 2393/2004, de 30 de diciembre, y la reforma LO 11/2003.

⁴⁶⁶ Para saber más sobre la mujer extranjera en prisión ver a BODELÓN GONZÁLEZ, E., “Género y sistema penal: los derechos de las mujeres en el sistema penal”, en BERGALLI, R., y OTROS, *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 451 y ss.

⁴⁶⁷ Ya en La Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional el 26 de agosto de 1789, distinguía entre hombre y ciudadano. Es el art. 13 de la CE el que garantiza que “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los Tratados y la Ley”, no mencionando que tengan derechos. En la LOGP y su RP no hacen distinciones en cuanto a los derechos, sean constitucionales o penitenciarios.

beneficiarse de medios razonables para establecer esa comunicación. Los detenidos naturales de Estados que no tengan representantes diplomáticos o consulares en el país así como los refugiados y los apátridas deben beneficiarse de las mismas facilidades y estar autorizados a comunicarse con el representante diplomático del Estado encargado de sus intereses o con otra autoridad nacional o internacional cuya misión sea proteger dichos intereses. Las autoridades penitenciarias deben colaborar estrechamente con los representantes diplomáticos y consulares en interés del extranjero encarcelado que pueda presentar necesidades particulares. A los extranjeros detenidos debe suministrárseles información relativa específicamente a la vida judicial. Los detenidos extranjeros deben estar informados de las posibilidades de solicitar el traslado a otro país para continuar allí la ejecución de su pena”.

En lo que se refiere a nuestra jurisprudencia, se manifiesta que “el término libertad pública no tiene obviamente un significado restrictivo, y que, por tanto, el disfrute de los derechos y libertades del Título I de la CE se efectuará en la medida que determinen los tratados internacionales y la ley interna española, y de conformidad con las condiciones y el contenido previsto en tales normas, de modo que la igualdad o desigualdad en la titularidad y ejercicio de tales derechos y libertades dependen por previa previsión constitucional, de la libre voluntad o la ley”⁴⁶⁸. En consecuencia, la Constitución española no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyen los tratados y la ley, sino de las libertades “que garantizan el presente título en los términos que establezcan los Tratados y la Ley”, de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales, y por tanto, dotados (dentro de su específica regularización) de la protección constitucional pero, son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido, derechos de configuración legal”. Puede concluirse que, en materia de derechos y libertades pública, no existe un principio constitucional de igualdad total que equipare, como regla general, a españoles y extranjeros, ya que el artículo 14 de la CE es únicamente aplicable a los españoles⁴⁶⁹.

⁴⁶⁸ La STC 107/1984, de 23 de noviembre; SAGRA I TRIAS, E., *Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España. Protección jurisdiccional y garantías*, Bosch, Barcelona, 1991.

⁴⁶⁹ STC 107/84, de 23 de noviembre, además manifiesta que “la Constitución española no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyen los tratados y la ley, sino de las libertades que garantizan el presente título en los términos que establezcan los Tratados y la Ley, de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales, y por tanto, dotados -dentro de su específica regularización- de la protección constitucional, pero son todos ellos, sin excepción en cuanto a su contenido, derechos de configuración legal, [...], en materia de

No faltan críticas sobre que la Ley de extranjería, en cuanto a extranjeros privados de libertad, no aplica, en la medida de lo razonable, los artículos 1, 13 y 14 de la CE, es decir, la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico y el principio de no discriminación. Según Rivera Beiras, el hecho de privar la libertad y expulsar del territorio a personas que no tienen documentos hace que éstas se discriminen hasta el punto de convertirlas en *cuasi delincuentes*⁴⁷⁰. El artículo 13 de la CE establece que “Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los Tratados y la Ley”, existiendo críticas en torno al articulado al considerar que lleva a cabo una desconstitucionalización de los derechos fundamentales de los extranjeros⁴⁷¹. De otra parte, se sostiene que las leyes a las que se remite el artículo 13.1 de la CE han de ser ordinarias y no orgánicas, pues dicho precepto no se encuentra incluido dentro de la Sección primera del Capítulo segundo del Título primero⁴⁷². A mi juicio, como expresa Ríos Martín⁴⁷³, se reconocen dificultades de los reclusos extranjeros por la diferencia de lengua, de cultura, de costumbres y de religión. Por ello, en la medida de lo posible, la normativa penitenciaria debería quedar orientada en su interpretación hacia la atenuación de la soledad que los reclusos puedan experimentar y facilitar su tratamiento con vistas a su reinserción social, determinando las fórmulas que contemplen sus necesidades específicas y garanticen iguales oportunidades que a los demás reclusos.

derechos y libertades públicas no existe un principio constitucional de igualdad total que equipare como regla general a españoles y extranjeros, ya que el art. 14 de la CE es únicamente aplicable a los españoles”; STC 236/2007, de 7 de noviembre, contra diversos preceptos de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

⁴⁷⁰ RIVERA BEIRAS, I. y SIVEIRA, H., “Qué son los Centros de Internamiento”, <http://estrecho.indymedia.org/>, publicado el 23 de julio de 2006.

⁴⁷¹ Es el caso de PECES-BARBA, G., “Reflexiones sobre la teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1978-1981, monográfico n.º. 2, p. 4.1

⁴⁷² Ésta es la opinión de PIÑAR MAÑAS, J.L., “El derecho a la libertad de residencia y circulación de los extranjeros en territorio nacional” *RAP*, n.º. 93, 1980, p. 206; otros ampliaron su concepción indicando que el art. 13.1 al margen de la limitación que pueda establecer la ley, las libertades públicas a que se refiere el precepto no son sólo las comprendidas en la Sección primera del Capítulo segundo, aunque éstas sean las más importantes y ello no sólo porque así se deduce del propio debate constitucional, sino porque algunos derechos y deberes reconocidos en la Sección segunda no puede, ni de hecho, estar limitados a los extranjeros, opinión de SERRANO ALBERCA, J.M., “Comentario al artículo 13.1 CE”, en GARRIDO FALLA, F., (dir.), *Comentarios a la Constitución española*, Cívitas, Madrid, 1985, p. 217; VIDAL FUEYO, M.ª.C., *Constitución y extranjería. Los derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

⁴⁷³ RÍOS MARTÍN, J.C., *Manual de ejecución penitenciaria. Extranjeros en prisión, abrir las cárceles injustas*, Colex, Madrid, 1998, p. 1.

La sociedad española ha pasado de ser emigrante a inmigrante lo que supone que existe población reclusa extranjera, llegando a ser elevada en los últimos años. Como se puede apreciar fácilmente, los extranjeros no tienen los mismos derechos que los españoles⁴⁷⁴, mas la Ley penitenciaria y el Reglamento hacen distinciones, por lo que, dentro del Centro penitenciario, todos los reclusos tienen los mismos derechos. Para las mujeres extranjeras supone una mayor exclusión social, hablamos de una reinserción a una sociedad que no les pertenece, que no conocen y que, probablemente, no han formado parte de ella, haciéndose la inserción y la integración social un tanto ardua⁴⁷⁵.

De otro lado, la Ley 4/2000 afirma que los extranjeros gozarán en España, en igualdad de condiciones que los españoles, de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución⁴⁷⁶. Las mujeres reclusas están en situación de desventaja respecto a los hombres reclusos y, entre ellas, las mujeres extranjeras. Sin entrar a cuestionar cuales son las causas de inmigración, el tipo de delito que cometen, su origen y movilidad social, su perfil, o las estrategias de adaptación en la sociedad; se debe afirmar que un inmigrante supone unas repercusiones en el ámbito demográfico, económico, social y religioso⁴⁷⁷, demostrándose, en la actualidad, que el extranjero preso está en una situación de desigualdad, en palabras de algún sector de la doctrina, *situación de desventaja*⁴⁷⁸, debido a su condición de extranjero.

Como consecuencia de todo lo anteriormente indicado, la discriminación ya viene impuesta por las leyes de extranjería siendo más acusada en los Centros penitenciarios, ya que en el Derecho Penal no se establece ninguna distinción de si el delito ha sido cometido por nacionales o extranjeros. Tanto el artículo 3 de la LOGP

⁴⁷⁴ Ver BORRAJO INIESTA, I., "El status constitucional de los extranjeros", *Estudios sobre la Constitución española (Homenaje a García de Enterría)*, vol. II, Cívitas, Madrid, 1991; SAGRA I TRIAS, E., *Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España*, cit.

⁴⁷⁵ Ley 4/2000 reformada por Ley 14/2003, en el momento de realizar la investigación.

⁴⁷⁶ Ver respecto al tema de las mujeres reclusas extranjeras el trabajo de RIBAS, N., ALMEDA, E., Y BODELON, E., *Rastreando lo invisible: Mujeres extranjeras en las cárceles*, Anthropos, Barcelona, 2005.

⁴⁷⁷ MARTÍNEZ BRETONES, V., "Los inmigrantes y sus derechos en España", en ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. y HERNÁNDEZ BRAVO DE LAGUNA, J., (coord.), *Estudios sobre la Constitución española, Libro Homenaje a Gumersindo Trujillo Fernández*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 296-297.

⁴⁷⁸ Desventaja porque es provocada por el desconocimiento del idioma, la legislación nacional sea penal o penitenciaria, no hay vínculos familiares, etc., DE LUCAS MARTÍN, J., AÑÓN ROIG, M.J., GALIANA SAURA, A., GARCÍA AÑÓN, J., MESTRE I MESTRE, R., MIRAVET BERGÓN, P., RUÍZ SANZ, M., SIMÓ NOGUERA, C., SOLANES CORELLA, A. y TORRES PÉREZ, F., *Los derechos de participación como elemento de integración de los inmigrantes*, Rubes, Bilbao, 2008.

como el artículo 4.1 del RP indican que no puede discriminarse a los internos por su nacionalidad, ésta es la razón por la que queda reflejado el principio de igualdad de trato entre los presos sean nacionales o extranjeros, partiendo del mismo criterio penitenciario⁴⁷⁹.

Llegados a este punto, se debe señalar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha resuelto temas de discriminación de extranjeros en el ámbito no penitenciario⁴⁸⁰, en la que establece tres categorías de derechos y libertades respecto a la equiparación entre españoles y extranjeros: a) los que corresponden por igual a españoles y extranjeros, son el derecho a la vida y a la integridad física y moral; b) los que se plasman en los Tratados internacionales y en las diversas Leyes, los cuales establecen diferencias entre los países y los ciudadanos, y c) los derechos y libertades que le son negados a los extranjeros, como el acceso a la función pública o el voto en las elecciones nacionales. Con respecto a la desigualdad entre españoles y extranjeros, indica que “la inexistencia de declaración constitucional que proclame la igualdad de los extranjeros y españoles no es, sin embargo, argumento bastante para considerar resuelto el problema, estimando que la desigualdad de trato entre extranjeros y españoles resulta constitucionalmente admisible, o, incluso, que el propio planteamiento de una cuestión de igualdad entre extranjeros y españoles está constitucionalmente excluido”.

No es mi objetivo hacer un trabajo sobre el perfil sociológico y criminológico de los extranjeros en las cárceles, sólo creo que se ha de indicar que se trata de un grupo diferenciado que tiene su lugar en nuestra sociedad y que también ocupan nuestras cárceles agravando una serie de problemas. Entre dichos problemas son citables la superación de su capacidad, me refiero, por ejemplo, a que en los Centros penitenciarios no hay un traductor que les pueda facilitar comprender el día a día, lo que supone que dentro de esta Institución forman un grupo cerrado y reducido. Otro de los problemas es el referente a la religión, tema que trato en Capítulo diferente.

⁴⁷⁹ En cuanto al tema de la igualdad fuera de la prisión, VIDAL FUEYO, M^a.C., “Constitución y extranjería. Los derechos fundamentales de los extranjeros en España”, cit., pp. 159-183; ADAM MUÑOZ, M^a.D., “El internamiento preventivo del extranjero durante la tramitación de expulsión”, *La Ley*, t. 3, 1991; BASTENIER, A. y DASSETTO, *Problemi di insediamento per gli immigrati in Europa*, Fondazione Giovanni Agnelli, Milán, 1990; BIGLINO CAMPOS, P., “De qué hablamos en Europa cuando hablamos de derechos fundamentales”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º. 97, 1997.

⁴⁸⁰ Una de las primeras sentencias fue la STC 107/1984, de 23 de noviembre; SSTC 221/1988, de 24 de noviembre; 130/1995, de 11 de septiembre.

Los extranjeros presos han de recibir un trato igual que el resto de los presos debido a que partiendo de la Constitución española, en cuanto a la reinserción social de los penados a penas privativas de libertad no hace distinción entre nacionales y extranjeros, las penas de unos y otros han de tener la misma finalidad, y cumplirse en igualdad de condiciones. Teniendo en cuenta la I 14/2001, de 14 de diciembre, de adaptación de las normas generales sobre internos extranjeros a la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su redacción dada por la LO 8/2000 de 22 de diciembre, se recogen unos mínimos derechos. Así, se les facilitará una hoja informativa en donde se desarrolla de forma breve el derecho que le asiste, en virtud del artículo 52.2 del RP, a ser informado sobre las diferentes posibilidades que tiene de solicitar la aplicación de tratados internacionales o medidas que afecten a su situación procesal y penitenciaria, así como la dirección y el teléfono de su representación diplomática, concluyendo con el procedimiento de expulsión, de traslado y salida⁴⁸¹.

Por tanto, el hecho de ser extranjero y, además, estar privado de libertad, conlleva una serie de desigualdades, así, en lo referente al derecho a la defensa, supone una disminución de la efectividad de sus garantías procesales, al dificultar la comunicación con su propio Letrado⁴⁸², son los artículos 49 de la LOGP y el 13 del RP los que hacen referencia a los extranjeros. Pero, quizás, lo que no se cumpla, es el hecho de poseer un intérprete en los Centros Penitenciarios para que puedan conocer las normas, o realizar las distintas actividades, cuando están amparados por la doctrina constitucional en cuanto a expresarse en su propio idioma⁴⁸³. Otro de los derechos que no se cumple a favor del extranjero recluso es el derecho a la información, en el supuesto de que no se tenga quién le traduzca.

⁴⁸¹ Circular 22/1996, de 16 de diciembre en cuanto a la debida identificación de los presos en el disfrute de los permisos, entregándosele, a la salida del centro, su documento nacional de identidad pero, no se entregará este documento a los presos extranjeros que salgan de permiso, pudiendo en estos casos facilitárseles otro que acredite adecuadamente su identidad. En cuanto a permisos de salida, de los extranjeros presos los AATC 1250/99, de 22 octubre; 333/2000 de 10 marzo; 1854/2000 de 20 diciembre, entre otros y, la Recomendación del Consejo de Europa R (84) 12.

⁴⁸² “La condición del Extranjero en el ámbito penitenciario”, Comisión de Derecho Penitenciario, *VIII Congreso Los Derechos de las Minorías*, Jueces para la Democracia, Sevilla, 1993, p. 10.

⁴⁸³ SSTC 2/87, de 21 de enero y 190/87, de 1 de diciembre, entre otras.

En consecuencia, al no tener familiares se produce un auténtico aislamiento con el exterior, suponiendo una dificultad para recibir visitas familiares, bien por la distancia, bien porque no puede acreditarse como familiar o como amistad lo que conlleva la inexistencia de permisos de salida o la aplicación del régimen abierto. El no tener recursos económicos supone, por consiguiente, la privación de derechos fundamentales y de beneficios penitenciarios.

El artículo 9.2 de la CE obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo, y de los grupos en que se integra, sean reales y efectivas, no obstante, en el ámbito penitenciario y en lo relacionado con los presos extranjeros esto no ocurre. La normativa penitenciaria, exclusivamente, hace referencia al derecho a mantener comunicaciones y visitas (art. 89 del RP) de los agentes diplomáticos de sus países de origen, para establecer la obligación de la Administración penitenciaria de comunicar el licenciamiento definitivo del preso que se encuentre en procedimiento de expulsión. Para asegurar su derecho a recibir información sobre el régimen del Centro penitenciario en su idioma y para prevenir la posibilidad de que la libertad condicional se cumpla. Desde este punto de vista, las cárceles significan para nosotros el espacio ideal de análisis de los procesos de discriminación de este nuevo orden social al que hemos aludido, identificados a través de los cambios actuales tanto en los modelos de bienestar y exclusión a través del sistema penal como en los modelos migratorios de las sociedades avanzadas. La centralidad que concedemos al mundo de la prisión como eje del análisis pretende subrayar, en primer lugar, la transformación de la cárcel desde una institución correccional en decadencia a una institución que ha pasado a convertirse en un pilar indispensable del orden social contemporáneo. De modo genérico, las prácticas contemporáneas del crimen y el castigo se relacionan con la estructura general del bienestar y con los cambios en las relaciones de clase, etnia y género que subyacen en las transformaciones en la sociedad española⁴⁸⁴.

El extranjero se enfrenta al cambio para adaptarse y asimilar la cultura, el inmigrante se enfrenta a la gran dificultad que supone el cambio de sus valores y

⁴⁸⁴ FLAQUER, L., RIBAS, N., ALMEDA, E., BODELÓN, E. y otros, *Rastreado lo invisible: mujeres inmigrantes en las cárceles*, 1999-2001. Disponible en www.migualdad.es/extranjera.

creencias, es decir, a la lucha entre la aceptación de un nuevo sistema de valores y el abandono paulatino de los suyos. En la mayoría de los casos, el inmigrante se aísla e intenta que la nueva cultura no rompa con su identidad. La inadaptación puede llegar a hacer que se busque la vida a través de la delincuencia.

Existe desigualdad en cuanto a la aplicación de la pena y la realidad, mientras que el artículo 25.2 de la CE y la LOGP no establecen diferencias en cuanto a los fines, derechos, trabajo y sistema de cumplimiento entre extranjeros y nacionales. Concretamente respecto al derecho a cumplir la pena conforme al sistema de individualización separado en grados, la realidad social y jurídica de los extranjeros puede condicionar la ejecución de la condena hasta formas diferenciadas, sin que puedan calificarse de discriminatorias como muchos afirman. De esta forma, se generan, o pueden generarse, problemas específicos en áreas como la prisión provisional, con una tendencia de hecho a una mayor aplicación a los extranjeros que a los nacionales. Del mismo modo, se advierte una menor aplicación de medidas alternativas a la prisión; hay un número significativo de extranjeros que ingresan en ella sin documentación acreditativa de su identidad y nacionalidad. Aquí destaca el desconocimiento del idioma que puede repercutir en la falta de conocimiento y ejercicio de derechos, así como en cierto aislamiento social y no integración en actividades. También es reseñable la situación jurídica y socio-familiar de un significativo número de internos extranjeros, que puede dificultar el acceso a permisos, al tercer grado y a beneficios penitenciarios. Y, por último, lo mismo puede suceder respecto al trabajo en régimen abierto y la libertad condicional⁴⁸⁵. En definitiva, todo el sistema penitenciario viene exigido por la protección de las libertades y de la dignidad humana.

Así pues, la igualdad se configura como un componente que completa y profundiza los derechos de libertad⁴⁸⁶, es un principio genérico que tiene como correlato, también genérico, la prohibición de toda clase de discriminación⁴⁸⁷. El juicio de igualdad, por lo demás, es de carácter relacional. Requiere como presupuestos

⁴⁸⁵ GARCÍA GARCÍA, J., *Extranjeros en prisión: aspectos normativos y de intervención penitenciaria*, 17 Encuentro Abogacía en Derecho de Extranjería y Asilo. Pamplona 17 a 19 de mayo 2007, disponible en <http://www.derechopenitenciario.com/doctrina/>

⁴⁸⁶ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 148 y ss.

⁴⁸⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La Constitución española de 1978*, F. Torres, Valencia, 1981, pp. 38-39.

obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas y, de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso. Sólo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma⁴⁸⁸. Exige la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y es aceptado por la doctrina, que rija una diferencia de trato objetivamente justificada, y que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida por el legislador⁴⁸⁹. A esto se le añade el requisito de adecuación entre el trato desigual y la finalidad perseguidos. Cuando se den los requisitos no significa que estemos ante un trato discriminatorio, sino ante un trato diferente justificado.

⁴⁸⁸ SSTC 27/2004, de 4 de marzo de Fj. 4; 181/2000, de 29 de junio; 1/2001, de 15 de enero, reiterada en 125/2003, de 19 de junio Fj. 4.

⁴⁸⁹ STC 117/1998, de 2 de junio, Fj 7; STC 222/1992, de 11 diciembre Fj. 6.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS PORMENORIZADO DE LOS DERECHOS DE LOS PRESOS. LOS DERECHOS CIVILES E INDIVIDUALES DE LOS PRESOS (I)

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Los derechos humanos se estructuran en generaciones, con base en criterios históricos, es decir, explican la aparición de derechos en distintos momentos de la historia. La primera generación la constituyen los derechos civiles y políticos⁴⁹⁰, se refieren a los primeros derechos que fueron consagrados en los Ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales. Están destinados a la protección del ser humano, aunque de forma individual, contra cualquier agresión, sea por parte de otra persona, sea por parte del Estado. En consecuencia, se impone al Estado el deber de abstenerse de interferir en el ejercicio y pleno goce de estos derechos y de garantizarlos. Son considerados como derechos de defensa (*Abwehrrechte*) de las libertades del individuo, que exigen la autolimitación y la no injerencia de los poderes públicos en la esfera privada y se tutelan por su mera actitud pasiva y de vigilancia en términos de policía administrativa [...]”⁴⁹¹. Se observa, en consecuencia, que el fundamento es la libertad.

El punto de partida, como hemos reiterado en varias ocasiones, es la dignidad y, tomándola como base de todo derecho fundamental, se desprende que los derechos individuales que le son inherentes no pueden sino constituir medios suministrados al individuo para su realización plena⁴⁹². La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la Sentencia 84/1988, de 28 de abril, Fj. 1, sostiene que los derechos fundamentales son derechos individuales que tienen al individuo por sujeto activo y al Estado por sujeto pasivo en la medida en que tienden a reconocer y proteger ámbitos de libertades o prestaciones que los poderes públicos deben otorgar o facilitar a aquéllos, así como, en la Sentencia 25/1981, de 14 de julio, Fj. 5 afirma que son, además de ser derechos subjetivos, elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional.

La clasificación de los derechos de primera generación, aceptada por un sector amplio de la doctrina puede ser la que se establece a continuación dividiéndose por un lado los derechos civiles y, de otro, los políticos. Hay derechos civiles que no se

⁴⁹⁰ En su origen recibían la denominación de *derechos individuales, derechos innatos, o derechos de autonomía* en cuanto a derechos civiles, y *derechos de participación* en cuanto a los políticos.

⁴⁹¹ PÉREZ LUÑO, A.E., “Las generaciones de Derechos Humanos en el ámbito penitenciario”, en “Tendencias modernas en la Legislación penitenciaria”, en VV.AA., *Derecho Penitenciario y Democracia*, Fundación El Monte, Sevilla, 1993, pp. 43-44; del mismo, “La evolución del Estado social y la transformación de los derechos fundamentales”, en OLIVAS CABANILLAS, E., (dir.), *Problemas de legitimación en el Estado social*, Trotta, Madrid, 1991, p. 92.

⁴⁹² SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., “Comentario introductorio al Título I”, en ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a la Constitución*, t. II, Edersa, Madrid, 1984, p. 25.

predican para los reclusos por su incompatibilidad en cuanto al sentido de la pena. En cuanto al derecho a la propiedad privada, no se pierde por encontrarse preso pero, la actividad queda restringida, se desprende del artículo 22.1 de la LOGP que dice: “Cuando el Reglamento no autorice al interno a conservar en su poder dinero, ropas, objetos de valor u otros que le pertenezcan, serán guardados en lugar seguro, previo el correspondiente resguardo, o enviados a personas autorizadas por el recluso para recibirlos”⁴⁹³. Se deduce que no queda privado del derecho por el sentido de la pena ni por sentencia, sino porque el RP lo autorice.

En un sentido crítico, Abramovich y Courtis, señalan que los derechos despliegan un *continuum* de deberes: “habrá algunos derechos que, dado que sus rasgos más característicos remiten a obligaciones negativas del Estado, pueden ser enmarcados en el horizonte de los derechos civiles y políticos. Tal sería el caso, por ejemplo, de la libertad de conciencia o de la libertad de publicación de ideas sin censura previa”, en el otro polo se encuentra los de las obligaciones positivas⁴⁹⁴.

Por lo que se refiere a los derechos políticos, son analizados por las discrepancias doctrinales que han generado en torno al ámbito penitenciario, así el derecho de reunión y manifestación, el derecho de asociación, el derecho a participar en asuntos públicos, el derecho de petición y el derecho al acceso a las funciones públicas. La diferencia estriba en que mientras que los derechos civiles tienen como titular todo ser humano, en un sentido general, los derechos políticos lo son todo ciudadano.

En suma, los derechos civiles y políticos están reconocidos y, por tanto, recogidos en las principales Declaraciones internacionales sobre Derechos Humanos, bien de una forma general o bien individualizada. Es decir, de una forma generalizada lo podemos encontrar en el artículo 3.1 de La Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, proclamada por La Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 1904 (XVIII), de 20 de noviembre de 1963 o en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aunque en este caso es

⁴⁹³ En sentido similar, los arts. 18 y 317.1 del RP. En cuanto a la adquisición de alimentos el art. 24 de la LOGP y 298 del RP y, en cuanto al dinero, el art. 301 del RP.

⁴⁹⁴ ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, p. 27.

de carácter vinculante. De forma individualizada lo encontramos en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Atendiendo al Estado de Derecho, democrático y social son derechos que se caracterizan por la irrenunciabilidad, salvo que la ley haya indicado salvedades⁴⁹⁵. Se caracterizan porque imponen al Estado el deber de respetar los derechos fundamentales del ser humano, sólo pueden ser limitados en los casos y bajo las condiciones previstas en la Constitución, es decir, que implican no sólo respeto sino, además, no impedimento.

En este Capítulo especificaré cuáles son los derechos fundamentales de los presos en cuanto derechos civiles e individuales, teniendo en cuenta la Ley Penitenciaria y el Reglamento. El punto de partida, es tanto el artículo 15 de la CE como el artículo 4 del RP titulado “Derechos”, el cual dice en su segundo apartado: “En consecuencia, los internos tendrán los siguientes derechos: a) derecho a que la Administración penitenciaria vele por sus vidas, su integridad y su salud, sin que puedan, en ningún caso, ser sometidos a torturas, a malos tratos de palabra o de obra, ni ser objeto de un rigor innecesario en la aplicación de las normas [...]”. En este sentido, tienen derecho a ser designados por su propio nombre y a que su condición sea reservada frente a terceros”.

Así pues, es el artículo 15 de la CE el que hay que tomar como referencia al dictaminar que “todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las Leyes penales militares para tiempos de guerra”⁴⁹⁶, razón por la que en este Capítulo desarrollaré el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y moral y en el siguiente, el derecho a la intimidad como derechos civiles e individuales de toda persona humana⁴⁹⁷. Asimismo, hay que tener en cuenta en la Constitución española el artículo 25.2 al disponer que “el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo

⁴⁹⁵ En el Título Preliminar del proyecto de la Constitución federal de la I República en 1873 eran considerados como derechos naturales, denominación con la que discrepo.

⁴⁹⁶ En el término “todos”, se incluye a todos los seres humanos, no permite discriminación por motivos de origen, o por situación personal, lo que indica, pues, que atendiendo a la LO 4/2000, de 11 de enero, de Derechos y Libertades de los extranjeros en España, tienen derecho a la vida, por tanto, en el caso de los reclusos queda proclamado y garantizado tal derecho fundamental y universal.

⁴⁹⁷ En este sentido, se pronuncian los AATC 242/1998, de 11 de noviembre; 149/1999, de 14 de junio, ambos indican que el derecho a la vida es un derecho personalísimo, irrenunciable e intransferible.

la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo -entre los cuales se encuentran el derecho a la integridad física y moral, el derecho a la intimidad personal y familiar- a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria”.

En el mismo sentido, el artículo 3 de la LOGP afirma que la actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y sus derechos e intereses jurídicos, no afectados por la condena, y en consecuencia, los internos podrán ejercitar los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, sin excluir el derecho de sufragio, salvo que sean incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de la condena. Asimismo, la Administración penitenciaria tiene el deber de velar por la vida, la integridad y la salud de los internos⁴⁹⁸ y, finalmente, sin olvidar los principios fundamentales establecidos por el Consejo de Ministros, en La Recomendación 2006/2 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas, adoptada por el Comité de Ministros el 11 de enero de 2006 en la 952ª reunión, indica que “Las personas privadas de libertad deben ser tratadas en el respeto de los derechos del hombre. Las personas privadas de libertad conservan todos los derechos, salvo aquellos que les hayan sido retirados de acuerdo con la ley por su condición de condenados a una pena de prisión o sometidos a prisión provisional. Las restricciones impuestas a las personas privadas de libertad estarán limitadas a un estricto criterio de necesidad y deben ser proporcionales a los objetivos legítimos para los que se han impuesto. La carencia de recursos no podrá justificar que las condiciones de detención violen los derechos del hombre. La vida en la prisión se adaptará en la medida de lo posible a los aspectos positivos de la vida en el exterior de la prisión. Cada detención debe ser de manera que facilite la reintegración en la sociedad libre de las personas privadas de libertad. La cooperación con los servicios sociales externos y, en tanto que sea posible, la participación de la sociedad civil en la vida penitenciaria debe

⁴⁹⁸ Aparte de estos artículos encontramos otros que se refieren a aspectos más concretos del régimen penitenciario, a los que haré referencia a lo largo de la investigación. Así, por ejemplo, el art. 18 de la LOGP al disponer que los traslados de los detenidos, presos y penados se harán de manera que se respeten la dignidad y los derechos de los internos y la seguridad de la conducción. El art. 23 de la LOGP referente a los cacheos, a sus pertinencias y a los locales que ocupen, los recuentos y las requisas, se harán con las garantías y con la periodicidad que se determinen reglamentariamente y dentro del respeto a la dignidad de la persona. El art. 62 de la LOGP, relativo al tratamiento se emplearán métodos y medios que sean respetuosos con los derechos constitucionales no afectados por la condena.

de garantizarse. El personal penitenciario tiene una importante misión de servicio público y su selección, su formación y sus condiciones de trabajo le deben de permitir proporcionar un alto nivel de prestación de servicio a los detenidos. Todas las prisiones deben ser objeto de una inspección gubernamental regular, así como de un control por parte de una autoridad independiente”.

Haciendo un repaso histórico se inicia con Montesquieu, Voltaire, Rousseau y Beccaría una campaña contra la crueldad del sistema penal del Antiguo Régimen, proponiendo una pena más humana y garantías para el inculpado. De lo que se deduce que el delincuente no puede ser rechazado de manera definitiva de la comunidad a la que pertenece, es más, se ha de asegurar la protección de la personalidad y de la dignidad a pesar de ser un preso. Así el artículo 6 de La Declaración Universal de Derechos Humanos establece que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”⁴⁹⁹. Parece que, en la actualidad, pueden distinguirse con claridad, partiendo de la obra de Santo Tomás, *Suma Theológica*, la vida, el honor y la fama, de su lesión y del deber de restitución”⁵⁰⁰.

Como consecuencia del respeto de la personalidad del delincuente se ha hecho necesaria la proclamación de sus derechos fundamentales, un gran paso en el sentido de reconocimiento del preso con los mismos derechos y las mismas necesidades que cualquier otro ciudadano. En la sociedad existe una lucha en el sentido de que se toma como punto de partida, el actuar de una persona y, sobre todo, su personalidad desestructurada. Cada persona tiene su propia personalidad moldeada por los conflictos sociales y, a mi juicio, no hay que cambiar la personalidad de la persona sino la visión que tiene de los valores de la sociedad.

Desde esta perspectiva, no se debe confundir la conducta antisocial con la personalidad, una conducta se puede modificar, la personalidad no⁵⁰¹, en este sentido, el artículo 64.2 de la LOGP dictamina que “una vez recaída sentencia condenatoria, se completará la información anterior con un estudio científico de la personalidad del

⁴⁹⁹ En este sentido, también cabe destacar el art. 3 de La Convención Americana sobre Derechos Humanos; el art. 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en el ámbito nacional, el art. 15 CE “[...] el libre desarrollo de la personalidad, [...]”, y el art. 64.2 LOGP que establece el estudio de la personalidad del recluso.

⁵⁰⁰ DE CASTRO, F., “Los llamados derechos de la personalidad”, *Anuario de Derecho Civil*, n.º XII-IV, 1959, pp. 1237-1276.

⁵⁰¹ Destaca la STC 57/1994, de 28 de febrero, Ff.jj. 3 y 6.

observado, formulando en base a dichos estudios e informaciones una determinación del tipo criminológico, un diagnóstico de capacidad criminal y de adaptabilidad social y la propuesta razonada de grado de tratamiento y de destino al tipo de establecimiento que corresponda”, el que permite el estudio de la personalidad de los reclusos para ver cuáles son los factores que tienen que ver con la reincidencia, para ello se han realizado numerosos estudios.

Por su importancia destacaremos el estudio de la personalidad del penado según Armenta y Rodríguez Ramírez que establecen que deben contener las siguientes valoraciones psicológicas⁵⁰²: “a) inteligencia: como capacidad general para resolución de problemas, aptitudes, pensamiento, razonamiento,[...]; b) motivación: análisis de las expectativas, valores, interés,[...]; c) emociones: estudio de la estabilidad personal, de respuestas frente a la frustración, de la agresividad, de conflictos,[...]; d) autoconcepto o identidad: roles que desempeña, autoevaluaciones, grado de autocontrol, autoestima, 83[...]; e) actitudes y normas: sistema de normas morales o éticas conceptualización del mundo social, evaluación de los delitos,[...]; y f) historial personal: debe comprender el estudio longitudinal de la biografía del penado desde su nacimiento hasta el presente, valorando especialmente las relaciones familiares, sociales y ambientales”.

En consecuencia, la pregunta que corresponde a continuación es cómo afecta a los presos toda esta clasificación de derechos. Pues bien, se puede afirmar que los derechos fundamentales de los presos, puesto que afectan a la persona tanto en su aspecto individual como social, deben ser respetados y reconocidos por todo poder o autoridad, según establece la Constitución y el resto de las normas jurídicas, siendo indispensables para el libre desarrollo de la personalidad⁵⁰³. A estos efectos, el Tribunal Constitucional ha declarado que “es claro que la situación de sujeción especial de un

⁵⁰² La clasificación la podemos encontrar en LEGANÉS GÓMEZ, S., *Clasificación Penitenciaria, permisos de salida y extranjeros en prisión*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 32. Hay infinidad de teorías que tratan de explicar o dar una respuesta a por qué una persona comete delitos, muchas de ellas llegan a la conclusión que no sólo el factor interno de cada persona es el que influye a la hora de cometer un hecho delictivo, sino también, en muchos de los casos, el factor externo.

⁵⁰³ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Los derechos del hombre*, Reus, Madrid, 1992, p. 15.

interno en un establecimiento penitenciario no puede implicar la eliminación de sus derechos fundamentales”⁵⁰⁴. Se trata, por tanto, de derechos de la esfera personal⁵⁰⁵.

2. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA VIDA

2.1 Derecho a la vida del preso

Partimos de la premisa de que el derecho a la vida es el primer derecho y el principal de todos los derechos fundamentales, derecho esencial y previo al resto. Acudiendo a la historia, hay que señalar que Aristóteles ya indicaba que la vida es aquello por lo cual un ser, por sí mismo, se nutre, crece y perece⁵⁰⁶, la define como “la vida es la nutrición, el crecimiento y la caducidad, y tiene por causa un principio que tiene su fin en sí, la entelequia”⁵⁰⁷. Aristóteles habla de tres clases de vida: la vida de goce, la política y la contemplativa, no siendo objeto de análisis en estos momentos. Por su parte, Tomás de Aquino, señalaba que la vida es lo que puede moverse por sí mismo, o sea, la sustancia a la que conviene, según su naturaleza, moverse a sí misma⁵⁰⁸. Hegel indicaría que la vida es la existencia personal, o sea, la particularidad de los intereses de la voluntad natural reunidos en su simple totalidad⁵⁰⁹. Y, por su parte, Locke⁵¹⁰ mantiene que la vida, junto con la libertad y la propiedad, son los tres derechos fundamentales

⁵⁰⁴ SSTC 120/1990, de 27 de junio; 97/1995 de 20 de junio; 127/1996, de 9 de julio; 60/1997, de 18 de marzo en el Fj. 1, reiterada en STC 129/1995, de 11 de septiembre, con cita de las SSTC 74/1985, de 18 de junio, 2/1987, de 21 de enero, 57/1994 de 28 de febrero, 129/1990, de 16 de julio, 35/1996, de 11 de marzo; 175/2000, de 26 de junio, Fj. 2, entre otras.

⁵⁰⁵ Los derechos de la esfera personal son aquellos derechos subjetivos públicos que el liberalismo clásico identificó con el *status libertatis*, y que aparecen concebidos como un espacio propio del individuo en el que no está permitida la intervención del estado, salvo con un carácter excepcional y en todo caso conforme a la ley. En este sentido, ENÉRIZ OLAECHEA, F.J., *La protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas en la Constitución española*, cit., pp. 191-192, el Estado liberal lo definió como la abstención del Estado sobre ese espacio individual.

⁵⁰⁶ ARISTÓTELES, *De anima*, 2.1; del mismo, *Ética a Nicómaco*, 1095b).

⁵⁰⁷ RUÍZ VADILLO, E., “El derecho a la vida y a la integridad física”, *XII Jornadas de estudio, Los derechos fundamentales y libertades públicas* (I), vol. I, Centro de Publicaciones, Madrid, 1992, p. 26. Este autor considera que va unida la vida y la personalidad, indicando que ambas están en juego cuando las penas de privación de libertad por su forma de cumplimiento o su extensión vienen a representar un gravísimo y prácticamente irreversible deterioro de esa personalidad.

⁵⁰⁸ TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, 1.18, 1&2.

⁵⁰⁹ HEGEL, G.W.F., *Filosofía del Derecho*, p. 127.

⁵¹⁰ LOCKE, J., *Second Treatise of Government*, 1690, trad. de C. Mellizo, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Cap. II, Alianza Editorial, Madrid, 1990, pp. 37-38.

cuya tutela y garantía justifica el contrato social. Kant ha definido la vida como “un principio interior de acción”.

Este derecho no se encontraba regulado en las anteriores Constituciones por considerarse que se trataba de un derecho básico, primario, y con reconocimiento sobreentendido, pero la experiencia histórica ha demostrado la necesidad de su plasmación no sólo constitucionalmente sino en las Declaraciones y Convenios internacionales debido a su constante violación.

Es el artículo 4.2 a) del RP el que entiende que el derecho a la vida es uno de los más protegidos frente a las agresiones de terceras personas debido al clima de violencia que se genera en las cárceles, atendiendo a esto se concreta en la prohibición de torturas y en aplicar normas disciplinarias innecesarias⁵¹¹. Consiste en un derecho fundamental indiscutible de cualquier persona e independientemente de su condición social. La legislación internacional que existe es inmensa, así se señala el artículo 1 de La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948: “Todo ser humano tiene derecho a la vida, [...]”; en el artículo 3 de La Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948; artículo 6.1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor, el 23 de marzo de 1976: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”; el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley [...]”; artículo 4 de La Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, de 27 de julio de 1981, “La vida humana es inviolable. Todo ser humano tiene derecho al respeto de la vida y la integridad física y moral de su persona. Nadie puede ser privado arbitrariamente de este derecho”; o el artículo 20 de la citada Carta que establece: “Todo pueblo tiene derecho a la existencia [...]”. El artículo 2 de La

⁵¹¹ No obstante, el derecho a la vida, en la de la I República no aparece reconocido expresamente, porque se consideraba derecho básico y primario sin el cual ningún otro derecho es imaginable, su reconocimiento se daba por sobreentendido, ha sido la experiencia histórica la que ha dado por necesaria su reconocimiento y, por ende, su plasmación en las Declaraciones, Convenios y Constituciones. Ver “El derecho a la vida y a la integridad física de las personas”, *Anuario del Seminario permanente sobre Derechos Humanos*, t. II, 1995; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., “Derecho a la vida y a la integridad física y moral”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº. 3, 2002.

Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales, aprobada por el Parlamento Europeo, en virtud de Resolución de 16 de mayo de 1989: “Todo individuo tiene derecho a la vida [...]”; artículo 19 Párrafo 1º de La Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores, de 9 de diciembre de 1989: “Todos los trabajadores deben beneficiarse, en su medio de trabajo, de condiciones satisfactorias de protección de su salud y su seguridad”. También, los artículos del 1 al 4 del Protocolo a La Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, de 8 de junio de 1990; el artículo 5 del Estatuto de Roma de La Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998, así como el artículo 6; artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: “El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley [...]”. Sin contar con las menciones que hacen cada legislación nacional, por lo que se refiere a España es el artículo 15 de la CE ya mencionado, el que lo regula.

Una vez recorrida la actividad legislativa con respecto al derecho a la vida, debemos ocuparnos en qué consiste el derecho aquí planteado y cómo repercute en la población reclusa, partimos, en consecuencia, de que el derecho a la vida, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la Sentencia 120/1997, de 27 de junio afirma que es “la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional”⁵¹², es un derecho de todos, “solo las personas físicas tienen derecho a la vida, y concretamente, las vivas”⁵¹³. También partimos de la premisa de que la vida humana se caracteriza por ser inviolable, es el presupuesto fundamental del que depende el cumplimiento del resto de los derechos que la Constitución reconoce. El derecho a la vida protege el mantenimiento de la existencia propiamente, así como la integridad física, psíquica y moral de la persona⁵¹⁴. Significa, el derecho que tienen las personas a mantener y desarrollar plenamente su existencia -biológica y social- conforme a su dignidad. En este sentido, se expresa el artículo 28 de La Declaración Universal de Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e

⁵¹² Otras sentencias representativas, 154/2002, de 18 de julio; 11/1991, de 17 enero.

⁵¹³ Así lo establece el ATC 149/1999, de 14 de junio, Fj. 2.

⁵¹⁴ En este sentido, lo indica el Catálogo de Derechos y Libertades: “Esta facultad de mantener la existencia permite conservar la estructura psicósomática de manera íntegra, para que sea posible la satisfacción más plena de los demás elementos que la componen; mientras que el mantenimiento de la integridad, ayuda a conservar la existencia dentro de márgenes de viabilidad y dignidad; y la integridad moral, contribuye a la afirmación de la intangibilidad de la dimensión de la vida humana, como es el honor y la intimidad personal y familiar (disponible en www.constitucion.org).

internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”.

Frente a este concepto hay una definición más concreta⁵¹⁵, es aquella que hace referencia al derecho a la vida como derecho al mantenimiento de la existencia, tanto como estricta subsistencia en sentido global, como en sentido parcial (en esta última se incluyen el derecho a la integridad psico-física y el derecho a la integridad moral). Esta acepción de derecho a la vida comprende, por consiguiente, tres acepciones que son las siguientes: el derecho a la vida como derecho a la existencia⁵¹⁶, el derecho a la vida como derecho a la integridad psico- física⁵¹⁷ y el derecho a la integridad moral. La STC 70/1985, de 31 de junio indica que el derecho a la vida humana en su doble significación física y moral es la proyección de un valor superior del ordenamiento, sin el que los restantes derechos no tendrían existencia⁵¹⁸.

Como indico, es un derecho fundamental de gran significación y trascendencia que ha de recibir una protección y unas garantías especiales⁵¹⁹. El derecho a la vida, es, antes que nada, dice Rodríguez Mourullo⁵²⁰, el derecho a la propia existencia fisiológica pero también, al mismo tiempo, derecho a un mínimo económico. Quiere decir, que existen unos derechos que van dirigidos a la plena realización de la persona, forman parte de la vida como puede ser el alimentarse o el vestir, pero el derecho a la vida es un

⁵¹⁵ Disponible en http://www.iepala.es/curso_ddhh Curso sistemático de Derechos Humano.

⁵¹⁶ PUY MUÑOZ, F., *Derechos humanos*, vol. I, Paredes, S. de Compostela, 1985, pp. 19 y ss.

⁵¹⁷ *Ibidem*, pp. 31 y ss. Puy define *derecho a la vida* como “el derecho fundamental, o natural o humano, que tiene todo ser humano a conservar su ser sustancia o su complejo psico-somático íntegro, de modo que pueda cumplir plenamente su propio destino”, p. 14.

⁵¹⁸ El derecho a la vida de los reclusos también es analizado por las SSTC 120/1990, de 27 de junio; 137/1990, de 19 de julio y, 67/1991, de 17 de enero, dictadas con ocasión de resolver la huelga de hambre mantenida por los reclusos pertenecientes a los Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre (GRAPO). BALAGUER SANTAMARÍA, J., “Derechos humanos y privación de libertad: en particular, dignidad, derecho a la vida y prohibición de torturas”, VVAA, *Cárcel y derechos humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 93 a 118.

⁵¹⁹ PÉREZ TREMPES, P., “La protección específica y protección general de los derechos fundamentales”, *Introducción a los derechos fundamentales*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1999, pp. 1.765 y ss.

⁵²⁰ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Comentario al artículo 15 de la Constitución. Derecho a la vida”, *Comentarios a la Constitución*, Edersa, Madrid, p. 291; ROSSETTI, A. y ÁLVAREZ, M., “Derecho a la Vida. Un análisis desde el método de casos, Advocatus, Córdoba-Argentina, 2005”, *Derechos y Libertades*, n.º. 16, 2007, pp. 285-292. En un sentido más crítico, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “El derecho a la vida”, en ALZAGA, O., *Comentario a las leyes políticas*, t. II, Edersa, Madrid, 1984, p. 299 al entender que “El sentido primordial del derecho a la vida es el de impedir que el Estado mate seres humanos, legalice la muerte de éstos o de algún modo lo permita”.

derecho incondicionado y permanente, mientras que esos derechos pueden tener un trato diferenciado, el derecho a la vida no, y así se desprende del artículo 2 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre 1950 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, en sus artículos 6 y 7⁵²¹.

Para analizar cómo repercute el derecho a la vida en la población reclusa, partimos de la idea de que la vida de un recluso también es inviolable como la de cualquier otra persona, teniendo en cuenta el reconocimiento internacional que se hace del mismo para todas las personas sin distinción alguna, pese a que el artículo 4 del RP sólo habla de derechos de los preso puesto que se trata de un reglamento creado exclusivamente para los presos. Observamos que es un derecho considerado como fundamental recogido por la Constitución española, que dice *toda persona*, sin distinción de la condición de preso, por tanto, es un derecho fundamental del preso y, como tal, garantizado y respetado por el Estado, igual que el artículo 3.4 de la LOGP lo regula al establecer: “La Administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos”⁵²².

Del derecho a la vida derivan para el Estado dos deberes fundamentales: el deber de respetar las vidas humanas y el deber de protegerlas. La Exposición de Motivos de la LOGP se refiere a la finalidad resocializadora de la pena a la persona privada de libertad no eliminándola de la sociedad, de la que sigue formando parte, si bien sometida a un

⁵²¹ De forma resumida los artículos vienen a decir que el derecho a la vida es inherente a la persona humana. En los países que no hayan abolido la pena capital solo podrá imponerse por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

⁵²² La STC 120/1997, de 27 de junio señala que el derecho a la vida tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho a la libertad que incluya el derecho a la propia muerte. Pero, es la STC 53/1985, de 11 de abril, dictada como consecuencia de un recuso de inconstitucionalidad sobre la LO que despenalizó el aborto en determinados supuesto la que señala que “la vida constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los demás derechos no tendría existencia posible. Ello no impide, sin embargo, reconocer que la persona pueda fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación *delagere licaere*, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, 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 en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho”.

particular régimen jurídico motivado por el comportamiento social anterior pero encaminado a su vuelta a la vida libre, en las mejores condiciones para ejercitar socialmente su libertad. El preso no sólo tiene derecho a la vida, sino a que la Administración, dentro de lo posible, la proteja. No le es indiferente el desarrollo de su vida y de su personalidad, sino que tiene un interés legítimo, que es derecho-deber de que el cumplimiento de la pena se realice de tal manera que la orientación a la que se refiere la Constitución, la LOGP y la propia LO del Poder Judicial, se cumpla⁵²³.

Por su parte, Peces-Barba⁵²⁴, con el que comparto opinión, considera que el derecho a la vida es un derecho personalísimo, condición de existencia de todos los demás derechos, no se trata de un derecho de disposición, pero se refiere a una vida humana digna.

Por último, después de todo lo visto, se debe señalar una excepción al derecho a la vida y cómo se justifica en el ámbito penitenciario, es el caso de la pena de muerte.

2.2 Especial consideración de la pena de muerte como sistema de condena para los presos

La pena de muerte es un tema muy discutido por la sociedad, en opinión de Ferrajoli⁵²⁵, es la pena más antigua y pre-burguesa que constituye un residuo de las penas corporales. Una gran parte de los ciudadanos que les ha tocado de cerca la actuación de un delincuente pide justicia y, en gran medida, la aplicación de la antigua Ley del Talión⁵²⁶. El trastorno de la pérdida de un ser querido hace que inconscientemente el ser humano, como ser racional, desee lo mismo para el agresor. La

⁵²³ RUÍZ VADILLO, E., “La sociedad y el mundo penitenciario, la protección de los derechos fundamentales en la cárcel”, *Eguzkilore*, nº. 13, 1999, p. 215; del mismo, “El derecho a la vida y la integridad física”, *XIII Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990.

⁵²⁴ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 284.

⁵²⁵ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A., Ruíz Miguel, J.C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco, y R. Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1997, p. 390.

⁵²⁶ La Ley del Talión se encuentra recogida en el Código de Hammurabi, Mesopotamia, siglo XVII a.C., es el dios Samash, dios de la Justicia, quien entrega las leyes al rey Hammurabi de Babilonia, el Código no hace distinción entre derecho civil y derecho penal lo que supone que en él hay leyes que regulan las relaciones comerciales, patrimoniales, etc., y leyes que determinan lo que es delito y la pena que corresponde. La mayoría de las penas que aparecen en el Código son pecuniarias, multas, aunque también existe pena de mutilación y la pena de muerte. LARA, F., *Código de Hammurabi*, Editora Nacional, Madrid, 1982.

pena de muerte tiene una gran relevancia en la cultura actual, supone un atentado al derecho a la vida y su prohibición figura en diversas Declaraciones de derechos humanos, se hace en base a la proclamación genérica del derecho a la vida, a la prohibición genérica de la tortura y de las penas crueles, inhumanas o degradantes y, por tanto, a la prohibición expresa y con carácter general de la aplicación de la pena de muerte. En este sentido, destaca la siguiente normativa: artículo 22 de La Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales, aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución de 16 de mayo de 1989: “Queda abolida la pena de muerte”; artículo 4.3 de La Convención Americana sobre derechos humanos: “No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido”; artículo 6.6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital”; artículo 1 del Segundo protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte, de 15 de octubre de 1989: “No se ejecutará a ninguna persona sometida a la jurisdicción de un Estado Parte en el presente Protocolo”, y en el segundo punto “Cada uno de los Estados Partes adoptará todas las medidas necesarias para abolir la pena de muerte en su jurisdicción”; artículo 1 del Protocolo Adicional nº 6 al Convenio para la protección de los derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983: “Queda abolida la pena de muerte. Nadie podrá ser condenado a tal pena ni ser ejecutado”; artículo 1 del Protocolo a La Convención Americana de los derechos del Hombre referente a la abolición de la pena de muerte, adoptada en Santiago de Chile el 8 de junio de 1990: “Los Estados Partes en el presente protocolo no aplicarán la pena de muerte en su territorio a ningún individuo sometido a su jurisdicción”. En lo que respecta al ámbito nacional es el artículo 15 de la CE el que lo regula.

Adentrándonos en la cuestión, a lo largo de la historia muchos filósofos justificaron la aplicación de la misma, así Platón⁵²⁷, Aristóteles⁵²⁸, Séneca⁵²⁹ o Sócrates⁵³⁰. Más adelante, Santo Tomás de Aquino se mostró, también, partidario de la pena de muerte, al suscribir que: “otros aseguraron que con este mandamiento el matar a un hombre quedaba prohibido de manera absoluta. Y afirman que son homicidas los jueces que, de conformidad con las leyes, pronuncian sentencia de muerte, [...] pueden lícitamente matar quienes lo hacen por mandato de Dios, porque entonces es Dios el que lo hace”⁵³¹.

Locke, es el máximo impulsor y defensor del derecho a la vida a la hora de tratar el *estado de naturaleza*, mantiene que nadie puede atentar contra el derecho a la vida, la salud, la libertad ni las posesiones de otro. Son iguales los unos a los otros en la medida en que no existe entre ellos ninguna diferencia natural que autorice a éste a limitar la libertad de aquél. Mantiene que tendría las características siguientes: a) es un estado de plena libertad para que cada uno ordene sus acciones y disponga de sus posesiones. Los límites en el uso de esa plena libertad vienen impuestos por la ley natural - moral que no depende de ningún tipo de convención humana; b) es un estado de plena igualdad, esto implica que todos los miembros del estado de naturaleza tienen las mismas ventajas y los mismos derechos. El estado de naturaleza no es un estado de licencia o libertinaje pues existe una ley natural moral que gobierna y obliga a todos.

⁵²⁷ PLATÓN, *Las Leyes*, Obras Selectas, Madrid, 2000, manifiesta claramente que está a favor de la pena de muerte sobre todo en los casos que se consideren como crímenes en contra del Estado, la justificó como medio político para proteger a la sociedad de aquellos “cuyo cuerpo está mal constituido” y “cuya alma sea naturalmente mala e incorregible”.

⁵²⁸ ARISTOTELES, *Ética a Nicomaco*, Libros V y VIII, “Teoría de la justicia y Teoría de la amistad, respectivamente”, Alba, Madrid, 2001.

⁵²⁹ Séneca fue acusado de conspirar contra Nerón, condenado a muerte y obligado a suicidarse.

⁵³⁰ Sócrates fue condenado a muerte, al principio su sentencia era de escasa mayoría, pero al hacer Sócrates la réplica proponiendo pagar una pequeña multa dado su escaso valor al Estado como filósofo, la sentencia de pena de muerte se convirtió en mayoría debido al enfado que provocó. Para ampliar conocimientos ver PLATÓN, *Apología de Sócrates, seguida de la Defensa de Sócrates ante los jueces de Jenofonte*, trad. de J.A. Moreno Jurado, Padilla Libros, Sevilla, 1994.

⁵³¹ DE AQUINO, T., *La Summa Theológica*, Parte II, Cap. 2, párrafo 64, “el poder correctivo y sancionador proviene de Dios delegado a la sociedad para imponer toda clase de sanciones jurídicas y expresa, que de la misma manera que es conveniente y lícito amputar un miembro putrefacto para salvar la salud del resto del cuerpo, de la misma manera lo es también eliminar al criminal pervertido mediante la pena de muerte para salvar al resto de la sociedad”. En su obra *Contra Gentiles*, Libro III, Cap. CXLVI manifiesta que “el príncipe que condena a muerte a los delincuentes es comparado con el médico que amputa la parte enferma para salvar todo el cuerpo”.

Dicha ley natural, enseña a la humanidad que dado que los hombres son todos iguales e independientes, ninguno debe dañar a otro en lo que atañe a su vida, salud, libertad o posesiones. Con el objeto de que los hombres se abstenga de dañarse unos a otros, además de la existencia de la ley natural-moral, existen diferentes medios para poner en práctica esa ley: cada uno de los miembros de la comunidad en estado de naturaleza tiene el derecho de castigar a los transgresores de dicha ley ya que no existe superioridad ni jurisdicción de unos sobre otros⁵³². Subraya que, a la hora de hablar del poder político, éste es “el derecho a dictar leyes, incluida la pena de muerte y, en consecuencia, todas las inferiores, para la regulación y salvaguarda de la propiedad, y a emplear la fuerza de la comunidad en la ejecución de todas las leyes y en la defensa del Estado contra agresiones del exterior, y todo ello únicamente en pro del bien público”⁵³³. Se trata, de tener el poder de ejecutar la ley para que sea eficaz, protegiendo al inocente y reprimiendo a los delincuentes.

Desde otra posición, Rousseau la defendía en su obra *El Contrato Social*⁵³⁴, así indicó que “el que quiere conservar su vida a costa de los demás debe también darla por ellos cuando convenga: y como el ciudadano no es juez del peligro al cual quiere la ley que se exponga; cuando el príncipe le dice, conviene al Estado que tu mueras, debe morir, pues sólo con esta condición ha vivido con seguridad hasta entonces, y su vida no es ya solamente un beneficio de la naturaleza, sino también un don condicional del Estado. La pena de muerte impuesta a los criminales puede considerarse casi bajo el mismo punto de vista: para no ser víctima de un asesino, consiente uno en morir si llega a serlo. En este convenio, lejos uno de disponer de su propia vida, solo piensa en conservarla, y no se ha de presumir que alguno de los contratantes premedite entonces hacerse ahorcar. Por otra parte, cualquier malhechor, atacando el derecho social, se hace

⁵³² LOCKE, J., *Segundo Tratado del Gobierno Civil*, Cap. II, “Del estado de naturaleza”, continúa indicando que el poder de ejecutar la ley no es absoluto ni arbitrario. Esto quiere decir que cuando un criminal cae en manos de un hombre el estado de naturaleza no puede hacer lo que le venga en gana sino únicamente castigarlo según los dictados de la recta razón, asignándole penas que sea proporcionales al delito cometido, con el objetivo de que repare el daño cometido y que no vuelva a repetir su acción. En definitiva, según Locke, la aplicación de la ley en el estado de naturaleza se perseguiría: a) llevar a cabo un castigo proporcional al delito cometido, b) disuadir al transgresor y, c) disuadir a otros para que no hagan lo mismo. Disponible en www.paginasobrefilosofia.com. En la misma obra en el apartado 3, p. 35 define el *poder político* como “derecho de dictar leyes bajo pena de muerte”.

⁵³³ *Ibidem*, pp. 36 y ss.

⁵³⁴ ROUSSEAU, *El Contrato social*, Libro II, Cap. V dice: “No hay hombre, por malvado que sea, á quien no pueda hacerse bueno para alguna cosa. No hay derecho para hacer morir, ni aun para que sirva de escarmiento, sino á aquel, á quien no se puede conservar sin peligro”.

por sus maldades rebeldes y traidores de la patria; violando sus leyes deja de ser uno de sus miembros; y aun se puede decir que le hace la guerra. En tal caso, la conservación del Estado es incompatible con la suya; fuerza es que uno de los dos perezca; y cuando se hace morir al culpable, es menos como ciudadano que como enemigo. El proceso y la sentencia son las pruebas y la declaración de que ha roto el pacto social y de que, por consiguiente, ya no es un miembro del Estado. Mas como ha sido reputado tal, a lo menos por su residencia, se le debe excluir por medio del destierro como infractor del pacto, o por la muerte como enemigo público; pues semejante enemigo no es una persona moral, es un hombre, y en este caso el derecho de la guerra es de matar al vencido. Se me dirá empero, que el condenar a un criminal es un acto particular [...] por esto la condenación no pertenece al soberano; es un derecho que puede conferir sin poder ejercer por sí mismo”.

Kant, partiendo del concepto retributivo de la pena, según el cual la función de la pena no es la de prevenir los delitos, sino, puramente, hacer justicia, es decir, hacer que haya una perfecta correspondencia entre el delito y el castigo, sostiene que el deber de la pena de muerte corresponde al Estado y es un imperativo categórico, no un imperativo hipotético, basado en la relación medio-finalidad⁵³⁵.

Entre otros, también eran partidarios de la pena de muerte Montesquieu en *El Espíritu de las Leyes*⁵³⁶ en los delitos de atentados a la seguridad se castigaba con la pena la muerte, penas corporales, pérdidas de bienes pero, también manifiesta que “lo que hace lícita la muerte de un criminal, es que la ley que lo castiga se ha hecho a favor suyo. Un asesino, por ejemplo, ha disfrutado de la ley que ahora le condena, pues le ha conservado la vida a cada instante, y por eso no puede reclamar contra ella”⁵³⁷; Hegel tras haber refutado el argumento contractualista de Beccaria negando que el Estado pueda nacer de un contrato, sostiene que el delincuente no sólo ha de ser castigado con una pena que corresponda al delito que ha cometido, sino que tiene derecho a ser

⁵³⁵ BOBBIO, N., “Las razones del abolicionismo”, *No matarás*, Península, 2001. Argumentos de ocho intelectuales contra la pena de muerte. Avance (publicado en La Vanguardia, 26-8-01), p. 2; BAIER, K., “Is Punishment Retributive?”, *Analysis*, vol. 16, 1955; ACTÓN, H.B., *The Philosophy of Punishment*, Macmillan, Londres, 1969; LESCH, H.H., *La función de la pena*, Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”, trad. de J. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Dykinson, Madrid, 1999.

⁵³⁶ MONTESQUIEU, *El Espíritu de las Leyes*, Libro VI, Cap. XVII, trad., de M.V.M., Licenciado, Madrid, 1821, pp. 141 y ss.

⁵³⁷ *Ibidem*, Libro XV, Cap. II, p. 210.

castigado con la muerte porque sólo el castigo lo rescata y sólo castigándolo se lo reconoce como un ser racional, Hegel dice que así “se le honra”⁵³⁸.

No obstante, sería la obra de Beccaria *De los delitos y de las penas* donde se hace una crítica exhaustiva y fundada de la pena de muerte y de la tortura, ya que para este autor, el fin de la pena “no es atormentar y afligir a un ser sensible, ni deshacer un delito ya cometido”⁵³⁹. En lo que respecta a la pena de muerte subraya: “que los hombres no pueden atribuirse el derecho de matar a sus semejantes; que la pena de muerte no es un derecho, sino una guerra de la nación contra un ciudadano; que esta guerra, además, está perdida por adelantado, puesto que la última pena no tiene efectos disuasorios sobre las personas que desafían a la sociedad; este ejemplo de atrocidad tiene un efecto negativo sobre las pasiones de los hombres, y que es absurdo que las leyes, para alejar a los ciudadanos del asesinato, ordenen un asesinato público”⁵⁴⁰.

⁵³⁸ HEGEL, *Principios de Filosofía del Derecho*, Dirección General de Publicaciones, Madrid, 2004; BOBBIO, N., “Las razones del abolicionismo”, cit. p. 2. Pero, retrocediendo en la historia, también hay quienes están en contra de la pena de muerte, en el año 427 a.c., Diodoto, argumenta que esta pena no tenía valor disuasorio, convenció a la Asamblea de Atenas de que revocara su decisión de ejecutar a todos los varones adultos de la ciudad rebelde de Mitilene. Por su parte, Tomás Moro (1478-1535), víctima de la pena de muerte, acusado de alta traición por no reconocer la legalidad del divorcio de Enrique VIII y Catalina de Aragón, se manifestó también en contra de la pena capital: “Dios prohíbe matar. ¿Y vamos a matar nosotros porque alguien ha robado unas monedas? Y no vale decir que dicho mandamiento del Señor haya que entenderlo en el sentido de que nadie puede matar, mientras no lo establezca la ley humana. Por ese camino no hay obstáculos para permitir el estupro, el adulterio y el perjurio. Dios nos ha negado el derecho de disponer de nuestras vidas y de la vida de nuestros semejantes. ¿Podrían, por tanto, los hombres, de mutuo acuerdo, determinar las condiciones que les otorgaran el derecho a matarse?”.

⁵³⁹ BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, de J.A. de las Casas, Alianza Editorial, Madrid, 1982, p. 48.

⁵⁴⁰ *Ibidem*, p. 117, en el Cap. 28 como fragmentos importantes dedicado a la pena de muerte señala: “Esta inútil prodigalidad de suplicios, que nunca ha conseguido hacer mejores a los hombres, me ha obligado a examinar si es la muerte verdaderamente útil y justa en un gobierno bien organizado. [...] No es, pues, la pena de muerte derecho, cuando tengo demostrado que no puede serlo, es sólo una guerra de la nación contra un ciudadano, porque juzga útil o necesaria la destrucción de su ser. Pero si demostrase que la pena de muerte no es útil ni es necesaria, habré vencido la causa en favor de la humanidad. [...] No es útil la pena de muerte por el ejemplo que da a los hombres de atrocidad. [...] Porque en lo más secreto de sus ánimos, parte que, sobre toda otra, conserva aún la forma original de la antigua naturaleza, han creído siempre que nadie tiene potestad sobre la vida propia, a excepción de la necesidad que con su cetro de hierro rige el universo. ¿Qué deben pensar los hombres al ver a los sabios magistrados y graves sacerdotes de la justicia, que con indiferente tranquilidad hacen arrastrar a un reo a la muerte con lento aparato; y mientras este miserable se estremece en las últimas angustias, esperando el golpe fatal, pasa el juez con insensible frialdad (y acaso con secreta complacencia de la autoridad propia) a gustar las comodidades y placeres de la vida? En base a esta obra, comienza a reflejarse en los distintos Códigos penales la abolición de la pena de muerte. Por su parte, C. Arenal, indicaría que “Meditando sobre la pena de muerte, es imposible no preguntar si no debe haber algún vicio en la teoría de una ley cuya práctica lleva consigo la creación de un ser que inspira horror y desprecio; de una criatura degradada, vil, siniestra, cubierta de una ignominia que no tiene semejante; de un hombre, en fin, que se llama el verdugo”, ARENAL, C., *El reo, el pueblo, y el verdugo*, en el III bloque, “Inconvenientes para el ejecutor”, Madrid, 1867, en el Prólogo indica que los males que resultan de la manera actual de aplicar la pena de muerte pueden clasificarse así: Para el reo; Para la sociedad y, Para el ejecutor.

En relación a cómo evoluciona el tratamiento de la pena de muerte, la clave fue la elaboración de los derechos humanos, la cual acarrió la protección del derecho a la vida y, como consecuencia, la abolición de la pena de muerte. Es decir, la proclamación de La Declaración Universal de los Derechos Humanos por parte de las Naciones Unidas en 1948, y el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte en 1989, fueron consolidando la abolición de la pena capital. Mas se puede decir que el principio de proporcionalidad entre delito y pena dando como consecuencia una graduación de penas en función del delito cometido con el Código Leopoldino de 1786 y después con el napoleónico de 1810, se plasmó en los sucesivos Códigos en los que simultáneamente se ve el progresivo declive de las penas corporales y la introducción de las penas privativas de libertad como penas principales⁵⁴¹.

A efectos de nuestro estudio, interesa concretar que en 1978 se promulga la Constitución española, hoy día vigente, en cuyo artículo 15 establece la abolición de la pena de muerte, exceptuando su aplicación según el Código de Justicia Militar⁵⁴²: dicho artículo 15 establece que “salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”⁵⁴³. No obstante, la LO 11/1995, de 27 de noviembre⁵⁴⁴ abolió la pena de muerte en tiempos de guerra, viniendo a completar la abolición y a convertirla en absoluta. Por último, cabe citar el Código Penal de 1995, que es el vigente en España,

⁵⁴¹ FERRAJOLI, L, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit. p. 398.

⁵⁴² Código Penal Militar, LO 13/1985, de 9 de diciembre.

⁵⁴³ Las últimas ejecuciones se llevaron a cabo el 17 septiembre de 1975. Fueron fusilados dos militantes de ETA, Jon Paredes y Ángel Otegi y tres del FRAP, José Luís Sánchez Bravo, Ramón García Sanz y Humberto Baena. Apenas un año después, el 2 de marzo de 1974 fueron ejecutados con garrote Salvador Puig Antich en Barcelona condenado por un tribunal militar como culpable de la muerte de un guardia civil y, Heinz Chez en Tarragona por asesinato. Sus verdugos fueron Antonio López Guerra, de Badajoz, y José Monero Renomo, de Sevilla, se habían presentado a las plazas “de ejecutores de sentencias”, BOE de 7 de octubre de 1948. TOLOSA, C., (seudónimo de un colectivo de diez personas), *La torna de la torna*, Empúries, 1985.

⁵⁴⁴ Se trata de la LO 11/1995, de 27 de noviembre, de abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra, destacando su Exposición de Motivos que establece que atendiendo a la excepción del art. 15 de la CE ha sido materializada por la LO 13/1985, de 9 de diciembre, por la que se aprueba el Código Penal Militar. No obstante, como tal excepción constitucional, no resulta obligada e imperativa sino que el legislador dispone de plena libertad para abolirla. Conforme a ello, a la propia pauta de las legislaciones de los Estados modernos en los últimos años y al espíritu y propósito del Segundo Protocolo facultativo al Pacto internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos, de la Resolución 1044 y de la Recomendación 1246 adoptadas por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, el 4 de octubre de 1994, la presente Ley declara abolida la pena de muerte en el Código Penal Militar”.

teniendo en cuenta las distintas reformas⁵⁴⁵, fue creado bajo la Constitución actual y no regula la pena de muerte, pues, como acabamos de señalar, la pena de muerte no tiene cabida en nuestra Constitución atendiendo al artículo 25 que indica claramente la necesaria “orientación” de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad hacia la reeducación y reinserción social.

Por lo tanto, en la actualidad, en España se aplican otro tipo de sanciones como las penas privativas de libertad en los casos en los que se violen una serie de bienes, derechos y valores que son entendidos como básicos dentro de la sociedad, siendo en otro Capítulo donde explicaré ese tipo de sanciones como garantía de la delincuencia frente a la sociedad, dado que es la pena por excelencia, entendiendo que la pena de muerte siempre iba precedida y acompañada del tormento y tortura, cumpliendo una triple función: castigar el hecho cometido, eliminar físicamente al sujeto en cuestión y advertir al resto de la sociedad lo que suponía desafiar a la autoridad y a las leyes que ésta imponía. Con el tiempo, el tormento se ha ido abandonando para cumplir solamente la función de muerte. No obstante, el artículo 4 del RP menciona el “no tormento” como derecho del preso por lo que será motivo de estudio en cuanto a la vulneración de la integridad física y moral.

Los Tratados internacionales en los que se protegen los derechos humanos prohíben condenar a muerte o ejecutar a toda persona que sea menor de 18 años en el momento de cometerse el delito, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana sobre Derechos Humanos incluyen disposiciones al respecto, no obstante, la realidad es diferente. En este sentido, los Estados se comprometen a eliminar la pena de muerte mediante unos tratados que, actualmente, son: el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por 68 Estados. El Protocolo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos para Abolir la Pena de

⁵⁴⁵ Las reformas por leyes orgánicas tienen las siguientes fechas: 2/1998, 7/1998, 11/1999, 14/1999, 2/2000, 3/2000, 4/2000, 5/2000, 7/2000, 8/2000, 3/2002, 9/2002, 1/2003, 7/2003, 11/2003, 15/2003, 20/2003, 1/2004, 2/2005, 4/2005, 7/2006, 13/2007 Y 15/2007. El desarrollo legislativo del art. 15 CE también se caracteriza por tener carácter penal, por lo que en éste ámbito hay que citar varias normas aprobadas antes de la entrada en vigor de la Constitución, se trata de la Ley 31/1978, de 17 de julio, sobre tipificación de delito de tortura; la Ley 45/1978, de 7 de octubre; la Ley 46/1978, de 7 de octubre; el RD Ley 45/1978, de 21 de diciembre, de sustitución de la pena de muerte en el Código de Justicia Militar, en las Leyes Penal y Procesal de la Navegación Aérea y en las Leyes Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante.

Muerte, que ha sido ratificado por ocho Estados americanos y firmado por uno más; el Protocolo nº. 6 del Convenio Europeo para La Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, ratificado por 45 Estados europeos y firmado por uno más; el Protocolo nº 13 al Convenio Europeo para La Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, ratificado por 37 Estados europeos y firmado por otros 7. Por otro lado, el Protocolo nº. 6 al Convenio Europeo para La Protección de los Derechos Humanos es un acuerdo para abolir la pena capital en tiempo de paz y el Segundo Protocolo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Protocolo de la Convención Americana aspiran a la abolición total de la pena de muerte, aunque permiten a los Estados que así lo deseen mantenerla en tiempo de guerra como excepción. El Protocolo nº. 13 del Convenio Europeo establece la abolición total de la pena de muerte en cualquier circunstancia.

Sin embargo, haciendo un balance general de lo que sucedía a finales de 2005 fuera de España, el resultado era el siguiente: 76 países y territorios mantenían y aplicaban la pena de muerte, 122 países habían abolido la pena de muerte en su legislación o en la práctica. De estos, 86 países y territorios habían abolido la pena de muerte para todos los delitos, 11 países habían abolido la pena de muerte salvo en casos excepcionales (delitos cometidos en tiempo de guerra), 25 países eran considerados como abolicionistas de hecho (a pesar de mantener en su legislación la pena de muerte no habían llevado a cabo ninguna ejecución durante los últimos 10 años)⁵⁴⁶.

Han sido 92 los países que han abolido la pena de muerte para todos los delitos. 10 de ellos lo han hecho excepto con los excepcionales, es decir, con los cometidos en tiempo de guerra; 33 países pueden considerarse como abolicionistas de hecho, esto significa que mantienen en su legislación la pena de muerte pero no han llevado a cabo ninguna ejecución en los últimos 10 años o más, lo cual supone un total de 135 países que han abolido la pena de muerte en su legislación o en la práctica; 69 países retienen y

⁵⁴⁶ Datos tomados de la página web www.amnistiacatalunya.org. a 31 de diciembre de 2009 había al menos 17118 personas condenadas a muerte según un informe publicado por Amnistía Internacional en marzo de 2010, no siendo una cifra del todo exacta ya que no hay información de ciertos países ejecutores como China, Egipto, Irán, Malasia, Sudán, Tailandia y Vietnam.

aplican la pena de muerte, pero el número de los que realmente ejecutan a presos en un año determinado es mucho menor⁵⁴⁷.

La última noticia relevante en cuanto a la pena de muerte, entre otras tantas, es de Estados Unidos, el candidato demócrata a la Casa Blanca, Barak Obama, ha declarado que se opone a la decisión del Tribunal Supremo estadounidense que dictamina que la pena de muerte no puede aplicarse como castigo en casos de violación de menores, habiendo dictaminado el máximo Tribunal que “la pena de muerte no es un castigo proporcional a la violación de un niño”. La opinión mayoritaria de los nueve magistrados refleja que la pena capital sólo es aplicable en casos donde el delito resulte en muerte de la víctima, estableciendo el juez que “la Constitución prohíbe a un Estado imponer la pena de muerte por la violación de un niño cuando el crimen no resulta, y no se busca que resulte, en la muerte de la víctima”. El Supremo basó su caso en Patrick Kennedy, de 43 años, quien se encuentra en el corredor de la muerte de Luisiana por haber violado a su hijastra de ocho años en 1998. El condenado ve ahora conmutada la pena capital por la cadena perpetua. También Richard Davis ocupa el corredor de la muerte de Luisiana por haber violado a una niña de cinco años durante cuatro meses en 2004. De los más de 3.300 reos condenados a la pena capital en EEUU, Kennedy y Davis son los únicos por violación de menores que no cometieron asesinato⁵⁴⁸.

⁵⁴⁷ Datos de Amnistía Internacional. Los métodos son desde el año 2000: decapitación en Arabia Saudí e Irak; electrocución en Estados Unidos; ahorcamiento en Egipto, Irán, Japón, Jordania, Pakistán, Singapur y otros países; inyección letal en China, Estados Unidos, Filipinas, Guatemala y Tailandia; fusilamiento en Bielorrusia, China, Somalia, Taiwán, Uzbekistán, Vietnam y otros países; lapidación en Afganistán e Irán; y apuñalamiento en Somalia. La información sobre sentencias de muerte y ejecuciones en el año 2007 según datos de Amnistía Internacional es que fueron ejecutadas al menos 1.252 personas en 24 países, y al menos 3.347 personas fueron condenadas a muerte en 51 países. En este mismo año, el 88% de todas las ejecuciones de las que se tuvo noticia tuvieron lugar en China (al menos 470; otras fuentes elevan la cifra a 6.000), Irán (al menos 317), Arabia Saudí (al menos 143), Pakistán (135) y Estados Unidos (42), Amnistía Internacional establece que aunque es difícil establecer una cifra exacta, se estima que el número de condenados a muerte y a la espera de ejecución en la actualidad es de entre 18.311 y 27.562, y por último, en el año 2007, tres países ejecutaron a personas por delitos cometidos cuando tenían menos de 18 años de edad: Irán (7 personas), Arabia Saudí (2 personas) y Yemen (1 persona).

⁵⁴⁸ Para más datos ver la página web del periódico El País de 26 de junio de 2008, artículo de la periodista Yolanda Monge. En 1964 se produjo la última ejecución por un delito distinto al de asesinato. El reo murió en la silla eléctrica por un robo ocurrido en Alabama. Ese mismo año, otro condenado moría en la cámara de gas en Misuri por la violación de una mujer. La última noticia es de 2010 del condenado a muerte y encarcelado desde hacía 25 años fusilado por un pelotón de ejecución en Utah, sistema elegido por el condenado frente a la muerte por inyección intravenosa. No obstante, la pena de muerte en algunos países no es novedad. En España, en la actualidad, hay tres españoles condenados a muerte: Pablo Ibar, en el año 2000 fue condenado a pena de muerte está en el corredor de la muerte de la Penitenciaría de Starke (Florida); Nabil Manakli, español de origen sirio, fue condenado a pena de muerte en Yemen en 1997; y Paco Larrañaga, le ha sido conmutada la pena de muerte en Filipinas por una pena a cadena perpetua. APHEKER, B., “The social function of prisons in the United States”, 2004, disponible en

En suma, la pena de muerte se imponía en los tiempos pasados con la finalidad de privar de la vida al condenado y de hacerle sufrir. El principal y único fundamento del derecho a la vida frente a la pena de muerte se encuentra recogido en La Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, aprobada por la Resolución 3452-XXX, de 9 de diciembre de 1975 que, en su artículo 2, dictamina: “todo acto de tortura u otro trato o pena cruel, inhumana o degradante constituye una ofensa a la dignidad humana [...]”.

Mención especial merece la aplicación de lo visto hasta ahora al fenómeno del terrorismo. Desde este punto de vista, podemos advertir que al establecer una definición de lo que es el terrorismo, se entiende como una sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror⁵⁴⁹. Entendemos por dicho término el propósito de matar y destruir indistintamente hombres y bienes, mediante el uso sistemático del terror con una intención ideológica totalitaria. Al hablar de terrorismo, nos referimos a la violencia criminal indiscriminada que procura un efecto mucho mayor que el mal directamente causado, mediante una amenaza dirigida a toda la sociedad. Las acciones terroristas no se refieren sólo a un acto o a algunas acciones aisladas, sino a toda una compleja estrategia puesta al servicio de un fin ideológico⁵⁵⁰.

El argumento que defiende la pena de muerte para los miembros de una banda armada, a mi juicio, es inútil ya que no disminuye el número de crímenes, asesinatos y atentados. En este sentido, entiendo que si la pena máxima es inútil también lo son el resto de las penas. Demostrado está que no sirve para mucho el que una persona haya cumplido unos años de prisión puesto que siempre acaba delinquiendo nuevamente, quizás ello se deba a que no se ha llevado a cabo un tratamiento adecuado para la reinserción o que la sociedad sigue siendo la misma que antes. Es de pensar que si a los terroristas no les disuade la pena de muerte tampoco ocurrirá con estar un periodo de tiempo en la cárcel. El único argumento en contra de la pena de muerte es el ético, pero aquí pueden comenzar las disputas por entender dónde empieza el ámbito de la ética y

www.prisionactivist.com

⁵⁴⁹ Definición dada por la Real Academia Española.

⁵⁵⁰ Me remito a la LXXIX Asamblea plenaria de la Conferencia Episcopal, *Valoración moral del terrorismo en España, de sus causas y de sus consecuencias*, Instrucción Pastoral, Madrid, 2002.

por considerar también la libertad dentro de este campo, impidiéndose que se prive de ella a los delincuentes⁵⁵¹.

La última noticia es la propuesta del Gobierno actual de nuestra nación de reformar el Código Penal, consiste en medidas de libertad vigilada para pederastas y terroristas reincidentes que duren hasta veinte años después de cumplida la condena, para los no reincidentes no hay medidas.

Desde esta perspectiva, creo que lo que nos interesa no es hablar de las acciones ofensivas o defensivas del terrorismo⁵⁵², sino de la pena de muerte para los miembros de bandas armadas. El objetivo es establecer una serie de limitaciones a la libertad de los delincuentes que más alarma social generan, entre ellos, los terroristas.

Esta libertad vigilada se estudiará en cada caso por una Unidad de vigilancia penitenciaria y se impondrá sólo si el delincuente “es reincidente o tenga un pronóstico negativo de rehabilitación”. Los mecanismos de libertad vigilada podrían consistir en comparencias judiciales periódicas, pulseras electrónicas de seguimiento y programas formativos de reinserción. La propuesta prevé, además, que los delitos de terrorismo más graves, como los asesinatos, no prescriban, los tribunales impondrán de forma obligatoria al acusado medidas de alejamiento de sus víctimas directas.

Cierto es que debe detenerse a los responsables de cualquier delito, deben ser juzgados y condenados conforme establezca el Código Penal vigente pero, no puedo ni debo centrarme exhaustivamente en si cabe o no la pena de muerte para los terroristas puesto que ello significaría que tendría que centrarme en cada uno de los delitos tipificados por el Código Penal, no siendo objetivo de mi investigación. No obstante, he de decir que, si las diversas Declaraciones sobre derechos humanos y las distintas Constituciones garantizan derechos fundamentales a toda persona y a todo preso, atendiendo a las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los reclusos, éstos, independientemente del delito que hayan cometido, pertenezcan o no a banda armada,

⁵⁵¹ CLAY, W.L., *To Kill or not to Kill: Thoughts on Capital Punishment*, Michael y Mary Burgess, San Bernardino, California, 1990.

⁵⁵² Para ello me remito a SANGINETTI, G., *Sobre el terrorismo y el Estado. La teoría y la práctica del terrorismo divulgados por primera vez*, Milán, 1979; SERRANO PIEDECASAS, J.R. y DEMETRIO CRESPO, E., *Terrorismo y Estado de Derecho*, Iustel, Madrid, 2010.

tienen y se les debe garantizar los derechos fundamentales, si bien otra cosa es la dureza de las penas a aplicar.

Pese a ello cada ciudadano dependiendo del delito que le haya tocado de cerca querrá justicia, otros, cadena perpetua y otros, pena de muerte. Es, por eso, por lo que no se puede delimitar una condena para un delito concreto ya que no es el único delito tipificado en nuestra legislación que pueda dar lugar a la muerte.

3. EL DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL DE LOS PRESOS EN LOS CENTROS PENITENCIARIOS

Pese a que ya hemos realizado algunas referencias en torno a la integridad física en Capítulos anteriores, debido a que el punto de partida es la dignidad de la persona, siendo fundamento de todo derecho, se hace necesaria la conexión entre dignidad, vida e integridad. La cuestión a debatir, ahora, es la integridad física y moral como derecho fundamental de los reclusos y su posible vulneración en los Centros penitenciarios, entendiendo, en consecuencia, la necesaria garantía del mismo.

3.1 Conceptos

Adentrándonos en el tema en cuestión y tomando como referencia el ya citado artículo 15 de la CE, el cual no sólo protege el derecho a la vida, sino también el derecho a la integridad física y moral, aunque no como parte del derecho a la vida sino como un derecho fundamental independiente a éste, con su propia identidad, lo que supone la prohibición de torturas, penas o tratos inhumanos o degradantes. Entendiéndose, como históricamente se refiere, que hay falta de integridad física cuando hay omisión de algún miembro u órgano corporal, abarcaría la integridad de lo corporal y de lo psíquico. En sentido amplio, la integridad moral se dirige a proteger el resto de los derechos inherentes a la personalidad⁵⁵³.

⁵⁵³ Para una diferencia entre integridad moral e integridad psíquica ver CANOSA USERA, R., *El derecho a la integridad personal*, Lex Nova, Valladolid, 2006, p. 93, hace una reflexión argumentando que nuestra Constitución en el art. 15 exclusivamente menciona la integridad física y moral, preguntándose si desprotege la integridad psíquica, a diferencia de algunos textos internacionales que lo indican como el Pacto de San José o la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El argumento que defiende es que a pesar de que el precepto constitucional español no lo mencione no significa que esté desprotegido entendiéndose comprendida, dicha dimensión, en alguna de las dos

No es ocioso recordar aquí que el artículo 4.2 del RP sólo habla de *integridad*, entendiendo que se refiere tanto a su integridad física como a la moral. Con esta perspectiva, cabe subrayar que por *integridad* se comprende el valor que tiene la vida o la pretensión que tiene toda persona frente a cualquier agresión a la vida, ya sea física o moral. El derecho a la integridad, por tanto, está conectado al derecho a la vida, de manera que cualquier Declaración, Convenio o Constitución⁵⁵⁴ en aquellos artículos que habla del derecho a la vida también mencionan la integridad pero, en caso de que no lo mencionen, se considera por incluida. Por otro lado, considero que la integridad se relaciona con la seguridad personal. En este sentido, se han pronunciado las distintas Declaraciones, así, el artículo 1 de la Declaración Americana de Derechos del Hombre: “Todo ser humano tiene derecho a [...] la seguridad de su persona”; el artículo 3 de La Declaración Universal de Derechos Humanos: “Todo individuo tiene derecho a [...] la seguridad personal”; el artículo 5.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a [...] la seguridad [...]”. También podemos ver los siguientes artículos: Artículo 7.1 de La Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, proclamada por La Asamblea general de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1963: “Toda persona, sin distinción por motivo de raza, de color o de origen étnico, tiene derecho a la seguridad personal [...]”; Artículo 5 letra b) de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 1965: “[...] Los Estados Partes se comprometen [...] a garantizar el derecho de toda persona [...]” b) El derecho a la seguridad personal y a la protección del Estado contra todo acto de violencia o atentado contra la integridad personal cometido por funcionarios públicos o por cualquier individuo, grupo o institución; Artículo 7 del Pacto de San José de Costa Rica: “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales”; Artículo 2 de la Declaración de los derechos y Libertades Fundamentales, aprobada por el Parlamento Europeo en virtud de Resolución de 16 de mayo de 1989: “Todo individuo tiene derecho

expresamente mencionadas. Defiende la idea de que todo atentado contra la integridad moral supone potencialmente lesión de la integridad psíquica, pero no todo atentado contra esta última implica lesión de la integridad física. Hay autores de la doctrina penal que ponen de relieve que el término integridad moral es impreciso e indeterminado, entre ellos destaca a LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A., *Código Penal*, Cívitas, Madrid, 2004, p. 505; TAMARIT SUMALLA, J.M., *Curso de Derecho penitenciario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 193 y 222; DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, J., “A los delitos contra la integridad moral”, *La Ley*, 1995, p. 1438.

⁵⁵⁴ El art. 5 de La Convención Americana sobre Derechos Humanos menciona ambas, “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”.

a [...] la seguridad de su persona”; Artículo 5 letra b) de La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 1965: “[...] Los Estados Partes se comprometen [...] a garantizar el derecho de toda persona [...]”. Y la LO de 3/2005, de 8 de julio que modifica la LO del Poder Judicial en el sentido de que se persigue extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina, al ser considerada como un trato inhumano y degradante.

Podemos advertir que su conexión a la seguridad se fundamenta, en los Centros penitenciarios, como consecuencia de que en el momento que se lleve a cabo un acto dirigido al orden y seguridad en los Centros en atención a la forma y el contenido puede considerarse una vulneración a la integridad, no física pero sí moral del recluso.

Igualmente, el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 también lo regula; esta prohibición de tortura se ha establecido en el artículo 31 de las Reglas Mínimas de Tratamiento de los Reclusos adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, y en el artículo 37 de las RPE adoptadas en la Recomendación 3 de 12 de febrero de 1987 del Comité de Ministros del Consejo de Europa⁵⁵⁵ y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos trata de establecer el alcance de los términos penas, tratos inhumanos o degradantes, en este sentido, Balaguer Santamaría⁵⁵⁶ señala que “de las definiciones del Tribunal se desprende que es la intensidad de los sufrimientos que se producen, el elemento diferenciador entre las torturas y los tratos inhumanos o

⁵⁵⁵ Ver la Recomendación del Comité de Ministros de los Estados miembros sobre las RPE, adoptado por el Comité de Ministros el 11 de enero de 2006 en la 952ª Reunión de Delegados de Ministros.

⁵⁵⁶ BALAGUER SANTAMARÍA, X., “Derechos humanos y privación de la libertad: en particular, dignidad, derecho a la vida y prohibición de torturas”, en RIVERA BEIRAS, I., *cárcel y derechos humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*, cit., pp. 114-115. Cita por su importancia la STEDH de 25 de abril de 1978, caso *Tyrrer*, en la que se señaló que una persona puede ser humillada al ser condenada, pero que lo que interesa a los efectos de conceptualizar a una pena como “degradante” es que la humillación se produzca, no por la mera existencia de la condena, sino por la forma en la cual ésta se ejecuta. SAMBOLA I CABRER, F.X., “Los derechos fundamentales de los internos en los Centros Penitenciarios: derecho a la intimidad, a la integridad física y moral y al secreto de las comunicaciones. Doctrina del Tribunal Constitucional”, 2000, disponible en <http://noticias.juridicas.com/>.

degradantes, pareciendo exigir un nivel especial en el dolor que caracteriza a la tortura”. Por lo que se refiere a nuestra legislación no sólo es el artículo 4 del RP, con base en el artículo 6 de la LOGP, el que dicta: “Ningún interno será sometido a malos tratos de palabra u obra”, ha de ser interpretado en relación con el artículo 15 de la CE y los instrumentos internacionales que se han mencionado, según lo dispuesto en el artículo 10.2 CE. Así como hay que tener en cuenta los artículos 173 a 177 del CP incluidos en el Título “De las torturas y de otros delitos contra la integridad moral”.

La tortura es un delito tipificado en el artículo 174.1 del vigente CP, que la define del siguiente modo: “Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, la sometiére a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o que de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral”⁵⁵⁷. El número 2 de ese mismo artículo extiende el delito de torturas a la autoridad o funcionario de Instituciones Penitenciarias o de Centros de Protección o Corrección de menores que cometiere, respecto de detenidos, internos o presos los actos antes descritos. Este derecho fundamental encuentra únicamente como precedente, de una forma indirecta, la Constitución de 1912 cuando en sus artículos 287 y 303 se prohibían los castigos a los presos con penas corporales y el uso del tormento, respectivamente.

Pero, quizás, el principal resumen a la protección del derecho a la integridad física y moral la encontramos en el ATC 333/1997, de 13 de octubre, donde se dictamina que: “En relación con el derecho fundamental a la integridad física y moral, este Tribunal ya ha tenido ocasión de señalar que su ámbito constitucionalmente garantizado *prima facie* protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular”⁵⁵⁸. La jurisprudencia del

⁵⁵⁷ Redacción según la LO 15/2003, de 25 de noviembre.

⁵⁵⁸ Otra sentencia representativa es la 120/1997, de 27 de junio, Fj. 8. De otro lado, especificar que para encuadrar una pena o trato en alguna de las categorías del art. 3 del Convenio de Roma de 1950, ha de atenderse a la intensidad de los sufrimientos infligidos a una persona. Las tres nociones recogidas en el art. 15 de la CE (torturas, penas o tratos inhumanos o degradantes) son, en su significado jurídico,

Tribunal Constitucional lo ha considerado como “soporte existencial de cualesquiera otros derechos y primero, por ello en el catálogo de los fundamentales [...] posee carácter absoluto y está entre aquellos que no pueden verse limitados por pronunciamiento judicial alguno ni por ninguna pena, excluidas que han sido de nuestro ordenamiento jurídico la de muerte y la tortura, utilizada otrora también como medio de prueba y prohibidos los tratos inhumanos y degradantes, incluso los trabajos forzados”⁵⁵⁹.

Por lo que se refiere a hacer una clasificación dentro del derecho a la integridad física y moral, se debe abarcar la integridad frente a torturas, malos tratos, penas crueles, inhumanas o degradantes. Es la STEDH 167/1978, de 18 de enero, caso Irlanda contra el Reino Unido, la que introduce una graduación entre las distintas conductas según la intensidad del sufrimiento infligido, las mismas integran una escala gradual, cuyo último nivel estaría constituido por la pena o trato degradante. «Tortura y tratos inhumanos o degradantes [...] son, en su significado jurídico, nociones graduadas de una misma escala» que, en todos sus tramos, denota la producción, «sean cuales fueran los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente», se ha aventurado a aproximarse al concepto de «trato degradante», considerando como tal aquél que provoca en la víctima sentimientos de temor, angustia e inferioridad susceptibles de humillarla, envilecerla y, eventualmente, de quebrantar su resistencia física o moral (Sentencias Soering, de 7 de julio de 1989, y Tomasic,

“nociones graduadas de una misma escala” que en todos sus tramos entrañan, sean cuales fueran los fines, “padecimientos físico o psíquicos, ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y, con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente” (SSTC 127/90, de 27 de junio y 137/90, de 19 de julio). Y en particular, para apreciar tratos inhumanos o degradantes en el ámbito penitenciario, es necesario que “éstos acarreen sufrimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que debe llevar aparejada una condena” (SSTC 65/86, de 22 de mayo; 2/87, de 21 de enero; 89/87, de 3 de junio, y 150/91, de 4 de octubre). El TC ha declarado que aunque una concreta medida no pueda considerarse constitutiva de trato inhumano o degradante “en razón del objetivo que persigue”, ello no impide que se le pueda considerar como tal “en razón de los medios utilizados”. La jurisprudencia constitucional considera que para que se aprecie la vulneración del art. 15 CE no es preciso que la lesión a la integridad se haya consumado, basta con que exista un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse (no debiéndose confundir con la mera expectativa de disfrutar de una determinada forma de vida como declara el ATC 28/2001, de 1 de febrero), en este sentido, las SSTC 35/1996, de 11 de marzo; 221/2002, de 25 de noviembre y, 220/2005, de 12 de noviembre, en esta última se indica que la integridad puede verse afectada no sólo por acciones, sino también por omisiones.

⁵⁵⁹ SSTC 2/1982, de 29 de enero; 48/1996, de 25 de marzo, Fj. 5. Frente a esto, hay jurisprudencia que indica que no es un derecho con carácter absoluto, es el caso de la STC 207/1996, de 16 de diciembre. A mi juicio, estamos ante un derecho con una prohibición absoluta, en este sentido, el ATC 333/1997, de 13 de octubre.

Francia, de 27 de agosto de 1992). La primera que vino a marcar la diferencia entre la tortura o trato inhumano fue la Sentencia de 25 de abril de 1978 del TEDH, entendiendo que “el trato degradante no tiene porqué ser inexcusablemente elemento constitutivo de la tortura. Por otro lado, distinto son los malos tratos, son un “plus” de perversidad y maldad que acoge a distintas y variadas conductas de mayor o menor entidad, de más o menos trascendencia, pero dentro de esos malos tratos son evidentemente diferentes el trato degradante y la tortura”, es la STEDH de 25 de febrero de 1982 y, con anterioridad, la de 28 de enero de 1979, la que establece que el trato degradante implica una conducta desde la habitualidad, conducta repetida que daña la dignidad ya que supone menosprecio y humillación, mientras que la tortura supone por el contrario una conducta más intensa⁵⁶⁰, en lo que se relaciona con la integridad física. En lo atinente a la integridad moral, podemos hablar del derecho a celda individual, cacheos, exploraciones radiológicas.

En otro sentido, y en relación con la celda individual, principio que no se cumple en ningún Centro penitenciario, será objeto de análisis en el Capítulo dedicado a la celda como domicilio y al registro de la misma, suponiendo una vulneración de la integridad moral. Con respecto al hacinamiento y los cacheos, suponen el reflejo de la mayor vulneración del derecho a la integridad moral pero, serán analizados en el Capítulo dedicado al derecho fundamental de la seguridad como una de las medidas de seguridad de los Centros penitenciarios. Pero, no con ello quiero decir que en las cárceles se estén vulnerando derechos fundamentales constantemente. En ellas, se

⁵⁶⁰ Dicha sentencia es recordada en el ATC 333/1997, de 13 de octubre, Fj. 5, se reitera en las SSTC 137/1990, de 19 de julio, Fj 7; 57/1994, de 28 de febrero, Fj 4 y, 215/1994, de 14 de julio, Fj. 5. En este contexto, el TEDH, indica que, para entender que un maltrato se halla bajo el ámbito de cobertura del art. 3 del Convenio, es imprescindible que el mismo supere un umbral mínimo de severidad; mínimo cuya apreciación es, por naturaleza, relativa, por lo que depende en última instancia de las circunstancias concurrentes en el caso concreto (entre otras, Sentencias Irlanda c. el Reino Unido, 162; Tyrer, de 25 de abril de 1978; Soering; Cruz Varas y otros c. Suecia, de 20 de marzo de 1991, 83; Vilvarajah y otros c. el Reino Unido, de 30 de octubre de 1991). En suma, para que el trato sea *degradante* debe ocasionar también al interesado -ante los demás o ante sí mismo- una humillación o un envilecimiento que alcance un mínimo de gravedad (Sentencia de 25 de febrero de 1982, reiterado en la Sentencia Castelló-Roberts c. el Reino Unido, de 25 de marzo de 1993, relativa, igualmente a la imposición de castigos corporales en centros docentes). “aunque una concreta medida no pueda considerarse constitutiva de trato inhumano o degradante en razón del objetivo que persigue, ello no impide que se la pueda considerar como tal en razón de los medios utilizados”. Y, “cuando el pretendido maltrato se predica de una sanción, el sufrimiento por ella provocado sólo podrá catalogarse de “trato degradante” si va más allá del usual y, a menudo, inevitable elemento de humillación inherente a la sanción misma”. La STS de 29 de septiembre de 1998, también establece la distinción entre torturas y tratos degradantes, entendiendo que la tortura conlleva un plus de antijuricidad. ZAFFARONI, E. R., “Las penas crueles son penas”, *Lecciones y Ensayos*, n.º. 56, 1996, pp. 13-28.

respeto la vida, la integridad, y otros tantos derechos que les corresponden a los reclusos, cosa distinta es la vulneración a la integridad moral y psíquica que ocasiona el estar privado de libertad, o la limitación y no vulneración de otros derechos por el hecho de estar encarcelado o haberse llevado a cabo alguna medida de seguridad como el aislamiento. Es más, atendiendo a la evolución que han sufrido los Centros penitenciarios, hay un respeto considerable a los derechos de los reclusos.

3.2 Las torturas como vulneración del derecho a la integridad física y moral

a) El castigo en la historia del Derecho y de la política

Históricamente, como refiere la tortura ha sido tema común entre los filósofos a la hora de hablar y analizar la organización de la sociedad y del papel que ocupa el Estado en la misma. Así el libro *De partitione oratoria* (34.117-18) de Cicerón nos proporciona información sobre el posicionamiento del abogado respecto a los testimonios obtenidos mediante tortura: “Si el examen de testimonios obtenidos mediante tortura o la solicitud que este examen se realice pueden contribuir a resolver el caso, primero tenemos que defender esta institución y hablar de la eficacia del dolor y de la opinión de nuestros antepasados, los cuales, indudablemente, habrían rechazado todo esto si no lo hubiesen aprobado; y de las instituciones de los atenienses y de los rodios, pueblos muy cultos, entre los cuales incluso los hombres libres y los ciudadanos -por repugnante que esto sea- son sometidos a tortura; y también de las instituciones de nuestros compatriotas, personas de sabiduría suprema, que, aunque no permitían que los esclavos fuesen torturados para que testimoniasen contra sus amos, aprobaban el uso de la tortura en casos de incesto. Asimismo, el argumento utilizado habitualmente para invalidar el testimonio obtenido con tortura tiene que ser rechazado por ridículo y declarado irreal e infantil. Por tanto, debéis inspirar confianza en la corrección y la imparcialidad de la investigación, y valorar las declaraciones hechas bajo tortura con argumentos e inferencias”.

Por su parte, Ulpiano en el siglo III declaraba que “por *quaestio* (tortura) hemos de entender el tormento y sufrimiento del cuerpo para obtener la verdad. Ni el interrogatorio en sí mismo ni el temor ligeramente inducido se relacionan en verdad con

este edicto. Por lo tanto, puesto que la *quaestio* debe ser entendida como violencia y tormento, éstas son las cosas que determinan su significado”⁵⁶¹.

Posteriormente, en el siglo XIII, el jurisconsulto romano, Azo, daría la siguiente definición: “la tortura es la indagación de la *verdad* por medio del tormento”; y, en el siglo XVII, el jurisconsulto Bocero, decía que “la tortura es el interrogatorio mediante el tormento del cuerpo, respecto a un delito que se sabe que ha sido cometido, tormento legítimamente ordenado por un juez con el fin de obtener la verdad sobre dicho delito”⁵⁶².

Desde la visión de la filosofía griega, Platón haría suya, en la obra *Las Leyes*, la tesis de Protágoras en el pasaje referido a los robos y las violencias estableciendo que si ésta no fue hecha por debilidad o juventud, sino por propia locura, por impotencia en dominar los placeres y dolores, o en un acto irresistible de terror, de pasión, de envidia o de cólera, la penalidad será más dura, no a causa del mal cometido, pues lo que está hecho no se podrá abolir jamás, sino en vista del porvenir, por lo que aquel y aquellos que lo vean castigado lleguen a detestar francamente la injusticia o a liberarse del más grande peso de esta miseria⁵⁶³. En esta línea, Platón considera que la actividad punitiva está ligada a la tarea fundamental del Estado de conducir a los hombres a la virtud, de preparar buenos ciudadanos, de reparar el dolor y el daño causado por la ofensa en el alma. Y también Aristóteles compartiría el criterio de Platón de fundar la pena en la

⁵⁶¹ El jurista desconfiaba abiertamente de la tortura, así el Digesto XLVIII, 18, 23 declara: “*Las declaraciones arrancadas por medio de la tortura son poco seguras, incluso peligrosas y traicionan a la verdad, puesto que unos endurecidos y dispuestos al dolor de tal modo que no puede sonsacársele nada, mientras otros prefieren para evitar el dolor aceptar no importa qué mentira. No es preciso dar fe en todo caso a tal procedimiento, ni negarle toda confianza*”, GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., “Evolución de la tortura en España: de un reputado instituto procesal a un execrable delito”, *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, n.º. 2021, 2006, p. 7.

⁵⁶² Son numerosas las definiciones que existen de *tortura* por parte de los filósofos de distinta época, no se trata de mencionar todas y cada una de ellas, pero sí destacar a A. Cassese que la define como el rostro perverso y cruel del autoritarismo, la manera más rápida y expeditiva de “tratar” con quienes no están de acuerdo. Constituye el aspecto patológico de la ausencia de democracia donde faltan o están debilitadas todas aquellas garantías institucionales y procesales que son expresión indispensable de la democracia, citado por ALBÁCAR LÓPEZ, J.L., *La protección de los derechos fundamentales en la nueva constitución española*, IV Conferencia de Tribunales Constitucionales, Viena, 1978, p. 110.

⁵⁶³ MARÍ, E.E., *La problemática del castigo, discurso de Jeremy Bentham y Michael Foucault*, Hachette, Buenos Aires, 1983, p. 69, consideran que la idea que lo preside, sin embargo, no es tanto que el castigo deba ser “retribuido” por el hecho de ser merecido, por una razón de justicia como asevera la concepción retribucionista opuesta al utilitarismo, sino en base a su finalidad primordial de erigirse en un medio a la vez terapéutico y educativo, la pena tiene que ser aprendizaje para el logro de la enmienda del hombre y pedagogía para formarlo como ciudadano virtuoso.

corrección del sancionado, de esta manera, no es difícil ver que al sostener la voluntariedad de los actos virtuosos o viciosos, está en mejores condiciones para hacerlo y de allí que se libere de las gradaciones, sutilezas y distinciones a que Platón se viera constreñido en *Las Leyes* 865a, se trata de un pasaje sobre el homicidio, para evitar contradicción entre admitir por un lado la involuntariedad de los actos y, por otro, su condena⁵⁶⁴, señalándose que los dolores que se deben aplicar son los que más se opongan a los placeres preferidos.

San Agustín lo relaciona con el pecado, así lo refleja en su obra *La ciudad de Dios*. Ya en el Medioevo, Santo Tomás señala que la justicia pertenece al orden del universo de manera que esto requiere que la pena sea dirigida a los pecadores. En su obra *Suma Teológica* se ocupa de esta cuestión en el apartado “sobre la obligación de castigo”⁵⁶⁵, planteándose una serie de preguntas entre el pecado y el castigo. De otro lado, Locke lo hace en dos capítulos de su *Tratado de gobierno civil*, en el XI referido al estado de naturaleza, y en el XV sobre el poder paterno, político y despótico, en esta línea le sigue Hobbes en los capítulos XV y XXX del *Leviatán*⁵⁶⁶.

Rousseau, por su parte, se ocupa de este tema en *El Contrato Social*, lo traza a través de las voluntades generales y particulares de manera que las particulares son alienadas en la general por lo que la general interpreta los verdaderos intereses de aquéllas, pretendió probar que en la sociedad civil el hombre puede hallarse en situaciones que no obedezcan sino a sí mismo⁵⁶⁷ y Montesquieu en *El Espíritu de las leyes*, abordando el tema de la legitimidad de la tortura judicial, manifiesta que “lo que hace lícita la muerte de un criminal, es que la ley que lo castiga se ha hecho a favor suyo. Un asesino, por ejemplo, ha disfrutado de la ley que ahora le condena, pues le ha conservado la vida a cada instante, y por eso no puede reclamar contra ella”⁵⁶⁸.

⁵⁶⁴ ROSS, W.D., *Aristóteles*, Libro X, Cap. 9, Charcas, Buenos Aires, 1981, p. 287.

⁵⁶⁵ Ver el tema en Parte I de la Segunda parte, Problema LXXXVII.

⁵⁶⁶ HOBBS, T., *Leviatán*, Cap. XV y XXX, Sirey, París, trad. de F. Tricaud, 1971, Hobbes define el *castigo* como un mal, aplicable por una autoridad que ejerce poder como consecuencia de un hecho anterior que la Ley califica de ofensa y para obtener, hacer valer, o dar vigor a un fin legal, el de obediencia. NORRIE, A.W., “T. Hobbes and the Philosophy of Punishment”, *Law and Philosophy*, n.º. 3, 1984, p. 229.

⁵⁶⁷ ROUSSEAU, J., *El Contrato social*, Libro I y III, Cap. VI y VII, Aguilar, Madrid, 1969. Cap. V, Libro II “Del derecho de vida y de muerte”.

⁵⁶⁸ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Libro XV, Cap. II, trad. de M. Blázquez y P. de Vega, Tecnos, Madrid, 1985, p. 210.

Es Beccaria en el *Tratado de los delitos y de las penas*, en la Parte XVI titulada “Del Tormento”, quien también analizaría el tema de la tortura. De otro lado, la Carta Magna de Juan Sin Tierra ordena que los comerciantes del país enemigo que al estallar una guerra se encontraran en Inglaterra serían detenidos en principio "sin daño para su persona o propiedad"⁵⁶⁹. En el siglo XVI, el humanista Juan Luis Vives en comentarios a la obra de San Agustín *De Civitate Dei* se manifestaba en contra de la tortura, oponiéndose así a las leyes penales dictadas por el emperador Carlos V, favorables a todo tipo de crueldad⁵⁷⁰.

En todas las épocas, prácticamente, no hacía falta cometer un delito o realizar un hecho delictivo para que se llevase a cabo una tortura, bastaba con tener ideas no aceptadas por la sociedad en la que se vivía, bastaba tener una locura, casi todo se castigaba. Aquí se añaden una serie de rasgos característicos de la tipificación del delito de tortura⁵⁷¹, se trata de: a) un delito pluriofensivo, la tortura se presenta desde la perspectiva del bien jurídico, de este modo en cuanto ataque a una pluralidad de bienes dignos de tutela penal⁵⁷²; y b) un delito especial, esta característica se extrae de la cualidad que ha de concurrir en el sujeto activo de la conducta que para La Convención contra la Tortura ella no puede cometerse por cualquiera, sino, en principio, sólo por un círculo reducido y delimitado de posibles autores, como son los funcionarios y demás personas que ejercen funciones públicas⁵⁷³. A estas dos características que señala Rivera

⁵⁶⁹ Carta Magna de 1215. Quizás ha sido la Inquisición la institución que ha utilizado de forma más generalizada y sistemática la tortura, ya que no seguía en sus interrogatorios orden jurídico alguno ni tampoco los procesos se correspondían con las formalidades de Derecho. El Cuerpo de Libertades de la Bahía de Massachusetts de 1642, art. 46: “Nosotros no autorizamos aquellas penas corporales que sean bárbaras, inhumanas o crueles”, art. 43: “Nadie debía recibir más de 40 azotes y ningún caballero serían condenado a galeras”, “Nadie sería forzado mediante tortura a confesarse autor o acusar a otros como autores de un crimen” (art. 45), “Ninguna mujer casada podría ser azotada o castigada por su marido” (art. 80), “Los niños no debían ser tratados con severidad excesiva” (art. 84), “Los criados tenían derecho a marcharse y a pedir una indemnización si se les pegaba en los ojos o en los dientes, se les mutilaba o se les desfiguraba. También estarían protegidos y asistidos si se refugiaban en casa de un hombre libre de la ciudad escapando de la tiranía o crueldad de su señor” (art. 85 y 87), entre otras medidas.

⁵⁷⁰ Archidiócesis de Sao Paulo, Brasil: *Nunca Mais, Vozes*, Petropolis, 1990, p. 288. CONADEP, *Nunca más*, Eudeba, Buenos Aires, 1984.

⁵⁷¹ RIVERA BEIRAS, I., *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de 2º categoría*, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 45 y 46.

⁵⁷² En este sentido De la Cuesta Arzamendi dice que los bienes dignos son la integridad personal física y mental, la vida, la dignidad humana, el honor, la tortura de abuso de poder por parte del Estado, citado por RIVERA BEIRAS, I., *La devaluación de los derechos fundamentales*, cit., p. 45.

⁵⁷³ Esta teoría ha sido objeto de críticas ya que se puede considerar que la práctica de tortura se puede llevar a cabo por otras personas distintas a funcionarios de las Instituciones Penitenciarias y que son considerados como personas que ejercen funciones públicas como los médicos o militares, GRIMA LIZANDRA, V., *Los delitos de torturas y tratos degradantes por funcionarios públicos*, Tirant lo

Beiras se puede añadir que la tortura es un sufrimiento tanto corporal como mental, que atenta, como dice De la Cuesta Arzamendi⁵⁷⁴, a la dignidad de la persona humana, a su integridad y honor, asevera que la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos tiende a preservar una variedad de intereses y valores, tanto individuales como colectivos, dignos de protección: la integridad física y moral, la salud, la vida, la dignidad, la función pública, las garantías procesales, las garantías constitucionales y, por último, que la tortura no tiene límites en cuanto al modo de recibirla y de sentirla⁵⁷⁵. Mientras que unos lo llaman tortura o daño a la integridad física, otros, como Toribio⁵⁷⁶, hablan de *injurias corporales*⁵⁷⁷.

Blanch, Valencia, 1998, pp. 28-30.

⁵⁷⁴ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El delito de tortura. Concepto. Bien jurídico y estructura típica del art. 204 bis del CP*, Bosch, Barcelona, 1990, pp. 25 y ss.

⁵⁷⁵ Como curiosidad detallar algunas de las torturas que se han llevado a cabo a lo largo de la historia: a) suplicio de la vigilia, consistiendo en no dejar que la víctima duerma, entendiendo por víctima al delincuente, se practicaba durante la inquisición; b) vigilia con un loco; c) meter a la persona en un saco con diez gatos salvajes; d) sacudida para la dislocación de las vértebras; e) zapatitos ortopédicos que impedían crecer el pie; f) sandalias de la verdad, consistían en unas sandalias de hierro candente debiendo andar con ellas, de lo contrario se cortaban las falanges; g) la Ley Pompeya condenaba al parricida a la pena de *culleum* que consistía en ser arrojado al río dentro de un saco de cuero junto a un perro que simbolizaba la rabia, o junto a un mono que simbolizaba la locura o junto a un gallo que simbolizaba la infamia; h) en Roma destacaban las fieras en el circo, la vivicombustión (impregnar las ropas del reo con una sustancia resinosa y prenderle fuego), o el potro del tormento (estirar hasta descoyuntar los huesos), o la crucifixión; i) las mutilaciones de diversas partes del cuerpo, así la mano como forma de castigar a los ladrones y parricidas (esta forma fu abolida en Francia en 1832), la nariz a la mujer que circuncidaba a su hijo y si el niño moría era la ceguera el castigo; j) destacan los azotes, la picota o argolla, la horca, la hoguera, la rueda, la lapidación, el empalamiento, en la Guerra Civil a las mujeres destacadas políticamente del bando contrario se les aplicaba una purga de aceite de ricino y se les afeitaba la cabeza. Pero una de las torturas más sonadas fue la de Rober Damiens quien hirió a Luis XVI (atentar contra el Rey se castigaba con fuertes torturas ya que se le consideraba como el Padre) con un cuchillo con intención de matarle. Apresado en el acto, fue juzgado y sentenciado a muerte. El 28 de marzo de 1757 se le leyó la sentencia, y al terminar exclamó: <la jornada será ruda>; la sentencia le sometía al tormento ordinario, destinada a obtener la confesión sobre el crimen, y extraordinario, se administraba antes de la pena capital con el fin de que el reo denunciara a sus cómplices. Los cirujanos, interrogado sobre el caso, aconsejaron como el más terrible y menos peligroso para la vida del paciente el tormento de los *borceguíes* (consistía en sujetar fuertemente las piernas del reo entre cuatro tablas e introducir cuñas a martillazos de forma que los huesos saltaran por la presión). Damiens lo soportó con entereza y repitió que no había en su crimen ni complot ni cómplices. Fue tendido y sujetado con aros de hierro atornillados a las tablas, en la mano derecha se le colocó el arma del crimen y a continuación se le quemó con fuego de azufre, después, con una tenazas calentadas al rojo se le fue arrancando la carne de las partes más carnosa de su cuerpo y luego se vertió en las llagas una mezcla de hirviente de plomo, aceite, pez, cera y azufre, fundidos juntamente. Por fin sus miembros fueron atados con tirante de cuatro fogosos caballos para que fuera descuartizado. Durante una hora tiraron los caballos sin lograr arrancarlos, el número de caballos se aumentó a seis, pero siempre en vano, hasta que los jueces permitieron que se le hicieran incisiones en las articulaciones para facilitar la tarea. Al fin uno de los caballos arrancó la pierna, llegaba la noche cuando, en el momento de arrancarle el último de sus brazos, Damiens expiró. Su cuerpo, que sólo era un montón de carne, fue quemado todavía palpitante. BECCARIA, C., *De los delitos y de la pena*, cit., 1764, p. 7.

⁵⁷⁶ NUÑEZ, T., *Ciencia social según los principios de Bentham*, Libro II, Cap. I, Real, Madrid, 1835.

⁵⁷⁷ *Ibidem*, p. 158.

b) El reflejo de la tortura en la legislación actual

Como se encarga de recordar Díez Picazo⁵⁷⁸ la mayor parte de los casos sobre tortura y tratos inhumanos o degradantes en nuestra jurisprudencia constitucional se refiere al ámbito penitenciario “lo que no es sorprendente”, ya que la limitación de derechos inherentes a la privación de libertad da lugar a menudo a prácticas y situaciones que se hallan en esa franja de incertidumbre entre lo que es constitucionalmente admisible y lo que no lo es.

Esta prohibición es absoluta, ya que la Constitución utiliza la expresión “en todo caso”, teniendo, por tanto, efectos *erga omnes* sin que nadie quede excepcionado de la normativa⁵⁷⁹. Hay que partir de la definición que hace el Diccionario de la RAE, indicando que tortura es “un grave dolor físico o psicológico infligido a alguien, con métodos y utensilios diversos, con el fin de obtener de él una confesión, o como medio de castigo”⁵⁸⁰ y, de otro lado, teniendo en cuenta el artículo 1 de la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes⁵⁸¹ que define la tortura como “todo acto por el cual se inflijan intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de

⁵⁷⁸ DÍEZ PICAZO, L.M., *Sistema de derechos fundamentales*, Cívitas, Madrid, 2003, p. 231.

⁵⁷⁹ En este sentido, TORIO LÓPEZ, A., “La prohibición constitucional de los tratos inhumanos o degradantes”, *Revista del Poder Judicial*, nº. 4, 1986, pp. 69 y ss., entendiendo que la pena de muerte, la tortura y las penas corporales comprometen estructuras valorativas profundas y contra tales hechos se reacciona con una actitud absoluta, pura, que consiste y se agota en la convicción de que no deben ser; TÉLLEZ AGUILERA, A., *Los Sistemas penitenciarios y sus prisiones. Derecho y realidad*, Edisofer, Madrid, 1998, p. 30.

⁵⁸⁰ No obstante, éste no es el único concepto de tortura, para saber más tener en cuenta a RIVACOBIA Y RIVACOBIA, M., *Crisis y pervivencia de la tortura*, Libro Homenaje al Profesor J. Antón Oneca, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, p. 802, “tortura es el dolor o sufrimiento físico infligido por funcionario público o por orden o instigación de él, para obtener así, contra o sin la voluntad del atormentado, la confesión del delito que se persigue o de otro que hay perpetrado, o la relación de quienes delinquieron con él, o bien para purgar la infamia inherente al delito”; DEL TORO MARZAL, A., “El nuevo delito de tortura”, en VV.AA., *La reforma del Derecho penal*, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1981, p. 293, “dolor causado, cruel y superior al que pueda sufrir normalmente la víctima”; RIVERA BEIRAS, I. y CANO, F., *Privación de libertad y Derechos Humanos. La tortura y otras formas de violencia institucional*, Icaria, Barcelona, 2008; ARANDA ÁLVAREZ, E., “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de Derechos Fundamentales”, *Derechos y Libertades*, nº. 3, 1994, pp. 467 y ss.

⁵⁸¹ Es un Tratado multilateral de derechos humanos de ámbito universal, fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1984 y entró en vigor el 26 de junio de 1987. El Día Internacional de Apoyo a las víctimas de la Tortura se celebra el 26 de junio.

funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”, se llega a la conclusión que la prohibición de tortura incluye a todas las personas, por ende, a los reclusos.

El Comité para la Prevención de la Tortura se ha reservado el término *tortura* para describirlo como una forma de violencia especializada, empleada, intencionadamente, para obtener una información o confesión y, generalmente, realizada con intimidación o humillación⁵⁸². Los malos tratos físicos han sido descritos como tortura cuando, por ejemplo, es evidente que se han empleado para su uso técnicas especializadas como la suspensión de la víctima, golpear la planta de los pies, el uso de agua a presión, la colocación de un cubo de metal en la cabeza y golpearle con un instrumento metálico o de madera, entre otros, el uso de instrumentos especializados como equipos de descarga eléctricas, o formas especiales de preparación como vendar los ojos o cubrir la cabeza de la víctima con una manta, o las caras de los policías con máscaras para prevenir que las víctimas no puedan reconocerles⁵⁸³. Considera que la tortura debe ser premeditada, infligida y con la intención de causar daño, generalmente, implicando la utilización de técnicas especializadas o instrumentos, con el objetivo de obtener información, confesiones o para lograr otros fines específicos⁵⁸⁴.

En lo que respecta al ámbito penitenciario la tortura aparece recogida en el art. 6 de la LOGP “ningún interno será sometido a malos tratos de palabra u obra”, y en el apartado a) del artículo 4 RP que establece “[...] sin que puedan, en ningún caso, ser sometidos a torturas, a malos tratos de palabra o de obra, ni ser objeto de un rigor innecesario en la aplicación de las normas”⁵⁸⁵, siendo difícil aportar datos sobre esta materia, los obstáculos para recabar información sobre hechos de violencia en las cárceles son abundantes, por una parte se ocultan los hechos y, por otra, no hay

⁵⁸² CRUZ ROS, J., *El Comité para la prevención de la tortura, fijación de los estándares para mejorar la protección de las personas privadas de libertad*, Ene, Valencia, 2001, p. 46, en la nota nº 90 señala la definición dada por Cassese, la tortura es definida como cualquier forma de coacción o violencia, ya sea psíquica o física, contra una persona en orden a obtener una confesión, información, así como humillar, golpear o intimidar a alguien. Igualmente, el Comité ha recibido numerosas denuncias pero no observadas que consiste en golpear con los puños o los pies o porras u otros objetos, siendo consideradas generalmente insuficientes para justificar el uso del término malos tratos severos o tortura, aún cuando los golpes hubiesen sido infligidos con la intención de causar dolor o con el objetivo de obtener información.

⁵⁸³ *Ibidem*, pp. 46 y 47.

⁵⁸⁴ *Ibidem*, p. 50. El Comité ha reconocido que la tortura puede ser psicológica.

⁵⁸⁵ Art. 173 a 177 del CP sobre la tortura y otros delitos contra la integridad moral.

mecanismos que controlen las actuaciones que se llevan a cabo en las prisiones por los distintos integrantes de la misma⁵⁸⁶. Las pocas noticias que se tienen en cuanto a malos tratos o torturas en prisiones son las denuncias, incluso de muerte, interpuestas por los propios reclusos, sus familiares o alguna Asociación.

Teniendo en cuenta estas definiciones, en la tortura es preciso atender a dos aspectos en el ámbito penitenciario: uno material y otro intencional. Respecto al aspecto material, el Comité de Derechos Humanos tipifica como tortura “plantones, descargas eléctricas y amenazas de ejecución [...] palizas, faltas de alimentos, mantener incomunicado por más de cincuenta días, gran parte del tiempo atado y con los ojos vendados [...]”⁵⁸⁷, y respecto a la intencionalidad de la tortura suele estar vinculada a fines políticos intimidatorios, represivos y vinculados a la “seguridad nacional”: obtención de una información, una denuncia o confesión, o la simple abdicación de una idea. Por la estrecha vinculación entre este aspecto y el material, se va ampliando el área de lo que el Comité de Derechos Humanos considera tortura⁵⁸⁸.

Evidentemente, al igual que las Leyes internacionales y nacionales reconocen y defienden los derechos anteriores, el derecho al no maltrato y a la no tortura también es reconocido como derecho fundamental a todo ciudadano. Es, por consiguiente, por lo que se trata de un derecho fundamental reconocido a los presos, de manera que el artículo 1 de La Declaración Americana de Derechos del Hombre⁵⁸⁹, el artículo 3 de La Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 5⁵⁹⁰, el artículo 5.1 de La Convención Europea de Derechos Humanos establece lo mismo, igualmente el artículo 7.1 de La Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial proclamada por La Asamblea General de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1963, o el artículo 5b) de La Convención Internacional sobre la

⁵⁸⁶ Me refiero a presos, a funcionarios como a cualquier otro personal que forme parte de las Instituciones penitenciarias.

⁵⁸⁷ La serie de hechos que pueden ser tipificados como tortura se ha incrementado, baste con leer Informes como “Nunca Más” de la CONADEP, Argentina. En esta listado pueden incluirse una serie de tratamientos que pueden provenir de la patología o el sadismo del sujeto activo, pero para que un hecho sea específicamente considerado como tortura será necesario considerar también su aspecto intencional.

⁵⁸⁸ Así por ejemplo, juzgó que el pianista M.Á. Estrella fue sometido a graves torturas físicas y psicológicas, que incluían la amenaza de cortarle las manos con una sierra eléctrica, a fin de obligarle a admitir que había realizado actividades subversivas, *Curso sistemático de derechos humanos*.

⁵⁸⁹ El art. 1 establece “Todo ser humano tiene derecho a [...] la seguridad de su persona”.

⁵⁹⁰ Dicho art. dictamina que “Todo individuo tiene derecho a [...] la seguridad personal”. El art. 5 dice “nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, adoptadas el 21 de diciembre de 1965, y el artículo 2 de La Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales aprobada por el Parlamento Europeo en virtud de resolución de 16 de mayo de 1989.

La Regla 31 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los reclusos de 31 de julio de 1957 dictamina que quedan completamente prohibidas, como sanciones disciplinarias, las penas corporales, el encierro en celda oscura y todo castigo cruel, inhumano o degradante. El artículo 7 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, o los artículos 1 al 24 de La Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, de 9 de diciembre de 1985. Así como en el ámbito nacional destacan no sólo el RP de 9 de febrero de 1996 o la LO de 26 de septiembre de 1979 sino el artículo 15 de la CE que dictamina “[...] sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

Pero, la lucha contra la tortura tiene un instrumento internacional específico: la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por La Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. La tipificación del delito varía según la regulación de cada país, pero de manera genérica se considera tortura, a efectos penales, las acciones cometidas por funcionarios o autoridades, o al consentimiento explícito o implícito por parte de las mismas para que terceros las ejecuten, con el objetivo de obtener una confesión o información de una persona, así como el castigo físico o psíquico que suponga sufrimiento y suprima o disminuya las facultades del torturado o de cualquier manera afecten a su integridad moral. Con anterioridad, el artículo 1 de la Declaración contra la Tortura adoptada por La Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1975 dice: “para los fines de esta Declaración, tortura significa todo acto por el cual se inflige intencionalmente un intenso dolor o sufrimientos, físico o mental, por, o la instigación de, un funcionario público, a una persona para fines tales como obtener de ella o de una tercera persona una información o confesión, castigarla por un acto que ha cometido o intimidarla, a ella o a otras personas. No incluye el dolor o sufrimiento proveniente sólo de, inherente

a, o propio de, sanciones legítimas en la medida compatible con las Reglas Mínimas legales para el Tratamiento de presos”.

Como ya he manifestado, Toribio habla de *injurias corporales*, caracterizadas por ser irreparables, siendo, la parte ofendida del cuerpo la circunstancia característica, cuya analogía consistiría en imponer al delincuente el mismo mal que ha causado. Este autor, detalla una serie de penas atendiendo al delito cometido, así si se trata de crímenes de falso la lengua y la mano son los instrumentos, otros son el disfraz bien para que el delincuente no sea reconocido o bien ara inspirar más terror. Atendiendo a los principios de Bentham ya se observa la necesidad de la proporcionalidad delito-pena, así establece que “si el mal de la pena excediese al mal del delito, el legislados causaría más sufrimientos que lo que era menester”, por lo tanto hay que tener en cuenta el mal del delito y el mal de la pena⁵⁹¹.

Podemos advertir, que no falta jurisprudencia en el ámbito europeo sobre el tema, así la STEDH de 25 de abril de 1978 establece que una persona puede ser humillada al ser condenada, porque lo que interesa a los efectos de conceptuar a una pena como *degradante* es que la humillación se produzca, no por la mera existencia de la condena, sino por la forma en la cual ésta se ejecuta⁵⁹².

En esta línea, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la Sentencia 65/1986, de 22 de mayo, Fj. 4, manifiesta que “la calificación de una pena como inhumana o degradante depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que ésta reviste, de forma que por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de una especial intensidad (penas inhumanas) o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar

⁵⁹¹ NUÑEZ, T., *Ciencia social según los principios de Bentham*, cit., pp. 158 y 161. Así mismo, Bentham, habla de penas corporales cuando consisten principalmente en el dolor físico inmediato, para distinguirlas de otras penas corporales, cuyo objeto es producir consecuencias permanentes. Bentham señala penas afflictivas tales como, palos, azotes, estrapada (común en Italia para los rateros, consistía en levantar a un hombre a cierta altura por medio de una cuerda, se le dejaba caer de golpe sin llegar al suelo de modo que se le dislocaban los brazos, el picoteo (caer todo el peso del cuerpo enteramente sobre la punta de una pica), el caballo de madera o de hierro, el ducking (sumergirle en agua fría), torcedura de pulgares, botas estrechas.

⁵⁹² Dicha sentencia señala que ante la negativa a permitir visitas íntimas a los reclusos no implica tratos inhumanos o degradantes, por no “acarrear sufrimientos de especial intensidad, o provocar una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la imposición de la condena”.

aparejada la simple imposición de la condena. De otro lado, el Tribunal Supremo ha establecido la diferencia entre inhumano y degradante, entendiendo que “es inhumano aquel trato que acarree sufrimiento de una especial intensidad, mientras que degradante es el que provoca una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado”, entendiendo que “el hecho de desnudar a una persona implica un ataque a su intimidad, y si además se le obliga a realizar flexiones supone someterle a un trato humillante y degradante [...] invalidando la prueba así obtenida”⁵⁹³.

A mayor abundamiento, Balaguer⁵⁹⁴ es partidario de que para que una pena sea degradante, la humillación o el envilecimiento que implica tiene que alcanzar un nivel determinado y diferenciarse, en cualquier caso, del elemento moral de humillación que contiene toda pena. Tal apreciación, reconoce al Tribunal, es forzosamente relativa y depende del conjunto de circunstancias del caso y, especialmente, de la naturaleza y el contexto de la pena, así como de la manera en que se ejecute.

c) Cómo afrontar el tema de torturas en las prisiones

El maltrato de una persona suele decirse que es un delito pluriofensivo, atenta contra la libertad, contra la dignidad, y contra la integridad física o moral⁵⁹⁵. Como

⁵⁹³ STS 2ª Sala, de 11 de mayo de 1996. Otras sentencias representativas son la STC 48/1996, de 25 de marzo, en la que se vulnera el derecho a la integridad física y moral del recluso si se deniega la libertad condicional cuando padece una enfermedad grave e incurable por no haberse acreditado que la estancia en prisión constituya un peligro seguro para su vida; 181/2004, de 2 de noviembre, en Fj.2, en la que declara que el art. 15 de la CE constituye un valor fundamental de la sociedad democrática, y se encuentra estrechamente relacionado con la dignidad; 196/2006, de 3 julio “El hecho de que se exigiera al interno que se desnudara integralmente antes de suministrar la muestra de orina no supone una vulneración del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes ya que el desnudo integral tenía por objeto comprobar que no llevaba consigo nada que pudiera alterar el resultado del análisis de orina y, además, se proporcionó al recluso una bata o albornoz”; AAP de Navarra 21 de diciembre de 2005 en cuanto a un supuesto de malos tratos de palabra y obra.

⁵⁹⁴ BALAGUER SANTAMARÍA, J., “Derechos humanos y privación de libertad: en particular, dignidad, derecho a la vida y prohibición de torturas”, cit., pp. 93 y ss.

⁵⁹⁵ En España se criticó el carácter redundante del art. 15 de la CE, por un lado, el concepto de integridad física es muy parco, pues se entiende exclusivamente como lo contrario a la falta de algún miembro u órgano corporal, lo que, según estos autores, deja fuera, por ejemplo, todo el problema del contagio malicioso de enfermedades, entre otras cosas. Y por otro lado, la integridad moral implica la prohibición de cualquier tratamiento que anule, modifique o lesione la voluntad, ideas, pensamientos o sentimientos, lo cual hace de aquel un concepto a todas luces oscuro y vago. Los autores que intentan aclarar el problema, suelen hacer referencia al término que utilizan los alemanes: “*unversehrtheit*”, que puede traducirse por incolumidad; dicho de otro modo, la integridad equivaldría al Estado o calidad de incólume, es decir, a estar sano, sin lesión o menoscabo. Tomado www.iepala.es/DDHH. Ver RUÍZ VADILLO, E., “Derecho a la vida y a la integridad física”, *Los derechos fundamentales y las libertades públicas*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, p. 39, argumenta que la incolumidad corporal parece venir protegida en la Constitución de manera que abarcaría también el derecho a la salud física y mental, al bienestar y a la propia apariencia en lo referente a la integridad corporal.

refiere Torio⁵⁹⁶, la pena de muerte, la tortura y las penas corporales comprometen estructuras valorativas profundas y contra tales hechos se reacciona con una actitud absoluta, pura, que consiste y se agota en la convicción de que no deben ser.

El tema que nos ocupa es la tortura hacia los presos, tortura tanto física como psicológica, ya he mencionado con anterioridad que lo que se sabe de la tortura en los Centros penitenciarios es a través de las denuncias que llegan a las respectivas Asociaciones o a Juzgados por parte de los propios presos o de sus familiares. De tal manera que a distintos casos de torturas distintas soluciones, sobre todo, teniendo en cuenta la situación de desequilibrio que existe entre funcionarios y presos, de modo que podemos calificar como tema y situación peligrosa y, sobre todo, delicada a la hora de tratar. Existe una dificultad por parte del preso de obtener pruebas de que ha sido torturado, (quizás habría que utilizar el término agredido, más apropiado, por la sensibilidad y delicadeza que el tema pueda contener), es decir, a la hora de que el médico de turno de la prisión tenga que emitir un parte de lesiones posiblemente no lo hará tan detalladamente como debiera, y si se obtiene un parte detallado suele ser tarde⁵⁹⁷.

El desequilibrio de partes entre funcionario y preso se refiere al medio de defensa, es decir, que cuando un funcionario se siente atacado utilizará desde las porras, las esposas, terminando todo ello en el aislamiento del preso después de haber recibido unos golpes, posiblemente el funcionario actúe acompañado de otros funcionarios y posiblemente el preso esté solo de manera que no hay testigos que puedan avalar su teoría. La consecuencia no es sólo el aislamiento durante unos días sino, con toda seguridad, la regresión en cuanto al grado, traslado a otros Centros penitenciarios, vulneración de algunos derechos del preso, o cacheos incluso con desnudos integrales.

Bentham, entendió que en algunos casos la aplicación de la tortura podía quedar justificada desde una perspectiva utilitarista, del mismo modo que llega a serlo el

⁵⁹⁶ TORIO LÓPEZ, A., “La prohibición constitucional de los tratos inhumanos o degradantes”, cit., pp. 69 y ss.

⁵⁹⁷ MARIÑO MENÉNDEZ, F.M., *La creación del mecanismo español de prevención de la tortura*, Iustel, Madrid, 2009.

aislamiento compulsivo o, incluso, la privación a otro de un bien tan fundamental y básico como es la vida⁵⁹⁸.

La STC 120/1990, de 27 de junio, señala que para encuadrar una pena o trato en alguna de las categorías del artículo 3 del Convenio de Roma de 1950, (el art. 3 dice: “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”), ha de atenderse a la intensidad de los sufrimientos infligidos a la persona, dicha sentencia indica que el propio artículo 15 de la CE prohíbe la tortura y los tratos inhumanos y degradantes; pero, esta prohibición, no puede estimarse que haya sido quebrantada por la asistencia médica cuya autorización judicial se recurre. Por ello, tal prohibición se configura en la Constitución española y en los Tratados internacionales de derechos humanos como una prohibición absoluta en el doble sentido de que queda proscrita para todo tipo de supuestos y con independencia de la conducta pasada o temida de las personas investigadas, detenidas o penadas, por una parte y, por otra, de que no admite ponderación justificante alguna con otros derechos o bienes constitucionales. Si la gravedad es la primera de las características de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes que importa destacar en orden al análisis de la suficiencia y de la efectividad de la tutela judicial que ha de seguir a su denuncia, constituye la segunda característica la difícil detectabilidad y perseguibilidad de este tipo de conductas. A las dificultades probatorias de este hecho para la persona que denuncia haber sido objeto de torturas o de tratos inhumanos o degradantes ha de sumarse la existencia de técnicas de aflicción de sufrimientos que no dejan huella en el cuerpo del maltratado, así como la peculiar situación psicológica de inferioridad, humillación y desesperanza que dificulta una denuncia de su parte⁵⁹⁹.

Tortura y tratos inhumanos o degradantes son, en su significado jurídico, nociones graduadas de una misma escala que, en todos sus tramos, denotan la causación, sean cuales fueren los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e

⁵⁹⁸ Es en 1770 cuando comenzó a afirmar esta posición, en su obra *Of Compulsion and herein od Torture*, pp. 305 y ss., DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *Criminología y derechos penales al servicio de la persona*, Libro homenaje al profesor Antonio Beristain, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989, p. 700, confirma que la diferencia entre ambos se encuentra principalmente en su carácter agudo en la tortura y crónico en el caso de la pena compulsiva, e indica que, en ocasiones, la compulsión aguda puede ser más “elegible” que la crónica. En otro sentido, SAVATER, F. y MARTÍNEZ FRESNEDA, G., *Teoría y presencia de la tortura en España*, Anagrama, Barcelona, 1982, pp. 17 y ss., señalan que torturar es enseñar, explicar, grabar a sangre y fuego en la carne lo que no debe ser olvidado, la tortura no admite proporción y nace con la pregunta.

⁵⁹⁹ STC 34/2008, de 25 de febrero.

infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente⁶⁰⁰.

En sentido amplio, Beccaria calificó al tormento como “una crueldad consagrada por el uso entre la mayor parte de las Naciones es la tortura del reo mientras se forma el proceso; o para obligarlo a confesar un delito, o por las contradicciones en las que incurre, o por el descubrimiento de los cómplices, o no sé por cual metafísica e incomprensible purgación de la infamia [...]”⁶⁰¹. En el capítulo que dedica a la tortura afirma que el tormento es un padecimiento físico, es una pena pero, las penas sólo se aplican al delincuente condenado; por tanto, no hay derecho a imponer a un ciudadano una pena mientras se dude de su culpabilidad.

El argumento que se defiende en relación a la integridad física y moral es la protección de la personalidad, es decir, frente a la tortura lo que se protege es la vida, la integridad tanto física como moral y la seguridad personal, es un derecho fundamental que dimana de la dignidad inherente de la persona, así lo reconoce el art. 2 de La Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobada por la resolución 3452-XXX, del 9 de diciembre de 1975: “Todo acto de tortura u otro trato o pena cruel, inhumana o degradante constituye una ofensa a la dignidad humana y será condenado de los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas y de los Derechos Humanos y libertades fundamentales proclamados en La Declaración Universal de Derechos Humanos”.

La tortura, no es sino una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumana o degradante. El diccionario de la RAE establece que la *tortura* es una cuestión de tormento definiendo ésta como averiguación, inquisición o pesquisa de la verdad, que se practicaba dando tormento al presunto culpable inconfeso. Por lo que se refiere al término *malos tratos* entiende que es el delito consistente en ejercer de modo

⁶⁰⁰ La sentencia sigue diciendo que: “lo que no es tortura, el resto es penas inhumanas, crueles o degradantes”. “Respecto de los tratos inhumanos o degradantes, tiene la más genérica prohibición de «malos tratos» a los internos”. La STC 34/2008, de 25 de febrero, Fj.5, establece que: “su prohibición constituye un valor fundamental de las sociedades democráticas (SSTC 91/2000, de 30 de marzo, Fj. 8; 32/2003, de 13 de febrero, Fj. 7; 181/2004, de 2 de noviembre, Fj. 13); SSTS de 23 de enero de 1990; de 18 de mayo de 1993. De otro lado, el número nueve de la Encíclica *Pacem in Terris* dictamina “en toda convivencia humana bien organizada y fecunda se debe colocar como fundamento el principio de que todo ser humano es persona, [...]”. Es decir, se debe tratar al preso como ser humano que es, como persona y no caer en la falacia de que se trata de un criminal y como tal es lo único que se merece.

⁶⁰¹ BECCARIA, C., *Tratado de los delitos y de las penas*, Casas de Rosas, París, 1828, p. 60.

continuado violencia física o psíquica sobre el cónyuge o las personas con quienes se convive o están bajo la guarda del agresor, y por *pena cruel* la que se deleita en hacer sufrir o se complace en los padecimientos ajenos. Por *inhumana* se asevera que es la falta de humanidad y por *degradante* la que degrada, quiero decir con esto que tortura es el acto agravado de violencia física o psíquica, hacer sufrir con una falta de humanidad que degrada al agredido. Evidentemente, se trata de un tema delicado en el que la presunción de veracidad, no puede llegar a ser establecida de modo fehaciente⁶⁰².

El límite que marca los abusos y malos tratos psicológicos es difícil de determinar pero, sin duda, puede contener elementos tan sutiles como la prohibición de acostarse en la cama⁶⁰³, los cacheos continuos y a horas inusuales o el elevar, artificialmente, el grado de nerviosismo de las personas que se encuentran en aislamiento⁶⁰⁴. En sentido amplio, Rivera Beiras⁶⁰⁵ afirma que “continúan existiendo malos tratos físicos infligidos bajo apariencia de legalidad. Se justifican en aplicación de los medios coercitivos (porras, sprays) utilizados, en ocasiones arbitrariamente y, en otras, excediendo de su utilización cuando el preso ya ha sido reducido”.

⁶⁰² RÍOS MARTÍN, J.C. y CABRERA CABRERA, P.J., “La cárcel: Descripción de una realidad”, *Cuadernos de Derecho Penitenciario*, nº. 5, 1999, pp. 50 y ss., llevan a cabo un estudio sobre unas encuestas realizadas a distintos presos en distintas cárceles, señala que los malos tratos afectan a un 34% de la muestra total, de los que un 80% dice haber tenido oportunidad de recurrir al Juzgado de Vigilancia; el resto, o no ha podido, o ha considerado inútil hacerlo. Algunos de los testimonios señalan las siguientes torturas: “humillaciones en los cacheos: subirme las partes”, “Desde pegarme palizas con porras y espray, hasta tenerme desnudo dos días enteros y esposado, entrando a pegarme, normalmente en los cambios de guardia “el repaso”. Sometiéndome a malos tratos psicológicos, como decirme que era un hijo de puta, que acabaría ahorcándome”, “He pasado situaciones en las que me han llegado 4 o 5 funcionarios, incluso hasta más y me han pateado y apaleado. Encima he sido expedientado con sanciones muy graves. Incluso en la prisión de XXX por negarme a irme a celdas porque me querían quitar 1 hora de disfrute del patio, cuando solamente tenía derecho a 2 horas. Me pegaron una paliza que me dejaron unos días que no podía ponerme derecho. Encima tuve que cumplir un montón de días de aislamiento, y lo peor es que me abrieron una causa por el juzgado, por la cual me pedían 3 años y estoy esperando el fallo”, “he tenido que pasar por una fila de funcionarios y guardias civiles todos con porras hasta el final de un pasillo, y la cuestión era lo rápido que lo cruzara. Contra más rápido menos golpes”, “uno de los tipos de malos tratos que también les encanta es patearte en colectivo y hacer uso de las esposas que suelen utilizar para mantenerte inmovilizado durante el tiempo que le vengan en ganas”, “me han dado palizas con porras, palos de madera y con hierros en varias ocasiones, en una de ellas estuve ingresado 15 días en el hospital, he estado esposado a una cama de hierro sin colchón 5 días desnudo sin darme de comer y meándome y cagándome encima. Lo único que les falta por hacerme es matarme, cosa que no descarto que lo hagan [...]”.

⁶⁰³ Se está hablando que pueden estar perfectamente esposados a la cama muchas horas al día sin que puedan hacer sus necesidades o simplemente poderse rascar.

⁶⁰⁴ Para saber más ver RÍOS MARTÍN, J.C. y CABRERA CABRERA, P.J., “La cárcel: Descripción de una realidad”, *Cuadernos de Derecho Penitenciario*, nº. 5, 1999, pp. 50 y ss.

⁶⁰⁵ RIVERA BEIRAS, I., “La cárcel y el sistema penal (en España y en Europa)”, en BERGALLI, R., *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 382-383.

En un sentido más concreto, y en relación con el derecho a la vida, se encuentra la facultad que tiene la Administración penitenciaria para excarcelar a los presos que sufren enfermedades graves e incurables. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en su Sentencia 48/1996, de 25 de marzo, Ffj. 2-3 afirma, en este tema, que “la puesta en libertad condicional de quienes padezcan una enfermedad muy grave y además incurable tiene su fundamento en el riesgo cierto que para su vida y su integridad física, su salud en suma, pueda suponer la permanencia en el recinto carcelario [...] está claro que la excarcelación no puede garantizar la sanidad de un mal incurable según diagnóstico, pero permite una mejora relativa y una evolución más lenta con menos ocasiones de episodios agudos no sólo por el tratamiento médico, que también podría recibir en la cárcel, sino por el cambio de ambiente que coadyuva positivamente por la unidad psicosomática del ser humano, mientras que la permanencia en el establecimiento penitenciario ha de incidir negativamente en la misma medida”.

CAPÍTULO V

LOS DERECHOS CIVILES E INDIVIDUALES DE LOS PRESOS (II)

1. REPERCUSIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD EN LOS CENTROS PENITENCIARIOS

Sobre este punto hay que advertir que hay una serie de supuestos llevados a cabo en los Centros penitenciarios que pueden suponer vulneración de la intimidad, pero que son puestos en práctica por razones de orden y seguridad, siendo situaciones estudiadas en otros Capítulos. Es el caso del principio celular dictaminado por la normativa penitenciaria, que rara vez es respetado por el sistema, el registro de celda, los cacheos como medida de seguridad, las comunicaciones cuando se vulnera el secreto de las mismas, etc. El contenido específico que estudio es el derecho a la intimidad como objeto de protección en el ámbito penitenciario, con respecto a los reclusos, por ello se han descartado preceptos como el *secreto*, salvo en el caso de las comunicaciones siendo constitucionalmente así declarado⁶⁰⁶. Por consiguiente, la intimidad supone la delimitación entre lo público y lo privado. Es uno de los derechos del preso que

⁶⁰⁶ Se trata de un concepto diferente al de intimidad, que será objeto de estudio en el Capítulo sobre el secreto de las comunicaciones de los presos, pese a que lo íntimo es secreto, éste hace referencia a lo más personal, la intimidad parte del sujeto titular y queda en él, mientras que el secreto hay un tercero que lo conoce y es el asegurador de que no se conocerá. GARRIDO GÓMEZ, M.I., *Derechos Fundamentales y Estado social y democrático de Derecho*, Dilex, Madrid, 2007, p. 200 y nota nº. 20.

indudablemente es más afectado por la privación de libertad, perfilándose diversas dimensiones, ya que el concepto de intimidad es extenso y abierto⁶⁰⁷.

En suma, hemos de diferenciar, como acertadamente hace Guilló Sánchez-Galiano⁶⁰⁸, que “no se trata sólo de ampliar la legitimación activa a otras personas respecto del mismo derecho, sino de la consagración de un derecho a la intimidad en supuestos distintos que trascienden de la esfera meramente individual de la persona y se conectan con las relaciones que ésta mantiene dentro de su núcleo familiar”. Pero no todos los autores participan de esta concepción, así Vidal Martínez⁶⁰⁹ considera que el derecho a la intimidad familiar es un derecho que se tiene en virtud de la pertenencia a una familia, y no por ser persona individualmente considerada.

1.1 Problemática de la conceptualización de la intimidad

Partimos de la premisa de que estamos ante un derecho de difícil conceptualización, en este sentido, el *Committee on Privacy* británico ha manifestado que, debido a las dificultades de precisión, el concepto de intimidad no puede ser establecido de una manera satisfactoria⁶¹⁰. La intimidad y el sentido de lo íntimo es un valor social, en el que el Estado tiene la obligación de participar y controlar cualquier manifestación que afecte a las personas, y sobre las que el interesado está legitimado para incidir en la forma y contenido de su divulgación⁶¹¹.

⁶⁰⁷ En este sentido, WARREN, S. y BRANDEIS, L., “The right to privacy”, *Harvard Law Review*, vol. IV, nº. 5, 1890; WESTIN, A., *Privacy and freedom*, Atheneum, Nueva York, 1967, p. 350, quien afirma que el problema que subyace en este ámbito es el derecho a la libertad y a la dignidad de la persona; ROGEL VIDE, C., “Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y las libertades de expresión e información en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional”, *Estudios de Derecho civil en homenaje al D. José Luis Lacruz Bermejo*, vol. II, 1993; PANTALEÓN PRIETO, F., “La Constitución, el honor y unos abrigos”, *La Ley*, nº. 4033, 1996. De otro lado, la STC 173/1995, de 21 de noviembre, recoge la doctrina mantenida en el sentido de distinguirse las informaciones o noticias de las opiniones y expresiones dado que el régimen de tutela y el ámbito de protección es diferente.

⁶⁰⁸ GUILLÓ SÁNCHEZ-GALIANO, A., “Intimidad y familia”, en VVAA., *Perfiles del Derecho Constitucional a la vida privada y familiar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 241.

⁶⁰⁹ VIDAL MARTÍNEZ, J., “Manifestaciones del derecho a la intimidad personal y familiar”, *Revista General de Derecho*, nº. 432, 1980, p. 1402.

⁶¹⁰ URABAYEN, M., *Vida privada e información: un conflicto permanente*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1977, p. 12. En el mismo sentido, MADRID CONESA, F., *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho*, Universidad de Valencia, Valencia, 1984; RUÍZ MIGUEL, C., *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1995.

⁶¹¹ En este sentido, GARRIDO GÓMEZ, M.I., *Derechos fundamentales y Estado social y democrático de Derecho*, Dilex, Madrid, 2007; MORALES PRATS, F., *La tutela penal de la intimidad. Privacy e informática*, Destino, Barcelona, 1984.

Es un derecho que viene reconocido en las distintas Declaraciones internacionales de Derechos Humanos, así en el artículo 12 de La Declaración Universal de Derechos Humanos dictamina que “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación”; el artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos considera que “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honor y reputación”; el artículo 14.1 del mismo Pacto dicta que “La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios [...] cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes [...]”. El artículo 8.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales establece que “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”; y el artículo 9 de la Declaración Americana de Derechos Humanos estima que “Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad de su domicilio”⁶¹².

Históricamente, se encuentra regulado en la totalidad de las Constituciones de los Estados con categoría de derecho fundamental, incluso, en nuestra Constitución, en el artículo 18 se regula el derecho a la intimidad personal y familiar, junto con el derecho al honor y la propia imagen, teniendo protección tanto penal, atendiendo a la LO 10/1995, de 23 de noviembre, como civil regulada por la LO 1/1982, de 5 de mayo, modificada por la LO 3/1985, de 29 de mayo.

El artículo 18 de la CE⁶¹³ reconoce una pluralidad de derechos, algunos lo han denominado “derecho tricéfalo”, es el caso de Vidal Martínez⁶¹⁴. Son *derechos de la*

⁶¹² Tener también en cuenta el art. 10 de La Declaración Americana de Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad y circulación de su correspondencia”; art. 11.2 del Pacto de San José de Costa Rica: “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”; art. 11.3 del Pacto de San José de Costa Rica: “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”; art. 6.2 de la Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales, “Se garantizará el respeto de la esfera privada y de la vida familiar, del honor, del domicilio y de las comunicaciones privadas”.

⁶¹³ Carece de antecedente en las Constituciones españolas, salvo en el art. 4 del Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1945, modificado por LO del Estado de 10 de enero de 1967, aprobado por Decreto 779/1967, de 20 de abril, donde se proclama el respeto al honor personal y familiar.

⁶¹⁴ VIDAL MARTÍNEZ, J., *El derecho a la intimidad en la LO 5-5-82*, Montecorvo, Madrid, 1984, p. 171.

personalidad y hay autores que lo agrupan en *derechos de la esfera privada*⁶¹⁵. El derecho a la intimidad es un derecho de incorporación reciente en nuestra Constitución, desde este punto de vista, la doctrina francesa considera, aunque su Constitución no lo reconoce expresamente, que el Consejo Constitucional lo garantiza a través de la protección del derecho a la *libertad individual*⁶¹⁶. Una parte de la doctrina entiende que es un único derecho el que se genera, el de la intimidad, entendido como la facultad de la persona de excluir a los demás del conocimiento de lo que se refiere a sí misma⁶¹⁷. Ésta es la idea que aparece recogida en la LO 1/1982, un único derecho en sus diversas manifestaciones.

Por el contrario, O'Callaghan Muñoz⁶¹⁸ asevera que lo que varía no es el alcance del derecho a la intimidad, sino el concepto de intimidad. Afirma que dicho concepto varía según la persona. Entiende que está superada la teoría de que hay un solo derecho a la personalidad que tiene manifestaciones múltiples⁶¹⁹, ya que el artículo 18.1 de la CE utiliza diferente terminología y, por tanto, estamos ante derechos autónomos e independientes.

Con respecto a si se debe seguir una posición que asuma una teoría subjetiva u otra objetiva, a nuestro juicio, lo más acertado es seguir a un sector doctrinal que para definir el derecho a la intimidad une la vertiente objetiva y subjetiva. El argumento que defienden es entender a la intimidad como la suma de un derecho de defensa y un derecho a controlar lo que al sujeto afecta. Por consiguiente, el derecho a la intimidad se configuraría como un ámbito reservado *ad intra*, donde opera la voluntariedad del individuo respecto de aquello que debe trascender y, a la vez, es el derecho a controlar

⁶¹⁵ DE ESTEBAN, J. y LÓPEZ GUERRA, L., *El régimen constitucional español*, t. I, Labor, Barcelona, 1980, p. 156; ÁLVAREZ CONDE, E., *El régimen político español*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 145.

⁶¹⁶ En este sentido, KAYSER, K., "Le Conseil Constitutionnel protecteur du secret de la vie privée à l'égard des lois", *Mélanges offerts à Fierre Reynaud*, Dalloz Sirey, París, 1985; FAVOREU, L. y PHILIP, L., *Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel*, Sirey, París, 1986, pp. 359-361.

⁶¹⁷ Es el caso de DE CUPIS, A., *Il diritti della personalità*, Guyffré, Milán, 1982, p. 257, citado por REBOLLO DELGADO, L., *El derecho fundamental a la intimidad*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 188, pese a que, este autor, ha sido uno de los defensores de la pluralidad de los derechos de la personalidad.

⁶¹⁸ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., "Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen", *Los Derechos fundamentales y libertades públicas, XII Jornadas de Estudio*, vol. 1, 1992, p. 577.

⁶¹⁹ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *La libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad y propia imagen*, Edersa, Madrid, 1991, p. 96. Es representativa la STS de 19 de marzo de 1990.

lo que *ad extra* puede ser conocido por el ciudadano⁶²⁰. Seguidor de ésta línea es Herrero-Tejedor⁶²¹ quién manifiesta que “el derecho a la intimidad es el conjunto de hechos o circunstancias de carácter privado, conocido por un número reducido de personas, respecto al que su titular posee un interés legítimo en evitar su divulgación”.

La mayoría de la doctrina identifica el término *intimidad* con *privacy*⁶²², siendo el límite de lo público, llegándose a la definición de éste una vez se ha delimitado aquél⁶²³. Pero, podemos advertir que se emplea la expresión intimidad y, por consiguiente, se habla del derecho a la intimidad. En opinión de Ruíz Miguel⁶²⁴, el derecho a la intimidad se configura originariamente de forma negativa, como un derecho de defensa, ésta consideración fue acogida por la Ley Fundamental de Bonn y la Constitución española en los artículos 19.2 y 53.1⁶²⁵. Es decir, supone una visión contractualista que adquiere vigencia a través de las garantías de derechos fundamentales y el “estado mínimo”, la limitación frente a derechos y libertades del ciudadano, comportando el aspecto negativo de la intimidad⁶²⁶. Se debe subrayar, de otro lado, la tesis de aquellos que consideran que la intimidad tiene relación con la

⁶²⁰ REBOLLO DELGADO, L., *El derecho fundamental a la intimidad*, cit., p. 144.

⁶²¹ HERRERO-TEJEDOR, F., *La intimidad como derecho fundamental*, Colex, Madrid, 1998, p. 25 citado por REBOLLO DELGADO, L., *El derecho fundamental a la intimidad*, cit., p. 144, es la teoría aceptada como más acorde por este autor, tanto con la idea de derecho a la intimidad, como con las necesidades de nuestro ordenamiento jurídico, concluyendo que cabe entender al derecho a la intimidad como la protección de la autorrealización del individuo (p. 145). A mi juicio es aceptada, debido a la evolución constante que va generando el derecho a la intimidad en atención a nuevos límites conforme a la nueva sociedad.

⁶²² Es el término utilizado en los países anglosajones, en Francia se utiliza la expresión *vie privée* y en Alemania *privatsphäre*. Todos los términos se refieren a la intimidad en un sentido negativo, es decir, de exclusión.

⁶²³ La diferencia entre lo privado y lo público fue un logro reivindicado por Constant a comienzos del siglo XIX, considerando la existencia de una esfera de autonomía y privacidad preservada de las intromisiones e injerencias del poder público, suponiendo garantía de la posibilidad de autorrealización del individuo. CONSTANT, B., *Escritos políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

⁶²⁴ RUÍZ MIGUEL, C., *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 118 y ss.

⁶²⁵ BAÑO LEÓN, J.M., “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº. 24, 1988, pp. 155 y ss., asevera que en numerosas ocasiones el TEDH ha concebido al derecho al respeto de la vida privada como un derecho de defensa teniendo por objeto proteger al individuo frente a las injerencias arbitrarias de los poderes públicos, además lo considera como un derecho de prestación.

⁶²⁶ MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad*, cit., p. 17; GÓMEZ PAVÓN, P., *La intimidad como objeto de protección penal*, Akal, Madrid, 1989, pp. 11-12. Frente al aspecto negativo se encuentra el positivo admitido por la doctrina como un aspecto de la libertad.

propiedad, siendo el caso de Pérez Luño⁶²⁷ al manifestar que “la propiedad es la condición de acceder a la intimidad”.

A la luz de lo examinado, el derecho a la intimidad constituye, para la doctrina, una discusión en cuanto a su concepción y delimitación. Sobre todo teniendo en cuenta los avances de la tecnología, los cuales pueden incidir en la intimidad de los ciudadanos, es por lo que se debe articular los medios necesarios para garantizar el respeto al derecho analizado. La doctrina más asentada piensa que el derecho a la intimidad y el derecho a la vida privada son una concreción del derecho a la libertad. Por consiguiente, la intimidad puede ser definida como aquel derecho por virtud del cual una persona tiene el poder de excluir a las demás del conocimiento de su vida personal teniendo la facultad de determinar en qué medida comunicará su vida.

Mención especial merece la aplicación de lo visto hasta ahora a la concepción de intimidad con contenido sociológico atendiendo a la sociedad y al momento histórico. Desde esta perspectiva, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional manifiesta que “intimidad y honor son realidades intangibles cuya extensión viene determinada en cada sociedad y en cada momento histórico, cuyo núcleo esencial en sociedades pluralistas ideológicamente heterogéneas deben determinar los órganos del Poder Judicial”⁶²⁸. Históricamente, fue Prosser⁶²⁹ quien estableció lo que se conoce como concepto básico de la intimidad, al indicar que comprende cuatro formas distintas de invasión, o cuatro diferentes intereses del demandante, que han sido enlazadas bajo una misma denominación, pero que no tienen casi nada en común, salvo que cada uno de ellas representa una interferencia con el derecho del demandante: 1) la intrusión en el retiro o soledad del demandante, o en sus asuntos privados; 2) la revelación pública de hechos privados embarazosos para el demandante; 3) la publicidad que coloca al demandante bajo una “falsa luz” ante la opinión pública (tergiversación de los hechos que falsea la

⁶²⁷ PÉREZ LUÑO, A.E., “La protección de la intimidad frente a la informática en la Constitución española de 1978”, *Derechos económicos, sociales y culturales*, Universidad de Murcia, Murcia, 1981, p. 108.

⁶²⁸ STC 171/1990, de 12 de noviembre, Fj. 4.

⁶²⁹ PROSSER, W.L., “Privacy (a legal analysis)”, *California Law Review*, n.º. 48, 1960, pp. 346 y ss., citado por HERRERO-TEJEDOR, F., *La intimidad como derecho fundamental*, cit., pp. 49-50. En cuanto a la tergiversación Herrero-Tejedor lo analiza como base para lo que propugna como un nuevo derecho fundamental: la identidad personal; y en cuanto a la apropiación manifiesta que aparecen más ligados al ámbito del derecho a la propia imagen que a la intimidad, (pp. 175 y ss.). En sentido similar se pronuncia la STC 142/1993, de 22 de abril, Fj. 7.

imagen pública de una persona), y 4) la apropiación, en beneficio del demandado, del nombre o imagen del demandante”.

Una primera aproximación a la definición y delimitación del derecho a la intimidad la encontramos en el ATS de 17 de diciembre de 1971 al manifestar que se ha de considerar referido a evitar intromisiones arbitrarias en la vida privada de una persona, su familia, honor o reputación a que se refiere el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁶³⁰.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional declara que: a) se trata de un derecho de carácter personalísimo, “los derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar reconocidos en el artículo 18 de la CE aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad⁶³¹, derivados sin duda de la «dignidad de la persona» que reconoce el artículo 10 de la CE, y que implican la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana. Se muestran, así, esos derechos como personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo”⁶³²; b) es un derecho autónomo, con un contenido distinto al derecho al honor⁶³³ y a la propia imagen⁶³⁴; c) se trata de un derecho que incide en el

⁶³⁰ En este sentido, la STC 171/1990, de 12 de noviembre, al indicar que la intimidad personal y familiar es una realidad intangible cuya extensión viene determinada en cada sociedad y en cada momento histórico.

⁶³¹ Entre otros, PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 318 y ss.; Bajo Fernández se refiere al derecho a la intimidad como uno de los derechos de la perechidad, BAJO FERNÁNDEZ, M., “Protección del honor y de la intimidad”, en COBO DEL ROSAL, M. y BAJO FERNÁNDEZ, M., (eds.), *Comentarios a la legislación penal. Derecho penal y Constitución*, t. I, pp. 97-126, en especial p. 99. El Tribunal Supremo en Sentencia de 17 diciembre 1981, considera la inviolabilidad del domicilio parte integrante de este grupo de derechos; LÓPEZ RAMÓN, F., “Inviolabilidad del domicilio y autonomía administrativa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º. 225, 1985, pp. 31-78.

⁶³² STC 231/1988, de 2 de diciembre, indica que “el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende a aspectos de la vida propia y personal y, a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar”; lo ratifican las SSTC 57/1994, de 28 de febrero y 202/1999, de 8 de noviembre, Fj. 2; 206/2007, de 24 de septiembre, Fj. 4; 207/1996, de 16 de diciembre, Fj. 3; 98/2000, de 10 de abril, Fj. 5; 156/2001, de 2 de julio, Fj. 4; 70/2002, de 3 de abril, Fj. 10; 27/2003, de 30 de junio, Fj. 7; 196/2004, de 15 de noviembre, Fj. 2.

⁶³³ Se trata del derecho que toda persona tiene “a la propia estimación (y) al buen nombre o reputación”, ATC 106/80, de 26 de noviembre.

⁶³⁴ Las SSTC 81/2001, de 26 de marzo, Fj. 2, 156/2001, de 2 de julio, Fj. 3 y, 83/2002, de 22 de abril, Fj. 4.

ámbito propio y reservado para mantener una mínima calidad de vida humana⁶³⁵, lo que protege ante cualquier invasión de terceros que sea ilegítima⁶³⁶.

1.2 Relación intimidad, privacidad y vida privada

A efectos de nuestro estudio interesa concretar la relación entre intimidad, privacidad y vida privada. La *intimidad*, es definida por el Diccionario de la RAE como la amistad íntima o la zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia. Junto a la intimidad, se encuentra la privacidad y vida privada, que pueden llevar a confusión, definido aquél como ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión. Por su parte, Parent⁶³⁷, define privacidad como el derecho a “ser dejado solo”, y la vida privada sería la que se ejecuta a vista de pocos, familiar y domésticamente, sin formalidad ni ceremonia alguna, particular y personal de cada individuo.

En consecuencia, no hay que confundir intimidad con vida privada⁶³⁸, pese a que en nuestro entorno social se utiliza uno u otro término de manera indistinta. Son numerosas las definiciones que han tratado de diferenciarlas, llegando incluso a suscitar discusión doctrinal en el ámbito de los derechos de la personalidad, en el sentido de si

⁶³⁵ SSTC 110/1984, de 26 de noviembre; 186/2000, de 10 de julio; 196/2004, de 15 de noviembre; 233/2005, de 26 de septiembre y, 272/2006, de 25 de septiembre, entre otras.

⁶³⁶ SSTC 92/2000, de 30 de noviembre y, 127/2003, de 30 de junio.

⁶³⁷ PARENT, W.A., “Privacy. Morality and the Law”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 12, n.º 4, 1983, p. 269, citado por NINO, C., cit., pp. 327/328, nota 199.

⁶³⁸ En este sentido, ARIÉS, P. y DUBY, G., *Historia de la vida privada*, Taurus, Madrid, 1987; COMEAU, P.A., “Les termes du débat sur la protection de la vie privée et le droit du public á L’information”, en TRUDEL, P. y ABRAN, F., *Droit du public á l’information et vie privée*, Universidad de Montreal, Montreal, 1992; GARCÍA COTARELO, R., “Lo privado, lo particular y lo secreto”, *Revista Sistema*, n.º. 65, 1985, pp. 69-86; GERSTEIN, R.J., “Intimacy and privacy”, en VV.AA., *Philosophical dimension of privacy*, Cambridge University, Cambridge, 1984; KAYSER, P., *La protection de la vie privée*, Economica, París, 1990.

se trata de un derecho único o de una pluralidad de derechos⁶³⁹. Se dice, por consiguiente, que se trata de realidades distintas, aunque relacionadas⁶⁴⁰.

La vida privada, en cuanto a la revelación de datos⁶⁴¹, sólo se considera ilícita en la medida en que afecta a su reputación y buen nombre, y es protegida en relación con otros derechos. En opinión de Rebollo Delgado⁶⁴², el concepto de vida privada es muy amplio, genérico y engloba a todo aquello que no es, o que no queremos que sea de general conocimiento. Dentro de él existe un núcleo que protegemos con más celo, con mayor fuerza, porque lo entendemos como esencial en la configuración de nuestra persona al que denominamos intimidad. Siguiendo con este autor, afirma que pese a que la intimidad es la lejanía y la vida privada lo más próximo, desde la perspectiva de los demás, poseen unos elementos comunes, así en ambas rige la libertad, existe una conciencia social de restricción, de no injerencia, es el individuo quien establece los límites en ambas, y ambas configuran la persona y personalidad del sujeto. En definitiva, la intimidad es una concreción de la vida privada⁶⁴³.

En nuestro ordenamiento jurídico, es necesario señalar la LO 5/1992, de 29 de octubre, sobre Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal⁶⁴⁴, vigente hasta el 14 de enero del 2000, en cuya Exposición de Motivos diferenciaría privación e intimidad, manifiesta que, “nótese que se habla de la privacidad y no de la intimidad: aquélla es más amplia que ésta, pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona -el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo-, la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que,

⁶³⁹ PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 333, citando en nota A. de Cupis mantiene la existencia de un único derecho general a la intimidad, entendido como facultad de la persona a excluir a los demás del conocimiento de lo que se refiere a sí misma; CASTÁN TOBEÑAS, J., “Los derechos de la personalidad”, cit., pp. 5-62; PARDO FALCÓN, J., “Los derechos del artículo 18 de la Constitución española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista española de Derecho Constitucional*, n.º. 34, 1992, p. 143.

⁶⁴⁰ GONZÁLEZ GAITANO, N., *El deber de respeto a la intimidad*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1990, p. 38.

⁶⁴¹ Sobre el tema de revelación de datos ver, entre otros, a JAREÑO LEAL, A. y DOVAL PAÍS, A., “Revelación de datos personales, intimidad e informática (comentario a la STS 234/1999, de 18 de febrero)”, *La Ley*, n.º. 4, 2000, pp. 1672-1680.

⁶⁴² REBOLLO DELGADO, L., *El derecho fundamental a la intimidad*, cit., p. 73.

⁶⁴³ *Ibidem*, pp. 74-75.

⁶⁴⁴ LO vigente hasta el 14 de enero del 2000.

aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado”.

Pese a lo manifestado, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en alguna ocasión (STC 117/1994, de 25 de abril, Fj. 3), se ha acogido a la postura de entender que el derecho constitucional a la intimidad excluye de las intromisiones de los demás en la esfera de la vida privada personal y familiar de los ciudadanos. Lo que tendrá que hacer la doctrina y la jurisprudencia es reflejar con claridad la conceptualización de cada término, como, incluso, lo indica el Diccionario de la RAE, puesto que sólo están de acuerdo en manifestar que lo privado es un ámbito más genérico que lo íntimo. De todas maneras, la doctrina es partidaria del término privacidad (*privacy*)⁶⁴⁵.

Del presente artículo a tratar, considero necesario centrarme, exclusivamente, en lo referente a la intimidad por su repercusión en el ámbito penitenciario, el respeto a la vida privada operaría como idea originaria de la zona de intimidad, constitucionalmente protegida, o ámbito irreductible de la intimidad, que se caracteriza por tratarse de un ámbito reservado de la vida, necesario para mantener una calidad mínima de la misma⁶⁴⁶. En conclusión, la intimidad conforma un bien instrumental para la protección del ejercicio de la libertad en el desarrollo de la propia vida⁶⁴⁷, se mueve entre el ámbito de lo público y lo privado.

No obstante, a mi juicio, el artículo 18 de la CE, sólo protege la intimidad y no la vida privada, en este sentido, la doctrina es partidaria en entender que existe una diferencia en cuanto a la tutela, es decir, la intimidad opera bajo una tutela constitucional, mientras que la vida privada es civil. Con posterioridad, el derecho a la intimidad fue ligado con el honor⁶⁴⁸, la honra y el aprecio social, apareciendo nuevos

⁶⁴⁵ En este sentido, REBOLLO DELGADO, L., *El derecho fundamental a la intimidad*, cit., pp. 132-133.

⁶⁴⁶ Así lo refleja las SSTC 232/1993, de 12 de julio; 57/1994, de 28 de febrero, entre otras; MATIA PORTILLA, F. J., “Constitution et secret de la vie privée: Espagne”, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, t. XVI, 2000, pp. 210 y 211.

⁶⁴⁷ MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Cívitas, Madrid, 1992, p. 81; del mismo, “La configuración constitucional del derecho a la intimidad”, *Derechos y Libertades*, nº. 3, Madrid, 1994, pp. 313-340.

⁶⁴⁸ ENÉRIZ OLAECHEA, F.J., *La protección de los derechos fundamentales*, cit., p. 234; ver la cita que hace de la SSTC 170/1994, de 7 de junio; 112/2000, de 5 de mayo; 46/2002, de 25 de febrero;

derechos en relación con la intimidad personal. Así surgiría el término *vida privada* en relación con el tratamiento automatizado en el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales⁶⁴⁹. Beccaria⁶⁵⁰ definió que “la palabra honor es una de aquellas que ha servido de base a dilatados y brillantes razonamientos sin fijarle alguna significación estable y permanente”. Estos derechos, de la categoría de los derechos de personalidad, relacionados con el daño moral, hacen que los sujetos en cuestión tengan los medios necesarios para proteger su derecho fundamental frente a las posibles intromisiones tanto por parte de otros ciudadanos como de poderes públicos.

1.3 Los presos como sujetos del derecho a la intimidad

La cuestión a tratar es cómo garantizar el derecho a la intimidad teniendo en cuenta las condiciones de los Centros penitenciarios y las condiciones en las que se encuentran los presos. Así pues, es necesario situarnos dentro del contexto de la prisión, pudiendo advertir que el citado derecho es vulnerado constantemente debido, en parte, a la falta de infraestructuras de las cárceles. Ahora bien, también es importante tener en cuenta que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no se trata de un derecho absoluto, en la medida en que admite limitaciones, siempre y cuando encuentre su fundamento en otros derechos o intereses constitucionalmente protegidos. Es un derecho que afecta directamente a la dimensión moral de la persona, pero indirectamente afecta también a la dimensión física. Es un derecho que afecta, en cuanto a su protección, al derecho a la vida o al derecho a la seguridad personal.

127/2003, de 30 de junio, se puede ver la diferencia de definiciones atendiendo a la época y al lugar; la STC 196/2006, de 3 julio. Por un lado, supone el juicio que haga la sociedad respecto a una persona, en este caso al recluso, viéndose rechazado por la sociedad y excluido, y en otro sentido, la visión subjetiva que consiste en una estimación reflexiva y valorativa, como el aprecio que el ser humano tiene por sí, derivando de su violación un menosprecio de la persona. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte Especial*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1983, pp. 96-97; VIVES ANTÓN, T.S., en COBO DEL ROSAL, M., VIVES T.S. y otros, *Derecho penal. Parte Especial*, Valencia, 1990, p. 678, entre otros.

⁶⁴⁹ CAMPUZANO TOMÉ, H., *Vida privada y datos personales. Su protección jurídica frente a la sociedad de la información*, Tecnos, Madrid, 2000; RIVERA, J.C., “El derecho a la vida privada. Su regulación y contenido en la legislación y jurisprudencia comparada”, *Revista de Derecho Privado*, 1989, pp. 99 y ss.; AUSEMS, E.J., “La protección de las personas frente al tratamiento automatizado de datos de carácter personal en el marco del Convenio 108 del Consejo de Europa”, en VV.AA., *Informática judicial y protección de datos*, Gobierno Vasco, Vitoria, 1994.

⁶⁵⁰ BECCARÍA, C., *De los delitos y de las penas*, trad. de J.A., de las Casas, Alianza Editorial, Madrid, 1982, p. 41.

Pues bien, como acabo de decir, el derecho a la intimidad es uno de los derechos fundamentales que más afectado se encuentra por la privación de libertad en los Centros penitenciarios, como explica el Tribunal Constitucional, “en el concreto ámbito penitenciario una de las consecuencias más dolorosas de la privación de libertad es, precisamente, la reducción de la intimidad de quienes la sufren, trae como consecuencia que la vida íntima del preso esté expuesta a los demás reclusos, la vulneración de éste derecho lleva consigo la vulneración de otros como el secreto de las comunicaciones, la inviolabilidad del domicilio”, que en este caso es la celda, derecho que desarrollaré en su momento⁶⁵¹. Pese a ello, podemos advertir al observar, la LOGP o el RP, que no se encuentra una norma específica sobre la intimidad personal o familiar de los presos pero, lo deducimos atendiendo al artículo 25.2 de la CE al proclamar que la actividad penitenciaria se ejercerá respetando todos los derechos, así como a lo largo de la normativa penitenciaria se deduce que el tratamiento penitenciario incide directa o indirectamente sobre el ámbito de la intimidad personal y familiar de los reclusos y, por tanto, se debe garantizar la protección de la misma. No obstante, el artículo 4.2 b) del RP hace una referencia específica al derecho a la intimidad cuando indica que “los internos tienen derecho a que se preserve su dignidad, así como su intimidad, sin perjuicio de las medidas exigidas por la ordenada vida en prisión, que tienen derecho a ser designados por su propio nombre y a que su condición sea reservada frente a terceros”. Según el Tribunal Constitucional, el derecho a la intimidad, junto con el derecho a la propia imagen, implica “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana”⁶⁵².

⁶⁵¹ SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, Fj.3; 60/1997, de 18 de marzo, Fj. 7; 89/1987, de 3 de junio, añade que sólo podrán ser consideradas lesivas de la intimidad aquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiera; 231/1988, de 2 de diciembre, dictamina que se trata de un derecho personalísimo ligado a la misma existencia del individuo; 143/1994, de 9 de mayo, “el derecho a la intimidad implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana”; 209/1988, de 10 de noviembre, Fj. 3 “el derecho a la intimidad no es absoluto pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes”, con los requisitos de *necesario* para lograr el fin legítimo previsto, *proporcionado* para alcanzarlo y, en todo caso, sea *respetuoso* con el contenido esencial del derecho; 57/1994, de 28 de febrero, Ffj. 4 y 5; 151/1997, de 29 de septiembre.

⁶⁵² En este sentido, la STC 134/1999, de 15 de julio y la STS 1062/1995, de 7 de diciembre; AVILÉS GARCÍA, J., “Algunas consideraciones jurisprudenciales acerca de los derechos a la intimidad y a la propia imagen”, *La Ley*, nº. 3, 1989, pp. 845-849.

La intimidad en los Centros penitenciarios “ha muerto”. Los reclusos son vigilados por cuestiones de seguridad, orden y disciplina, como elementos imprescindibles para la adecuada convivencia. Lo único que queda es que estén preparados psicológicamente para que puedan abstraerse del mundo carcelario y tener un mínimo momento de intimidad personal frente a la constante indagación por parte de los funcionarios. Para mayor abundamiento, parece contradictoria la medida de privación de libertad con el derecho a la intimidad, pero se debe abrir un espacio de respeto a la intimidad entre preso y personal funcionario, no trascendiendo más allá la información personal obtenida⁶⁵³. En este sentido, son numerosos los preceptos que tienen de fondo la intimidad así, por ejemplo, una vez admitido un recluso dentro de un establecimiento, se procurará que el procedimiento de ingreso se lleve a cabo con la máxima intimidad posible, a fin de reducir los efectos negativos que pueden originar los primeros momentos en una prisión⁶⁵⁴, o para el caso de las comunicaciones de vis a vis se hace la exigencia por parte de la Administración penitenciaria de un respeto al máximo de la intimidad de los comunicantes⁶⁵⁵.

1.4 Orden de vulneración de la intimidad en las prisiones

a) Divulgación de datos de reclusos

Esta cuestión supone una garantía dinámica e institucional que ostenta la función del *habeas data* del individuo⁶⁵⁶. En otro sentido, queda excluida la intimidad cuando se divulgan datos de personas reclusas y de su situación en prisión por parte de la Administración. El punto de partida es que ésta puede dar a conocer tanto la identidad de la persona presa como la circunstancia de su privación de libertad, es decir, si es

⁶⁵³ La reforma del RP de 9 de febrero de 1996 introduce novedades en relación a la protección del derecho de intimidad de los presos, se refiere a la protección de los datos personales contenidos en ficheros informáticos, la forma de llevar a cabo los cacheos y las comunicaciones con los abogados.

⁶⁵⁴ Art. 15.6 del RP.

⁶⁵⁵ Art. 45.7 del RP, en el mismo sentido, el art. 51 de la LOGP.

⁶⁵⁶ GARRIDO GÓMEZ, M.I., *Derechos fundamentales y Estado social y democrático de Derecho*, cit., p. 206; PÉREZ LUÑO, A.E., “Los derechos humanos en la sociedad tecnológica”, en LOSANO, M.G, PÉREZ LUÑO, A.E. y GUERRERO MATEUS, M.F., *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989; CORRIPIO GIL-DELGADO, M.R., *El tratamiento de los datos de carácter personal y la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones*, Agencia de Protección de Datos, Madrid, 2001; HERRÁN ORTÍZ, A.I., *El derecho a la intimidad en la nueva Ley orgánica de protección de datos personales*, Dykinson, Madrid, 2002.

preventivo, condenado, si cumple una pena o una medida de seguridad, la duración de la misma, el tiempo que lleva cumplido, el grado en el que se encuentra, etc.

Estas circunstancias también suponen una vulneración al derecho de intimidad de las personas reclusas, se puede entender que estamos ante una situación ilícita por parte de la Administración penitenciaria⁶⁵⁷. Pese a ello, no hay que olvidar que la sentencia de los condenados es pública, de manera que la sociedad tiene derecho al conocimiento de la misma. En suma, el Reglamento penitenciario hace referencia a la protección de datos de carácter personal de los ficheros penitenciarios en sus artículos 6 al 9, dictaminando que ninguna decisión de la Administración penitenciaria que implique la apreciación del comportamiento humano de los reclusos podrá fundamentarse, exclusivamente, en un tratamiento automatizado de datos o informaciones que ofrezcan una definición del perfil o de la personalidad del interno. Son las autoridades penitenciarias, responsables de los ficheros, las que adoptarán las medidas de índole técnica y organizativa necesarias para garantizar la seguridad, así como para evitar su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, y estarán obligadas, junto con quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento automatizado de este tipo de datos, a guardar secreto profesional sobre los mismos, incluso después de que haya finalizado su relación con la Administración penitenciaria.

Dato relevante es el que indica cuando los datos de carácter personal de los reclusos se recojan para el ejercicio de las funciones propias de la Administración penitenciaria en las que no será preciso el consentimiento del preso afectado, salvo en los relativos a su ideología, religión o creencias. Tampoco será preciso el consentimiento del recluso para ceder a otras Administraciones públicas para que puedan ejercer las funciones respecto de los presos en materia de reclutamiento para la prestación del servicio militar, servicios sociales, Seguridad Social, custodia de menores u otras cuestiones análogas. Estos datos también se podrán ceder, sin previo consentimiento, cuando tengan por destinatarios al Defensor del Pueblo o Institución análoga, al Ministerio Fiscal o a los Jueces o Tribunales, en el ejercicio de las funciones que tienen atribuidas. Al igual que cuando se trate de cesión de datos de carácter personal relativos a la salud de los reclusos por motivos de urgencia o para realizar

⁶⁵⁷ Como dice la Exposición de Motivos de la LOGP, “las prisiones son un mal necesario en la sociedad actual”.

estudios epidemiológicos y, por último, pero no por ello menos importante, en los casos de justicia internacional.

A todo ello, se le atribuye una excepción para los casos de datos relativos a opiniones políticas, a convicciones religiosas o filosóficas, al origen racial y étnico, a la salud o a la vida sexual, que hayan sido recabados para formular los modelos individualizados de ejecución o los programas de tratamiento penitenciarios, en los que sólo podrán ser cedidos o difundidos a otras personas con el consentimiento expreso y por escrito del recluso afectado o cuando por razones de interés general así lo disponga una Ley. Lo puede solicitar un representante del preso pero, en todo caso, es necesario un poder especial y bastante otorgado por el mismo preso. Por último, tales datos personales pueden ser rectificadas previa solicitud del preso, siempre que sean inexactos o incompletos. Existe una excepción a la cancelación de los datos y es cuando 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.

Esto dista mucho de una publicación de una lista de presos en los distintos Centros penitenciarios, pero el RP y la LOGP no se olvida de evitar, en cierta medida, actos que puedan vulnerar esa intimidad, así atendiendo al artículo 20 en el segundo párrafo de la LOGP advierte que “en los supuestos de salida al exterior deberán vestir ropas que no denoten su condición de reclusos. Si carecieran de las adecuadas se les procurará las necesarias”⁶⁵⁸. En el mismo sentido, se pronuncia el artículo 73 del mismo texto legal al dictar que “el condenado que haya cumplido su pena y el que de algún otro modo haya extinguido su responsabilidad penal deben ser plenamente reintegrados en el ejercicio de sus derechos como ciudadanos. Los antecedentes no podrán ser, en ningún caso, motivo de discriminación social o jurídica”. En la misma línea, el artículo 4 del RP indica que los reclusos tienen derecho a que su condición sea reservada frente a terceros.

⁶⁵⁸ Lo corrobora el art. 17.1 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los reclusos, así como el art. 45.1 al indicar que cuando los reclusos son conducidos a un establecimiento o trasladados a otro, se tratará de exponerlos al público lo menos posible y se tomarán disposiciones para protegerlos de los insultos, de la curiosidad del público y para impedir toda clase de publicidad.

En razón de los mismos, el argumento que se defiende es que queda totalmente excluido cualquier tipo de información referente a los presos, es decir, en cuanto a su condición de preso con independencia de que estén cumpliendo una pena privativa de libertad o una medida de seguridad. Supone una vulneración al derecho fundamental de la intimidad, lo contrario supondría un rechazo, una exclusión por parte de la sociedad más atenuada, dificultando el propósito de la reinserción.

Desde este punto de vista, en la normativa penitenciaria, y atendiendo a todo lo expresado con anterioridad, el derecho a la intimidad cede o queda apartado a las exigencias del orden, seguridad y disciplina que se imponen en todo Centro penitenciario, siendo la base para asegurar la vida y la integridad de los presos y de los funcionarios y el éxito del tratamiento resocializador. Lo que queda es salvaguardar otros derechos fundamentales como son la vida y la integridad tanto física como moral.

b) Intimidad corporal: cacheos

Pese a que los cacheos serán objeto de estudio en el Capítulo de la seguridad como medida para mantener el orden y la seguridad en los Centros penitenciarios, no podemos dejar atrás la cuestión de la intimidad cuando se lleva a cabo tanto con respecto a personas libres, como en el caso de las personas recluidas en Centros penitenciarios. A mi juicio, es válida la definición propuesta por González-Cuellar⁶⁵⁹, al entender que las intervenciones corporales son todas aquellas medidas de investigación que se realizan sobre el cuerpo de las personas, sin necesidad de obtener su consentimiento, y por medio de coacción directa si es preciso, con el fin de descubrir circunstancias fácticas que sean de interés para el proceso, en relación con las condiciones o estado físico o psíquico del sujeto, o con el fin de encontrar objetos escondidos en él.

Pero, en un sentido amplio, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional diferencia entre *intervención corporal*, *inspección* y *registro corporal*. De esta forma,

⁶⁵⁹ GONZÁLEZ-CUELLAR, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990, p. 290. Coincidentes con esta conceptualización son MONER MUÑOZ, E., “Las intervenciones corporales”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, p. 166; REBOLLO DELGADO, L., *El derecho fundamental a la intimidad*, cit., p. 278; ITURRALDE SESMA, V., “Intervenciones corporales y derechos fundamentales”, *Cuadernos Constitucionales*, n.º. 20-21, 1997, p. 188.

considera que las denominadas *inspecciones y registros corporales* son aquellas que consisten en cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, bien sea para la determinación del imputado (diligencias de reconocimiento en rueda, exámenes dactiloscópicos o antropomórficos, etc.) o de circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (electrocardiogramas, exámenes ginecológicos, etc.) o para el descubrimiento del objeto del delito (inspecciones anales o vaginales, etc.), en principio no resulta afectado el derecho a la integridad física, al no producirse, por lo general, lesión o menoscabo del cuerpo. Pero sí puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal si recaen sobre partes íntimas del cuerpo, o inciden en la privacidad⁶⁶⁰. Por el contrario, en las calificadas por la jurisprudencia como *intervenciones corporales* entiende que son las consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o en su exposición a radiaciones (rayos X, TAC., resonancias magnéticas, etc.), con objeto también de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él del imputado, el derecho que se verá por regla general afectado es el derecho a la integridad física, regulado en el artículo 15 de la CE, en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera sea de su apariencia externa⁶⁶¹.

A título ilustrativo, Díaz Revorio mantiene que “la relación entre integridad física e intimidad no acaba ahí, ya que algunas de las intervenciones que pueden afectar a la integridad física (pero no a la intimidad corporal), pueden incidir también en el derecho a la intimidad personal”, como ha manifestado, en alguna jurisprudencia -STC 7/1994, de 17 de enero-, por ejemplo en la extracción de sangre para pruebas de paternidad en la que no se ve afectada la intimidad en sí misma.

La intimidad también tiene relación con la intimidad corporal y, a su vez, estrechamente, con la integridad física, ambos derechos tienen como antecedente el

⁶⁶⁰ Ver a BÉJAR, H., *El ámbito íntimo. Privacidad, individualismo y modernidad*, Alianza, Madrid, 1995; BILBAO UBILLOS, R., *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, (La noción de *Estate Action* en la jurisprudencia norteamericana), MacGraw-Hill, Madrid, 1997.

⁶⁶¹ STC 207/1996, de 22 de enero, Fj. 2.

concepto anterior de *inmunidad corporal*⁶⁶² o el de *incolumidad personal*⁶⁶³. No obstante, no confundamos intimidad con integridad corporal, se debe advertir que el artículo 18.1 de la CE dictamina la garantía de la intimidad personal y de dicha intimidad personal operaría la intimidad corporal⁶⁶⁴.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha tratado de delimitar la diferente conceptualización. Así, indica que “la intimidad corporal forma parte del derecho a la intimidad personal garantizado por el artículo 18.1 de la CE, el ámbito de la intimidad corporal constitucionalmente protegido garantiza la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de vida humana, porque no es una entidad física, sino cultural, y determinada, en consecuencia, por los criterios dominantes en nuestra cultura, sobre el recato corporal, de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzosas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que se operan o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona”⁶⁶⁵.

Además, la jurisprudencia indica que dichas intromisiones en la intimidad corporal están justificadas si se dan las circunstancias de protección de un derecho. Asimismo tiene carácter indispensable para alcanzar el fin propuesto, en el caso de que se diese ausencia de riesgo o quebranto de la salud y si se lleva a cabo con proporcionalidad.

⁶⁶² DÍAZ REVORIO, F.J., “La intimidad corporal en la jurisprudencia constitucional”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº. 20/21, 1997, p. 177. Así lo indica la STC 37/1989, de 15 de febrero, Fj. 7.

⁶⁶³ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte”, *Comentarios al Código Penal*, t. I, Madrid, 1982, p. 80; ITURRALDE SESMA, V., “Intervenciones corporales y derechos fundamentales”, cit., pp. 187 y ss. También se ha pronunciado el TC en la Sentencia 207/1996, de 16 de diciembre, Fj. 2, esta libertad de la que habla la Sentencia no aparece recogida en nuestra Constitución, pero puede entenderse de la interpretación del art. 10.1 en el reconocimiento de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad. Además mantiene que esta libertad tiene una dimensión negativa o de inmunidad corporal que se manifiestan en el art. 15 cuando protege la integridad física y en el art. 18.1 sobre intimidad corporal.

⁶⁶⁴ Son numerosas las sentencias que reflejan las características de la intimidad personal y de la corporal, pero también hay críticas doctrinales, así LÓPEZ BARJA, J. y RODRÍGUEZ RAMOS, L., “La intimidad corporal, devaluada”, *Poder Judicial*, nº. 4, 1990, pp. 123 y ss., llega a indicar que las matizaciones del Tribunal Constitucional hace que se crea una “intimidad light”, que resulta tan difuminada hasta el punto de desaparecer como derecho fundamental.

⁶⁶⁵ SSTC 37/1989, de 15 de febrero, Fj. 3; 120/1990, de 27 de junio, Fj. 12; 137/1990, de 19 de julio, Fj., y 57/1994, de 28 de febrero, Fj. 5.

En consecuencia, la intimidad personal forma parte la intimidad corporal, en principio inmune en las relaciones jurídico-públicas frente a toda indagación o pesquisa que sobre el propio cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona. Con lo que queda así protegido por el ordenamiento el sentimiento de pudor personal, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad. Son numerosas las sentencias que consideran que la intimidad personal afecta al ámbito propio y reservado frente a toda acción o conocimiento por parte de terceros⁶⁶⁶, pero no tiene por qué referirse siempre y en todo caso a la vida privada sino también a la manifestación de la intimidad corporal, reconocida por el Tribunal Constitucional. Pero el mismo Tribunal mantiene que sólo afecta a la intimidad corporal la que se refiere a ciertas partes del cuerpo que afectan al pudor⁶⁶⁷.

Se entiende por *intervención corporal* todas aquellas medidas de investigación que se realizan sobre el cuerpo de las personas, sin necesidad de obtener su consentimiento, y por medio de la coacción directa si es preciso, con el fin de descubrir circunstancias fácticas que sean de interés para el proceso, en relación con las condiciones o estado físico o psíquico del sujeto, o con el fin de encontrar objetos escondidos en él⁶⁶⁸. Ahora bien, en el ámbito penitenciario entra en contradicción el derecho fundamental a la intimidad con el principio de orden y seguridad en los Establecimientos penitenciarios, por lo que cabe la pregunta de qué va antes, el derecho fundamental o el orden en estos Centros. Se plantea, en consecuencia, un conflicto de intereses. Se responde argumentando que ningún derecho es absoluto por lo que la protección a la intimidad corporal puede ceder ante exigencias del régimen penitenciario, siempre que se den unos requisitos.

⁶⁶⁶ Sentencias representativas son, 37/1989, de 15 de febrero; 179/1991, de 17 de junio, Fj. 3; 57/1994, de 28 de febrero, Fj. 5; 97/1994, de 21 de marzo y, 207/1996, de 16 de diciembre, Fj. 3.

⁶⁶⁷ Se manifiesta que el pudor o recato corporal tiene que ver con nuestra cultura, de tal manera que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que operan o por los instrumentos mediante las que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato, es la opinión de ITURRALDE SESMA, V., "Intervenciones corporales y derechos fundamentales", cit., p. 193.

⁶⁶⁸ Definición dada por GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990, p. 290; ITURRALDE SESMA, V., "Intervenciones corporales y derechos fundamentales", cit., p. 188. Debemos advertir que se trata de una definición admitida por la doctrina.

En el supuesto de que además de cacheos se hagan flexiones, el Tribunal Constitucional considera que la medida añadida vulnera el derecho a la intimidad corporal del recluso, como una manifestación específica del derecho a la intimidad de la persona; sobre todo atendiendo al caso de que no entrañase una amenaza para la seguridad y el orden del Centro que hiciera imprescindible adoptarlas. Pues no puede considerarse justificación suficiente de la medida, la simple alegación de que en la generalidad de las prisiones las comunicaciones íntimas son el medio habitual para que los presos reciban desde el exterior objetos peligrosos o estupefacientes. Ya que sólo posee un carácter genérico, cuando lo relevante a los fines de justificar una medida que limita el derecho constitucional reconocido en el artículo 18 CE es, por el contrario, que se hubiera constatado por la Administración penitenciaria que tal medida era necesaria para velar por el orden y la seguridad del establecimiento, en atención a la concreta situación de éste o el previo comportamiento del recluso⁶⁶⁹.

El Reglamento penitenciario prevé en sus artículos 68 y 93 la posibilidad de realizar cacheos con desnudo integral de los presos por motivos de seguridad concretos y específicos, cuando existan razones individuales y contrastadas que hagan pensar que el recluso oculta en su cuerpo algún objeto peligroso o sustancia susceptible de causar daño a la salud o integridad física de las personas o de alterar la seguridad o convivencia ordenada del Establecimiento, y cuando se esté en la modalidad de vida en departamentos especiales. No obstante, para un sector doctrinal, entre los que cabe citar a Peiteado Mariscal, no produce lesión o menoscabo del cuerpo, por lo tanto no resulta afectado el derecho a la integridad física, pero sí puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal si recaen sobre parte íntimas del cuerpo o inciden en la privacidad⁶⁷⁰.

Las SSTC 218/2002, de 25 de noviembre, Fj. 4, y 57/2004, de 28 de febrero, admiten que el cacheo integral está relacionado con el derecho a la intimidad, debiendo cumplir unos requisitos: a) “El derecho a la intimidad personal consagrado en el art. 18.1 aparece configurado como un derecho fundamental, estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin duda, de la dignidad de la persona humana que el

⁶⁶⁹ STC 37/1989, de 15 de febrero, Fj. 6; 231/1988, de 2 de diciembre, Fj. 3.

⁶⁷⁰ PEITEADO MARISCAL, P., *La ejecución jurisdiccional de condenas privativas de libertad*, Edersa, Madrid, 2000, pp. 670-671.

art. 10.1 reconoce. Entrañando la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de vida humana. De la intimidad personal forma parte la intimidad corporal, de principio inmune en las relaciones jurídico-públicas frente a toda indagación o pesquisa que sobre el propio cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona. Con lo que queda así protegido por el ordenamiento el sentimiento de pudor personal, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad, b) Ya con referencia al concreto ámbito penitenciario una de las consecuencias más dolorosas de la pérdida de la libertad es la reducción de la intimidad de los que sufren privación de libertad, pues quedan expuestas al público, e incluso necesitadas de autorización, muchas actuaciones que normalmente se consideran privadas e íntimas”. Mas, se ha agregado que ello no impide que puedan considerarse ilegítimas, como violación de la intimidad aquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiere. La STS 707/2008, de 30 de octubre, ejemplifica los conceptos de *inspecciones y registros corporales*.

No es ocioso recordar aquí que el fundamento último de la intimidad corporal es la dignidad de la persona⁶⁷¹. Recordemos que en el Capítulo sobre la dignidad analicé que el límite a toda intervención es la dignidad, ello implica que ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en la que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales no conlleven un menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona, aunque “sólo en la medida en que tales derechos sean tutelables en amparo y únicamente con el fin de comprobar si se han respetado las exigencias que, no en abstracto, sino en el concreto ámbito de cada uno de aquéllos, deriven de la dignidad de la persona, habrá de ser tomada en consideración por este Tribunal como referente”⁶⁷².

⁶⁷¹ Así se ha establecido en la jurisprudencia del TC en sus Sentencias 57/1994, de 28 de febrero o 207/1996, de 16 de diciembre.

⁶⁷² Ver las ya citadas SSTC 110/1984, de 26 de noviembre, Fj. 8; 120/1990, de 27 de junio, Fj. 9 y 137/1990, de 19 de julio, Fj. 7, reiterada en STC 57/1994, de 28 de febrero, Fj. 3; 117/1994, de 25 de abril, Fj. 3; 207/1996, de 16 de diciembre; 151/1997, de 29 de septiembre.

Por tanto, los cacheos han de realizarse conforme al principio de proporcionalidad, siendo necesario que la medida sea idónea para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido por ella, según nuestro Tribunal Constitucional, “que haya sospechas fundadas, necesarias o imprescindibles, y que el sacrificio que se imponga no resulte desmedido en comparación con la gravedad de los hechos o de las sospechas”⁶⁷³.

c) Otros ámbitos cuestionados de la intimidad en los Centros Penitenciarios

A la luz de lo examinado hasta ahora, podemos advertir que existen una serie de aspectos que fundamentan el binomio intimidad-recluso. Por ejemplo, lo referente a la intimidad familiar será objeto de estudio en el Capítulo de la protección de la familia como derecho constitucionalmente protegido de toda persona, como base para la adecuada reinserción social del preso y no derivar en un desarraigo familiar. Pero, en este aspecto debemos diferenciar entre intimidad familiar y vida familiar. Se parte de la argumentación de entender que la intimidad familiar es una extensión de la intimidad personal⁶⁷⁴, la intimidad familiar es el derecho a que permanezcan desconocidos aspectos no de la persona individualmente considerada, sino como perteneciente a un grupo de personas entre las que existen determinados vínculos y que denominamos familia⁶⁷⁵.

La diferencia entre ambos aspectos es a quién va dirigida la intromisión. Así, estamos ante una violación de la intimidad personal si la intromisión la sufre la persona individual, o estamos ante una violación de la intimidad familiar si la intromisión se produce contra un individuo en su calidad de miembro de una familia. Se trata, por ende, de un derecho a la intimidad en supuestos distintos que trascienden de la esfera meramente individual de la persona y se conectan con las relaciones que ésta mantiene

⁶⁷³ STC 341/1993, de 18 de noviembre “La Ley no podría configurar supuestos de privación de libertad que no correspondan a la finalidad de protección de derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos o que por su grado de indeterminación crearan inseguridad o incertidumbre insuperable sobre su modo de aplicación efectiva y tampoco podría incurrir en falta de proporcionalidad”. También lo indica el art. 18 Convenio Europeo sobre Derechos Humanos.

⁶⁷⁴ REBOLLO DELGADO, L., *El derecho fundamental a la intimidad*, cit., p. 283.

⁶⁷⁵ *Ibidem*, pp. 283-284.

dentro de su núcleo familiar⁶⁷⁶. Para mayor abundamiento, Mieres⁶⁷⁷ es de la opinión que la intimidad familiar opera *ad extra*, esto es, garantiza un área de inmunidad frente a la intromisiones ajenas, pero no compete con la intimidad personal, y presupuesto de la intimidad familiar es la existencia de vida familiar. A mi juicio, se trata de derechos diferentes, extralimitados con argumentaciones divergentes, ya que en lo referente a la familia su protección viene regulada por el artículo 39.1 de la CE.

La doctrina ha discutido sobre el alcance y contenido del derecho a la intimidad familiar, así surgen las *teorías organicistas*⁶⁷⁸ que lo entiende como el derecho a la intimidad de las personas en cuanto miembro de una familia y no en cuanto a personas individuales. Esta tesis es la sostenida por los Convenios internacionales en cuanto distingue vida privada y vida familiar. Frente a esta teoría se encuentra la teoría de la privacidad familiar⁶⁷⁹, dando importancia al carácter de las relaciones o situaciones de la intimidad familiar. La doctrina, asimismo, discute sobre la legitimación procesal, tema que no será analizado por mí parte.

Por otro lado, no debemos confundir el derecho a la intimidad con acciones privadas e íntimas de los hombres, éste es el caso de la sexualidad. En tal sentido, Ruíz Miguel⁶⁸⁰ entiende que es discutible sostener que la integridad psíquica y moral forma parte de la esfera del derecho a la intimidad, aunque el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sí lo considere.

El derecho a la intimidad personal de los presos no comporta un derecho subjetivo a una celda o habitación individual, como lo prevé el artículo 19.1 de la LOGP, cuestión que será analizada en Capítulo posterior. Lo único cierto es que esa compartición, *per se*, no implica, a criterio del Tribunal Constitucional -STC 195/1995,

⁶⁷⁶ GUILLÓ SÁNCHEZ-GALIANO, A., "Intimidad familiar", en VV.AA., *Perfiles del Derecho Constitucional a la vida privada y familiar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 241; REBOLLO DELGADO, L., *El derecho fundamental a la intimidad*, cit., p. 284, en su opinión habría que distinguir entre dos derechos distintos, uno el derecho a la intimidad personal *strictu sensu* y otro un derecho a la intimidad familiar. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional no lo entiende así -Sentencia 231/1988, de 2 de diciembre, Fj. 3.

⁶⁷⁷ MIERES MIERES, L.J., *Intimidad personal y familiar. Prontuario de Jurisprudencia Constitucional*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 38-39. El Tribunal Constitucional no apoya tal postura.

⁶⁷⁸ Uno de sus seguidores es VIDAL MARTÍNEZ, J., "Manifestaciones del derecho a la intimidad personal y familiar", cit., pp. 1042 y ss.

⁶⁷⁹ Defendida por LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F., *Derecho de familia*, Bosch, Barcelona, 1983.

⁶⁸⁰ RUÍZ MIGUEL, C., *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, cit., p. 82.

de 19 de diciembre, Fj. 3- la vulneración de la intimidad del recluso. No podría hablarse, por tanto, sobre la base de la LOGP, de un derecho subjetivo del recluso a la celda individual. Idea que fue defendida en su origen por el Tribunal. Argumenta que pese a que la Ley y el Reglamento penitenciarios establecen que el recluso ocupará una celda individual, asimismo admiten la posibilidad de convivencia de varios sin que por ello hayan de considerarse vulnerados los mencionados preceptos de la legislación penitenciaria. La argumentación del Tribunal, en este punto, adolecería de un esfuerzo teorizador sobre la eventual emergencia de este derecho subjetivo de las propias previsiones del artículo 18 de nuestra norma suprema. Por más que, como se apunta, el resultado final sería exactamente el mismo: inexistencia de tal derecho. Señala en este sentido, Duque Villanueva que “[...] al igual que no cabe inferir del contenido del derecho a la intimidad [...] o de la garantía a la inviolabilidad del domicilio el derecho a poseer o disfrutar de un domicilio o espacio físico en el que desenvolver la vida privada y familiar, tampoco creo que pueda inferirse como contenido del citado derecho fundamental en el ámbito penitenciario el derecho de los internos a alojarse en celdas individuales [...]”⁶⁸¹.

En sentido amplio y, a efectos de nuestro estudio, nos interesa concretar como Reviriego Picón⁶⁸², que existe una muy “difícil disociación entre la humanización de las penas, divisa del tratamiento penitenciario moderno y el necesario respeto de un derecho que, como la intimidad, está vinculado de manera directa con la dignidad de la persona, que, no olvidemos, es en nuestro ordenamiento fundamento del orden político y de la paz social”.

La intimidad es el derecho que más afectado se encuentra por la privación de libertad. Habría, por tanto, que garantizar un ámbito que esté reservado a la vida del preso frente a las actuaciones y conocimiento de los demás. La intimidad personal y familiar es, en suma, un bien que tiene la condición de derecho fundamental (art. 18.1

⁶⁸¹ DUQUE VILLANUEVA, J.C., “El derecho a la intimidad personal y familiar en el ámbito penitenciario”, *Perfiles del derecho constitucional a la vida privada y familiar, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1996, p. 122.

⁶⁸² REVIRIEGO PICÓN, F., *Los derechos de los reclusos*, cit., p. 71. También se encuentra en su artículo “Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales. Algunos apuntes sobre el derecho a la intimidad en los centros penitenciarios”, *Derechos y Libertades*, nº. 13, 2003.

de la CE) y sin el cual no es realizable, ni concebible siquiera, la existencia en dignidad que a todos quiere asegurar la norma fundamental (art. 10.1 de la CE)⁶⁸³.

Sobre esta nueva incorporación del derecho a la intimidad en nuestro ordenamiento jurídico, el Tribunal Constitucional indica que se debe al avance de la tecnología actual y el desarrollo de los medios de comunicación de masas, obligándose a extender esa protección más allá del aseguramiento del domicilio como espacio físico en que normalmente se desenvuelve la intimidad y del respeto de la correspondencia, que es o puede ser medio de conocimiento de aspectos de la vida privada⁶⁸⁴. De ahí el reconocimiento global de un derecho a la intimidad que abarque las intromisiones que, por cualquier medio, puedan realizarse en ese ámbito reservado de la vida.

En consecuencia, cualquier actuación que afecte formalmente al ámbito protegido por el derecho a la intimidad, es decir, cualquier *intromisión* en ésta, no implica necesariamente la vulneración de aquél; para que dicha intromisión posea relevancia constitucional es necesario además que sea *ilegítima* lo que no siempre ha de ser el caso, ya que la intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos supuestos y en cualquiera de sus diversas expresiones ante exigencias públicas⁶⁸⁵.

Dicha configuración permite a un sector doctrinal defender que se pueda hablar de una devaluación de las previsiones del artículo 25.2 de la CE. Es el caso de Téllez Aguilera quien defiende que dicha devaluación derivaría de su confusión entre los fines de la pena y los derechos que tiene el condenado; su eventual configuración como tal derecho supondría, para este autor, un “revulsivo para la actuación de la administración penitenciaria que se vería compelida a poner en funcionamiento verdaderos programas de tratamiento”⁶⁸⁶. Críticamente, encontramos a Reviriego Picón⁶⁸⁷ para quien

⁶⁸³ STC 127/2003, de 30 de junio, antecedente 3 b), ya indicado en la 20/1992, de 14 de febrero.

⁶⁸⁴ En este sentido, NOVOA MONREAL, E., *Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos*, Siglo XXI, México, 1979.

⁶⁸⁵ SSTC 110/84, de 26 de noviembre, Fj. 3; 37/1989, de 15 de febrero, Fj. 7.

⁶⁸⁶ TÉLLEZ AGUILERA, A., *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*, Edisofer, Madrid, 1998, pp. 36-37; MAPELLI CAFFARENA, B., “El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional”, *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 24; TAMARIT SUMALLA, J.M., SAPENA GRAU, F. y GARCÍA ALBERO, R., *Curso de Derecho Penitenciario*, Cedecs, Barcelona, 1996, p. 40.

⁶⁸⁷ REVIRIEGO PICÓN, F., “Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales. Algunos apuntes sobre el derecho a la intimidad en los Centros penitenciarios”, cit., p. 3.

“garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida frente a la acción y el conocimiento de los demás es el objeto de este derecho que ahora tratamos. Este ámbito se protege tanto respecto de los poderes públicos como de los particulares, y se encuentra vinculado de manera inmediata y directa con el respeto de su dignidad como persona, su personalidad, siendo necesario para mantener una calidad mínima de vida humana”. En sentido similar, el Tribunal Constitucional -STC 20/1992, de 14 de febrero- dictaminó que sin este derecho no sería realizable, ni concebible la existencia en dignidad que a todos quiere asegurar la norma fundamental.

En conclusión, y a la luz de lo examinado hasta ahora, interesa señalar que los presos son un colectivo cuyos derechos, y en especial el derecho fundamental a la intimidad, puede ser objeto de limitaciones que no serían de aplicación a ciudadanos libres. Mas, su delimitación concreta habrá de ser justificada, necesaria y proporcional con el fin perseguido, en concordancia con el velar por la seguridad y buen orden del régimen penitenciario, al ser la Administración penitenciaria la que le corresponde la retención y custodia de los reclusos.

2. INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO Y SU REPERCUSIÓN EN LA CELDA

En cuanto a la inviolabilidad del domicilio, atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁶⁸⁸ y partidaria la mayor parte de las doctrinas, la inviolabilidad del domicilio es una manifestación del derecho a la intimidad, consistente en un derecho fundamental que no hay que confundirlo con el derecho a la intimidad personal y familiar que se encuentra recogido en el mismo precepto constitucional. Desde esta perspectiva, el derecho a la intimidad tiene por objeto la protección de un ámbito que está reservado a la vida de las personas frente a terceros⁶⁸⁹; mientras que el derecho de

⁶⁸⁸ SSTC 341/1993, de 18 de noviembre; 50/1995, de 23 de febrero y, 136/2000, de 29 de mayo, entre otras. No obstante, en alguna ocasión el Tribunal ha utilizado de forma indiferente los conceptos de *intimidad* y *vida privada* para referirse a la inviolabilidad del domicilio, en este sentido, la STC 110/1998, de 21 de mayo y, los ATC 600/1989, de 11 de diciembre y 221/1990, de 31 de mayo.

⁶⁸⁹ Por todos, las SSTC 1447/1999, de 22 de julio y 119/2001, de 24 de mayo.

inviolabilidad del domicilio se refiere a la protección de un ámbito espacial en el que se ejerce la libertad más íntima⁶⁹⁰.

La Novísima Recopilación⁶⁹¹ ya reconocía este derecho, pero prácticamente aparece, por vez primera, en el artículo 10 de la Declaración de los Derechos del Hombre de los Estados Americanos, siendo la Constitución de 1787, Constitución federal, la que reconoce la inviolabilidad de la vivienda⁶⁹². En la doctrina contemporánea podemos ver posturas contrapuestas, así se puede considerar como una manifestación del derecho a la seguridad personal, la justificación entre seguridad y libertad, como es el caso de Castillo Alonso, Alzaga Villaamil, Lavagna⁶⁹³. En palabras de Alonso de Antonio⁶⁹⁴, no ha de limitarse al sentido clásico de la libertad opuesta a la privación de ella, o de la seguridad como derecho a confiar en la protección que significa el domicilio frente a los abusos del poder político, sino que ha de ser interpretada en sentido amplio y global. En definitiva, lo que se trata es de proteger la libertad de las personas dentro de un determinado espacio físico en el que, de una forma u otra, se desarrolla lo esencial de su vida privada⁶⁹⁵,

⁶⁹⁰ SSTC 22/1984, de 17 de febrero y la ya citada 10/2002, de 17 de enero; ESPÍN TEMPLADO, E., “Fundamento y alcance del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº. 8, 1991, pp. 39 y ss.; FIGUEROA NAVARRO, M.C., *Aspectos de la protección del domicilio en el derecho español*, Edisofer, Madrid, 1998.

⁶⁹¹ *Novísima Recopilación* I, II, t. XXVI, Ley IV, pragmáticas de 1491 y 1502.

⁶⁹² La Constitución establece exactamente: “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall be issued, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particular describing the place to be searched, and the persons or things to be seized”.

⁶⁹³ CASTILLO ALONSO, G. DEL., “Derechos individuales”, *Enciclopedia Jurídica Española*, Francisco Seix, Barcelona, 1910, en la misma obra, DE QUIRÓS, B., “Inviolabilidad del domicilio”; SÁNCHEZ AGESTA, L., *Sistema político de la Constitución española de 1978*, Cívitas, Madrid, 1991, p. 58; ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentario sistemático a la Constitución española*, cit., pp. 207-208; LAVAGNA, C., *Instituzioni di Diritto Pubblico*, UTET, Turín, 1982. Señalar así mismo, que en los textos constitucionales tanto la inviolabilidad del domicilio como la seguridad personal han aparecido juntamente en el mismo precepto, así en el art. 7 de la CE de 1837; art. 7 de la CE de 1845, o art. 8 de la CE de 1856. Con posterioridad a esta Constitución aparecen regulados en preceptos distintos.

⁶⁹⁴ ALONSO DE ANTONIO, A. L., *El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la constitución Española de 1978*, Colex, Madrid, 1993, p. 81; GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J., *La inviolabilidad del domicilio*, Tecnos, Madrid, 1992.

⁶⁹⁵ Opinión de CASAS VALLÉS, R., “Inviolabilidad domiciliaria y derecho a la intimidad”, *Revista Jurídica de Cataluña*, nº. 1, 1987, p. 192, citado por REBOLLO DELGADO, L., *El derecho fundamental a la intimidad*, cit., p. 292.

Otro sector doctrinal -Ruíz Miguel, Pardo Falcón, Garrido Guzmán-, mantiene que es una manifestación de la protección de la intimidad⁶⁹⁶. Desde estos planteamientos, el Tribunal Constitucional manifiesta que el artículo 18.2 de la CE contiene dos reglas distintas: una de carácter genérico o principal; mientras que la otra supone una aplicación concreta de la primera, y su contenido es por ello más reducido. La Regla 1.^a define la inviolabilidad del domicilio, que constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido para garantizar el ámbito de privacidad de ésta, dentro del espacio limitado que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse, precisamente, por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores, de otras personas o de la autoridad pública. Como se ha dicho, acertadamente, el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada. Interpretada en este sentido, la regla de la inviolabilidad del domicilio es de contenido amplio e impone una extensa serie de garantías y de facultades, en las que se comprenden las de vedar toda clase de invasiones incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos.

La Regla 2.^a establece un doble condicionamiento a la entrada y al registro, que consiste en el consentimiento del titular o en la resolución judicial. La interdicción fundamental de este precepto es la del registro domiciliario, entendido como inquisición o pesquisa, para lo cual la entrada no es más que un trámite de carácter instrumental. Contempladas desde esta perspectiva las cosas, puede extraerse la conclusión de que en toda actividad de ejecución de sentencias o decisiones llevadas a cabo por los órganos públicos, en que se produce, bien necesariamente el ingreso de los órganos ejecutores en un domicilio privado, se realiza en mayor o menor medida una inquisición de éste. De la facultad que el titular del derecho sobre el domicilio tiene de impedir la entrada en él es consecuencia que la resolución judicial o la resolución administrativa que ordenan una

⁶⁹⁶ RUÍZ MIGUEL, C., *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 85. Son seguidores de ésta tesis, ALZAGA VILLAAMIL, O., *La Constitución española de 1978*, cit.; PARDO FALCÓN, J., “Los derechos del artículo 18 de la Constitución española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º. 34, 1992; GARRIDO GUZMÁN, L., “Alojamiento e higiene de los internos”, en COBO DEL ROSAL, M. (dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M., (coord.), *Comentarios a la Legislación penal*, t. VI, vol. I, cit., pp. 329 y ss.

ejecución y que sólo puede llevarse a cabo ingresando en un domicilio privado, por sí solas no conllevan el mandato y la autorización del ingreso, de suerte que cuando éste es negado por el titular debe obtenerse una nueva resolución judicial que autorice la entrada y las actividades que una vez dentro del domicilio pueden ser realizadas⁶⁹⁷. Contrario a esta postura es Gónzalez-Trevijano⁶⁹⁸ quien dice que “el fundamento más sobresaliente del derecho a la inviolabilidad del domicilio parece encontrarse en la tutela y protección de la vida privada de las personas”, y no en el derecho a la intimidad.

Un tercer grupo doctrinal está constituido por aquellos -entre ellos González Pérez- que defienden la idea de que tanto la integridad como la dignidad de la persona constituyen el reconocimiento del derecho a la inviolabilidad del domicilio, como base en la libertad de la persona que, a su vez, va unida a la dignidad⁶⁹⁹.

En sentido amplio, García Macho⁷⁰⁰ considera que la inviolabilidad de domicilio se desarrolla como un derecho público y, en su estructura, se representa como un derecho de defensa para la protección de la esfera privada. Por tanto, inviolabilidad significa no-intervención, no-limitación a través del poder público de la voluntad del poseedor de la vivienda. Por último, Rebollo Delgado⁷⁰¹ entiende que no cabe duda del carácter instrumental que la inviolabilidad tiene respecto al derecho a la intimidad. Además, atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, existe un nexo de unión entre la norma que prohíbe la entrada y el registro del domicilio con la norma que impone la defensa y garantía del ámbito de intimidad, manifestando, en sentido rotundo, que el domicilio es el ámbito de la intimidad.⁷⁰²

⁶⁹⁷ La ya citada STC 22/1984, de 17 de febrero.

⁶⁹⁸ GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. J., *La inviolabilidad del domicilio*, cit., pp. 129-130.

⁶⁹⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La dignidad de la persona*, Cívitas, Madrid, 1986, p. 101.

⁷⁰⁰ GARCÍA MACHO, R., *El derecho a una vivienda y su configuración en el contexto de los derechos fundamentales, sociales y del Estado de Derecho*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, p. 15.

⁷⁰¹ REBOLLO DELGADO, L., *El derecho fundamental a la intimidad*, cit., p. 295.

⁷⁰² *Ibidem*, p. 295, con cita a las SSTC 134/1990, de 19 de julio y 160/1991, de 18 de julio.

Trasladado todo lo anteriormente indicado al ámbito penitenciario, hemos de concluir que la inviolabilidad no existe, porque a la celda no se le considera como domicilio. Se traduce en los llamados *registros de celda* o *cacheos de las celdas*, no los confundamos con los cacheos a los presos, que aunque no supongan un cacheo corporal pueden igualmente vulnerar la integridad moral del preso y, por tanto, ser motivo de queja ante los Juzgados. Es jurisprudencia reiterada, que el registro se debe de hacer con las mismas garantías que cuando se lleva a cabo en un domicilio particular, es decir, que esté presente el recluso⁷⁰³.

En consecuencia por lo analizado y atendiendo al artículo 23 de la LOGP⁷⁰⁴, son admisibles los registros en virtud de la relación de especial sujeción, siempre que se respeten las formas legalmente establecidas para que no se consideren arbitrarias. Pero, atendiendo a la jurisprudencia constitucional, es insistente en mencionar que la indebida ausencia de información sobre la práctica del registro que se deriva de la conjunción de la ausencia del recurrente en el mismo y de la falta de comunicación posterior de dicha práctica supone una limitación del derecho a la intimidad. Manifestando que las celdas en un Centro penitenciario no son consideradas como domicilio por lo siguiente: a) el domicilio constituye un ámbito de privacidad “dentro del espacio limitado que la propia persona elige”⁷⁰⁵; b) el recinto no reúne las características de haber sido objeto de elección por su ocupante ni la de configurarse como un espacio específico de exclusión de la actuación del poder público; c) el ingreso en prisión supone la inserción del ciudadano en un ámbito de intenso control público del que resulta la imposibilidad de generar un domicilio en el sentido constitucional del término; d) no es un derecho absoluto, “como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr un fin constitucionalmente legítimo, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial

⁷⁰³ AJVP de Ciudad Real de 21 de enero de 1991, manifiesta que la presencia del preso durante el cacheo de la celda supone un reforzamiento de la garantía de que esta diligencia se realizará en la forma debida y sobre todo, conocerá de inmediato qué objetos le son retirados e incluso las razones de esta requisa. En el mismo sentido, el AJVP de Málaga de 4 de noviembre de 1991.

⁷⁰⁴ El art. 23 manifiesta: “Los registros y cacheos en las personas de los internos, sus pertenencias y locales que ocupen, los recuentos, así como las requisas de las instalaciones del establecimiento, se efectuarán en los casos con las garantías y periodicidad que reglamentariamente se determinen y dentro del respeto a la dignidad de la persona”.

⁷⁰⁵ STC 89/2006, de 27 de marzo, Fj. 2, ratificando la STC 22/1984, de 17 de febrero, Fj. 5.

del derecho”⁷⁰⁶, y e) en atención al artículo 25 de la CE, la doctrina indica que “en atención al estado de reclusión en que se encuentran las personas que cumplen penas de privación de libertad, admite que los derechos constitucionales de estas personas puedan ser objeto de limitaciones que no son de aplicación a los ciudadanos comunes” y, en concreto, que puedan serlo “por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria”⁷⁰⁷.

Volviendo al ámbito penitenciario, son los artículos 65 y 68.1 del RP los que hacen referencia a los cacheos en celda, pero no regulan el modo en el que deben realizarse. En suma, no especifica la normativa penitenciaria si los presos deben estar presentes o no, por lo que hay que apoyarse en lo que dice el Tribunal Constitucional. No obstante, hay que tener en cuenta el artículo 23 de la LOGP cuando afirma que hay que respetar, en todo caso, la dignidad de la persona presa. A mi juicio, si el registro se realiza ante la no presencia del preso se está vulnerando la dignidad del mismo y la intimidad⁷⁰⁸.

Se puede entender la celda, por un determinado tiempo, (el que el preso se encuentra en prisión), como su domicilio, pero entendiéndolo, exclusivamente, como el lugar habitual en el que vive, lugar en el que por un periodo de tiempo tiene que realizar su vida, aunque no privada y, como tal, debe tener la misma protección como si se tratase de un ciudadano libre. El registro de domicilio de un ciudadano libre se realiza con unas garantías, como ya hemos advertido: mediante autorización judicial, se práctica ante el secretario y dos testigos. Trasladado ante la situación carcelaria, se deberá realizar mediante autorización del Director de prisiones, y practicado ante un funcionario y dos presos, en caso de que no sea llevado a cabo con las garantías necesarias se vulnera el derecho fundamental a la intimidad del domicilio de todo ciudadano. Ciertamente es que no es igual el registro de celda que el registro de domicilio, pero también es cierto el vacío legal que existe en este campo. Mas, no es un domicilio tal y como lo constituye la doctrina y la jurisprudencia, por tanto, la celda constituye,

⁷⁰⁶ STC 89/2006, de 27 de marzo, Fj. 3.

⁷⁰⁷ SSTC 120/1990, de 27 de junio, Fj. 6 y 196/2006, de 3 de julio.

⁷⁰⁸ Es la misma idea recogida en los AAJVP nº. 1 de Castilla-La Mancha de 23 de abril y 17 de mayo de 1992, y 16 y 23 de mayo de 1995 detallan el caso señalado.

simplemente, el lugar de cumplimiento de la pena privativa de libertad por el periodo de tiempo que le corresponda fijado en el fallo condenatorio.

En este sentido, el AJVP de Pamplona, de 2 de octubre de 2006, dictamina que el “El registro de la celda en ausencia del interno tiene eficacia probatoria dado que no es equiparable al registro de un domicilio particular. El interno fue informado en un término de tiempo próximo y razonable de los datos del registro y sustancias ocupadas, luego, en este aspecto, no atentó al derecho a la intimidad. Sí atentó al derecho a la intimidad porque no existió una causa suficiente justificativa penitenciaria concreta que fundamentase el registro de la celda”. Ahora bien, en atención a la STC 89/2006, de 27 de marzo reflexiona que “[...] resulta conveniente precisar la relación entre el derecho a la intimidad y el conocimiento por su titular de que existe una injerencia en su ámbito de intimidad. La cuestión consiste así en si la intimidad resulta aún más limitada por el hecho de que el sujeto afectado desconozca el hecho mismo del registro, o su contenido, o el resultado del mismo en cuanto a la incautación de objetos personales. La respuesta ha de ser afirmativa, pues no puede negarse la existencia de conexión entre la intimidad y el conocimiento de que la misma ha sido vulnerada y en qué medida lo ha sido. Para la comprensión de tal conexión debe recordarse a su vez la íntima relación existente entre el derecho a la intimidad y la reserva de conocimiento. El derecho a la intimidad se traduce en un <<poder de control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público [...]>>. Desde esta perspectiva afecta al derecho a la intimidad, no sólo el registro de la celda, sino también la ausencia de información acerca de ese registro, que hace que su titular desconozca cuales son los límites de su capacidad de administración de conocimiento”⁷⁰⁹.

Lo que trato de defender es la inviolabilidad de esa estancia y no que la celda es el domicilio del preso, porque en base a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, efectivamente, es un ámbito espacial e, incluso, puede entenderse que es apto para un destino específico, que en este caso es el castigo por la comisión de un hecho delictivo o

⁷⁰⁹ Otra sentencia representativa es la STC 89/2006, de 27 de marzo, en la que se dictamina que “no hay vulneración del derecho a la intimidad por el hecho de haberse realizado un registro en una celda <<por su relación con el tráfico de drogas>> y en la <<información que tenían los funcionarios de que podía haber en la celda sustancias prohibidas>>. Sin embargo, la falta de presencia del preso y la falta de comunicación respecto del resultado sí provoca una limitación del derecho a la intimidad”.

como cumplimiento de la condena, pero no es apto para llevar una vida íntima y privada ni tampoco como lugar para ejercer su libertad más íntima ya que los registros son constantes atendiendo al orden y seguridad del Centro penitenciario, de tal manera que no hay ni libertad ni intimidad. En el ámbito penitenciario no cabe el consentimiento del recluso para entrar en la celda, ni para su registro ya que el mismo registro es consecuencia del orden y seguridad en los Establecimientos penitenciarios.

Pese a ello, considero que ha de practicarse en apoyo al principio de proporcionalidad, sobre todo teniendo en cuenta el vacío legal que existe de esta materia en el ámbito penitenciario, porque no podemos equiparar el registro de una celda con el registro del domicilio. Cuando se produce un registro de celda que no es llevado a cabo con las condiciones necesarias se está aludiendo a una inviolabilidad de la intimidad y no del domicilio⁷¹⁰. El domicilio constituye un ámbito de privacidad “dentro del espacio limitado que la propia persona elige”⁷¹¹, inmune a la injerencia de otras personas o de la autoridad pública, de modo que el contenido del derecho a la inviolabilidad de domicilio “es fundamentalmente negativo: lo que se garantiza, ante todo, es la facultad del titular de excluir a otros de ese ámbito espacial reservado, de impedir o prohibir la entrada o la permanencia en él de cualquier persona y, específicamente, de la autoridad pública para la práctica de un registro”⁷¹².

De ahí que, aunque sea innegable que la celda de un Centro penitenciario sea un ámbito de intimidad para su ocupante, un “espacio apto para desarrollar vida privada”⁷¹³ en la medida en que la misma cabe en una situación tal de reclusión, también lo es que el recinto penitenciario no reúne las características consistente en haber sido objeto de elección por su ocupante ni la de configurarse como un espacio específico de exclusión de la actuación del poder público. Bien al contrario, el ingreso en prisión supone la inserción del ciudadano en un ámbito de intenso control público del que resulta la imposibilidad de generar un domicilio en el sentido constitucional del término. Procede

⁷¹⁰ STC 89/2006, de 27 de marzo, Fj. 2, manifestando además que “no es su domicilio en el sentido constitucional del término”.

⁷¹¹ STC 22/1984, de 17 de febrero, Fj. 5

⁷¹² STC 189/2004, de 2 de noviembre, Fj. 3

⁷¹³ SSTC 231/1988, de 1 de diciembre, Fj. 3; 57/1994, de 28 de febrero, Fj. 5; 143/1994, de 9 de mayo, Fj. 6; 98/2000, de 10 de abril, Fj. 5; 186/2000, de 10 de julio, Fj. 5; 283/2000, de 27 de noviembre, Fj. 2; 156/2001, de 2 de julio, Fj. 4; 70/2002, de 3 de abril, Fj. 10; 233/2005, de 26 de septiembre, Fj. 4, entre otras muchas.

recordar que este derecho es propio de la dignidad de la persona reconocida en el artículo 10.1 CE e implica “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana”.

Sin embargo, no es un derecho absoluto, “como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr un fin constitucionalmente legítimo, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho. Específicamente, en relación con el *condenado a pena de prisión*, el artículo 25.2 de la CE, “en atención al estado de reclusión en que se encuentran las personas que cumplen penas de privación de libertad, admite que los derechos constitucionales de estas personas puedan ser objeto de limitaciones que no son de aplicación a los ciudadanos comunes”⁷¹⁴. Y, en concreto, que puedan serlo “por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria” (art. 25.2 CE), su constitucionalidad exige, igualmente, observar las exigencias del principio de proporcionalidad.

En resumen, según jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional, una exigencia común y constante para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, entre ellas las que supongan una injerencia en los derechos a la integridad física y a la intimidad⁷¹⁵ viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. En este sentido, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

⁷¹⁴ SSTC 120/1990, de 27 de junio, Fj. 6; 69/1999, de 26 de abril, Fj. 4, por todas.

⁷¹⁵ Por todas, SSTC 120/1990, de 27 de junio; 7/1994, de 17 de enero; 143/1994, de 9 de mayo; 66/1995, de 8 de mayo; 55/1996, de 28 de marzo; 207/1996, de 16 de diciembre, Fj. 4.e).

3. DERECHO FUNDAMENTAL AL MATRIMONIO Y LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO

El derecho al matrimonio se regula en el artículo 32.1 de la CE que dice: “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”, diferenciando, la Constitución, entre matrimonio y protección de la familia, regulado este último en el artículo 39, bajo la rúbrica de principios rectores de la política social y económica, protección que se da a la familia independientemente de que la misma se haya generado mediante matrimonio o no.

El motivo de detenerme en estos derechos se debe a que, con los mismos, se puede obtener una mayor posibilidad de reinserción social de los reclusos o, al menos, un mayor acercamiento a la misma, el no alejamiento de las relaciones familiares es fundamental en el proceso de no desestructuración y, por tanto, en la nueva reinserción social.

3.1 Matrimonio entre rejas

a) El matrimonio en nuestro ordenamiento jurídico y, en concreto, en el ámbito penitenciario

Comenzando por un repaso al Derecho internacional, partimos de La Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la ONU, el 10 de diciembre de 1948, proclama en su artículo 16.1 que “los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por razón de raza, nacionalidad o religión, a casarse y a fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”. En el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se reconoce que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. La protección de la familia y de sus miembros se garantiza también, directa o indirectamente, en otras disposiciones del Pacto. De este modo, el artículo 17 estipula que la familia no será objeto de injerencias

arbitrarias o ilegales. Vemos que en los textos internacionales el derecho aparece regulado sin limitación en cuanto a personas que se encuentran privadas de libertad.

De los textos internacionales se deduce que el matrimonio es una facultad y derecho del hombre, mientras que la familia es un grupo en el que el hombre se integra. No obstante, aunque se encuentra regulado en el artículo 39 de la CE, carece de definición, señalándose también en el artículo 16 de La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; en el artículo 6 de La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 al indicar que toda persona tiene derecho a constituir una familia, y a recibir protección para ella. El artículo 16 de La Carta Social Europea de 1961, define a la familia como célula fundamental de la sociedad, por lo que tiene derecho a una protección social, jurídica y económica apropiada para asegurar su pleno desarrollo.

Sin entrar en las discrepancias doctrinales, tanto políticas, filosóficas o religiosas sobre la concepción de matrimonio, unión, enlace, etc., ni en el contenido del mismo, sí se debe decir que se trata de un derecho considerado como fundamental⁷¹⁶ en nuestro ordenamiento jurídico del cual surgen derechos y obligaciones, así como se debe destacar su función socializadora, igual que la familia, y sus funciones sexuales y de reproducción.

En nuestro Estado social y democrático de Derecho se reconoce el derecho al matrimonio y a la protección de la familia. El Tribunal Constitucional considera que sólo son derechos fundamentales los de la Sección Primera del Capítulo II del Título I bajo la rúbrica “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, es decir, desde los artículos 15 al 29, incluyendo la igualdad y la no discriminación, y que no son derechos fundamentales otros entre los que incluye el derecho al matrimonio, siendo esta teoría bastante criticada por la doctrina que considera que son derechos fundamentales todos los derechos incluidos en el Capítulo II, doctrina de la que soy partidaria, por lo que es mi deber hablar de ambos en sentido general, no entrando en las cuestiones políticas y religiosas sobre los tipos o clases de matrimonio, los modelos familiares o sus manifestaciones en el Derecho constitucional, la protección social o

⁷¹⁶ NAVARRO-VALLS, R., *Matrimonio y Derecho*, Tecnos, Madrid, 1994.

económica de la familia, como ya he indicado con anterioridad, limitándome a fundamentar que se trata de un derecho fundamental reconocido constitucionalmente para todos los hombres y mujeres.

Es la Constitución española de 1931 la que regula por vez primera el problema del matrimonio y la familia, reconociéndolos y protegiéndolos. En sentido crítico, Valero García manifiesta que “vivimos en el siglo XXI, la sociedad, el conocimiento, las ciencias de la conducta, la tecnología [...], han avanzado suficientemente para que, en un gran número de casos, la pena de privación de libertad pueda ir evolucionando hacia formas de limitación de libertad, más adecuadas a la finalidad correctiva y educativa de la pena y menos perniciosas y traumáticas para los penados y sus familias”⁷¹⁷.

El derecho al matrimonio se encuentra regulado en el artículo 32 de la CE, con la garantía del artículo 53.1 del mismo texto, lo que supone que los poderes públicos deben y quedan obligados a garantizar el derecho reconocido, bajo el término de igualdad. Lo que implica este derecho en relación con los reclusos es que, al tratarse de un derecho que se refiere a la igualdad y a la libertad de cada individuo, los poderes públicos, y en este caso la Administración penitenciaria, Centros penitenciarios y Jueces de Vigilancia Penitenciaria, no impidan el libre ejercicio del mismo, dando la posibilidad de su aplicación y atendiendo a la situación de desventaja en la que se encuentra un preso por la privación de libertad, debiendo justificar el diferente trato. En sentido amplio, Torres del Moral mantiene que el matrimonio supone una condición social o personal del sujeto que, según el artículo 14 de la CE, no puede dar lugar a discriminación⁷¹⁸.

Parte de la doctrina -Entrena Klett- considera al matrimonio como una relación natural de la que básicamente nace la familia⁷¹⁹, entendiendo que la familia es la célula base de la sociedad. En esta misma línea se encuentra la doctrina de la Iglesia, frente a

⁷¹⁷ VALERO GARCÍA, V., “El tratamiento penitenciario: realidad y perspectivas”, en DE CASTRO ANTONIO, J.L. y SEGOVIA BERNABÉ, J.L., (dirs.), *El juez de vigilancia penitenciaria y el tratamiento penitenciario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, p. 27.

⁷¹⁸ TORRES DEL MORAL, A., *Principios de Derechos constitucional español: sistemas de fuentes. Sistema de los derechos*, vol. I, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2004, p. 206.

⁷¹⁹ ENTRENA KLETT, C.M., *Matrimonio, separación y divorcio*, Aranzadi, Pamplona, 1982.

ésta, están aquellas posiciones que entienden al matrimonio como una relación personal enclavada en el ámbito privado de las partes, con un claro sentido contractual, pudiéndose definir como un acto contractual regulador de la vida en común de los cónyuges⁷²⁰. Si tenemos en cuenta esta opinión, cabe la existencia de matrimonios sin la existencia de un contrato como es el caso de las familias de hecho, o las que provengan de divorcios, etc.

A la luz de lo examinado hasta ahora, es dable estudiar la repercusión del matrimonio, *ius connubii*, no en Centros penitenciarios, sino para los que se encuentran privados de libertad, ésta cuestión hace que indiquemos que el derecho fundamental a contraer matrimonio no se encuentra regulado, expresamente, en la Ley o Reglamento penitenciarios, lo que significa que no existe límite en cuanto a la actuación y procedimiento de tal derecho fundamental.

Por lo que, atendiendo al derecho de igualdad, los reclusos tienen derecho a contraer matrimonio en las mismas condiciones que una persona que no esté privada de libertad. Tal derecho puede incluirse tanto en el artículo 4 del RP al indicar que “los presos tienen derecho al ejercicio de los derechos civiles [...] salvo cuando fuesen incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de la condena”, manifestando, por otra parte, que no se trata de un derecho incompatible si tenemos en cuenta el artículo 155 del RP en cuanto a los permisos de salida extraordinarios al decir en su primer párrafo que “[...] en caso de fallecimiento o enfermedad grave de los padres, cónyuge, hijos, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas con los internos o de alumbramiento de la esposa o persona con la que el recluso se halle ligado por similar relación de afectividad, así como por importantes y comprobados motivos de análoga naturaleza, se concederán, con las medidas de seguridad adecuadas en su caso, permisos de salida extraordinarios, salvo que concurran circunstancias excepcionales que lo impidan”. De manera que se puede incluir, el derecho a contraer matrimonio, cuando afirma que se concede permiso de salida “por importantes y comprobados motivos de análoga naturaleza”, amparándonos, asimismo, en la Circular de 4 de octubre de 1978 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias (DGIP) sobre permisos de salida. Como no aparece regulado en la normativa penitenciaria, cabe

⁷²⁰ *Ibidem*, p. 39.

plantearse si dentro del Centro penitenciario se pueden celebrar matrimonios y quién sería el que está facultado para celebrarlos, al igual que si se pueden celebrar matrimonios religiosos o civiles, o qué ocurre para el caso de que ambos contrayentes se encuentran privados de libertad⁷²¹.

La ausencia de una regulación posibilita una interpretación amplia en el campo del derecho al matrimonio cuando, al menos, uno de ellos esté privado de libertad. Pese a ello, lo lógico sería llegar a la conclusión de que se practica cuando el recluso tiene un permiso de salida pero, como ya he indicado, qué ocurre cuando ambos se conocen dentro de la cárcel y manifiestan su deseo de casarse y no se les conceda los permisos de salida. En este supuesto, cabe pensar que se les da la posibilidad de casarse dentro de la prisión, caracterizado por ser un matrimonio civil, o bien un casamiento por poderes. Estamos hablando de un derecho que puede suponer restricciones para los que están en primer y segundo grado, puesto que los que cumplen condena en tercer grado tienen la facilidad de cumplir su derecho al matrimonio durante el día que no se encuentran cumpliendo condena en la prisión.

Partiendo de la idea de que el matrimonio es el único vínculo personal capaz de hacer nacer determinados efectos y relaciones entre los integrantes de los grupos familiares de los que provienen los contrayentes⁷²² y teniendo en cuenta la opinión de Marshall⁷²³, quien afirma que “de hecho, lo que permite diferenciar el matrimonio de las demás uniones análogas es que vincula a dos grupos además de a dos individuos. Sólo el matrimonio crea -o mantiene- relaciones de afinidad entre los parientes de los individuos que desempeñan los roles de marido y mujer”, se llega a la conclusión de que esta característica reafirma que el matrimonio tiene una naturaleza de creación social bajo la organización de los grupos humanos.

De manera que un recluso accede a su derecho de casarse cuando se le concede un permiso de salida, en caso contrario, se casará en la cárcel, en dependencias

⁷²¹ Atendiendo al RP de 1981, las celebraciones matrimoniales eran una de las funciones de los capellanes, era el art. 293 el que lo regulaba. No obstante, el cuerpo de capellanes tiende a desaparecer ya que desde hace varios años tras el fallecimiento de un capellán no es cubierta su plaza.

⁷²² GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Familia y Matrimonio en la Constitución española de 1978*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1990, p. 207.

⁷²³ MARSHALL, G.A., “Análisis comparativo (Matrimonio)”, *Enciclopedia de Ciencias Sociales*, t. VII, Madrid, 1975, p. 13.

habilitadas siendo el caso de las dependencias destinadas a las comunicaciones con familiares, con dos testigos que perfectamente pueden ser dos reclusos del mismo Centro y oficiadas por el Juez, que es quien fija, habitualmente, la fecha de las ceremonias. Lógicamente se pasaran los controles habituales de seguridad.

Sin embargo, la privación supone que los vínculos con la pareja se vayan destruyendo, que ya no exista convivencia familiar, que en caso de la existencia de hijos la “unidad” familiar se va desestructurando. La duración del encarcelamiento también da lugar a dicha desestructuración, la distancia de la cárcel del domicilio familiar supone un mayor inconveniente para la protección familiar, para las visitas familiares e íntimas, las condiciones de la cárcel hacen al recluso un mayor descuido hacia su persona así como las condiciones no son las más adecuadas ni el lugar de encuentro para los familiares-presos, son agradables, por último hay un rechazo social no solo para el preso sino también para los familiares que tienen algún familiar preso. La configuración de nuestro Estado como Estado social de Derecho, de acuerdo con el artículo 9.2 de la CE, se obliga a los poderes públicos el remover los obstáculos y a poner los medios necesarios para que la igualdad y la libertad sea real y efectiva.

b) Preso-Familia: relaciones familiares

Los presos, al cumplir la pena privativa de libertad, están distanciados de la familia y de las funciones que con ella puede tratar, de manera que se produce una “crisis” en las relaciones familiares cuando existe un recluso familiar. Ante todos los estudios realizados se desprende que la familia ha sufrido una evolución, y la figura del matrimonio también, pudiéndose concluir que el matrimonio consiste en una creación social y no en una realidad biológica⁷²⁴. Así, no se comparte la opinión de Konig⁷²⁵ consistente en que la familia y el matrimonio no han sido instituidos jamás sino que han existido desde siempre. Pero eran necesarias medidas especiales del legislador para elevarlos a la conciencia desde el rango de costumbre seguida de un modo más o menos inconsciente, dotándoles de un perfil cultural mucho más manifiesto, que han encontrado su última expresión provisional en los sistemas

⁷²⁴ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., “Familia y Matrimonio”, *Revista de Derecho Político*, nº. 36, 1993, pp. 207-223.

⁷²⁵ KONIG, R., *La familia en nuestro tiempo*, Siglo XXI, Madrid, 1981, p. 7.

jurídicos modernos. En este sentido, es acertada la opinión de Y. Gómez⁷²⁶ a la hora de decir que la familia ha sido elegida y el matrimonio ha sido creado como institución colaboradora de la organización social y política.

Lo que regula tanto la Ley como el Reglamento penitenciarios son las relaciones familiares⁷²⁷, bajo la rúbrica de “relaciones con el exterior” a través de las comunicaciones, los vis a vis⁷²⁸, el derecho de visitas, el derecho que tienen las reclusas madres con hijos menores pudiendo estar con ellas en el Centro pero, no el matrimonio, asimismo la familia tiene derechos frente al recluso, todo ello, bajo el principio de no desarraigo social de los reclusos. El artículo 45 del RP establece la obligación que tienen los Establecimientos penitenciarios de disponer de locales especialmente adecuados para la realización de las visitas y comunicaciones de “familiares o de allegados”⁷²⁹.

Haciéndose necesaria establecer un concepto de *familia* y de *allegados*, explícita es la STC 222/1992, de 11 de diciembre, en cuanto al término *familia* al manifestar que en el concepto constitucional de *familia* entra, sin duda, el supuesto del matrimonio sin descendencia o sin otros parientes a su cargo, de conformidad con el sentido de otras previsiones constitucionales (art. 18.1), con la orientación de la legislación postconstitucional, con la propia jurisprudencia de este Tribunal⁷³⁰ y, en definitiva, con la acepción normalizada y arraigada, en nuestra cultura, de la voz *familia*, en cuyo concepto entra por consiguiente, también la relación matrimonial del hombre y mujer sin descendencia [...]”.

Nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39), sino también por

⁷²⁶ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Familia y Matrimonio en la Constitución española de 1978*, cit., p. 32.

⁷²⁷ Para saber más sobre las consecuencias que tiene para la familia el tener a un familiar privado de libertad, consecuencias psicológicas, económicas, etc., me remito a GARCÍA-BORES, P., (coord.), *La cárcel en el entorno familiar*, Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans, Barcelona, 2005.

⁷²⁸ ALHAMBRA PEÑA, E., “Medidas restrictivas de los derechos fundamentales de los internos”, *Estudios jurídicos, Cuerpo de Secretarios Judiciales*, 2000, p. 102, para quien cualquier restricción de este derecho fundamental supone una injerencia gravosa y de mayores consecuencias.

⁷²⁹ DI GENNARO, G., BONOMO, M. y BREDA, R., *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Giuffrè, Milán, 1991.

⁷³⁰ SSTC 45/1989, de 20 de febrero; 200/1991, de 13 de mayo y, 192/1991, de 14 de octubre.

el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la Norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido art. 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter *social* de nuestro Estado (arts. 1.1 y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen”. En cuanto al concepto de *allegado* la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Autos 535/2000, de 27 de abril; 640/2000, de 19 de mayo y 1457/2000, de 25 de octubre), ha declarado, que no son allegados sólo los amigos sino los amigos especialmente cercanos. Más aún si pensamos que la Ley penitenciaria no habla de allegados sino de allegados íntimos y es evidente que el reglamento se refiere a éstos, pues el art. 45 del RP desarrolla, al menos en parte, el artículo 53 de la Ley que se refiere a los allegados íntimos, esto es, los “inmediatamente próximos”, concluyendo que: 1) corresponde a los internos decidir quiénes son sus allegados íntimos, y el único límite a la credibilidad de sus manifestaciones viene dado precisamente por un límite razonable del número de los depositarios de ese afecto singularmente próximo; ese número puede sin embargo tener oscilaciones y concretarse, con el tiempo, en personas diferentes y 2) la Administración no puede limitar de nuevo el número, discutiendo el concepto de intimidad pues ese concepto se limita en sí mismo pero, fuera de tal límite, no hay otras restricciones que las impuestas por razones de seguridad, de interés del tratamiento y de buen orden de establecimiento, pues así lo establece el art. 53 de la Ley a remitir al 51 de la misma⁷³¹.

Por consiguiente, mientras que la Ley habla de allegados íntimos el Reglamento sólo de allegados, pero ha de pensarse que ambos textos se refieren a allegados íntimos, a amigos de verdad, a familia y no a conocidos. No quiero decir con ello que a los presos se les deniegue una relación íntima con los amigos, pero hay que demostrarlo con una serie de requisitos que puede ser que vivan en el mismo barrio o localidad, así como se puede pensar que hay un número limitado de amigos íntimos atendiendo a valores y sentimientos.

Qué supone, por tanto, para el recluso y para la familia el estar preso y el tener a un familiar preso. Se ha demostrado reiteradamente que la cárcel está imposibilitada para crear aspectos o funciones positivas, los aspectos penitenciarios que afectan, tanto

⁷³¹ Autos 535/2000, de 27 de abril 640/2000; de 19 de mayo de la Sección 5ª de la AP de Madrid; AAJVP de Madrid nº. 2, 965/02, de 23 de abril; Madrid, nº. 3, 1181/03, de 28 de mayo.

directa como indirectamente, a la familia son los referentes al matrimonio, a la protección de la familia, las comunicaciones con las personas privadas de libertad, los traslados y los permisos de salida. Supone un cambio en la estructura interna y en la organización de la familia, pudiendo llegar a desestructurarla; dependiendo de quién esté en la prisión la desestructuración será más acusada. Si se trata de hombre o de mujer las consecuencias para la familia serán totalmente diferentes. Numerosos estudios han concluido que, si el que está en prisión es la mujer, las consecuencias son más graves, sobre todo en aquellos casos en los que hay hijos menores de edad. No obstante, también habrá que tener en cuenta si el que se encuentra en prisión es el que hace las aportaciones económicas a la familia.

Por tanto, a efectos de nuestro estudio, nos interesa concretar cómo repercute la familia y el matrimonio en el ámbito penitenciario, partiendo de que se trata de un derecho fundamental reconocido plenamente bajo el principio de igualdad. El derecho al matrimonio⁷³² supone un pacto voluntario entre dos personas, celebrado, como ya he indicado, en términos de igualdad y como derecho individual. Por otro lado, en base al artículo 39 de la CE, se establece la igualdad de los hijos ya sean matrimoniales o no.

Una de las maneras de proteger a la familia es mediante vis a vis, mas la pregunta es si este tipo de comunicaciones es un derecho o no para los presos. Teniendo en cuenta los artículos tanto de la Ley como del Reglamento, se establece como derecho de los presos, pero no se trata de un derecho fundamental. Es el Tribunal Constitucional (STC 89/87, de 3 de junio, Fj. 2) el que reitera esta manifestación al establecer que “[...] el mantenimiento de relaciones íntimas no forma parte del contenido de ningún derecho fundamental, por ser precisamente una manifestación de la libertad a secas. Se sigue de ello, claro está, que quienes son privados de ella se ven impedidos de su práctica sin que ello implique restricción o limitación de derecho fundamental alguno. Es, sin duda, plausible, acorde con el espíritu de nuestro tiempo y adecuado a las finalidades que el artículo 25.2 de la CE asigna a las penas privativas de libertad, que el legislador las autorice, pero ni está

⁷³² En el Anteproyecto de la Constitución se intentó plasmar no sólo el reconocimiento y tutela de la afectividad sino también el derecho a crear y mantener relaciones estables de familia, pero fueron eliminados. Lo podemos encontrar en la Enmienda nº 465 en el art. 30, *Trabajos Parlamentarios, Constitución española*, Cortes Generales, t. III, Madrid, 1980, p. 2860.

obligado a ello ni la creación legal transforma en derecho fundamental de los reclusos la posibilidad de comunicación íntima con familiares o allegados íntimos que abre el artículo 53 de la Ley sujeta a la previa autorización en la forma que reglamentariamente se determine”. De todas maneras, el Tribunal es de la opinión de que la sexualidad es parte importante de la vida del hombre, pero la abstinencia sexual por resultado de la privación legal de libertad no pone en peligro la integridad física o moral del recluso, además la imposibilidad de mantener las relaciones no implica tampoco la sumisión a un trato inhumano o degradante. Además, hay que advertir que la autorización de la comunicación íntima restaura circunstancialmente para el recluso un ámbito provisional de intimidad, siquiera sea al precio, seguramente doloroso, de verse en la dura necesidad de solicitarla, pero esa restauración episódica es resultado de una concesión del legislador, no un imperativo derivado del derecho fundamental a la intimidad.

Las comunicaciones vis a vis de los presos con los familiares pueden ser dos al mes, bien cada uno de hora y media, o uno de tres horas, dependiendo de si el Centro penitenciario tenga o no la capacidad necesaria en cuanto a infraestructuras para llevar a cabo las comunicaciones íntimas⁷³³ y las familiares se permite acumular el tiempo de las íntimas y familiares en una sola. El problema surge porque es la propia Administración penitenciaria la que fija el horario sin tener en cuenta la disponibilidad de los familiares, lo que supone que el preso ante la imposibilidad de su familiar de poder acudir al Centro pierda su derecho. En lo que se refiere al vis a vis íntimo, la autorización y, por tanto, la concesión la realiza la Dirección del Centro, previa solicitud del recluso, en la que se ha de acreditar una existencia de relación afectiva

⁷³³ Me remito a la Refundición de Circulares e Instrucciones. Disposición Transitoria 4º del RP, sobre comunicaciones, en la que hace una distinción dentro de las comunicaciones orales las comunicaciones íntimas, familiares y de convivencia, deja claro que sólo se tendrá una comunicación íntima y una familiar cada mes, no obstante, deja una puerta abierta como recompensa para aquellos que por importantes y comprobados motivos debidamente justificados en cada caso, tendrán otra íntima o familiar dentro del mismo mes, como específica no son ambas sino una u otra. De otro lado, señalar que las relaciones íntimas excluirán las relaciones con prostitutas al no existir relación de afectividad, así lo entiende ARANDA CARBONELL, M., *Reeducación y reinserción social. Tratamiento penitenciario, Análisis teórico y aproximación práctica*, citado por REVIRIEGO PICÓN, F., *Los derechos de los reclusos en la jurisprudencia constitucional*, Universitas, Madrid, 2008, p. 90; no obstante, un sector de la doctrina apunta a la incoherencia de este planteamiento, es el caso de MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Bosch, Barcelona, 1983, p. 209.

estable, manifestando las mismas cuando acredite una relación de seis meses de duración⁷³⁴.

Ante esto se plantea el problema para el caso de las parejas de hecho que no estén empadronados en el mismo domicilio y que tampoco tengan la posibilidad de acreditar la relación mediante el certificado de convivencia. Las comunicaciones con familiares y amigos son consideradas como íntimas por lo que los presos tienen derecho a una relación íntima con su familiar, a vis a vis con su pareja. En los vis a vis el recluso es el único momento que tiene para estar en intimidad con los familiares o con algún amigo/a, el único momento en el que pueden compartir cosas sin que nadie les moleste.

No obstante, esta relación se hace fría debido al sitio que se tiene para realizarlas, son los llamados *encuentros de convivencia*⁷³⁵. Se indica una serie de aspectos en los que la doctrina se manifiesta conforme como: – Estas visitas tienden a reforzar dentro de los lazos familiares, los lazos efectivos más específicos con el núcleo central de la familia, integrado normalmente por la esposa (o compañera) y los hijos, si bien por disposición normativa se limita la edad de los hijos visitantes a la de diez años. – Los destinatarios son pues más precisos que los familiares y allegados a que se refiere el párrafo 5º del art.46, en cuanto que el radio de la esfera de intimidad es en este segundo caso más grande y desborda el núcleo familiar más intenso para extenderse a hijos mayores de diez años, a parientes sin un grado claro o específico de parentesco, y personas queridas o amigas no familiares. – La finalidad, por el contrario, es más difusa que la de las visitas íntimas, pues en esta predomina el componente sexual, aunque no se excluyan otros, y en las de convivencia aunque pueda haber alguna manifestación de ese orden, la idea guía es la de refuerzo de otros lazos efectivos diferentes a sexual, el fomento de la conversación, del abordaje

⁷³⁴ El problema de acreditar la estabilidad de la relación puede surgir en el caso de conocerse por carta estando ambos comunicantes en prisión. Diversos JVP están concediendo estas comunicaciones acreditando la relación previa epistolar. *Diccionario Interactivo de derecho penitenciario*, de la Universidad Complutense de Madrid.

⁷³⁵ Tienen una duración de cerca de cuatro horas y se desarrollan en un cuarto con sillas y una mesa, en éstas salas solo están el preso y su familiar ningún funcionario está o debe de estar de lo contrario no son consideradas como íntimas. Debido a la escasez de salas en los Centros penitenciarios y a la masificación se hace necesaria la petición con bastante antelación. En las comunicaciones de convivencia merece señalar los AAJVP nº. 3, 71/99, de 22 de enero y, 1101/98, de 2 de octubre, JVP nº. 3; 2508/03, 22 de octubre del JVP nº. 1.

conjunto de los problemas, de la capacidad de compartir penas y alegrías, del ejercicio del derecho a la educación de los menores, y en general, además, de todas las delicadas funciones que exige el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de deberes inherentes al matrimonio o a 1a convivencia y a la patria potestad, incluida la presencia o el referente masculino y femenino en la vida de los menores (con el límite discutible de la edad menos de diez años de estos). – Ello hace que este tipo de visitas sean acumulables en sentido jurídico o compatible, si se prefiere, con todas las demás, precisamente por servir a fines distintos de las otras y diferenciarse de las demás en sus destinatarios. Por el contrario son polémicas al menos dos aspectos básicos: – La interpretación de la norma en cuanto a si la visita se refiere a la presencia obligadamente acumulada del cónyuge (o conviviente) y los hijos menores. – La frecuencia de estas visitas no regulada expresamente por el Reglamento. En el caso de que no estén casados, la pareja visitante debe acreditar su relación por medio de algún documento⁷³⁶.

El horario será en atención a las posibilidades del Centro, lo que puede suponer que ante la imposibilidad de acudir el familiar íntimo al Centro, el recluso se quede sin su derecho de vis a vis íntimo. Por otro lado, es una situación embarazosa para la persona que se ha pasado el tiempo viendo al preso familiar o compañero sentimental tras un cristal y que, posteriormente, tenga una relación vis a vis íntima con él. Surge, así, la discusión de las necesidades sexuales de los presos, si son derecho, necesidades humanas, necesidades de la naturaleza, en éste campo el recluso y su familiar o allegado o íntimo sufre alteraciones de la sexualidad. Se puede llegar a decir que la relación sexual en la cárcel en los vis a vis íntimos se hace obligada, con horario restringido.

c) Vida sexual del recluso

No existe en el Derecho penal, en la Ley o en el Reglamento penitenciarios del mundo, precepto alguno del que se derive la obligación de abstinencia sexual de los condenados o de los procesados sometidos a medida de seguridad. En tal sentido, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de la Naciones Unidas establecen

⁷³⁶ Un certificado de empadronamiento en el mismo domicilio del preso desde un mes antes de que este ingresase en prisión bastaría.

en referencia a la sexualidad que “a los internos casados de uno u otro sexo podrá permitírseles a su requerimiento visitas privadas de sus cónyuges, sin tomar en cuenta la calificación de la conducta, una vez que adecuadas las condiciones de la arquitectura, pueda ésta proporcionar el recato y el decoro que inspira la institución matrimonial” y “la administración podrá permitir a los demás internos la visita privada de personas de otro sexo en locales apropiados”. Pero, ya en su momento, García Valdés⁷³⁷, señalaría que “los sujetos destinados a la prisión eran considerados peligrosos y repletos de vicios, entre los cuales figuraban en forma destacada los de carácter sexual, por lo que desde esta simplificada visión de los hechos debía parecer bastante fuera de lugar dar importancia a los problemas sexuales relativos a la institución carcelaria”.

La pena privativa de libertad obliga a los reclusos a una abstinencia sexual, pudiendo llegar a generar una de las causas más importantes desencadenante de problemas emocionales y generadora de ansiedad⁷³⁸. Neuman⁷³⁹ expresaba que “la mutilación funcional del sexo alcanza a seres inocentes. El cónyuge del detenido/a, que nada tiene que ver con el delito, se ve privado de su natural satisfacción erótica y esto constituye un castigo accesorio de la privación de la libertad, que no le concierne directamente”⁷⁴⁰.

⁷³⁷ GARCÍA VALDÉS, A., “Soluciones propuestas al problema sexual en las prisiones”, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º. 11, 1980, p. 89.

⁷³⁸ *Ibidem*, p. 90.

⁷³⁹ NEUMAN, E., *El problema sexual en las cárceles*, Universidad, Buenos Aires, 1982, pp. 149 y ss.

⁷⁴⁰ La continencia sexual no deseada produce trastornos psíquicos y también físicos, estos últimos producidos por el sistema glandular de segregación del aparato genital; sin embargo, las consecuencias en el campo de lo psíquico pueden producir angustias, desesperación, decaimiento, histeria, tendencias suicidas, agresividad o como explica Freud, neurosis. El problema sexual en las prisiones es constante fuente de trastornos neuróticos, psicológicos y físicos, que generan revueltas y motines que ponen en peligro la vida, seguridad e integridad de los detenidos y del personal del establecimiento. Disponible en www.robertexto.com/archivo/, última consulta el 24 agosto de 2009. La solución que propuso la Administración penitenciaria fue el trabajo penitenciario y el deporte, con el objeto de desgastar las energías físicas y disminuir el deseo. En 1950, en el 2º Congreso de Criminología en París, un médico, Ricardo Colombo, manifestó el éxito que había tenido tendente a superar la cuestión sexual en las prisiones mediante un tratamiento con drogas, concretamente se propuso someterles al tratamiento dos veces por semana, mediante dos ampollas de ovarina correspondientes a 2000 unidades de foliculina cada una, se observó que la foliculina podía neutralizar la función de las glándulas sexuales y, por lo tanto, la espermatogénesis no tiene lugar; salvo algunas tumefacciones mamarias, el deseo sexual de los reclusos disminuyó sin ulteriores trastornos, NEUMAN, E., *El problema sexual en las cárceles*, cit., pp. 145-146 y en “Contribución al problema sexual carcelario”, *Actas del Segundo Congreso Internacional de Criminología*, vol. V. Actualmente se propugna como solución las visitas íntimas o los permisos de salida.

La STC 89/1987, de 3 de junio, que ya hemos mencionado en el apartado dedicado al derecho a la integridad física y moral de los reclusos, también trató la cuestión de la posible vulneración del derecho a la intimidad de los presos que no podían disfrutar de las comunicaciones especiales. El Tribunal Constitucional declara, que tampoco cabe discutir, es obvio, que la sexualidad pertenece al ámbito del derecho a la intimidad, que es incluso uno de sus reductos más sagrados, pero lo que el Derecho puede proteger es la intimidad misma, no las acciones privadas e íntimas de los hombres. Sin duda, una de las consecuencias más dolorosas de la pérdida de la libertad es la reducción de lo íntimo casi al ámbito de la vida interior, quedando, por el contrario, expuestas al público e incluso necesitadas de autorización muchas actuaciones que normalmente se consideran privadas e íntimas⁷⁴¹.

Se pueden, tal vez, considerar ilegítimas, como violación de la intimidad y por eso también degradantes, aquellas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida de la prisión requiere, pero esa condición no se da en la restricción o privación temporal de las relaciones íntimas con personas en libertad, relaciones que, precisamente por exigencias de lo dispuesto en el artículo 18.1 CE, han de desarrollarse, cuando son autorizadas, en condiciones que salvaguarden la dignidad de las personas implicadas. La autorización, para la comunicación íntima, restaura circunstancialmente para el recluso un ámbito provisional de intimidad, siquiera sea al precio, seguramente doloroso, de verse en la dura necesidad de solicitarla. Pero, esa restauración episódica es resultado de una concesión del legislador, no un imperativo del derecho fundamental a la intimidad.

En rigor, “el estudio de la abstinencia y de sus consecuencias, [...], deberá pensarse, en el caso de las cárceles, como formando parte de una especial patología del

⁷⁴¹ Autores como REVIRIEGO PICÓN, F., “Los derechos de los reclusos”, en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., (coord.), *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 465; FORTICH, L.F. y GRÖER, V.P., “El derecho a la intimidad de los reclusos. La libertad sexual y las visitas íntimas”, *Más Derecho*, nº. 2, 2001, p. 392, son partidarios de que el ejercicio de la sexualidad constituye una faceta del derecho a la intimidad y, para otros, constituye una de las manifestaciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad, como LOZANO BEDOYA, C.A., *Derechos de las personas privadas de libertad. Manual para su vigilancia y protección*, Defensoría del Pueblo y Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2006, p. 129; CESANO, J.D., *Los objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria*, Alveroni, Córdoba, 1997, p. 169, donde lo considera, además, como manifestación de la dignidad humana.

ambiente y teniendo en cuenta la constitución psicosocial y moral de los presos”⁷⁴². En sentido amplio, González Navarro⁷⁴³ afirma que el desarrollo de una vida sexual es un verdadero derecho del preso fundado en que el recluso tiene derecho al desarrollo integral de su personalidad como indica el artículo 25.2 de la CE. Sin embargo, esta tesis ha sido rechazada por el Tribunal Constitucional (STC 89/1987, de 3 de junio) al entender que el mantenimiento de las relaciones íntimas no forma parte de ningún derecho fundamental, afirmando que si bien la sexualidad pertenece al ámbito de la intimidad, lo que el Derecho puede proteger es la intimidad, no las acciones privadas e íntimas de los hombres ⁷⁴⁴. Se recalca, pues, la interacción existente entre familia-matrimonio, pero esta idea no siempre ha sido así ni en el pasado ni en el presente, no es unánime la opinión de que el matrimonio debe preceder a la concepción de hijos, y no es el camino que yo voy a seguir por su amplia discusión doctrinal.

Es por todo ello por lo que el derecho de referencia constituye una exigencia de la dignidad humana, y en cuanto tal, uno de los derechos civiles fundamentales de la persona humana, por tanto, es un derecho universal, irrenunciable y *erga omnes* deben estar en situación de igualdad con respecto al resto de los ciudadanos. El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos, por lo tanto la planificación de la familia ha de ser compatible con las disposiciones y normativas penitenciarias, y cómo éstas no dicen nada, nada impide que se puedan celebrar. Además, teniendo en cuenta el artículo 53 de la LOGP, no sólo se puede comunicar cuando haya la existencia de un matrimonio sino también en los casos de relación íntima. Desde esta perspectiva, Pardo Falcón⁷⁴⁵ entiende que “lo que no forma parte, desde luego, del contenido de ningún derecho fundamental es el mantenimiento de relaciones íntimas, «por ser precisamente una manifestación de la libertad a secas». En consecuencia, el establecimiento de un sistema de comunicaciones especiales entre

⁷⁴² NEUMAN, E., *El problema sexual en las cárceles*, cit., pp. 45-49. Para Neuman existen tres tipos de abstinencia: la obligatoria, la voluntaria y la forzada, en ésta última se encuentra el caso de los procesados y condenados; WEISS, C. y FRIAR, J., *Terror en las prisiones, la terrible crudeza del problema sexual en las cárceles*, Dopesa, Barcelona, 1974.

⁷⁴³ GONZÁLEZ NAVARRO, F., “Poder domesticador del Estado y derechos del recluso”, en VV.AA., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, t. II, Cívitas, Madrid, 1991, p. 1153.

⁷⁴⁴ Otras sentencias representativas, 119/1996, de 8 de julio y 65/1986, de 22 de mayo al indicar que “la privación de libertad es un mal, pero forma parte, sin agravarlo de forma especial, la privación sexual”.

⁷⁴⁵ PARDO FALCÓN, J., “Los derechos del artículo 18 de la Constitución española en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, cit., p. 161.

reclusos y no reclusos es sólo «resultado de una concesión del legislador, no un imperativo del derecho fundamental a la intimidad». Otra cosa es, en cambio, la limitación del ejercicio de la sexualidad fuera de este supuesto, esto es, dentro del desarrollo normal de la vida penitenciaria; ya que, como advierte el Tribunal Constitucional, “podrían llegar a afectar tanto al derecho a la intimidad como al derecho a no sufrir tratos inhumanos y degradantes «aquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida de la prisión requiere»⁷⁴⁶”.

Frente a esto, está el derecho a *la reproducción humana*, el cual no es reconocido por nuestra Constitución⁷⁴⁷. Tal derecho deriva del reconocimiento de la libertad como valor superior y de la dignidad de la persona humana como expresión del reconocimiento de todos los derechos de la persona, lo que supone que los poderes públicos tienen por misión la no injerencia y evitar las posibles perturbaciones de terceros. La cuestión en el ámbito penitenciario se traduce en que el recluso no tiene libertad para poder procrear, ¿está sufriendo una limitación por parte de los poderes públicos, en éste caso, por parte de la Administración penitenciaria? La Administración se defiende indicando que existen los vis a vis tanto familiares como los íntimos, así como los permisos de salida para evitar la desestructuración de la familia y la desocialización de los presos. El derecho a la reproducción no es un derecho constitucional, pero tiene fundamento constitucional al estar basado en la libertad y en la igualdad, surgiendo discusión doctrinal ya que se entiende que la igualdad supone trato igual para situaciones iguales, de manera que habrá quién opine que los presos no están en situación de igualdad con respecto a los ciudadanos libres, no lo están en cuanto a situación espacio-temporal, pero sí lo están en cuanto a personas y familia⁷⁴⁸. Siguiendo la opinión de Y. Gómez⁷⁴⁹, ésta interpretación permite sustentar que existe un derecho a la reproducción de toda persona, derivado del ejercicio de su libertad y que es expresión, al mismo tiempo, de su dignidad humana y del libre desarrollo de su personalidad, derecho que no puede ser restringido

⁷⁴⁶ STC 89/87, de 3 de junio, Fj. 2.

⁷⁴⁷ Para saber más, GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., “Algunas reflexiones jurídico-constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las nuevas técnicas de reproducción asistida”, *Revista de Derecho Político*, nº. 26, Madrid, 1988.

⁷⁴⁸ Ver las SSTC 42/1982, de 5 de julio y 73/1984, de 27 de junio.

⁷⁴⁹ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Familia y Matrimonio en la Constitución española*, cit., pp. 363-364.

arbitrariamente o sin justificación suficiente por los poderes públicos. Es, por tanto, una realidad deducible, y un derecho caracterizado por no ser absoluto.

d) Relación traslado de presos-familia

El tema de traslados de presos será objeto de análisis desde el punto de vista de la seguridad. En relación con la familia supone un inconveniente para la familia, para el derecho a la protección de la familia y para el hecho de que el preso pueda ejercer sus derechos matrimoniales y familiares. El que sea trasladado a un Centro no cercano al domicilio familiar o que no tenga buenas comunicaciones de acceso puede suponer una desestructuración casi probable, un agravio y perjuicio importante. No sólo está condenado el delincuente sino también toda su familia y su entorno. Las condiciones de la familia dependerán si el recluso se encuentra en primer, segundo o tercer grado, ya que este último ante la posibilidad de pasar el día fuera de la prisión puede contribuir a las cargas familiares. Es decir, el grado de clasificación puede influir en la economía familiar, en la posibilidad de mandar el peculio al recluso e influir en la desestructuración de la familia.

Pese a ello, no sólo a través de las comunicaciones se trata de evitar la desestructuración familiar, como bien indica la Exposición de Motivos del RP, “el desarrollo de las unidades de madres y de los departamentos mixtos -los últimos con carácter excepcional- extiende el principio constitucional de protección a la familia al ámbito penitenciario, para paliar, en lo posible, la desestructuración de los grupos familiares que tengan varios miembros en prisión y para proporcionar la asistencia especializada necesaria a los niños menores de tres años que convivan en prisión con sus madres [...]”. Desde un punto de vista global, las “políticas familiares” deben pretender el bien del grupo compuesto por la familia y fortalecer su funcionalidad, siendo simultáneamente una esfera de realización personal que cada vez requiere una mayor calidad de vida⁷⁵⁰. Zimmerman⁷⁵¹ define la citada política como la que incorpora el bienestar de la familia a modo de criterio, es decir, “la que introduce una perspectiva familiar en la escala política, tanto en el establecimiento de objetivos como en la

⁷⁵⁰ DUMON, W., “La politique familiale en Europe occidentale: une réflexion sociologique”, *L'Année Sociologique*, n.º. 37, 1987, pp. 221 y ss.

⁷⁵¹ ZIMMERMAN, S. L., *Understanding Family Policy: Theories & Applications*, Sage, California, 1995.

mediación de resultados”. Las mencionadas medidas acarrearán un equilibrio social, debido a que, en una sociedad que otorga gran importancia a la producción y que posee una organización creadora de necesidades privadas, hay presiones para que en cada unidad haya el máximo número de ingresos posible⁷⁵². Estas reflexiones suscitan si la política familiar debe traducirse como una política social. La contestación no es unánime en la doctrina, ya que mientras para unos la existencia de los hijos es el pilar de la compensación de las cargas, y hablan de una política independiente; para otros, es conceptualizada como la que los poderes públicos ejercitan a favor de la familia, sin que pueda analizarse separadamente de la política social, de la que forma parte. Nosotros sostenemos la segunda postura, apoyándonos en que lo familiar es un ámbito social necesario que garantiza el reconocimiento de la personalidad del individuo, por lo que el Estado en su actuación debe reconocer esa dimensión⁷⁵³.

Por lo que respecta a nuestra Constitución, se refleja una familia democrática e igualitaria, es decir, valorativa de todos por igual, sin distinción jurídica, y debiendo ser respetada por los poderes públicos debido a su reconocimiento constitucional como derecho fundamental. Sin centrarme en la forma de contraer o no matrimonio, puesto que considero que se trata de un aspecto que concierne a la libertad personal de cada sujeto, interesa destacar el respeto al derecho al matrimonio y la eliminación de cualquier circunstancias que impidan el ejercicio libre del mismo, debiéndose justificar el diferente trato entre las familias.

El derecho al matrimonio y el derecho a la protección de la familia, aunque caminan juntos, son dos realidades distintas, asimismo se encuentra relacionado con el artículo 18 de la CE cuando recoge el derecho a la intimidad personal y familiar, amparándonos, pues, en la LO 1/1982, de 5 de mayo sobre Protección civil del derecho

⁷⁵² MASA CARRASQUEÑO, M.: “Familia y política social en la formación de la modernidad”, en SIMÓN ALFONSO, L. y REJADO CORCUERA, M.M. (coords.), *Familias y bienestar social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 131.

⁷⁵³ MEIL LANDWERLIN, G.: “Política familiar: contenido y significado”, *Revista Internacional de Sociología*, nº. 1, 1992, p. 175; GARRIDO GÓMEZ, M.I., “Derechos y garantías jurídicas en el discurso de la protección de la familia”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº. 6, 2002-2003, pp. 193-203; SHULTEIS, F., “Affaires de famille-affaires d’État: des visions et des divisions inter-culturelles d’une réflexion sociologique”, en SYNGLY, F. de y SCHULTEIS, F. (eds.): *Affaires de famille, affaires d’État*, Colloque franco-allemand, Nancy, 1991, pp. 7 y ss.; ALDOUS, J., DUMON, W. y JOHNSON, K., (eds.), *The Politics and Programs of Family Policy. United States and European Perspectives*, University of Notre Dame, Indiana, 1980.

al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en cuyo artículo 1.3 indica que el derecho a la intimidad es irrenunciable, inalienable e imprescriptible. Esta unidad familiar dista mucho de la realidad, es decir, ningún preso cumple su condena en un Centro penitenciario cercano a su localidad, por ello son frecuentes las peticiones de traslado. El alejamiento supone un castigo añadido extralegal, no decidido por ningún juez, que se aplica a los presos y a sus familiares, una medida arbitraria basada en criterios políticos y de oportunidad que dificulta el contacto de los presos con sus familiares y su entorno.

Uno de los derechos que resulta inevitablemente restringido con motivo de la detención carcelaria es la unidad y el habitual contacto familiar, se trata sólo de una restricción. Claro está, se trata sólo de restricción, porque a pesar de las naturales limitaciones que comporta la reclusión en un Centro carcelario, los presos conservan el derecho a mantener comunicación y relación personal con su pareja y demás miembros de la familia, dentro de la regulación correspondiente, que en ningún caso podrá ser irrazonable, innecesaria ni desproporcionada. Qué es lo que ocurre después de éste tipo de relaciones, pues que los presos son sometidos a cacheos ante la posibilidad de que tengan algún objeto escondido ya que debido a que no se está presente no se sabe ni lo que hablan ni lo que dicen.

Además, existe la posibilidad de que se cachee a los familiares⁷⁵⁴, y así ocurre, abriendo un nuevo debate de si se vulnera la intimidad del familiar y su dignidad. En esta cuestión me remito a la Circular 24/96, de 16 de diciembre, que establece que tras una convivencia con el preso se les somete a: a) arco detector de metales; y b) otros controles, incluyendo el cacheo integral (en la forma y por los motivos previstos en el art. 45.7) y de acuerdo con lo previsto en el artículo 68 del RP. No obstante, se tendrá en consideración lo resuelto por las Autoridades Judiciales; c) no podrán ser portadores de bolsos, objetos, comida, bebida, etc., ni a la entrada ni a la salida. Para ello, existirán en

⁷⁵⁴ REVIRIEGO PICÓN, F., “Intimidad corporal y cacheos con desnudo integral tras las comunicaciones íntimas de los reclusos a la luz de la STC 218/2002, de 25 de noviembre”, *Revista General Informática de Derecho*, n.º. 1, 2003; del mismo, “Notas a STC 218/2002, de 25 de noviembre: intimidad corporal de los reclusos”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, t. XXXVIII, 2005, pp. 275-290, viene a afirmar que “la intimidad corporal, así como en un sentido más amplio, el derecho a la intimidad *in toto*, debe articularse y modularse con la necesidad de adoptar medidas de control para la preservación de otros bienes jurídicos como el riesgo para la vida o salud del resto de internos, la seguridad y orden del establecimiento penitenciario” (p. 279).

el exterior lugares adecuados para depositarlos, debidamente identificados; d) la no aceptación o infracción de lo anterior llevará aparejado la suspensión de las comunicaciones, notificándose al Director y éste al Juzgado de Vigilancia; y e) los internos clasificados en primer grado de tratamiento o que les sea de aplicación el artículo 10 de la LOGP celebrarán sus comunicaciones ajustadas a las normas que para ellos se dicten por el Consejo de Dirección. Es común encontrar denuncias de los presos alegando maltrato psicológico cuando el Centro penitenciario les niega el mantener cualquier tipo de relación con los allegados⁷⁵⁵.

Como toda Ley que establece derechos también establece las limitaciones para llevar a cabo actos, las limitaciones a las comunicaciones orales se encuentran recogidas en los artículos 51 de la LOGP, el 41.2 y 43 del RP, estos límites se llevan a cabo en base a razones de seguridad, interés del tratamiento y el buen orden del establecimiento, pudiendo suponer una suspensión⁷⁵⁶, intervención de las comunicaciones o denegación de comunicación con determinadas personas⁷⁵⁷. Para un sector -López Benítez- las restricciones de las relaciones sexuales de los reclusos sólo se justificarían por razón de seguridad del establecimiento y por el respeto a los derechos de los demás reclusos, pues además tal restricción contradice el fin resocializador al que se orienta la pena⁷⁵⁸.

Como conclusión indicar que los reclusos pueden ejercer el derecho al matrimonio y a la unidad familiar, así como cada Centro penitenciario debe garantizar la protección de ambos derechos. Estas situaciones se agravan especialmente por las rutinas del propio sistema, el cual establece unos regímenes de visita y comunicaciones estrictas y poco adaptadas a las necesidades de los familiares.

En definitiva, la cárcel impide avanzar en las relaciones personales e interpersonales positivas, mayor conflicto supone para los presos extranjeros, sin

⁷⁵⁵ En este sentido, es la STC 119/96, de 8 de julio en su Fj. 2, la que señala que la privación de una relación íntima no constituye trato inhumano o degradante”.

⁷⁵⁶ La suspensión se encuentra regulada en el art. 44 del RP.

⁷⁵⁷ Es el Director del Centro penitenciario el que puede limitarlas, fundamentándolo en resolución motivada, se notifica al preso, al JVP en el caso de penados o a la autoridad judicial competente en caso de presos preventivos. Se requiere informe previo de la Junta de Tratamiento si el motivo de la restricción, intervención o denegación se fundamenta en motivos de tratamiento.

⁷⁵⁸ LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Cívitas, Madrid, 1994, pp. 430-431; NEUMAN, E., “Aspectos penológicos”, en NEUMAN, E. y IRURZUN, V.J., *La sociedad carcelaria. Aspectos penológicos y sociológicos*, Dalmata, Buenos Aires, 1977, pp. 81 y ss.

familiares en nuestro país, posiblemente sin amigos, sin vis a vis familiares e íntimos, sin poder comunicarse. Las consecuencias de privación de libertad para los extranjeros hacen que, en la mayoría de los casos, no puedan ejercer los derechos de matrimonio y de protección a la familia. Todos los presos sufren las alteraciones en el ámbito familiar, pero, quizás por su forma de entender la familia, los reclusos/as gitanos/as sufren más la privación de libertad de un familiar, pese a que el rol familiar es más atenuado y existe un mayor apoyo familiar hacia el preso.

Por último, los que se encuentran en situación de aislamiento o incomunicación, como es el caso de aquellos presos a los que se ha aplicado la Ley antiterrorista incidiendo sobre ellos la política de dispersión, se supone una ruptura familiar casi segura. Se hacen más difíciles las visitas bien porque el gasto es mayor, bien por el alejamiento en cuanto al cumplimiento de la pena privativa de libertad en un Centro penitenciario distinto al domicilio. No olvidemos, pues, que la comunicación íntima es una concesión del legislador y, en su caso, de la Administración penitenciaria, y no un imperativo del derecho fundamental a la intimidad, ya que la pena privativa de libertad lleva aparejada la reducción de lo íntimo, aunque debe tener las garantías precisas para la dignidad de las personas.

Se ha demostrado que los presos que tienen fuertes lazos familiares tienen menos posibilidad de reincidir, y se puede decir que ha funcionado la reeducación en ellos. Además de que hay estudios que demuestran que son los más fáciles de tratar en la prisión y aceptan con mayor facilidad las normas penitenciarias⁷⁵⁹.

4. EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA

4.1 Consideraciones generales

Se va a analizar la libertad religiosa como derecho fundamental, y no ya como principio. Para comprender lo que se va a explicar hay que partir de algunos conceptos generales, en este sentido se advierten tres tipos de derechos fundamentales: 1º) Los derechos de libertad, que protegen la inmunidad del individuo y generan un deber de

⁷⁵⁹ FISHMAN, L., *Prisoners and their wives: marital and domestic effects of telephone contacts and home visits*, *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, n.º. 32, 1998, pp. 55-65; BAYSE, D.J., ALLGOOD, S.M. y VAN WYK, P.H., "Family life education: an effective tool for prisoner rehabilitation", *Family Relations*, n.º. 40, 1991, pp. 254-257.

abstención frente a terceros; 2º) Los derechos que facultan al titular a ejercer determinada conducta, y 3º) Los derechos de prestación, que implican por parte del Estado una actitud positiva, de cumplimiento de determinadas obligaciones.

La libertad religiosa, además de constituir uno de los principios fundamentales del Derecho eclesiástico, se configura en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho fundamental reconocido en el artículo 16.1 de la CE. Cuando se habla de *libertad religiosa*, es necesario, más que en ningún otro derecho fundamental, realizar una tarea previa de identificación del sentido de los términos que se usan, es decir, de *libertad* y de *derecho*, y no porque “[...] la libertad religiosa concebida como derecho fundamental tiende a identificarse con la totalidad de los derechos fundamentales [...]”⁷⁶⁰, sino porque puede incidir más que otro derecho en una confusión sobre los diversos sentidos de la palabra *libertad*.

Puede encontrarse un concepto de *libertad religiosa* propuesto por Ruffini que indica que la libertad religiosa es “un sistema de ideas o de convicciones u opiniones que el espíritu humano posee y que le permite liberarse de todo preconcepto dogmático y de toda traba de carácter confesional”⁷⁶¹. Sin embargo, la acepción social y jurídica de la libertad religiosa es el fundamento de los derechos humanos. Desde esa perspectiva se puede definir como “la inmunidad de coacción sobre la persona en materia religiosa, tanto por parte de las personas particulares como por parte de grupos sociales o de cualquier poder”⁷⁶², esto significa, la posibilidad de actuar libremente en materia religiosa, suponiendo la eliminación de los obstáculos y la necesidad de un conjunto de prestaciones que el Estado debería aportar para que la libertad religiosa sea real y efectiva, y que el sujeto no puede ser obligado a adoptar una postura determinada ante la fe.

La cuestión que aquí interesa es que el Estado democrático debe reconocer la libertad religiosa como derecho fundamental ya que por medio de él se reconoce y garantiza desde el ámbito jurídico una plena inmunidad de coacción en materia

⁷⁶⁰ IBAN, I.C., citado por PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “Algunas reflexiones sobre la libertad ideológica y religiosa”, en VV.AA., *Libertad y derecho fundamental de libertad religiosa*, Edersa, Madrid, 1989, p. 53.

⁷⁶¹ RUFFINI, E., citado por SALDAÑA, J., *Derecho y principio de libertad religiosa. Un breve análisis de la actitud promotora del Estado ante el hecho religioso*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, n.º 95, 1999, p. 590.

⁷⁶² MARTÍNEZ BLANCO, A., *Derecho Eclesiástico del Estado*, Tecnos, Madrid, 1983, p. 56.

religiosa, además, el Estado debe asumir la libertad religiosa como principio definidor de su actitud frente a lo religioso. Por ello, como cualquier derecho fundamental, en este caso, la libertad religiosa, puede ser ejercida por los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley. En consecuencia, la libertad religiosa y las libertades ideológica y de conciencia pertenecen a la categoría de derechos fundamentales, gozando de protección jurídica. Pero la cuestión que aquí se va a plantear es si su ejercicio específico en el ámbito penitenciario alcanza el mismo nivel de protección y manifestación que en la sociedad libre, y la articulación del derecho fundamental como derecho que protege especialmente a las minorías, en este caso, que se encuentren dentro de un Centro penitenciario, regido por los principios de igualdad, como igual consideración entre las distintas confesiones religiosas, neutralidad del Estado y cooperación, como posibilidad de que el Estado y las diversas confesiones religiosas se coordinen entre sí para que todas las personas puedan ejercer su derecho fundamental de libertad religiosa. En suma, la libertad religiosa, como derecho fundamental, merece de una protección por parte de los poderes públicos.

Además, la laicidad del Estado opera como principio fundamental de la libertad y de la igualdad, en este sentido, nuestro Estado se caracteriza por ser un sistema apoyado en la libertad y la laicidad, y lo que debe hacer es crear un sistema donde se protejan los derechos de los ciudadanos. La jurisprudencia sintetiza como características de la laicidad: la neutralidad, la separación y la cooperación⁷⁶³. En cuanto a la neutralidad es una consecuencia obligada y *conditio sine qua non* de la igualdad en la libertad⁷⁶⁴. Consecuencia directa de este mandato constitucional es que los ciudadanos, en el que se incluye a los reclusos, en el ejercicio de su derecho de libertad religiosa, cuentan con un derecho “a actuar en este campo con plena inmunidad de actuación del Estado”⁷⁶⁵, cuya neutralidad en materia religiosa se convierte, de este modo, en presupuesto para la convivencia pacífica entre las distintas convicciones religiosas existentes en una sociedad plural y democrática (art. 1.1 C.E.)⁷⁶⁶. Esa pluralidad también se encuentra en los Centros penitenciarios como consecuencia de la diversidad social

⁷⁶³ STC 46/2001, de 15 de febrero, Fj. 4.

⁷⁶⁴ STC 340/1993, de 16 de noviembre, Fj. 4, en cuanto a la relación entre igualdad y aconfesionalidad.

⁷⁶⁵ STC 24/1982, de 13 de mayo, Fj. 1.

⁷⁶⁶ STC 117/1996, de 17 de diciembre, Fj. 9.

que existe. Esta neutralidad, supone la única garantía real y efectiva de establecer una igualdad sin discriminación en el tema de creencias y convicciones, además la educación en valores y la posibilidad de que todos los presos tienen de acceder en estos temas que se trabaja en los Centros penitenciarios supone una iniciativa de trabajo penitenciario encaminada a la reinserción social.

El principio de libertad religiosa reconoce el derecho de los ciudadanos a actuar con plena inmunidad de coacción del Estado y de cualesquiera grupos sociales, de manera que el Estado se prohíbe a sí mismo cualquier concurrencia, junto a los ciudadanos, en calidad de sujeto de actos o de actitudes de signo religioso, pero para ello es necesario que se le otorgue la posibilidad al recluso de que pueda acceder a actos religiosos siendo, en consecuencia, labor del Estado el fijar lo necesario para el cumplimiento del derecho fundamental reconocido constitucionalmente, se traduce en la cooperación entre Estado e Iglesia o cualquier otra entidad; y el principio de igualdad, que es consecuencia del principio de libertad en esta materia, significa que las actitudes religiosas de los sujetos de derecho no pueden justificar diferencias de trato jurídico⁷⁶⁷.

Afinando un poco la cuestión, Mantecón Sancho, entiende que el derecho de libertad religiosa es aquel derecho que garantiza a los hombres en el ámbito de la sociedad civil la posibilidad de vivir y practicar sus creencias religiosas, individual o colectivamente⁷⁶⁸. Afirma este autor que “nos estamos refiriendo al derecho a profesar una religión, privada y públicamente. Derecho que, además, ha venido a ser configurado, primero como un derecho de libertad, después como un derecho público subjetivo, definiéndolo como la capacidad o facultad que corresponde al hombre, como sujeto de derecho, para vivir y practicar su religión en la medida en que tal derecho es reconocido y tutelado por el respectivo ordenamiento, y finalmente como un derecho humano o fundamental al ser un derecho propio de la persona y que el Estado tiene que reconocer y salvaguardar”.

No obstante, nuestro texto constitucional no hace ninguna mención de la libertad religiosa ni como principio ni como derecho, sino como libertad, no olvidemos que los

⁷⁶⁷ STC 24/1982, de 13, de mayo, Fj. 1.

⁷⁶⁸ MANTECÓN SANCHO, J., *El derecho fundamental de libertad religiosa*, cit., p. 31 y pp. 53 y ss.

principios son los que definen a un Estado; en este sentido, al ser un principio Beneyto entiende que debería encontrarse entre los valores recogidos en el artículo 1 de la CE, ya que indica que es difícil de entender el principio de cooperación y aún el de igualdad sin un avance considerable del principio de laicidad hacia el principio de libertad religiosa, esto es, sin una superación del carácter exclusivo de la libertad religiosa como derecho fundamental, y la plena comprensión de su funcionalidad como principio primario de organización del Estado⁷⁶⁹. En consecuencia, la teoría de que la libertad religiosa consiste en un derecho fundamental y, que no puede configurarse un principio de libertad religiosa atendiendo a lo establecido en la Constitución, estriba en que supone una superación de la cuestión religiosa con respecto a las anteriores Constituciones, ya que si se establece como principio supone que el Estado no tiene la posibilidad de formar acuerdos de cooperación con las diversas confesiones. No obstante, la adopción de la libertad religiosa como principio definidor del Estado español prohíbe a éste, además de cualquier coacción y sustitución, toda concurrencia junto a sus ciudadanos en calidad de sujeto de actos o actitudes ante la fe, sean del tipo que fueren y, por tanto, supone la desaparición, simple y llana, de la confesionalidad⁷⁷⁰, así como el Estado no puede obligar a ningún ciudadano a declarar sobre su fe o creencia religiosa.

El objeto de análisis de la libertad religiosa en el ámbito penitencio es establecer la garantía de la misma como derecho fundamental reconocido constitucionalmente, así como en la normativa penitenciaria. No obstante, ésta última, habla de *asistencia religiosa* en lugar de *libertad religiosa*. Pese a ello, utilizaré el concepto de *libertad religiosa* en un sentido amplio, esto es, como la libertad para profesar o no unas creencias, siendo el sentido aportado por los textos internacionales sobre Derechos humanos cuando se refieren a “la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”. No se identifica, por lo tanto, con la libertad para optar por una u otra religión⁷⁷¹.

⁷⁶⁹ BENEYTO PÉREZ, J.M., “Artículo 16. Libertad ideológica y religiosa”, cit., p. 317.

⁷⁷⁰ Es la idea defendida por SUÁREZ PERTIERRA, G., “Libertad religiosa y orden público”, *Revista de Derecho Público*, nº. 66, 1977, pp. 201 y ss.

⁷⁷¹ Para referencias históricas en cuanto a la evolución del constitucionalismo de la libertad religiosa, MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J., “El derecho a la libertad religiosa en la historia Constitucional española”, *Derechos y Libertades*, nº. 8, 2000, pp. 325-391; LABOA, J.M., “La libertad religiosa en la historia constitucional española”, *Revista de Estudios Políticos*, nº. 30, 1982, pp. 157 y ss.

En suma, en nuestra Constitución, el derecho a la libertad religiosa es el primer derecho reconocido después de la vida y de la integridad. El factor religioso está relacionado con numerosos preceptos constitucionales, como analizaremos, así, con los artículos 1, 9, 10 y 14. Esto hace que, en muchas ocasiones, aparezca como derecho cobertura que cumple la función última de amparar la existencia y fundamento de otros derechos fundamentales. Tiene, además, una naturaleza expansiva que hace que, al margen de las declaraciones programáticas, la libertad religiosa, o su vulneración, se refleje en otros ámbitos de los derechos como la vida, la intimidad, la educación⁷⁷². En este sentido, afirma Souto Paz⁷⁷³ que “el fundamento del derecho de libertad religiosa se encuentra en la concepción de un Estado basado en la soberanía popular, que reconoce como valores superiores de su orden jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

A modo ilustrativo, se debe indicar que fue a principios del siglo XVI⁷⁷⁴ cuando quebró la unidad religiosa y se abrió un largo proceso en favor de la tolerancia y de la libertad religiosa que culminaría en el siglo XVIII. Empezándose a defender y a reivindicar como derecho de toda persona el profesar y expresar, libremente, la religión que desee, o ninguna de ellas; y a observarse, pues, que el sujeto es el único titular para decidir qué religión es la que quiere seguir o ninguna de ellas. En España, esta idea llegó con retraso, caracterizada por la unión entre lo político y lo religioso, desde el Estatuto de Bayona, la mayor parte de las Constituciones españolas se han caracterizado por la intolerancia en cuanto a la libertad religiosa⁷⁷⁵. Por tanto, sería con el sexenio

⁷⁷² MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J., *Constitución y libertad religiosa en España*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 268; ALLEY, R.S., *The Supreme Court on Church and State*, Paperback, Nueva York, 1988; BELLINI, P., “El pluralismo de opciones sobre el hecho religioso y el objeto del derecho de libertad religiosa” *Revista de Derecho Público*, nº. 9, 1983, pp. 23-43.

⁷⁷³ SOUTO, J.A., *El Derecho eclesiástico español. El derecho de la libertad de ideas y creencias*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pp. 70-71.

⁷⁷⁴ Época en la que se inicia la Reforma cuando Lutero en 1517 pone sus 95 tesis en la puerta de la iglesia del Castillo de Wittenberg. En 1555, con La Paz de Augsburgo fue un fracaso en cuanto al principio *cuius regio eius religio*, que consagraba el privilegio del príncipe para decidir qué religión o qué creencias deberían compartir sus súbditos.

⁷⁷⁵ Así, por ejemplo, el Estatuto de Bayona en el Título I manifestaba: “La religión Católica, Apostólica y Romana en España y en todas las posesiones españolas, será la religión del Rey y de la Nación y no se permitirá ninguna otra”. El art. 12 de la CE de 1812 hace una declaración de confesionalidad: “La religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera”. En 1931, se adoptó una Constitución laica, siendo el art. 3 el que recoge tal afirmación al indicar que el Estado español no tiene ninguna religión oficial. Este es el primer precedente de la libertad religiosa.

revolucionario cuando surgirían los grandes debates ideológicos en torno a la mencionada libertad.

La cuestión religiosa, a partir de ese momento, se caracteriza por el modelo de confesionalidad católica del Estado, prohibiéndose el ejercicio público de otro culto que no fuera el oficial, para, posteriormente, introducirse el derecho fundamental de libertad religiosa, con base en el conjunto de los valores superiores que inspiran nuestro ordenamiento jurídico, que es el que actualmente proclama nuestra Constitución. En este sentido, históricamente, ha regido en el Estado español el principio de confesionalidad reconociendo a la Iglesia Católica como la doctrina única y verdadera.

Así, acertadamente, señala Llamazares⁷⁷⁶ que “desde el punto de vista del derecho de libertad de conciencia, la Constitución de 1978 entraña una auténtica fractura en nuestra historia: la intolerancia se sustituye por la libertad y la confesionalidad por la laicidad. Eso es lo que ocurre en nuestro texto constitucional, pero se conservan en él todavía no pocos residuos y reminiscencias de intolerancia y confesionalidad (al igual que ocurre con la propia sociedad), como consecuencia de nuestro largo y cercano pasado. La Constitución y los principios que hemos estudiado son un *ya* pero sobre todo un *todavía no*. Ahora es necesario acomodar todo el ordenamiento a su norma cimera, eliminando todos los rescoldos contradictorios con ella y optando de *iure condendo* por las fórmulas más armónicas con ella. Es obligación de los poderes públicos (legislativo, ejecutivo y judicial) proceder diligente y escrupulosamente a la depuración del ordenamiento”. En palabras de Martínez de Pisón⁷⁷⁷, “se ha abierto una nueva etapa en el tratamiento de la libertad de las creencias individuales”.

⁷⁷⁶ LLAMAZARES, D., *Derecho de la libertad de conciencia. Libertad de conciencia y laicidad*, Cívitas, Madrid, 2002, p. 271. Afirma este autor que “[...] podemos afirmar que el enunciado del art. 16, [...] hace referencia a una única libertad con diversas manifestaciones”, (p. 24) y la denominación de libertad de pensamiento es propia de los constitucionalistas, mientras que la de libertad de conciencia es de los eclesiásticos, (pp. 25 y ss.).

⁷⁷⁷ MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J., *El derecho a la libertad religiosa en la historia*, cit., pp. 325-391, en especial p. 383; VICENTE CANTÍN. L., *Naturaleza, contenido y extensión del derecho de libertad religiosa*, Cívitas, Madrid, 1990.

4.2 Noción general, manifestaciones y límites a la libertad religiosa

a) Concepto

Al abordar este tema, se vislumbra un problema fundamental, consistente en la multiplicidad de denominaciones, dificultando, en consecuencia, el concepto exacto de *libertad religiosa*. De manera que se habla de *libertad de pensamiento*, *libertad de conciencia*, *libertad de fe*, *libertad de creencia*, *libertad de asociación religiosa*, *libertad de las confesionales religiosas*, *libertad de culto*, *libertad ideológica*, como se ha podido comprobar en el precepto constitucional. Los términos más empleados al efecto son las de *libertad religiosa* e *ideológica*, siendo las acepciones empleadas por el artículo 16 de la CE junto con la *libertad de culto*⁷⁷⁸. Será, por tanto, preciso entrar en el análisis de las libertades mencionadas, así como establecer si las hubiera las líneas de relación existentes entre cada una de ellas, en el Capítulo correspondiente dedicado a los derechos políticos, ya que se entiende que por razones políticas se habla de una pluralidad de libertades en éste ámbito.

Con esta perspectiva, cabe subrayar, que cuando se habla de *libertad religiosa*, es necesario realizar una previa identificación de los términos que se usan, ya que “[...] la libertad religiosa concebida como derecho fundamental tiende a identificarse con la totalidad de los derechos fundamentales [...]”⁷⁷⁹. En este sentido, Cardia⁷⁸⁰ define la

⁷⁷⁸ Por lo que se refiere a la jurisprudencia constitucional, las SSTC 5/1981, de 13 de febrero, Fj. 7; 53/1985, de 11 de abril, Fj. 14; 64/1988, de 12 de junio, Fj. 1; 15/1982, de 23 de abril; mientras que otras, como la STC 19/1985, de 13 de febrero, Fj. 2 utilizan los términos de *libertad de conciencia* y *libertad de pensamiento*; también es el caso de LLAMAZARES, D., *Derecho eclesiástico del Estado. Derecho de la libertad de conciencia*. Universidad Complutense, Madrid, 1989, pp. 13 y ss., y PRIETO SANCHÍS, L., “Sobre la libertad de conciencia”, *Libertad y derecho fundamental de libertad religiosa*, Edersa, Madrid, 1989, pp. 205-212. En relación a la doctrina, entre otros, IBAN, I., PRIETO SANCHÍS, L. y MOTILLA, A., *Curso de Derecho Eclesiástico*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993; VV.AA., *Derecho Eclesiástico del Estado español*, EUNSA, Pamplona, 1993; MARTÍNEZ BLANCO, A., *Derecho Eclesiástico*, cit., pp. 77 y ss.

⁷⁷⁹ IBAN, I.C., “La libertad religiosa como derecho fundamental”, *Anuario de Derechos Humanos*, nº. 3, Madrid, 1985, pp. 163-174. También lo cita PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “Algunas reflexiones sobre la libertad ideológica y religiosa. Libertad y derecho fundamental de libertad religiosa”, en AA.VV., *Libertad y derecho fundamental de libertad religiosa*, Edersa, Madrid, 1989, p. 53.

⁷⁸⁰ CARDIA, C., *Atéismo e liberta religiosa nell'ordinamento giuridico, nella scuola, nell'informazione, daliunità ai gíorgi nostri*, Giuffrè, Bari, 1973, p. 99; IBAN, I.C., “La libertad religiosa como derecho fundamental”, cit., p. 174; del mismo, “Grupos confesionales atípicos en el Derecho eclesiástico español vigente”, *Estudios de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico en homenaje al Profesor Maldonado*, Madrid, 1983, para quien el ateísmo forma parte de la libertad religiosa, ya que para que exista una auténtica libertad religiosa es necesario, como *in prius* incontrovertible, el que exista una plena libertad individual a la hora de adoptar una decisión en materia de fe y, por tanto, ésta sólo se puede lograr con la plena libertad (religiosa) no sólo para las manifestaciones de religiosidad positiva, sino también para las de carácter negativo (ateísmo) y, en consecuencia, esa circunstancia es objeto de la

libertad religiosa como “el derecho a la formación crítica de la propia conciencia”, de manera que “la religión debe tener un sentido omnicomprendivo por la que se garantiza al sujeto la elección autónoma y consciente entre convicciones religiosas o creencias no religiosas”⁷⁸¹. Bellini⁷⁸² entiende que es la “garantía jurídica de la plena facultad de cada hombre de esforzarse en el programa de desarrollo de la propia personalidad moral y cívica”, o la propia definición de Iban⁷⁸³, la libertad religiosa “es el derecho radicalmente individual en virtud del cual todo sujeto puede decidir, en libertad, acerca de cuál es el fin de su presencia en la historia y actuar en coherencia con tal decisión [...]”, de esta definición se desprende la generalidad del concepto y el trascender del ámbito propio de los derechos fundamentales. No es esta la definición que aquí nos interesa porque excede el marco del derecho.

Desde una perspectiva filosófica, se define la *libertad religiosa* como “un sistema de ideas o de convicciones u opiniones que el espíritu humano posee y que le permite liberarse de todo preconcepto dogmático y de toda traba de carácter confesional”⁷⁸⁴ y, desde una posición jurídica, se puede definir como “la inmunidad de coacción sobre la persona en materia religiosa, tanto por parte de las personas particulares como por parte de grupos sociales o de cualquier poder”⁷⁸⁵. De esta definición se desprende la libertad por parte de la persona de elegir libremente y profesar su religión, y de otro lado, la facultad de no ser obligada a adoptar una postura determinada.

Pero, haciendo un breve recorrido de la historia del pensamiento jurídico, debemos destacar a Hobbes quien defendía la libertad religiosa, y la tolerancia, así en su

libertad religiosa precisamente por y para lograr la libertad religiosa (pp. 278-279). MARTINES, T., “Libertà religiosa e Libertà di formazione della coscienza”, en IBÁN, I. C., “La libertad religiosa como derecho fundamental”, cit., p. 38. También citado por PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Algunas reflexiones sobre la libertad ideológica y religiosa*, cit., p. 53.

⁷⁸¹ CARDIA, C., “Società civile e diritto de liberta”, *Teoría e prassi delle liberta religiosa*, II Mulino, Bolonia, 1975, pp. 23-25.

⁷⁸² PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Algunas reflexiones sobre la libertad ideológica y religiosa*, cit., p. 53.

⁷⁸³ IBAN, I.C., “La libertad religiosa como derecho fundamental”, cit., pp. 163-174.

⁷⁸⁴ RUFFINI, E., *La liberrà religiosa. Storia dell'idea*, Milano, Geltrinelli, 1991, p. 5; SALDAÑA, J., *Derecho y principio de libertad religiosa. Un breve análisis de la actitud promotora del Estado ante el hecho religioso*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, n.º. 95, 1999, p. 590.

⁷⁸⁵ MARTÍNEZ BLANCO, A., *Derecho Eclesiástico del Estado*, t. I, Tecnos, Madrid, 1983, p. 56.

obra *Leviathan* asevera, “en el reino de Dios la política y las leyes civiles son una parte de la religión”⁷⁸⁶. Y se muestra a favor de la religión estatal al aseverar que “[...] la obediencia a sus leyes (de Dios) es la mayor de los cultos [...] sólo debe exhibir a Dios un culto, y así lo hace cuando ordena que sea mostrado públicamente por los particulares [...]”⁷⁸⁷. Frente a Hobbes, se encuentra Spinoza⁷⁸⁸ quien defiende la libertad de pensamiento. Por su parte Locke⁷⁸⁹, manifestó que “[...] ni las personas individuales, ni las Iglesias, ni siquiera los Estados, tienen justos títulos para invadir los derechos civiles y las propiedades mundanas de los demás bajo el pretexto de la religión”. Proclama, en consecuencia, la libertad individual. Montesquieu⁷⁹⁰ también realizó aportaciones a la libertad de religión, manifestando que “[...] podemos buscar entre las religiones falsas cuáles son más conformes al bien de la sociedad y cuáles pueden contribuir a la felicidad de los hombres en esta vida, aunque no les lleven a la felicidad de la otra”. Al mismo tiempo, Rousseau⁷⁹¹, elaboraba la teoría de la “religión civil” manifestando que “los dogmas de la religión civil deben ser simples, pocos, enunciados con precisión [...]”. El listado no se cierra aquí, son numerosos los filósofos que tratan el tema de la religión. La libertad religiosa se manifiesta en el orden constitucional bajo la dimensión de principio y regla del derecho fundamental⁷⁹².

b) Manifestaciones en nuestro ordenamiento jurídico

También se encuentra regulado en los textos internacionales de relevancia como en el artículo 18 de La Declaración Universal de Derechos Humanos “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como

⁷⁸⁶ HOBBS, T., *Leviatán*, ed. de C. Moya y A. Escotado, Nacional, Madrid, 1983, p. 216.

⁷⁸⁷ *Ibidem*, p. 435.

⁷⁸⁸ SPINOZA, *Tractatus Theologicus-Politicus*, Cap. XX, (ed. de la Heidelberg Akademie der Wissenschaften, bajo la dirección de GEBHARDT, C., Heidelberg, C. Winters, vol. II, pp. 239, (lín. 10-13), p. 240 (lín. 15-25), p. 243 (lín. 20-25) y p. 245 (lín. 29-31), trad. de E. Tierno Galván, Tecnos, Madrid, 1966, pp. 123, 124, 128 y 131.

⁷⁸⁹ LOCKE, J., *Carta sobre la Tolerancia*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 22.

⁷⁹⁰ MONTESQUIEU, *El Espíritu de las Leyes*, trad. de M. Blázquez y P. de Vega, Tecnos, Madrid, 1985, p. 301. En cuanto a la tolerancia le dedica un capítulo en el Libro XXV “De la tolerancia en materia de religión”, manifestando que “cuando las leyes de un Estado han creído que debían admitir varias religiones, tienen que obligarlas también a que se toleren entre sí” (p. 318).

⁷⁹¹ ROUSSEAU, *El Contrato Social*, Alianza, Madrid, 1990, p. 140. Prohíbe la intolerancia.

⁷⁹² MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J., *Constitución y libertad religiosa en España*, cit., p. 273.

en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”, o en el artículo 9.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos “1. Toda persona tiene derecho a la libertad del pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observación de los ritos. 2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no pueden ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la Ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”.

Tomando como referencia el citado artículo 16 de la CE, al indicar que “se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades, [...]”, observamos que este derecho se desarrolla en la Constitución bajo otras libertades⁷⁹³, como ya se ha indicado. Por su parte, Alzaga Villaamil⁷⁹⁴, mantiene que “el artículo 16 de la CE [...] protege la libertad de creencias, que incluye las de carácter religioso y las respuestas no religiosas dadas a las grandes cuestiones que se plantea el hombre sobre la concepción del mundo o sobre otras cuestiones que afrontan las diversas ideologías. [...] nuestra Constitución ampara nítidamente la que podemos llamar libertad de creencias y de pensamiento [...] el tratamiento conjunto con que la Constitución reconoce estas libertades se explica porque la historia ha acreditado que no es factible escindir la libertad ideológica de la libertad religiosa”. Para mayor abundamiento, Iban⁷⁹⁵ asevera que “nuestra Constitución reconoce tres derechos y a los tres hay que atenerse”, además, como la libertad de culto se subsume en la libertad religiosa habría que hablar de dos derechos: la libertad ideológica y la libertad religiosa, de los cuales sólo el segundo ha sido desarrollado mediante una Ley.

Para Pelayo Olmedo⁷⁹⁶, el artículo contiene una función promocional que desarrolla el Estado en orden a garantizar un pleno disfrute de los derechos individuales,

⁷⁹³ Ver, GONZÁLEZ MORENO, B., “El tratamiento dogmático del derecho de libertad religioso y de culto en la Constitución española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº. 66, 2002.

⁷⁹⁴ ALZAGA VILLAAMIL, O., GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. y RODRÍGUEZ ZAPATA, J., *Derecho político español, según la Constitución de 1978*, t. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, p. 76.

⁷⁹⁵ IBAN, I.C., PRIETO SANCHÍS, L. y MOTILLA, A., *Derecho Eclesiástico*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 102.

y por extensión de los grupos en que se integran los ciudadanos. El sustrato de la cooperación desarrollada por el gobierno en esta materia reside en la promoción de las condiciones para que todos los individuos sean iguales en su libertad de conciencia, lo que implica que será necesario remover los obstáculos que puedan surgir en el ejercicio de la participación ciudadana en la vida política, económica, cultural y social.

Podemos aseverar, así, que existe una discrepancia doctrinal. Para unos autores -Alonso de Antonio- en tal precepto se establece el principio de no confesionalidad o acatolicidad. Se afirma, en este sentido, que el Estado aconfesional no hace un juicio de verdad religiosa, su punto de partida es el hecho social de su existencia en cuanto protegido y amparado por un derecho humano⁷⁹⁶. Para otros, -Molano- refleja el principio de laicidad, ya que se considera que la regulación de lo religioso hace que el Estado sólo pretenda ser y estar al servicio de la esfera de la racionalidad y conciencia personal de cada ciudadano⁷⁹⁸. Y un tercer sector -Llamazares, Prieto Sanchís, Contreras Mazario- aboga por la no estatalidad, lo que pretenden es que no se produzca una absorción por el Estado español de una religión, es decir, el carácter institucional de las confesiones, pero no el carácter de religión del Estado⁷⁹⁹.

Con esta perspectiva, cabe subrayar que mientras que la Constitución utiliza los términos *libertad ideológica, religiosa y de culto*, no existe unanimidad en la utilización de la terminología, máxime cuando los textos internacionales utilizan “libertad de

⁷⁹⁶ PELAYO OLMEDO, J.D., “Notas para una revisión del actual sistema de relación Estado-Confesiones religiosas en España desde la perspectiva constitucional”, *Religión, Religiones, identidad, identidades*. Minorías. F. Amérigo, Valencia, 2002, p. 280.

⁷⁹⁷ HERVADA, J., “Pensamientos sobre sociedad plural y dimensión religiosa”, *Ius Canonicum*, vol. XIX, nº. 38, 1979, p. 74. Son de esta opinión, entre otros, ALONSO DE ANTONIO, J.A., “El derecho de la libertad religiosa en la Constitución española de 1978: artículo 16”, *Revista de la Facultad de Derecho*, nº. 2, 1979; GARRIDO FALLA, F., “Artículo 16.3”, *Comentarios a la Constitución*, Cívitas, Madrid, 1980.

⁷⁹⁸ VILADRICH, P.J., “Ateísmo y libertad religiosa en la Constitución española de 1978”, *Ius Canonicum*, vol. XXII, nº. 43, 1982, p. 59. Es de esta opinión, MOLANO, E., “La laicidad del Estado en la Constitución española”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. II, 1986.

⁷⁹⁹ Son seguidores LLAMAZARES, D. y SUÁREZ PERTIERRA, citado por CONTRERAS MAZARÍO, J.M., *La enseñanza de la religión en el sistema educativo*; PRIETO SANCHÍS, L., “las relaciones Iglesia-Estado a la luz de la nueva Constitución: problemas fundamentales”, *La Constitución española de 1978*, Cívitas, Madrid, 1981; CONTRERAS MAZARÍO, J.M., *La enseñanza de la religión en el sistema educativo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 40, quien indica que cuando el precepto constitucional dice “no oficialidad” de las confesiones, parece referirse a “no estatalidad”. Para los tres grupos ver a CONTRERAS MAZARIO, J.M., *La enseñanza de la religión en el sistema educativo*, cit., pp. 38-41. Y sobre el concepto de estatalidad religiosa, BERNARDEZ CANTÓN, A., *Apuntes de Derecho canónico*, Sevilla, 1974.

pensamiento, de conciencia y de religión”, es por ello que, parte de la doctrina, entiende que estamos ante varios derechos fundamentales separados⁸⁰⁰. A mi juicio, no es de esta manera, atendiendo a la jurisprudencia del TEDH al mantener que estamos ante un único derecho, con diversidad de manifestaciones⁸⁰¹.

c) Limitaciones

Al igual que cualquier derecho, el de la libertad religiosa también se encuentra limitado en cuanto al mantenimiento del orden público. En ese sentido, señala Hernández Valle⁸⁰² que las acciones que no sean contrarias al orden público, la moral o las buenas costumbres están fuera del dominio de la ley, de manera que el legislador no pueda invadir el área de libertad jurídica garantizada por el constituyente a los ciudadanos. El orden público, en consecuencia, está integrado por todos los principios fundamentales que se derivan de los valores y principios que informan nuestra Constitución, en este sentido, el respeto a la dignidad humana, el principio de igualdad ante la ley, la libertad de cultos, el pluralismo político, el principio de división de poderes, son conceptos integrantes, entre otros, del orden público constitucional⁸⁰³.

Los límites de la libertad religiosa también han sido formulados por los textos internacionales, así en La Declaración Universal de los Derechos del Hombre se dictamina que “en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”⁸⁰⁴. En este mismo sentido, el artículo 1.3 de La Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, viene a confirmar lo dispuesto en la doctrina

⁸⁰⁰ El Tribunal Constitucional no ha diferenciado nunca, de forma explícita, entre libertad ideológica y libertad religiosa aunque ha dado por supuesta la distinción conceptual, ROLLENERT LIERN, G., *La libertad ideológica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1980-2001)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 34.

⁸⁰¹ Es también la opinión de MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J., *Constitución y libertad religiosa en España*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 23, alegando que nuestro texto constitucional no da pie a que se interprete la existencia de varios derechos fundamentales.

⁸⁰² HERNÁNDEZ VALLE, R., *Constitución Política de Costa Rica. Comentada y Anotada*, Juricentro, San José, 1998, p. 94.

⁸⁰³ *Ibidem*, cit., p. 96.

⁸⁰⁴ Art. 29.2 del citado texto legal.

y en el derecho internacional, al señalar que la libertad de manifestar la propia religión o las propias convicciones estará sujeta únicamente a las limitaciones que prescriba la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas y los derechos y libertades fundamentales de los demás.

4.3 Cómo afecta la libertad religiosa en el ámbito penitenciario

Una vez atendidas las principales posiciones de la doctrina, lo más relevante es señalar que en todas ellas converge la idea de que compete al Estado establecer los medios necesarios para que el ejercicio de la libertad religiosa no se vea impedido. De ello se deduce que el Estado no es quien presta la asistencia religiosa, sino quien la hace posible⁸⁰⁵. La orientación preferente que sigo en el trabajo es la asistencia religiosa en situaciones especiales, atendiendo a los destinatarios en función del establecimiento en el que se encuentren, en este caso, el penitenciario, atendiendo al denominador común de variedad de establecimientos que existe. Lo que aquí interesa es que la actividad del Estado ha de ir encaminada a establecer unas condiciones necesarias para que las personas que se encuentran sujetas al régimen especial de sujeción puedan recibir la asistencia religiosa. Esto significa que el sujeto obligado es el Estado, el cual debe crear y facilitar las condiciones idóneas para hacer factible la realización de la asistencia religiosa.

a) Consideraciones generales. La figura del Capellán.

Como ya hemos reiterado en tantas ocasiones estamos ante un derecho civil e individual de todo ser humano, en consecuencia, por estar en prisión no significa la limitación del mismo, no sufre limitaciones ni por el contenido del fallo, ni por su condición de recluso. Quizás, el problema de mayor repercusión con el que se encuentran los Centros penitenciarios es el multiculturalismo, así como la falta de espacio para poder atender y desarrollar la Pastoral penitenciaria. Son muchos los que tratan de alcanzar el perdón y la reconciliación⁸⁰⁶. Pese a ello, ni en el ámbito penal ni en el penitenciario figuran el término perdón ni la reconciliación, tanto personal como social, lo que se pretende con la imposición de la pena es la retribución por el delito cometido, y la prevención tanto especial como general, es decir, prevenir la comisión de futuros delitos por parte del delincuente y prevenir en la sociedad la comisión de delitos

⁸⁰⁵ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho Eclesiástico del Estado*, cit., p. 533.

⁸⁰⁶ PAGOLA, J.A., *Evangelio y prisión. Claves para una evangelización en el mundo de la prisión*, Publicaciones Idatz, San Sebastián, Donostia, 1999; ECHANO, J.I., "Perspectiva jurídico-penal del perdón, en AA.VV. *El perdón en la vida pública*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1998.

en un plano general, como escarmiento o intimidación. Quizás lo más cercano al perdón es el fin último de toda prisión que es la resocialización del recluso, evitando, por tanto, que la pena privativa de libertad desocialice aún más a todo recluso.

Dentro de las prisiones hay parte de una comunidad que en el exterior es considerada como minoría religiosa⁸⁰⁷, con derechos reconocidos; de manera que se debe salvaguardar la igualdad y la no discriminación por motivos religiosos, así como garantizar el libre ejercicio de su religión y la libre formación de su conciencia. Es decir, desde el momento en que el ser humano toma conciencia de sí mismo, busca el libre desarrollo de su personalidad sobre la base de su propia libertad de pensamiento⁸⁰⁸, ambos son derechos fundamentales protegidos por la Constitución. En consecuencia, el hecho de que se proclame la libertad religiosa como derecho hace que se produzca una quiebra del modelo de sociedad unitaria y uniforme en lo social, cultural y religioso, que ha venido a ser sustituido durante el siglo pasado por un modelo abierto de sociedad intercultural y plurireligiosa, en el que la defensa de la identidad de los grupos se convierte en una exigencia de la convivencia democrática⁸⁰⁹, y esta diversidad también se encuentra en los Centros penitenciarios⁸¹⁰.

Por otro lado, en todo Centro penitenciario existen Capillas, pero qué pasa con el extranjero que tiene una religión distinta a la profesada en la cárcel⁸¹¹. En la actualidad,

⁸⁰⁷ FERRARI, S., "Introduction générale: Dossier: Nouveaux Mouvements religieux: problèmes juridiques", *Dossier de la Association Internationales pour la défense de la liberté religieuse, Conscience et liberté*, Berna, 1989; CONTRERAS MAZARÍO, J.M., "La protección internacional de las minorías religiosas: algunas consideraciones en torno a la Declaración de los derechos de las personas pertenecientes a minorías y al Convenio-marco sobre la protección de las minorías", *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XV, 1999, pp. 159-203.

⁸⁰⁸ PELAYO OLMEDO, J.D., "Notas para una revisión del actual sistema de relación Estado-Confesiones religiosas en España desde la perspectiva constitucional", *Religión, Religiones, identidad, identidades. Minorías*, cit., p. 265.

⁸⁰⁹ CONTRERAS MAZARÍO, J.M., "Estatuto jurídico-internacional de las minorías religiosas: un recorrido desde la sociedad de las naciones a la organización de las Naciones Unidas", *Religión, Religiones, identidad, identidades. Minorías*, cit., p. 106.

⁸¹⁰ La Recomendación del Consejo de Europa R (84) 12, de 21 de junio de 1984, relativa a los reclusos extranjeros, viene a indicar que deben estar amparado por una finalidad humanitaria, debido a las dificultades que tienen por la diferencia de lengua, de cultura, de costumbres y de religión.

⁸¹¹ Art. 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: "toda persona tiene derecho a la libertad de [...] conciencia y de religión. La exigencia humana de alcanzar un equilibrio interior también en esta difícil situación puede encontrar una ayuda decisiva en una fuerte experiencia de fe. Éste es uno de los motivos del valor del Jubileo en las cárceles: la experiencia jubilar vivida entre rejas puede conducir a inesperados horizontes humanos y espirituales. Jubileo del 2000. Los poderes públicos que, en cumplimiento de las disposiciones legales, privan de la libertad personal a un ser humano, poniendo como entre paréntesis un período más o menos largo de su existencia, deben saber que ellos no son señores del tiempo del preso. Del mismo modo, quien se encuentra encarcelado no debe vivir como si el tiempo de la cárcel le hubiera sido substraído de forma irremediable: incluso el tiempo transcurrido en la cárcel es

las distintas confesiones religiosas tienen participación en el ámbito penitenciario como atención moral y ética. Pero, a modo de reseña histórica en cuanto a los Capellanes, se debe recordar la Ordenanza General de los Presidios del Reino de 14 de abril de 1834 que dedicaría unos artículos a la figura del Capellán, en los artículos 158 y siguientes, así como en el artículo 160 se indica que éste “vivirá á ser posible dentro del presidio en pabellón correspondiente á su clase, inmediato á la iglesia ó capilla, cuyas llaves tendrá en su poder”, lo que indica que en cada Centro Penitenciario existía una capilla, al menos”. O el Decreto republicano 25 junio de 1873 donde se suprimieron las plazas de Capellanes de prisiones y fueron sustituidas por un maestro en cada prisión. Con posterioridad, el Decreto de 10 de mayo de 1874 por el que se establece el Reglamento para el régimen interior de la penitenciaría política, el cargo de Capellán recupera las competencias que venía desempeñando históricamente, siendo en el artículo 100 el que indicaba que “Tendrá a su cargo la dirección espiritual e instrucción oral y científica del penado, y estableciendo una lección diaria de lectura y escritura para los que la quieran recibir”.

La RO de 8 de octubre de 1883 por la que se aprueba el Reglamento provisional de la prisión celular de Madrid recoge en el artículo 32.5 el “contribuir a que los penados asuman el arrepentimiento, con especial referencia a la no reincidencia”, y en su artículo 34 regula la participación del Capellán en el diseño general de las actividades de incipiente tratamiento, indica que “cada año deberá entregar al Director una Memoria, en la que debe hacer constar las [...] observaciones que se le ocurran sobre el tratamiento penitenciario, en lo que se refiere a la corrección de los reclusos”. La Circular del Subsecretario del Ministerio de Gracia y Justicia de 9 de agosto de 1888, en la que se recoge que los Directores de los establecimientos penales y de cárceles se le encomienda la actividad religiosa de observancia de sus deberes y en lo que se refiere a los colaboradores debe contar con el concurso y auxilio, entre otros, del Capellán, del Médico y del Maestro.

El RD de 18 de mayo de 1903, por el que se regula el tratamiento correccional de los penados, en su artículo 7.7 atribuye al Capellán la elaboración del informe acerca de sus ideas morales, sentimientos e instrucción religiosa, siendo el artículo 17 del

tiempo de Dios y como tal ha de ser vivido. Es aquí cuando hay que decir se produce una discriminación, vulneración y limitación de los derechos de los presos extranjeros.

mismo texto el que fija los aspectos que ha de contener dicho informe respecto de los reclusos.

En palabras de Soler y Labernia “el Capellán, cumpliendo las sabias máximas cristianas, pone al reo en condiciones de corrección mediante la educación moral”⁸¹². Y, por último, el RD de 5 de mayo de 1913, Ordenanza de prisiones españolas, establece en su artículo 114 las obligaciones del Capellán, entre las que destaca: “asistir puntualmente a las sesiones que la Junta de disciplina celebre [...] llevando cuantas observaciones le sugiere su celo y que tengan por objeto el mejoramiento general y particular de los reclusos y la conservación del orden y la disciplina de la Prisión”.

Actualmente, desde hace unos años, cuando fallece algún Capellán del Cuerpo de Funcionarios, su plaza ya no sale a oposición. Algunas plazas quedan vacantes, otras, se cubren por contratos interinos, eventuales. De todos modos, dentro de sus funciones les compete celebrar la Eucaristía y administrar los sacramentos a los reclusos; dirigir la catequesis y dar charlas sobre temas de dogma, moral y formación humana; visitar a los presos a su ingreso en el establecimiento y dedicar al menos una hora al día para recibir en su despacho a aquellos que deseen exponerle las dudas y problemas que les afecten y acudir al establecimiento cuando fueren requeridos por el Director o quien haga sus veces. En consecuencia, García Valdés señala que el cargo de Capellán se constituyó en otra de las claves decimonónicas sobre las que basculaba toda la vida y régimen de un establecimiento penitenciario y, por consiguiente, todo lo relacionado con la corrección y enmienda del penado, aunque en principio su misión estaba enfocada hacia el auxilio espiritual, lo cierto es que tuvo una participación activa y decisiva en el devenir de la vida penitenciaria [...]”⁸¹³.

4.4 El derecho a la asistencia religiosa

⁸¹² SOLER Y LABERNIA, J., *Nuestras cárceles, presidios y casas de corrección*, Madrid, 1906, p. 67, citado por GARCÍA VALDÉS, C., *La ideología correccional de la reforma penitenciaria española del siglo XIX*, Edisofer, Madrid, 2006, p. 109.

⁸¹³ GARCÍA VALDÉS, C., *La ideología correccional de la reforma penitenciaria española del siglo XIX*, cit., p. 107.

El Reglamento Penitenciario, a pesar de hablar de libertad religiosa, lo incluye bajo la rúbrica de *asistencia religiosa*⁸¹⁴, esta asistencia es uno de los derechos comprendidos en la libertad religiosa, el practicar el culto que deseen. La Constitución no recoge expresamente la asistencia religiosa, pero sí la LOLR en su artículo 2.1 b) “la libertad religiosa y de culto [...] comprende [...] el derecho de toda persona a: b) practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión [...]”.

Esta asistencia comprende el derecho de los Ministros de una confesión a realizar las actividades que le son propias, sean de culto, diferentes ceremonias, etc., de acuerdo a las reglas o cánones básicos de la misma, y, además, de suyo, el derecho del creyente a recibir esa asistencia, de acudir a esos ritos, a las ceremonias de su culto⁸¹⁵. Implica, además, que el Estado ha de promover las condiciones necesarias para garantizar que las personas reciban la asistencia religiosa deseada, de no ser así la libertad religiosa se vería dañada. En la ya mencionada STC 24/1982, se reconoce el derecho a la asistencia religiosa como un derecho comprendido en la libertad religiosa. Ese derecho surgió en los Centros penitenciarios en el siglo XIX pero no con una función de corrección. La principal preocupación en el ámbito penitenciario es que, como derecho fundamental que se trata, el respeto a los principios de igualdad y no discriminación⁸¹⁶, ambos principios, operan como base para la protección de cualquier derecho humano.

⁸¹⁴ Art. 230 del RP.

⁸¹⁵ MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J., *Constitución y libertad religiosa en España*, cit., pp. 351-352.

⁸¹⁶ Incluso así lo indica el Protocolo N° 12 al Convenio Europeo para la protección de los Derechos humanos y de las Libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 2000, en su art. 1: “El goce de cualquier derecho previsto por la ley debe ser asegurado, sin discriminación alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación [...]”.

Es el artículo 54 de la LOGP⁸¹⁷ el que regula la asistencia religiosa, siendo la Administración la que garantizará la libertad religiosa y facilitará los medios para que dicha libertad pueda ejercitarse. Esta garantía, se basa, en función del artículo 9.2 de la CE: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud [...]”, corroborado por el artículo 2.3 de la LO 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, al decir “el Estado no es quien presta la asistencia religiosa, sino sólo el que la hace posible”, y el artículo 230 del RP, que estipula que “Todos los internos tendrán derecho a dirigirse a una confesión religiosa registrada para solicitar su asistencia siempre que ésta se preste con respeto a los derechos de las restantes personas. En los Centros podrá habilitarse un espacio para la práctica de los ritos religiosos. Ningún interno podrá ser obligado a asistir o participar en los actos de una confesión religiosa. La Autoridad penitenciaria facilitará que los fieles puedan respetar la alimentación, los ritos y los días de fiesta de su respectiva confesión, siempre que lo permitan las disponibilidades presupuestarias, la seguridad y vida del Centro y los derechos fundamentales de los restantes internos. En todo lo relativo a la asistencia religiosa de los internos se estará a lo establecido en los acuerdos firmados por el Estado español con las diferentes confesiones religiosas”⁸¹⁸.

Atendiendo a estos preceptos, la Administración penitenciaria tiene por misión hacer real y efectivo el reconocimiento del derecho fundamental de libertad religiosa, así como remover los obstáculos que lo impidan. Una manera que ha tenido la Administración de promover la eficacia del derecho es con la existencia de relaciones de cooperación con confesiones religiosas.

⁸¹⁷ De otra parte, también se regula en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los reclusos, son las Reglas 41 y 42 las que se encargan de la religión, que vienen a decir que se nombrará o admitirá un representante autorizado de ese culto para organizar periódicamente servicios religiosos y efectuar, cada vez que corresponda, visitas pastorales particulares a los reclusos de su religión. Nunca se negará a un recluso el derecho de comunicarse con el representante. Dentro de lo posible, se autorizará a todo recluso a cumplir los preceptos de su religión, permitiéndosele participar en los servicios organizados en el establecimiento y tener en su poder libros piadosos y de instrucción religiosa de su confesión. La Regla 29 es la que señala el contenido del derecho a la libertad religiosa en el ámbito penitenciario, complementándose este contenido con lo indicado en la Regla 22 del mismo texto según el cual “todo interno debe disponer de un régimen alimenticio adecuado a su religión”.

⁸¹⁸ Con fecha 20 de diciembre de 2006 tras una pregunta del grupo parlamentario popular el gobierno facilitó el número de ministros de culto autorizados por la DGIP, así la lista consistía en 135 ministros católicos, 147 pertenecientes a Testigos de Jehová, 257 evangélicos, 13 islámicos, 3 judíos y 99 de otras confesiones religiosas. Lo que me lleva a indicar que para poder ejercer culto en las Instituciones penitenciarias tienen que ser autorizadas por la Dirección General de las mismas, pudiéndose concluir que la garantía y la efectividad del derecho fundamental de libertad religiosa de los presos dependen de las autoridades penitenciarias.

De otro lado, la Orden de 24 de noviembre de 1993, que publica el Acuerdo sobre a Asistencia religiosa Católica en Establecimientos penitenciarios⁸¹⁹, y atendiendo concretamente al artículo 1.1 indica que “el Estado garantiza el ejercicio del derecho a la asistencia religiosa de las personas internadas en establecimientos penitenciarios”, lo hace salvaguardando el derecho a la libertad religiosa de las personas y con el debido respeto a sus principios religiosos y éticos. Es el artículo 2 el que detalla las actividades que ha de prestar la asistencia religiosa en los Centros penitenciarios⁸²⁰. Por último, destacar el artículo 5.1 al indicar que corresponderá a la DGIP “la cobertura económica de las prestaciones de asistencia religiosa católica, tanto en lo relativo a gastos materiales, como de personal [...]”, lo que significa que no gozan todos de la misma igualdad porque depende de los recursos económicos que posea cada Institución penitenciaria.

De manera que unos tendrán mejores instalaciones religiosas que otros y otros tendrán un número diferente de dependencias religiosas, esto es a lo que se refiere la asistencia católica, mas si no hay recursos económicos para crear capillas católicas posiblemente serán más escasos los destinados a profesar otras religiones. Caracterizándose todo ello en que profesar otras religiones en los Centros penitenciarios no está prohibido, prueba de ello es la aprobación del RD 710/2006, de 9 de junio, de desarrollo de los Acuerdos de Cooperación firmados por el Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Judías de España y la Comisión Islámica de España, en el ámbito de la asistencia religiosa penitenciaria, amparándose en el artículo 54 de la LOGP que regula la asistencia religiosa “La administración garantizará la libertad religiosa de los internos y facilitará los medios para que dicha libertad pueda ejercitarse”.

⁸¹⁹ Parte de la doctrina entiende que si existe acuerdos entre el Estado y las distintas religiones, no se observa el principio de neutralidad del Estado frente a las ideas y creencias religiosas.

⁸²⁰ De forma resumida consiste en la celebración de la Santa Misa, visita a los presos así como recepción en su despacho, por parte del Sacerdote encargado; instrucción y formación religiosa y asesoramiento en cuestiones religiosas y morales, y colaboración en la humanización de la vida penitenciaria.

En el mismo sentido, en la LOLR 7/1980, de 5 de julio ⁸²¹, concretamente el artículo 2.3 indica que los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa, entre otros centros, en los Establecimientos públicos penitenciarios bajo su dependencia⁸²². Por último, es la Instrucción 6/2007, de 21 de febrero de la DGIP, la que ha desarrollado la asistencia religiosa en Centros penitenciarios, detallando como actividades del culto religioso el ejercicio del culto, prestación de servicios rituales, instrucción y asesoramiento moral y religioso, y en su caso, las honras fúnebres⁸²³.

La doctrina se ha pronunciado con respecto a la asistencia religiosa. En este sentido, para Rodríguez Blanco⁸²⁴ hay cuatro modelos que se resumen en a) integración orgánica, en la que la asistencia religiosa se configura como un servicio público a cargo de Capellanes o ministros de culto integrados en la función pública, bien como funcionarios o bien como personal contratado laboral o administrativamente; b) concertación, está basado en un convenio entre la confesión religiosa y la institución o establecimiento con base en el cual se crea un servicio de asistencia religiosa estable con el personal y los medios materiales necesarios; c) libertad de acceso, supone permitir el acceso de las confesiones religiosas a los centros o instituciones para que presten asistencia religiosa, sin que se cree un servicio estable de asistencia religiosa a cargo del centro o institución; y, d) libertad de salida, que conlleva que el interno en un establecimiento o el miembro de una institución atienda sus necesidades religiosas en el exterior o al margen de la institución a la que pertenece. La posibilidad de elegir un modelo u otro le corresponde a los poderes públicos respetando los derechos fundamentales.

⁸²¹ Deroga la anterior Ley 44/1967, de 28 de junio.

⁸²² De la citada Ley destaca el art. 10.1 en cuanto a los locales, pudiéndose habilitar en los Centros penitenciarios en función de las solicitudes existentes, pudiendo ser destinados espacios de usos múltiples, lo que responde a no necesitar necesariamente recursos económicos excesivos para habilitar una dependencia para otro uso distinto al determinado con anterioridad.

⁸²³ Con anterioridad regía la Circular 04/1997, de 17 de marzo, sobre asistencia religiosa. La nueva Instrucción añade, además lo contenido en el RD 710/2006, de 9 junio de desarrollo de los Acuerdos de Cooperación firmados por el Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Judías de España y la Comisión Islámica de España, en el ámbito de la asistencia religiosa penitenciaria. La Orden de 24 de noviembre de 1993, publica el Acuerdo sobre a Asistencia religiosa católica en Establecimientos penitenciarios.

⁸²⁴ RODRÍGUEZ BLANCO, M., *La libertad religiosa en Centros Penitenciarios*, Ministerio de Interior, Madrid, 2008, p. 71.

De manera que, la libertad religiosa en las cárceles se concibe como un caso particular, por el estatus que ocupa el sujeto, del derecho de libertad religiosa. Este carácter particular se deriva por la especial dificultad que la privación de libertad supone para el ejercicio del derecho de libertad religiosa, circunstancia que obliga a los poderes públicos a arbitrar soluciones específicas en condiciones de la mayor igualdad posible con el resto de los ciudadanos libres, toda vez que estamos ante un Estado social que no se encuentra caracterizado por el simple reconocimiento de todo derecho fundamental o libertad pública.

La fundamentación es que debemos partir de la idea de que estamos ante un Estado social y democrático de Derecho, esto supone que no estamos sujetos a la libertad religiosa como principio de organización del Estado, sino que es un derecho fundamental de libertad. Al no ser una expresión institucional, sino que se encuentra apoyada en atención a la conciencia de cada ser humano, basada en la dignidad del hombre, no existe ningún principio limitativo del derecho fundamental de libertad religiosa, de manera que el Estado no actúa como límite al derecho en cuestión sino que permite su mayor libertad posible.

Esta tesis abarca al ámbito penitenciario, supone que el Estado y en este caso la Administración penitenciaria debe dejar libertad en cuanto al ejercicio del derecho fundamental, debe, además, facilitar el ejercicio del mismo debido a la imposibilidad que tiene el recluso en un sitio arquitectónico cerrado y limitado por los muros, asimismo por el orden y la seguridad. La diversidad ideológica que existe en la sociedad también la encontramos en la cárcel, siendo evidente que los presos son ciudadanos de la sociedad. La realidad de que el Estado español sea laico supone neutralidad por parte del Estado en cuanto a imposición de una religión y consecuencia obligada de la igualdad en la libertad. Supone, además que los ciudadanos, en el ejercicio de su derecho de libertad religiosa, actúan con inmunidad de actuación del Estado y, en este caso, de la Administración penitenciaria, no debiendo suponer el ejercicio del derecho un efecto negativo en la reinserción social de los reclusos. Esta neutralidad, supone una garantía real y efectiva de establecer una igualdad sin discriminación. Además supone una cooperación entre Iglesia y Estado, y sobre todo Iglesia-Administración penitenciaria ya que como he advertido con

anterioridad la limitación por la privación de libertad en cuanto a circulación hace que el recluso no tenga tantas posibilidades de profesar su religión, sino que ésta tiene que venir a los muros de la cárcel.

De otro lado, el hecho de que en las cárceles exista un *servicio religioso* no supone la obligatoriedad de asistencia a los actos religiosos, esta obligatoriedad fue suspendida desde el 23 de abril de 1931 al anular el artículo 29 del Reglamento de Prisiones. En suma, lo que estas libertades encierran es que debido al carácter especial de privación de libertad de los reclusos los poderes públicos deben garantizar en base al carácter particular especial de la cárcel el ejercicio de su derecho de libertad religiosa, circunstancia que obliga a los poderes a buscar soluciones específicas a fin de remover los obstáculos que impidan o dificultan el ejercicio real y efectivo, en las condiciones de la mayor igualdad posible con el resto de los ciudadanos.

4.5 Subcultura religiosa carcelaria

Un sector doctrinal habla de *subcultura religiosa carcelaria* -García Martínez⁸²⁵-. Desde esta perspectiva, se considera que existe una cultura carcelaria⁸²⁶ y una subcultura religiosa, “al definir subcultura se responde a una representación más operativa y contextualizada que el propio de cultura, ya que se apuntan las características específicas de ciertos grupos sociales [...], estos rasgos peculiares otorgan al colectivo social una identidad muy acusada”. En sentido similar, Bergalli⁸²⁷ habla de “una subcultura caracterizada porque implica la existencia central de

⁸²⁵ GARCÍA MARTÍNEZ, J., *Sociología del hecho religioso en prisión*, Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 2000, pp. 30 y ss.

⁸²⁶ Fue John Irwin y Donald Cressey quienes comentaban que “en el rápido crecimiento de la literatura acerca de la organización social de las instituciones correccionales, ha llegado a ser común tratar la cultura de la prisión y la cultura de los internos en términos que sugieren que el sistema de conducta de varios tipos de internos es el resultado de las condiciones de encarcelamiento”, IRWIN, J. y CRESSEY, D., “Thieves, convicts, and the inmate cultura”, en BECKER, H.S., (ed.), *The other Side. Perspectives on deviance*, The Free Press of Glencoe, Nueva York, 1964, p. 225. Por su parte, Kaufmann, considera que la *subcultura de los internos* es un concepto que exterioriza en forma más clara de que en la práctica son solo los internos quienes practican la subcultura, mientras que el término subcultura de la prisión es más apropiado en aquellos casos en que lo expresado incluye especialmente también la subcultura en los establecimientos penales, KAUFMANN, H., *Criminología. Ejecución penal y terapia social*, Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 1. En nuestro caso el punto de interés de nuestra investigación no está puesto en la subcultura de la Institución penitenciaria en sí sino, exclusivamente, en la subcultura que han logrado forjar los reclusos.

⁸²⁷ BERGALLI, R., *La recaída en el delito, modos de reaccionar contra ella*, Sertesa, Barcelona, 1980, p. 207.

valorativos o un sistema de valores sociales, apartado de un sistema central de valores más amplios [...] la existencia de valores compartidos da lugar a su aprendizaje, adopción y difusión por los partícipes de la subcultura”.

El argumento que defiende la doctrina es que, en esta *subcultura religiosa carcelaria*, existen los distintos elementos que integran la cultura religiosa, esto es, las creencias, actitudes, usos y costumbres⁸²⁸. En opinión de Mapelli⁸²⁹, la religión juega un papel muy relevante en el equilibrio psicológico de las personas privadas de libertad por lo que favorecer el acceso a ella se debe de garantizar. Y esa garantía debe incluir a todos los presos con independencia del grado en el que se encuentren. No obstante, éste derecho como cualquier otro confronta con el ambiente o entorno carcelario. Lo característico de la libertad religiosa en los Centros penitenciarios es la interiorización que cada preso realiza, prima el factor persona, por lo que tienen como base pautas o modelos preexistentes de conducta religiosa institucional⁸³⁰.

La práctica de la libertad religiosa en los Centros penitenciarios no forma parte del tratamiento penitenciario, aunque no faltan autores en la doctrina española que consideran que las actividades religiosas son una parte esencial del tratamiento penitenciario -Cuello Calón⁸³¹-, sino simplemente una garantía de un derecho fundamental. En contraposición están los autores que consideran que “La asistencia religiosa no se concibe como elemento de la educación, sino [...] como aspecto de la libertad de los internos” -Bueno Arús⁸³²-. Por su parte, Howard consideró la práctica de la religión como uno de los medios más eficaces para la reforma moral de los reclusos⁸³³. Howard convirtió la asistencia religiosa en uno de los puntos fundamentales

⁸²⁸ GARCÍA MARTÍNEZ, J., *Sociología del hecho religioso en prisión*, cit., p. 30 y ss.

⁸²⁹ MAPELLI CAFFARENA, B., “Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, nº. 8, 2006, por otro lado, afirma que “velar por la libertad de religión significa también evitar que determinadas sectas religiosas muy activas en el mundo de las prisiones, a través de ONG’s, asuman competencias indirectas que condicionan la obtención de ciertos permisos de salida” (p. 21).

⁸³⁰ GARCÍA MARTÍNEZ, J., *Sociología del hecho religioso en prisión*, cit., p. 33.

⁸³¹ CUELLO CALÓN, E., *La moderna penología*, Bosch, Barcelona, 1958, pp. 393-403; GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de Ciencia Penitenciaria*, Edersa, Madrid, 1983, pp. 405 y ss.

⁸³² BUENO ARÚS, F., “Notas sobre la Ley General Penitenciaria”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº. 220-223, 1978, p. 127; FEELEY M. y SIMÓN, J., “The New Penology: notes on the Emerging Strategy of Corrections and its Implications”, *Criminology*, nº. 30, 1992.

⁸³³ GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de Ciencia penitenciaria*, cit., pp. 86 y ss.; RODRÍGUEZ BLANCO, M., *La libertad religiosa en Centros Penitenciarios*, cit. p. 71.

de su sistema carcelario, proponiendo que en todas las prisiones hubiese un Capellán y que se practicasen los domingos y dos días por semana unas prácticas religiosas y la lectura de los libros santos, antes de las comidas⁸³⁴. Siempre el régimen penitenciario ha tenido un sentido religioso, en el sentido de buscar la reconciliación con Dios y consigo mismo⁸³⁵. En la actualidad, la asistencia religiosa no ocupa el mismo lugar que históricamente, Bueno Arús⁸³⁶ afirma que “la influencia religiosa puede ser un factor moralizador de costumbres y hábitos de los internos con el que hay que contar en los establecimientos penitenciarios de nuestros días”.

Se indica, asimismo, que el ejercicio de la libertad religiosa en Centros penitenciarios se debe ajustar a las características propias de la relación jurídica existente entre el recluso y la Administración penitenciaria, que conlleva, necesariamente, una restricción de los derechos fundamentales de los internos⁸³⁷. Así como, de otro lado, no cabe la discriminación por motivos religiosos, siendo definido como “la prohibición de cualquier acción de preferencia, restricción, exclusión o distinción por motivos religiosos que tengan por objeto o por resultado la supresión o menoscabo de aquella igualdad en la titularidad y en el ejercicio del único y mismo derecho de libertad religiosa y del resto de los derechos y libertades”⁸³⁸. No obstante, el principio de libertad religiosa no significa que todos hayan de profesar la misma religión, sino en igualdad de condiciones. Para Martínez Escamilla⁸³⁹, las

⁸³⁴ HOWARD, J., *Etat des prisons, des hôpitaux et de maisons de forcé*, París, 1788, p. 56; GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de Ciencia Penitenciaria*, cit., p. 405.

⁸³⁵ GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de Ciencia Penitenciaria*, cit., p. 406. D’AVACK, P.A., *Il problema storico giuridico della libertà religiosa*, Bulzoni, Roma, 1966. En lo que respecta a España, el principal exponente lo encontramos en el siglo XVI, a través de las obras de Cristóbal de Chaves y Cerdán de Tallada nos han llegado noticias de que las prisiones tenían una capilla y un capellán.

⁸³⁶ BUENO ARÚS, F., *Notas sobre la Ley General Penitenciaria: comentarios, jurisprudencia, concordancias, doctrina*, Colex, Madrid, 2005, p. 17, concibe la asistencia religiosa no como elemento de la educación, sino como aspecto de la libertad de los internos garantizada por la Administración. Por otro lado, afirma la necesaria supresión del Cuerpo de Capellanes funcionarios porque no encaja en un sistema pluralista.

⁸³⁷ RODRÍGUEZ BLANCO, M., *La libertad religiosa en Centros penitenciarios*, cit. p. 60; ARMIJO, E., “Belief Behind Bars: Religious Freedom in Prison, RLUIPA, and the Establishment Clause”, *Journal on Criminal and Civil Confinement*, New England, vol. 31, 2005; GAUBATE, D.L., “RLUIPA and Four: Evaluating the Success and Constitutionality of RLUIPA’S Prisoner Provisions”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 28, 2005; MARTÍNEZ-TORRÓN, J., “Limitations on Religious Freedom in the Case Law of the European Court of Human Rights”, *Emory International Law Review*, vol. 19, 2005.

⁸³⁸ VILADRICH, P.J., “Ateísmo y libertad religiosa en la Constitución española de 1978”, cit., p. 72.

⁸³⁹ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La suspensión e intervención de las comunicaciones del preso: un análisis constitucional del artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria*, Tecnos,

comunicaciones con Sacerdotes o Ministros de la religión del preso, reconocidas en el artículo 51.3 de la LOGP, pueden contemplarse como ejercicio de libertad religiosa y de culto que garantiza el artículo 16.1 de la CE. El respeto a la religión supone también el régimen alimenticio ya que se tienen que tener en cuenta sus convicciones personales, filosóficas y religiosas⁸⁴⁰.

Mención especial merece el sentido de la religión como un elemento de la educación, de manera que en los Centros penitenciarios debía haber un Capellán el cual debía enseñar religión en la escuela, es decir, se exigía una “educación mínima religiosa”⁸⁴¹, suponiendo el desarrollo de la personalidad. Lo que se pretende es que no exista una discriminación por razones religiosas en la consecución del objetivo de la pena privativa de libertad, que no es otro que el ya indicado, la reeducación y reinserción social de todos y cada uno de los reclusos. En suma, esta libertad religiosa supone la prohibición de toda actividad terapéutica que no garantice neutralidad ideológica y no sea libremente aceptada por el recluso⁸⁴².

CAPÍTULO VI

LOS DERECHOS DE LOS PRESOS RELATIVOS A LA SEGURIDAD

Madrid, 2000, p. 42.

⁸⁴⁰ Arts. 21.1 de la LOGP y 226.1 del RP.

⁸⁴¹ Ver BUENO ARÚS, F., “Aspectos positivos y negativos de la legislación penitenciaria española”, Conferencia pronunciada en el Colegio Mayor Universitario La Salle de Zaragoza el 21 de marzo de 1979, *Cuadernos de Política criminal*, 1979, p. 7. El sentido de la religión como un elemento de la educación era concebido hasta 1968.

⁸⁴² MAPELLI CAFFARENA, B., “Tendencias modernas en la Legislación penitenciaria”, en VV.AA., *Derecho Penitenciario y Democracia*, Fundación El Monte, Sevilla, 1993, p. 34.

1. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD COMO SANCIÓN PENAL

1.1 Consideraciones generales

Partiendo de las palabras de Gudín⁸⁴³, quien asevera que no puede existir un auténtico amor a la libertad sin que exista un paralelo respeto al orden; la seguridad que proporciona el orden nos permite alcanzar elevados niveles de independencia. Toda convivencia exige una ecuación entre estas dos variables libertad y orden-seguridad y, siguiendo con Bentham⁸⁴⁴, cuando afirma que el objeto principal de las leyes es el cuidado de la seguridad.

Doctrinalmente se ha discutido si la seguridad es el valor máximo del derecho o lo es la justicia. Desde un positivismo extremo se ha sostenido que la seguridad es valor primario del derecho, la razón de ser del mismo, que surge precisamente para otorgar seguridad a los ciudadanos. La seguridad proporcionada por el derecho es el valor más urgente, *conditio sine qua non* de los demás valores⁸⁴⁵. Peces-Barba habla de la seguridad como principio de organización⁸⁴⁶, afirmando, además, que es un concepto complejo que evoca tranquilidad, ausencia de miedo y de violencia, pero que entronca también con servidumbre, con conformismo y con ausencia de iniciativa y de libertad⁸⁴⁷. Sin entrar a establecer un recorrido histórico sobre el concepto de seguridad jurídica, sí se debe decir que en nuestra Constitución se recogen tres acepciones de la seguridad jurídica: como principio general en el Preámbulo; como seguridad ciudadana en el artículo 17.1 de la CE, y como condición jurídica en el artículo 9.3⁸⁴⁸.

⁸⁴³ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Cárcel electrónica. Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 9.

⁸⁴⁴ NÚÑEZ, T., *Ciencia social según los principios de Bentham*, Real, Madrid, 1835, p. 351, afirma que se trata de un bien inestimable, y que sin leyes no hay seguridad.

⁸⁴⁵ SORIANO, R., *Valores jurídicos y derechos fundamentales*, Mad, Sevilla, 1999, p. 15.

⁸⁴⁶ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 161 y ss.

⁸⁴⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “La seguridad jurídica desde la Filosofía del Derecho”, *Anuario de Derechos Humanos*, nº. 6, 1990, p. 215. En otro sentido, BERKY, R., *Security and Society. Reflections on Law, Order and Politics*, J. Rent y Sons Ltd, Londres, 1986; PÉREZ LUÑO, A.E., *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1994; ARCOS RAMÍREZ, F., *La seguridad jurídica: una teoría formal*, Dykinson, Madrid, 2000.

⁸⁴⁸ Ver a MARTÍNEZ ROLDÁN, L. y FERNÁNDEZ SUÁREZ, J.A., *Curso de Teoría del Derecho y Metodología jurídica*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 197; MARCOS DEL CANO, A.M., “La seguridad jurídica: su configuración actual”, en VV.AA. *Teoría y metodología del Derecho*. Estudios en

A efectos de nuestro estudio, nos interesa concretar que analizaré la seguridad en los Centros penitenciarios. Considerando que es un derecho que, en éste caso, sólo puede predicarse de la persona que está sometida a la privación de libertad y está relacionado con el derecho a la integridad física y moral, y el derecho a la intimidad. Igualmente, conviene aclarar que, aunque la pena, y en su caso la pena de prisión, sea la forma más antigua de las sanciones por la comisión de un delito, no es la única, se permite la aplicación de medidas de seguridad⁸⁴⁹. Pese a ello, no voy a centrarme en cuanto a la sustitución de la pena privativa de libertad por medidas de seguridad⁸⁵⁰ ni tampoco en la aplicación de una medida de seguridad diferenciándola de la pena⁸⁵¹, sino a las medidas de seguridad llevadas a cabo en las Instituciones penitenciarias. En sentido singular, Grasso⁸⁵² sostiene que la distinción entre pena y medida de seguridad sólo puede comprenderse desde la óptica de la escuela clásica o, al menos, de aquellas orientaciones de la escuela clásica que asignan a la pena una función de retribución y/o prevención general y a la medida de seguridad, exclusivamente una función de prevención especial. Tal distinción aparece como “irracional y arbitraria”, tanto para los seguidores de la pena-fin como, *a fortiori*, para quienes, en la línea de la Escuela positiva, se inclinan por un sistema monista de medidas orientado a una función unitaria de defensa social y apoyado en una noción unitaria de sanción penal.

Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba, vol. II, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 770-771; FERNÁNDEZ SEGADO, F., “El derecho a la libertad y a la seguridad personal”, *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº. 4, 2000, pp. 53-98; SEGOVIA, J.L., ÁLVAREZ JUANRRANZ, A., y VITORIA, A., *Otros caminos para la seguridad ciudadana: Análisis y propuestas sobre 120 personas reinseridas e indultadas*, Centro de Estudios Sociales de la Coordinadora de Barrios, Madrid, 2003.

⁸⁴⁹ En nuestro Ordenamiento jurídico penal no se considera a la pena como única respuesta punitiva a la comisión de un hecho delictivo, sino que se acoge a un sistema dualista de sanciones penales, es decir, junto a las penas se prevé las medidas de seguridad. Frente a las teorías penales monistas propias del siglo XIX en las que consideraban a la pena como único medio de lucha contra el delito, surgiendo, en los siglos posteriores, la medida de seguridad como instrumento para afrontar la peligrosidad criminal de los delincuentes, fue Carl Stoops autor del proyecto del Código penal suizo de 1893, por influencia de la Escuela Positiva italiana, quien propuso las medidas de seguridad.

⁸⁵⁰ Para ello hay una amplia bibliografía, entre ellas ROCA AGAPITO, L., *El sistema de sanciones en el Derecho penal español*, Bosch, Barcelona, 2007.

⁸⁵¹ Para ello me remito a SÁNZ MORÁN, A.J., *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2003, o con anterioridad CUELLO CALÓN, E., *La moderna penología*, Barcelona, 1958, o “las medidas de seguridad”, *ADPCP*, 1956. La doctrina dominante mantiene la necesaria separación entre penas y medidas.

⁸⁵² GRASSO, G., en ROMANO, GRASSO y PASOVANI, *Commentario sistematico del Codice penale*, t. III, nº. marginal 4 a 7, Milán, 1994, pp. 356-358.

Tratándose de un derecho fundamental, analizaré una serie de situaciones y actuaciones llevadas a cabo en las cárceles por motivos de seguridad que, incluso, llegado el caso, pueden suponer una vulneración a la integridad moral y/o física del preso y una vulneración al derecho fundamental de la intimidad, como anteriormente he manifestado⁸⁵³.

Por otro lado, se encuentran las “medidas penales” (art. 1 de la LOGP), y en razón del mismo podemos advertir que una medida penal es más extensiva que las medidas de seguridad. Recogida ésta en la Constitución, se puede entender que acoge a medidas asistenciales curativas y de rehabilitación que, en puridad, no son medidas asegurativas⁸⁵⁴.

1.2 Concepto de seguridad

Definida la *pena* en el Capítulo correspondiente, resta aquí ver lo que se entiende por *seguridad* y la diferencia con la medida de seguridad. Partiendo de la concepción establecida en el Diccionario de la RAE, podemos afirmar que por *seguridad* se entiende o hace referencia a la calidad de estar seguro, libre de riesgo. Y, en el ámbito penitenciario, afirmamos que por *seguridad* en los Centros penitenciarios conforma aquel conjunto de medidas, preventivas, que la Administración penitenciaria dispone para asegurar la presencia física del preso en el Centro, evitando, por tanto, la fuga y evitando que los bienes jurídicos fundamentales de los presos sean atacados o puestos en peligro en el interior del Centro. Asegurando, en consecuencia, el buen orden regimental⁸⁵⁵ y la convivencia ordenada y, finalmente, garantizar la incolumidad física de la prisión de potenciales ataques dirigidos desde el exterior⁸⁵⁶.

⁸⁵³ DE CASTRO CID, B., *Reconocimiento de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1982, p. 227; PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1995, pp. 245 y ss.

⁸⁵⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Funciones y fines de las instituciones penitenciarias”, en COBO DEL ROSAL, M., (dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M., (coord.), *Comentarios a la Legislación penal*, t. VI, vol. I, Edersa, Madrid, 1986, pp. 28-29, citando a GARCÍA VALDÉS, C. y BERISTAIN IPIÑA, A., *Comentarios a la legislación penitenciaria*, Cívitas, Madrid, 1982, p. 34. Aún así, García-Pablos considera que la terminología es poco acertada.

⁸⁵⁵ Este buen orden también se encuentra regulado en las RPE concretamente en la Regla 49 viniendo a decir que debe de estar mantenido teniendo en cuenta las necesidades de la seguridad, el aseguramiento y la disciplina, garantizando siempre a los detenidos unas condiciones de vida que respeten la dignidad humana y ofertando un programa completo de actividades.

Con esta perspectiva se debe subrayar el principio de que toda agrupación humana necesita un orden y una disciplina para hacer posible una convivencia ordenada y, la prisión, como agrupación humana que es, no puede constituir una excepción a tal principio⁸⁵⁷. En suma, como afirma Garrido Guzmán, es fundamental la disciplina en los Establecimientos penitenciarios para el desarrollo de las demás actividades, como es fundamental que se consiga sin ninguna vejación ilícita, salvaguardando, en todo momento, los derechos humanos de los reclusos⁸⁵⁸. A mayor abundamiento, Taft afirma que, la población de una prisión está compuesta en modo desproporcionado de hombres que han demostrado una escasa capacidad de autodisciplina. Por ello, la disciplina se convierte en el eje principal, no sólo de la convivencia en los establecimientos penitenciarios, sino de todo programa de tratamiento⁸⁵⁹. Por su parte, Peces-Barba⁸⁶⁰ define la *seguridad* como la moral que hace posible la librada a través del Derecho, supone la creación de un ámbito de certeza, de saber a qué atenerse, que pretende eliminar el miedo y favorecer un clima de confianza en las relaciones sociales, entre los seres humanos que intervienen y hacen posibles esas relaciones.

En este sentido, y atendiendo a la Exposición de Motivos del Reglamento Penitenciario, recuerda que la privación de libertad puede generar grupos minoritarios de reclusos con un alto potencial de desestabilización de la seguridad y el buen orden de los Establecimientos penitenciarios. Además, para atender las necesidades de tratamiento e incentivar su adaptación al régimen ordinario, sus limitaciones regimentales son menos severas que las fijadas para el régimen de cumplimiento de la sanción de aislamiento en celda, por entenderse que el régimen cerrado, aunque contribuye al mantenimiento de la seguridad y del buen orden regimental, no tiene naturaleza sancionadora, sino que se fundamenta en razones de clasificación penitenciaria en primer grado. En sentido amplio, tanto la Ley como el Reglamento Penitenciarios establecen medidas de seguridad para el propio Centro⁸⁶¹. Consecuencia

⁸⁵⁶ TÉLLEZ AGUILERA, A., *Seguridad y disciplina penitenciaria, Un estudio jurídico*, Edisofer, Madrid, 1998, p. 91.

⁸⁵⁷ GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de Ciencia Penitenciaria*, Edersa, Madrid, 1983, p. 379.

⁸⁵⁸ Como indica la Regla 52.2 de las RPE “Debe existir un protocolo para garantizar la seguridad”.

⁸⁵⁹ TAFT, B.D., *Criminology*, Nueva York, 1970, citado por GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de Ciencia penitenciaria*, cit., p. 380.

⁸⁶⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Lecciones de Derechos Fundamentales*, cit., p. 161.

⁸⁶¹ Tener en cuenta los arts. 95 y ss., del CP que regulan las medidas de seguridad. Sobre estas cuestiones, RÍOS MARTÍN, J.C. y CABRERA CABRERA, P., *Mirando el abismo. El régimen cerrado*,

de ello es el artículo 1 de la LOGP al afirmar que el fin primordial de las Instituciones penitenciarias es la reeducación y reinserción, es por lo que para llegar a tal fin, en muchos casos es imprescindible establecer medidas de seguridad.

Observamos, pues, que la medida de seguridad en las prisiones es consecuencia de una situación de peligrosidad⁸⁶². Afinando un poco más la cuestión, hay quien entiende -Gálvez- que el derecho de seguridad exige la interdicción de medidas privativas o restrictivas de la libertad sin las garantías adecuadas, en dicho sentido, la seguridad personal sería antecedente necesario y soporte de la libertad material⁸⁶³. Para otros -Bueno Arús- “si la dignidad (derecho fundamental y fundamento a su vez de los demás derechos fundamentales de la persona, con arreglo al art. 10 de la CE) es límite de las actividades de orden y seguridad en los establecimientos penitenciarios, también el orden y la seguridad constituyen límites de los derechos fundamentales de los internos (con base en el art. 25.2 de la CE y en la LOGP), entre otros, en los siguientes casos: trabajo de losa preventivos, régimen disciplinario, aislamiento en celda, permisos de salida, comunicaciones y visitas, visitas íntimas, tenencia de objetos en poder de los internos”⁸⁶⁴.

Es por lo que los conceptos de *orden* y *seguridad* pueden ser interpretados a merced de cada caso. Desde una visión distinta, y trayendo a colación la historia, se encuentra Montesquieu⁸⁶⁵, quien define la seguridad vinculándola a la libertad política, y defiende la libertad política de un ciudadano al sostener que es la tranquilidad de espíritu que proviene de la confianza que tiene cada uno en su seguridad: para que esta libertad exista, es necesario un gobierno tal que ningún ciudadano pueda temer a otro”. De otro lado, Aristóteles también se plantea el problema de la seguridad o *aspháleia*⁸⁶⁶,

Universidad Pontificia, Madrid, 2002; RÍOS MARTÍN, J.C., *Mil voces presas*, Universidad Pontificia, Madrid, 1998.

⁸⁶² En este sentido, ALMAGRO NOSETE, J., *Derecho Procesal. El Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, p. 807.

⁸⁶³ GÁLVEZ, J., “Artículo 17. Seguridad personal”, en ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a la Constitución española*, Edersa, Madrid, 1984., p. 347.

⁸⁶⁴ BUENO ARÚS, F., “La mirada penitenciaria”, en VV.AA., *Derecho Penitenciario y democracia*, Fundación El Monte, Sevilla, 1993, p. 139.

⁸⁶⁵ MONTESQUIEU, *El Espíritu de las Leyes*, trad. de M. Blázquez y P. de Vega, Tecnos, Madrid, 1985, Libro XI, Cap. VI, p. 104.

⁸⁶⁶ ARISTÓTELES, *Política*, trad. de C. García Gual y A. Pérez Jiménez, Alianza Editorial, Madrid, 1986, pp. 50 y ss., esta idea interesó a Platón pero como idea política.

habla de un régimen mixto que lo designa con el nombre genérico de *politeia*, (república).

Para Reviriego Picón⁸⁶⁷, la seguridad “es la lógica consecuencia de las propias funciones de las instituciones penitenciarias, retención y custodia de los detenidos, presos y penados, que exige la preservación del orden y la seguridad en el centro penitenciario”. Indica que “en líneas generales, como doctrina que cabría aplicar a las diferentes medidas de registro personal, habilitadas en sede legal, habría que reseñar lo siguiente: resultan necesarias en determinadas ocasiones; el objetivo pretendido con tales medidas es la protección de la seguridad y orden interno de un centro penitenciario, encontrándose justificadas aquéllas cuando se produzca una situación en el centro en donde existan amenazas, por el comportamiento de los reclusos, del orden y seguridad apuntados; no bastaría, por tanto, una mera invocación de protección de los intereses públicos, ni una genérica reseña de que son este tipo de comunicaciones el medio habitual de introducir sustancias u objetos en la prisión; conforme a la regla de proporcionalidad de los sacrificios debe existir una adecuada ponderación entre la medida y el derecho a la intimidad de los reclusos, pues han de emplearse los medios que lesionen en menor medida dicho derecho, no debiendo limitarlo más allá de lo estrictamente razonable; el Alto Tribunal se apoyaría aquí en la doctrina de La Comisión Europea de Derechos Humanos, y más concretamente en su Decisión de 15 de mayo de 1980, -caso *McFeeley y otros v. Reino Unido*-, en donde se consideró que medidas de registro personal, como la analizada por aquél, constituían un medio necesario en los casos en que existieran situaciones excepcionales en el centro penitenciario, con graves amenazas de su orden interno y su seguridad por el comportamiento de los reclusos”⁸⁶⁸.

Entendemos, por consiguiente, por *seguridad* en un Centro penitenciario, un conjunto de medidas que la Administración penitenciaria practica para tener “controlado” al preso, evitar disturbios, fugas, desorden, etc.⁸⁶⁹ En suma, una medida de seguridad es la privación o restricción de bienes jurídicos aplicada en función de la

⁸⁶⁷ REVIRIEGO PICÓN, F., “Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales. Algunos apuntes sobre el derecho a la intimidad en los Centros penitenciarios”, *Derechos y Libertades*, n.º. 13, 2003, p. 6.

⁸⁶⁸ *Ibidem*, pp. 7-8.

⁸⁶⁹ Ver ARCOS RAMÍREZ, F., *La seguridad jurídica. Una teoría formal*, Dykinson, Madrid, 2000.

peligrosidad del sujeto que ha cometido un hecho definido por la ley como delito, orientada a la prevención especial y aplicada por órganos jurisdiccionales⁸⁷⁰. O dicho de otro modo, son aquellas medidas de carácter preventivo-especial que se imponen a las personas inclinadas a la delincuencia, siendo la peligrosidad un concepto clave y su distinción con la pena⁸⁷¹. Por otro lado, sería Bentham, quien trató de establecer las cárceles con la máxima seguridad posible, en su obra *Panóptico*, propuso un nuevo diseño para la arquitectura carcelaria teniendo como objetivo, el control y tratamiento de los reclusos. La base principal de la seguridad es la vigilancia, de manera que éstos se encuentren en cada momento dónde deben estar, por ello se lleva a cabo los recuentos para controlarles. Es por lo que, las medidas de seguridad en los Centros penitenciarios tienen como fin el impedir actos de violencia, evitar daños a otros presos o funcionarios o personal del Centro.

En consecuencia, se debe subrayar que la pena es defendida por la escuela clásica, por los retribucionistas, mientras que la medida de seguridad es sustentada por la escuela positiva, por el utilitarismo. En la actualidad, prácticamente no se prescinde la una de la otra como proponía Dorado Montero en su Derecho penal protector de los criminales⁸⁷². El acercamiento entre pena y medida de seguridad hace que se derogue el sistema dualista⁸⁷³ y se instaure el sistema del nuevo monismo, el cual tiene como fundamento la aplicación exclusivamente de la pena o de la medida de seguridad pero, nunca de forma alternativa la una de la otra.

⁸⁷⁰ RACIONERO CARMONA, F., *Derecho Penitenciario y privación de libertad. Una perspectiva judicial*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 95, indicando que el elemento fundamental es la peligrosidad entendiéndose dos modos de la misma, la social, que se remite a la realización de hechos socialmente dañinos, y la criminal, que lo hace a la comisión de hechos calificados como delictivos.

⁸⁷¹ *Ibidem*, p. 97; FALCÓN Y TELLA, M.J. y FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 118.

⁸⁷² FALCÓN Y TELLA, M.J. y FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamento y finalidad de la sanción*, cit., p. 93, afirmando que en la actualidad existe una crisis del sistema de la doble vía.

⁸⁷³ Conocido también como *sistema de doble vía*, fue introducido por Stoos. Este sistema hace que el juzgador tenga por un lado la vía de la pena basada en la culpabilidad del individuo, y de otro lado, la medida de seguridad en base a la peligrosidad. Recordemos que las teorías monistas son aquellas que parten de la idea de que exclusivamente a través de la pena se lleva a cabo la prevención, la lucha contra la delincuencia, mientras que las teorías dualistas defienden la idea de que junto a la pena se aplican otras medidas, en este caso medidas de seguridad. Este último es el sistema aceptado por el ordenamiento jurídico y por la mayoría de la doctrina. Aunque las penas y las medidas de seguridad son diferenciables, en la práctica cumplen la misma finalidad, la reeducación y la reinserción social como indica el art. 25.2 de la CE y el art. 1 de la LOGP. Los planteamientos dualistas pretenden ser un punto intermedio ente el iusnaturalismo y el positivismo.

Al igual que el resto de los derechos analizados, éste también se encuentra regulado como derecho fundamental en las diversas legislaciones internacionales de relevancia. Así, por ejemplo, en el artículo 1 de la Declaración Americana de Derechos del Hombre: “Todo ser humano tiene derecho a [...] la seguridad de su persona”; artículo 3 de La Declaración Universal de Derechos Humanos: “Todo individuo tiene derecho a [...] la seguridad personal”; artículo 5.1. de La Convención Europea de Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a [...] la seguridad [...]”; artículo 7.1 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, proclamada por la Asamblea general de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1963: “[...] toda persona, sin distinción por motivo de raza, de color o de origen étnico, tiene derecho a la seguridad personal y a la protección del Estado contra todo acto de violencia o atentado contra su integridad personal cometido por funcionarios públicos, o por cualquier individuo, grupo o institución”. Ésta seguridad personal, que no es objeto de detalle, se refiere al derecho a un juicio justo e imparcial, derecho a no ser arbitrariamente arrestado ni detenido, derecho a la presentación de pruebas, derecho al *habeas corpus*, etc., recogida en el artículo 9.3 de la CE. En la Regla 33 de Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos dispone una serie de medios de coerción para llevar a cabo la seguridad en los Centros penitenciarios.

Por lo que se refiere a nuestra legislación, aparece regulada en el artículo 17.1 de la CE junto con la libertad, precepto que dictamina que “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad”. Pero es García Morillo quien establece una diferencia entre los conceptos de libertad y seguridad, indicando que la seguridad se define negativamente como la ausencia de perturbaciones que restrinjan o amenacen la libertad, y la libertad, se define positivamente como facultad de organizar en cualquier momento y lugar la vida individual y social⁸⁷⁴.

De otro lado y a efectos de nuestro estudio, interesa matizar que en nuestro ordenamiento jurídico no se encuentran una regulación específica en cuanto a la seguridad de los Establecimientos penitenciarios, el antecedente más inmediato es el Reglamento para las cárceles de capitales de provincia, aprobado por la RO de 25 de agosto de 1847 en el que se dedicaba un Capítulo a la policía de seguridad. Ya que en el

⁸⁷⁴ GARCÍA MORILLO, J., *El derecho a la libertad personal (detención, privación y restricción de libertad)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 29.

Reglamento para el Orden y Régimen interior de los presidios del Reino de 1844 no se recogía una regulación específica de las medidas de seguridad, tan solo indicaba la necesidad del cacheo y del registro en el momento de ingreso en prisión. Con posterioridad, la Ley de Prisiones de 26 de julio de 1849, en su artículo 2, indicó que “En el régimen interior de las prisiones se comprende todo lo concerniente a su seguridad, salubridad y comodidad; su policía y disciplina; la distribución de los presos en sus correspondientes localidades, y el tratamiento que se les da”. En términos similares, se pronunció el RD de 5 de mayo de 1913, de Ordenanzas de prisiones españolas, en el reglamento penitenciario actual, se encuadra como una medida de organización general del Establecimiento penitenciario. De todo ello, se deduce que las medidas de seguridad van unidas a la propia esencia de las prisiones, se llevan a cabo con unos requisitos, por tanto, suponen una garantía para el preso, apoyándose en el principio de respeto de la dignidad de la persona.

1.3 Principales construcciones doctrinales

Al abordar el tema, se vislumbra una diversidad de tesis. Así un sector doctrinal -Liborio Hierro- defiende como formas de seguridad, la jurídica y la seguridad frente al riesgo, rechazándose esta última como derecho porque se considera que pertenece al derecho de la igualdad⁸⁷⁵. En opinión de García Manrique⁸⁷⁶ “la seguridad jurídica no debe considerarse ni como derecho humano ni subjetivo, sino que debe entenderse como eficacia de un sistema jurídico en tanto sistema normativo, la seguridad debe considerarse como el resultado que se obtiene de aplicar determinadas técnicas a diversos aspectos de la vida de las personas”. En este sentido, a mi juicio, la medida de seguridad da primacía a la seguridad mientras que la pena se justifica con la justicia⁸⁷⁷. Otro sector de la doctrina -Falcón y Tella- diferencia entre los tipos de medidas de seguridad, las antedelictuales o predelictuales y las postdelictuales⁸⁷⁸. Las primeras se aplican a individuos que aún no han delinquido, para evitar su probable tendencia a

⁸⁷⁵ HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L., “Derechos humanos o necesidades humanas. Problemas de un concepto”, *Sistema*, nº. 46, 1982, pp. 45-61.

⁸⁷⁶ GARCÍA MANRIQUE, R., “Entorno a la libertad, igualdad y la seguridad como derechos humanos básicos, acotaciones a Liborio Hierro”, disponible en www.cervantesvirtual.com, p. 388.

⁸⁷⁷ En el mismo sentido, FALCÓN Y TELLA, M.J. y FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 164.

⁸⁷⁸ *Ibidem*, p. 119; GARCÍA VALDÉS, C., *Teoría de la pena*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 20.

hacerlo, de manera que pueden predicarse este tipo para las personas reclusas; y las segundas a quienes han cometido un delito, en suma a los presos.

Aquí partimos de la idea de que todo ser humano tiene derecho a la protección de la vida, y, por ende, a la integridad física y moral, así como a la libertad. No es mi intención en este punto analizar con detenimiento las peculiaridades de la seguridad en sentido general ya que no existe una teoría general de las medidas, sino formular los posibles problemas que conlleva la aplicación de una medida en los Centros penitenciarios y, a veces, la necesidad inexcusable de las mismas. En nuestro ordenamiento jurídico, el tema de la seguridad ha llevado a la configuración de un sistema que los regule, en tal sentido el Código Penal establece medidas de seguridad privativas de libertad en su artículo 96.1, pero nada tienen que ver con las medidas de seguridad aplicadas en los Centros penitenciarios⁸⁷⁹.

Estas medidas de seguridad se deben a la especial sujeción en la que se encuentra la persona privada de libertad⁸⁸⁰. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado que los presos se integran en una institución preexistente que proyecta su autoridad sobre aquellos, adquiriendo el estatus específico de individuos sujetos a un poder público que no es el que, con carácter general, existe sobre el común de los ciudadanos⁸⁸¹. Como consecuencia de ello, un sector de la doctrina lo denominó con la expresión “poder domesticador” del Estado -González Navarro⁸⁸²-. Además, parte de la doctrina -Reviriego Picón- considera que hay una devaluación de las previsiones del artículo 25.2 de la CE⁸⁸³, por ejemplo, Téllez Aguilera⁸⁸⁴ manifiesta que la devaluación deriva de la confusión entre los fines de la pena y los derechos que tiene el condenado.

⁸⁷⁹ Para saber más sobre las medidas de seguridad establecidas en el código penal me remito, entre otros, a SÁNZ MORÁN A.J., *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, cit.; RACIONERO CARMONA, F., *Derecho Penitenciario y privación de libertad*, cit., pp. 93 y ss., en la que critica la regulación del mismo.

⁸⁸⁰ La primera reseña en cuanto a la sujeción la encontramos en la STC 74/1985, de 18 de junio, referente a un aislamiento de un recluso.

⁸⁸¹ REVIRIEGO PICÓN, F., *Los Derechos de los reclusos en la Jurisprudencia Constitucional*, Universitas, Madrid, 2008, pp. 35 y ss.

⁸⁸² En este sentido, GONZÁLEZ NAVARRO, F., “Poder domesticador del Estado y derechos del recluso”, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje a García de Enterría*, t. II, Cívitas, Madrid, 1991.

⁸⁸³ REVIRIEGO PICÓN, F., *Los Derechos de los reclusos en la Jurisprudencia Constitucional*, cit., p. 41.

⁸⁸⁴ TÉLLEZ AGUILERA, A., *Seguridad y disciplina penitenciaria, Un estudio jurídico*, cit., pp. 36-37.

Su eventual configuración como tal derecho supone un revulsivo para la actuación de la Administración penitenciaria que se vería compelida a poner en funcionamiento verdaderos programas de tratamiento, superándose con ello una situación como la actual, en donde la pseudocientificidad de los mismos y la pasividad ante determinadas formas de delincuencia son patentes. Históricamente, como refiere la tesis determinista, los individuos carecerían de libertad para actuar como lo hacen y, por lo tanto, no merecen ser castigados o, al menos, no con una pena, sino con una medida de seguridad⁸⁸⁵.

Como ya indicábamos, las medidas de seguridad se caracterizan por la utilidad, surgiendo el utilitarismo *ex parte populi* que tiene como referencia el bienestar y la utilidad de los gobernados. Ésta constituye otra de las diferencias con las penas: mientras que éstas se basan en el concepto de justicia y las teorías absolutas, para las medidas de seguridad son la utilidad y las teorías relativas, con fundamento en las doctrinas humanitarias y utilitarias de la Ilustración⁸⁸⁶. En un sentido crítico encontramos a Falcón y Tella que estima que en realidad no se trata de términos que se contradicen, sino que es necesario que vayan unidos en la realidad penal, y que la justicia abstracta se realice en cada caso concreto por la justeza -por la equidad- de las soluciones penales. Puede darse la “síntesis armónica entre la justicia y la utilidad, tan necesaria para la comprensión y realización de los fines de la sanción penal”⁸⁸⁷. El utilitarismo, por tanto, cuestiona la idea de retribución del mal con otro mal y la consideración del castigo como un sufrimiento y un bien en sí mismo. En sentido crítico, se indica que dicho sufrimiento sería, a lo sumo, un medio para un bien, la enmienda del delincuente, la paz social, la intimidación cara a futuros actos delictivos⁸⁸⁸. Son seguidores de las teorías relativas con justificación utilitarista y

⁸⁸⁵ FALCÓN Y TELLA, M.J. y FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamento y finalidad de la sanción*, cit., p. 141. De manera similar, frente al indeterminismo absoluto o extremo se encuentra el indeterminismo débil, relativo o moderado que en base a la libertad humana admite la posibilidad de acciones condicionadas por motivos totalmente externos a la voluntad del agente. A juicio de estos autores, son las versiones eclécticas, intermedias o moderadas las únicas que tienen un sustento científico y son defendibles.

⁸⁸⁶ *Ibidem*, pp. 164-165.

⁸⁸⁷ *Ibidem*, pp. 146-147, nota a pie n. 68.

⁸⁸⁸ *Ibidem*, p. 148.

preventiva, Platón, Aristóteles, Hobbes, Locke, Montesquieu, Beccaria, Bentham, Filangieri, entre otros⁸⁸⁹.

En las medidas de seguridad, al igual que en la pena⁸⁹⁰, surgen las teorías de la prevención general y la especial. En cuanto a la prevención general, la máxima es encontrar la mayor utilidad para la mayoría formada por los no desviados, denominado por algunos como la “máxima felicidad dividida entre el mayor número”, tesis proclamada por Beccaria -siendo partidario de ella Bentham-, seguida, en consecuencia, de la máxima “toda pena que no derive de la necesidad es tiránica”, según Montesquieu⁸⁹¹. En consecuencia, la teoría de la prevención general agrupa la doctrina utilitarista o relativa de la prevención general negativa o intimidación⁸⁹², en la que la sanción penal trata de disuadir mediante el ejemplo o la amenaza de la pena; y la prevención general positiva o de integración cuya finalidad es la llamada al orden. Sin entrar a cuestionar si la medida de seguridad como sanción penal realmente intimida, he de concluir con Cusson⁸⁹³ que cuando a la hora de establecer unas máximas para la intimidación como son la jerarquía de las penas, el déficit penal, la duración del encarcelamiento, las multas y las medidas de seguridad, éstas no tienen un efecto intimidante notable, especialmente para los delincuentes reincidentes. Uno de los principales representantes de la prevención general negativa es Feuerbach, quien defiende que “el Estado tiene que servirse del medio a través del cual al ciudadano le resulte psicológicamente imposible dañar; mediante el cual le determine a no lesionar el Derecho, a no decidirse a ello [...]. El único medio que le queda al estado a disposición es mediante el sentido influir en el sentido, y superar la inclinación mediante la inclinación contraria, el móvil hacia el hecho con otro móvil de sentido contrario [...]”⁸⁹⁴. Feuerbach ve en la pena un motivo *psicológico* para no cometer delito

⁸⁸⁹ Realiza una clasificación de las teorías con sus defensores AYO FERNÁNDEZ, M., *Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias. Manual de determinación de las penas y de las demás consecuencias jurídico-penales del delito*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 25-27.

⁸⁹⁰ Las mencionadas teorías serán objeto de estudio en Capítulo posterior.

⁸⁹¹ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A., Ruíz Miguel, J.C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco, y R. Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1997, pp. 261-263.

⁸⁹² Son las únicas que no confunden el derecho con la moral.

⁸⁹³ CUSSON, M., *Pourquoi punir?* Paris, Dalloz, 1987, pp. 117 y ss., citado de forma más detallada por FALCÓN Y TELLA, M.J. y FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamento y finalidad de la sanción*, cit., p. 181.

⁸⁹⁴ FEUERBACH, J.P.A., *Anti-Hobbes*, Huyesen, 1797, pp. 40 y ss., en sentido más amplio, lo encontramos en FALCÓN Y TELLA, M.J. y FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamento y finalidad de la*

considerando que le sigue un mal mayor a una infracción, una la finalidad del efecto disuasorio con la *amenaza* de la pena. Justifica entonces, la imposición de la pena no por el hecho de causar un mal en otros sino solo por seguridad.

Y, por otro lado, agrupa la doctrina relativa a la prevención general positiva, bajo el fundamento de la conciencia social de la norma como asevera Hassemer⁸⁹⁵, a través del aprendizaje. Para Mir Puig, se puede hablar de prevención general positiva incluyendo la intimidación toda vez que “[...] toda prevención general a través de una pena será inevitablemente intimidatoria, y afirmar lo contrario supondría un eufemismo gravemente ocultador de la realidad [...]”⁸⁹⁶. Con esta perspectiva, considera que se debe dar la pretensión “moralizante” mediante un consenso social y no la mera imposición de la coacción, puesto que la prevención general y la especial tienden al mismo objetivo último, que se traduce en la evitación de los delitos como forma de proteger a la sociedad⁸⁹⁷. En suma, tiene como idea la del mínimo sufrimiento a la minoría de sujetos desviados, al delincuente en concreto, es decir, a la reeducación y reinserción social del preso, teoría que será objeto de análisis en el Capítulo de la reinserción.

En conclusión, en las medidas de seguridad lo que más importa es la seguridad en sí. La seguridad es y debe ser garantía de la integridad física de los presos y trabajadores penitenciarios, constituye una obligación contraída por la Administración ante los ciudadanos para la vigilancia, custodia y reinserción social de penados. Es, también, y como contrapartida, un derecho de los ciudadanos que han sido condenados como garantía de su integridad física, de su reinserción y reeducación⁸⁹⁸. Es por lo que la seguridad se identifica como el necesario ordenamiento para obtener una correcta convivencia de hombres en un espacio cerrado, lo que engloba medidas de seguridad atendiendo al medio arquitectónico del establecimiento, instalaciones de control y seguridad, y los medios humanos por parte de los funcionarios y resto de personal.

sanción, cit., p. 187.

⁸⁹⁵ HASSEMER, W., “Prevención general y aplicación de la pena”, *Principales problemas de la prevención general*, trad. de G. Aboso, T. Low, Bdef, Buenos Aires, 2004, p. 52; del mismo, “Fines de la pena en el Derecho penal de orientación científico-social”, *Derecho penal y Ciencias sociales*, Bellaterra, Barcelona, 1982.

⁸⁹⁶ MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, Bosch, Barcelona 1982, p. 32.

⁸⁹⁷ *Ibidem*, p. 39.

⁸⁹⁸ MARÍN RÍOS, J.A. y DE PABLOS PÉREZ, J., *Seguridad en Centros Penitenciarios: (régimen cerrado)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 9.

Con esta perspectiva, cabe subrayar que tiene un fin preventivo, en el sentido de evitar que el mismo delincuente u otros cometan delitos futuros (*ut ne peccetur*)⁸⁹⁹. Así, lo que aquí pretendo plasmar es que la *ratio* de las penas y de las medidas de seguridad privativas de libertad no es la misma, por lo que no debe ser igual la normativa a aplicar. Parte de la doctrina entiende que las medidas de seguridad se concretan en la idea de la prevención especial, se trata de evitar la comisión de nuevos hechos delictivos por parte del semiimputable o inimputable; mientras que las penas privativas de libertad abarcan un fin retributivo, el de prevención general, dirigido no sólo al autor de la infracción sino más bien a la generalidad de los destinatarios de la forma penal y el de prevención especial⁹⁰⁰.

1.4 Tipología de seguridad en los Centros Penitenciarios

a) Clasificación reglamentaria. Seguridad exterior y seguridad interior

El Reglamento penitenciario habla de dos situaciones en las que se tramita la seguridad, una seguridad exterior, que se puede entender referida a la fuga y preservar el Establecimiento de potenciales agresiones sufridas desde el exterior, teniendo la competencia las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas, y una seguridad interior⁹⁰¹, incluyendo en éstas últimas, medidas de seguridad como observación, recuentos, registros, cacheos, requisas, controles e intervenciones (art. 64 y ss. del RP), todo ello bajo el artículo 76.1 del RP que es el que regula el principio de seguridad al decir que “en los Establecimientos de régimen ordinario los principios de seguridad, orden y disciplina tendrán su razón de ser y su límite en el logro de una convivencia ordenada”.

⁸⁹⁹ Es la pena finalista *-Zweckstrafe-*, frente a la pena retributiva *-Vergeltungstrafe-*. COTTINGHAM, J., “Varieties of Retribution”, *Philosophical Quarterly*, nº. 29, 1979, pp. 238-246, citado por FALCÓN Y TELLA, M.J. y FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamento y finalidad de la sanción*, cit., p. 165.

⁹⁰⁰ ALARCÓN FRASQUET, M^a P., “Algunas consecuencias no deseadas del principio de legalidad respecto a las medidas de seguridad privativas de libertad”, *El Juez de Vigilancia Penitenciaria y las medidas de seguridad*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 107.

⁹⁰¹ Clasificación compartida por la mayoría de la doctrina, no se trata de dos clases distintas de seguridad, pues se parte de un concepto unitario de seguridad, se trata de dos manifestaciones de un mismo valor, TÉLLEZ AGUILERA, A., *Seguridad y disciplina penitenciaria*, cit., p. 97.

Todas las medidas de seguridad deben estar regidas por unos principios que, atendiendo al artículo 71.1 del RP, son los principios de necesidad y proporcionalidad, los cuales se llevarán a cabo con el respeto debido a la dignidad y a los derechos fundamentales. Especialmente las que se practiquen directamente sobre las personas, es decir, la medida de seguridad se llevará a cabo cuando sea necesario no realizar medidas arbitrarias o carentes de justificación, con una proporcionalidad entre la intensidad de la medida y el fin de la misma, respetando la dignidad, como establece el artículo 23 de la LOGP⁹⁰². En suma, las medidas, exclusivamente, se aplican cuando no existan otras medidas más adecuadas, debiendo ser proporcional al fin perseguido, respetando el principio de legalidad y el principio de la adecuación permitido, para conseguir el fin deseado. No obstante, estas medidas de seguridad deben de tener excepciones, así, a mi juicio, no se deben aplicar a determinados supuestos como en el caso de enfermos graves, reclusas en período de embarazo o lactantes, es por lo que una medida de seguridad nunca debe de aplicarse de manera general sino personalizada.

Por su parte, en sentido crítico, Mapelli considera que la pena privativa de libertad y las medidas de seguridad están bajo el principio de legalidad, pero plantea el problema de si con la pena se ha logrado realmente lo que se pretendía, es decir, si pena y medida se imponen y se ejecutan con las mismas garantías, ya que las medidas se proyectan sobre el futuro mientras que las penas lo hacen hacia el pasado⁹⁰³. Estas medidas de seguridad se centran en la celda, en el módulo o galería y en el resto de dependencias dentro del Establecimiento penitenciario, ya que las cárceles presentan un catálogo de riesgos que se dividen en: riesgos derivados de los actos antisociales (agresión, vandalismo, robo, tráfico y consumo de drogas, amenazas de fuga y motines); riesgos derivados de las actividades del trabajo (agresión a funcionarios, secuestro, incluso agresión a internos que desarrollan actividades laborales para el Centro); riesgos técnicos (derivados del diseño, montaje y funcionamiento de los edificios o sus instalaciones generales o específicas de seguridad); y, por último, otros riesgos:

⁹⁰² Que viene a decir que los registros y cacheos en los presos, sus pertenencias y locales, los recuentos, las requisas, se efectuarán con las garantías y periodicidad que reglamentariamente se determinen y dentro del respeto a la dignidad de la persona, llevándose a cabo medidas menos gravosas para los reclusos (dicho precepto sigue la doctrina del Comité de Ministros del Consejo de Europa en su Recomendación número 17/82).

⁹⁰³ MAPELLI CAFFARENA, B., "Las medidas de seguridad no privativas de libertad", *Estudios sobre el Código penal de 1995, Parte general*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 418.

biológicos (virus, bacterias, contagio de enfermedades, falta de higiene) o físicos (mal funcionamiento de instalaciones, electricidad, gases, etc.)⁹⁰⁴. Adentrándonos en el tema, el artículo 10 de la LOGP establece la primera medida de seguridad al indicar diferentes tipos de Establecimientos. Dice que “existirán establecimientos de cumplimiento de régimen cerrado o departamentos especiales para los penados calificados de peligrosidad extrema o para casos de inadaptación a los regímenes ordinario y abierto”.

Indicando en el apartado tercero del citado artículo que “El régimen de estos centros se caracterizará por una limitación de las actividades en común de los internos y por un mayor control y vigilancia sobre los mismos en la forma que reglamentariamente se determine”. Siendo ampliado tal precepto por los artículos 34 y 46 del RP. Recordemos que la pena privativa de libertad no es una medida de seguridad, sino una sanción por la comisión de un hecho delictivo. Una vez en prisión se llevan a cabo tales medidas, como la asignación de la celda, debiendo tener el mobiliario necesario y unas condiciones mínimas, es decir, cama, ventana, barrotes en las mismas, lavabo e inodoro y puerta sólida y segura. Posteriormente, la medida de seguridad, se centra en el patio y en las salas comunes⁹⁰⁵.

Ahora bien, hay quien opina que la primera medida de seguridad que se lleva a cabo es la medida privativa de libertad para las personas consideradas como peligrosas por cometer un hecho que sirve como presupuesto para establecer dicha medida de seguridad, medida que consiste, como he ido advirtiendo, en cumplir un determinado tiempo, fijado por un Juez en una sentencia, en Centros penitenciarios, comprendida como medida de seguridad más eficaz, al menos en principio, pues permite perseguir la prevención especial del delito a través de las dos vías tradicionalmente señaladas para el logro de dicha finalidad: el tratamiento personal del sujeto y su apartamiento de las circunstancias o situaciones que lo empujaron a la comisión del delito⁹⁰⁶. Medida de seguridad que no es regulada en el Reglamento Penitenciario, sino es lo previsto en el

⁹⁰⁴ MARÍN RÍOS, J.A. y DE PABLOS PÉREZ, J., *Seguridad en Centros Penitenciarios: (régimen cerrado)*, cit., p. 10.

⁹⁰⁵ Para ver los medios de los que tienen que estar previstos, MARÍN RÍOS, J.A. y DE PABLOS PÉREZ, J., *Seguridad en Centros Penitenciarios: (régimen cerrado)*, cit., p. 19 y ss., indicando también las condiciones de los rastrillos, puerta principal, control de acceso al recinto penitenciario, y sus alarmas de seguridad caracterizado por un sistema de instalación estático y un sistema móvil.

⁹⁰⁶ JIMÉNEZ VILLAREJO, J., Aspectos generales”, *Estudios sobre el Código penal de 1995, parte general*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 354

artículo 182.3 en el que se dice: “La Administración penitenciaria correspondiente celebrará los convenios necesarios con otras Administraciones Públicas o con entidades colaboradoras para la ejecución de las medidas de seguridad privativas de libertad previstas en el Código Penal”.

b) Medidas de seguridad en la prisión

En este punto, analizaré las medidas de seguridad llevadas a cabo en todo Centro penitenciario. Medidas para establecer el orden y la convivencia; no como medidas alternativas a la privación de libertad sino como medidas practicadas y realizadas como consecuencia de la misma, pudiendo entrar en el conflicto de si se tratan realmente medidas de seguridad o son restricciones de la libertad. En cada una de ellas, se tiene presente al recluso, debiéndose realizar con total garantía de sus derechos, llevándose a cabo bajo reglamentación jurídica. Así las medidas, en cuanto a su nivel, variarán según el grado de amenaza que plantee cada recluso. En atención al artículo 3.4 de la LOGP, se impone como obligación a la Administración penitenciaria el velar por la vida y la integridad física de los reclusos. Pero, pese a esta obligación, dentro del sistema penitenciario existen una serie de actuaciones que han de llevar a cabo la Administración con el fin de detectar si los reclusos poseen objetos prohibidos o sustancias tóxicas que pongan en peligro la vida o la integridad física de los propios reclusos, o que puedan alterar la seguridad o el orden de los Centros penitenciarios.

Estas medidas consisten en la observación de los reclusos, los recuentos de la población reclusa y los registros, cacheos, requisas, controles e intervenciones. En este sentido, los registros a los reclusos, a sus pertenencias y a los locales que ocupen, los recuentos, y las requisas de las instalaciones del establecimiento, se llevarán a cabo con las garantías y con la periodicidad que se determinen reglamentariamente y dentro del respeto a la dignidad de la persona⁹⁰⁷. No supone garantía y, así lo establece el Auto 1490/2001, 19 de julio del JVP n.º 1: “Por tanto no puede acordarse un cacheo [...], requisas selectivo en razón exclusiva de tratarse de internos incluidos en el fichero de internos de especial seguimiento (FIES), pues esa inclusión no es razón suficiente de selección a efectos de cacheo y requisas conforme al texto literal de la propia instrucción reguladora de tal fichero un cacheo a los presos que integran el FIES puesto que

⁹⁰⁷ Art. 23 de la LOGP.

entendiendo que suponen una vida regimental distinta a la reglamentariamente establecida”. Supone una vulneración a la integridad moral el que a un preso le consideren en situación distinta por estar incluidos en el fichero de FIES.

Los registros y cacheos de personas, ropas y enseres están previstos en el artículo 68 del RP como una forma habitual de control de la seguridad interior de los Establecimientos penitenciarios, sin establecer necesidad de una motivación específica para su realización, salvo que se trate de cacheos con desnudo integral en los que se exige que concurren unos motivos de seguridad concretos y específicos, además de ser autorizados por los Jefes de Servicio, expresando las razones individuales y contrastadas que hagan pensar que el recluso oculta en su cuerpo algún objeto peligroso o sustancia susceptible de causar daño a la salud, a la integridad física de las personas o de alterar la seguridad o convivencia ordenada del Establecimiento⁹⁰⁸. Apoyándose en el artículo 71.1 del mismo texto legal para justificar la realización de los mismos⁹⁰⁹.

De otro lado, estas medidas de seguridad hacia los presos para algún sector doctrinal se traducen en medios coercitivos, incluso es el término que utiliza el artículo 72.1 del RP, siendo el aislamiento provisional, la fuerza física personal, las defensas de goma, los aerosoles de acción adecuada y las esposas. Planteándose, en consecuencia, la doctrina la legalidad de los mismos -como es el caso de Téllez⁹¹⁰-, siendo la tesis mayoritaria que estamos ante un *numerus clausus*, es decir, que por razones de seguridad se puede llevar a cabo tales medidas coercitivas⁹¹¹. En opinión contraria

⁹⁰⁸ AAJVP 1267/01, 3 de julio de 2001; de Málaga de 11 de noviembre de 1991, y de 30 de enero de 1997; STC 57/1994, de 28 de febrero, Fj. 6, viene a indicar que para que exista garantía constitucional a la intimidad personal de los reclusos, no es suficiente alegar una finalidad genérica de protección de un interés público, siendo preciso conectarla con el derecho a la intimidad de los reclusos, de manera que es preciso ponderar adecuadamente y de forma equilibrada la gravedad de la intromisión que comporta en la intimidad personal y, si la medida es imprescindible para asegurar la defensa del interés público que se pretende proteger. Ver la Orden de Dirección del Centro Penitenciario Puerto I, de 13 de febrero de 1995, caracterizada por ser un Establecimiento de régimen cerrado. REVIRIEGO PICON, F., “Intimidad corporal y cacheos con desnudo integral tras las comunicaciones íntimas de los reclusos a la luz de la STC 218/2002, de 25 de noviembre”, *Revista General de Derecho*, n.º. 2, 2003.

⁹⁰⁹ El art. 71.1 del RP viene a dictaminar que las medidas de seguridad se regirán por los principios de necesidad y proporcionalidad y se llevarán siempre con el respeto debido a la dignidad y a los derechos fundamentales. Destacar en este aspecto, la STC 218/2002, de 25 de noviembre en la que un preso al salir de una comunicación íntima con su esposa, fue requerido para quitarse los calzoncillos y realizar flexiones en su presencia.

⁹¹⁰ Para éste autor es legal, TÉLLEZ AGUILERA, A., *Seguridad y disciplina penitenciaria*, cit.

⁹¹¹ Es el caso de GRIJALBA, J.C., “Los medios coercitivos en los establecimientos penitenciarios”, *La Ley*, 1489 (III), 1986, pp. 824-829; FERNÁNDEZ, J., “Los medios coercitivos”, en BERDUGO, I. y ZÚÑIGA, L., *Manual de Derecho Penitenciario*, Colex, Madrid, 2001, p. 255.

encontramos a Mapelli⁹¹² que suscribe que “no hay razones para excluir cualquier instrumental nuevo pensado como medio de coerción y no de lesión que sea más eficaz que los que se conocen actualmente”.

b.1) Observación de los reclusos

Es una manifestación de la seguridad en los Centros penitenciarios⁹¹³, el Reglamento indica que estará encaminada al conocimiento de su comportamiento habitual y de sus actividades y movimientos, dentro y fuera del departamento asignado, así como de sus relaciones con los demás reclusos y del influjo beneficioso o nocivo que, en su caso, ejercieren sobre los mismos. Si en dicha observación se detectarían hechos o circunstancias que pudieran ser relevantes para la seguridad del Establecimiento o el tratamiento de los internos, se elevarán los oportunos informes.

También hay que tener en cuenta la I 6/2006, de 22 de febrero, sobre el protocolo de actuación en materia de seguridad, destacando que la Administración penitenciaria tiene la función de velar por la vida e integridad de todos los presos y funcionarios, así como por la seguridad de los Centros a fin de lograr la retención y custodia y una convivencia ordenada. No hay que olvidar que, teniendo en cuenta la Constitución, las medidas de seguridad deben estar sometidas a principios básicos del Estado, principios constitucionales como el ya indicado artículo 25 de la CE, al unificar la pena privativa de libertad y las medidas de seguridad por una misma finalidad de reeducación y reinserción⁹¹⁴. Se trata de observar, conocer, prever y actuar, esta medida de seguridad de observación puede derivar en otras medidas como el cacheo⁹¹⁵, por lo que estamos en presencia de un medida que constituye el eje nuclear sobre el que gira la correcta actuación del Funcionario de Instituciones penitenciarias en esta idea insiste⁹¹⁶.

⁹¹² MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Bosch, Barcelona, 1983, p. 286.

⁹¹³ Ya venía regulada en el RD de 5 de mayo de 1913, en el art. 149.5 en el que se establecía como obligación del vigilante el observar y vigilar la conducta de todos los reclusos; el RP de 14 de noviembre de 1930, en el art. 34.3, precepto similar al RP de 1948 en su art. 49 y en el Reglamento de los Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956 en el art. 83, así como en el RP de 1981 en el art. 76.

⁹¹⁴ Ver JIMÉNEZ VILLAREJO, J., “Las medidas de seguridad en el Código penal de 1995. Aspectos generales”, cit., pp. 345 y ss.

⁹¹⁵ SSTC 204/2000, de 24 de julio y, 218/2002, de 25 de noviembre.

⁹¹⁶ TÉLLEZ AGUILERA, A., *Seguridad y disciplina penitenciaria*, cit., p. 101; TAVERA BENITO, E., “El funcionario de prisiones: pasado, presente y futuro”, *Conferencia inaugural del Curso Teórico del Cuerpo de Ayudantes 1996*, pronunciada el 1 de abril de 1997 en el Centro de Formación de la Policía Nacional.

La observación no requiere, necesariamente, que sea realizada de forma exclusiva mediante el contacto personal, se incluyen la observación telemáticamente⁹¹⁷.

b.2) Recuentos

A la hora de definir *recuentos* podemos entenderlos como aquella medida de seguridad o acto regimental orientado a verificar el número de presos que existen en las dependencias de los Centros penitenciarios, así como el estado físico de los mismos por si hay que efectuar alguna otra medida de seguridad accesoria. En relación con ella, también encontramos antecedentes en los distintos textos penitenciarios, así el artículo 98 de la Ordenanza General de Presidios del Reino de 1834 la establecía como obligación de los Ayudantes pasando lista, formándolos por brigadas⁹¹⁸. El RD de 5 de mayo de 1913 lo recogía en el artículo 107 y siguientes como función de los vigilantes acompañados de los Ayudantes, en el RP de 1930 lo encontramos en el artículo 27 como una práctica a llevar en las idas y regresos de los paseos, talleres, comida, escuela y asistencia a misa. En sentido similar, lo indica el artículo 41 del Reglamento de 1948.

El actual Reglamento viene a regular los recuentos en el artículo 67, estableciendo que se realizarán diariamente, pudiendo ser ordinarios y extraordinarios. El ordinario operaría como control de la población reclusa en los momentos de la jornada regimental que coincidan con los relevos del personal de vigilancia, que se fijen en el horario aprobado por el Consejo de Dirección del Establecimiento penitenciario, realizándose con total rigurosidad, de modo que si el recuento se hace en el patio los reclusos se colocarán en fila o en columnas de uno o dos con la distancia suficiente entre ellos que permita al funcionario realizar el recuento con toda garantía, mientras tanto otro funcionario/os, observará atentamente con el fin de evitar que pudiera cambiarse de posición. Si el recuento se realiza en las celdas los presos han de colocarse de pie al fondo de las mismas. Los recuentos extraordinarios, se efectúan en horas que no corresponden a las fijadas por la Junta o la Administración, ordenadas por el Jefe de Servicios, comunicándolo a la Dirección, caracterizados porque ha de tener en cuenta la situación existente en el Centro o Departamento en que se haya de practicar la medida,

⁹¹⁷ Ver sobre este medio de control visual en Centros penitenciarios, BACHS NEBOT, J., “Objetivo: evitar las fugas”, *Cuadernos de Seguridad*, octubre, 1993, pp. 61 y ss., citado por TÉLLEZ AGUILERA, A., *Seguridad y disciplina penitenciaria*, cit., p. 102.

⁹¹⁸ Ver, asimismo, el art. 109 del mismo texto.

junto al comportamiento de los reclusos afectados por la misma, efectuándose cuando existan sospechas de intento de evasión, cuando se advierta en la celda o en algún departamento algún ruido extraño, después de cualquier evento, o cuando se estime necesario⁹¹⁹. Los recuentos ordinarios y extraordinarios se practicarán de forma que se garantice su rapidez y fiabilidad y sus resultados se reflejarán en un parte escrito suscrito por los funcionarios que los hubiesen efectuado, que se dirigirá al Jefe de Servicios⁹²⁰. El reglamento actual sólo indica, en cuanto a la forma, que se practicarán de forma que se garantice su rapidez y fiabilidad.

b.3) Intervenciones

Es el artículo 70 del RP el que regula las intervenciones indicando que, se intervendrá el dinero, alhajas, u objetos de valor no autorizados, así como, los objetos que se entiendan peligrosos para la seguridad o convivencia ordenada o de ilícita procedencia. Tratándose de objetos peligrosos o prohibidos se procederá a su retirada, de la que se dejará constancia por escrito, salvo en los casos en que deban ser remitidos a la Autoridad judicial competente, así como cuando se trate de objetos de valor, en cuyo caso se les dará el destino previsto en el art. 317 de este Reglamento. Se ampara en el artículo 238 del susodicho texto legal, en cuanto al depósito de objetos y sustancias prohibidas. Desde esta perspectiva, es necesario situarnos dentro del contexto carcelario para entender que, mientras que un objeto es lícito en el exterior del Establecimiento penitenciario, no lo es dentro de él, por lo que, atendiendo al artículo 51 del RP, dichos objetos deberán ser recogidos de inmediato por el remitente, salvo que se descubran

⁹¹⁹ MARÍN RÍOS, J.A., y DE PABLOS PÉREZ, J., *Seguridad en Centros Penitenciarios: (régimen cerrado)*, cit., p. 53 y ss.

⁹²⁰ Ver el AA 1691/06, 21 de abril, JVP nº. 2, Madrid, en el que se indica que no importa la denominación, sino el fin, que es comprobar el número de internos; 2793/2003, 25 de noviembre del JVP nº 2; 2009/05, 23 de junio de 2005, JVP nº 2; AAP de Madrid 2093/2002, de 23 de julio, que dice que “La postura de pie para recuento no es indigna y se justifica en la finalidad de identificación y seguridad. Pero en módulo de aislamiento carece de justificación en cuanto que el interno está perfectamente visible y no ha lugar a la confusión en su identidad”. Para plasmar la forma de llevar a cabo los recuentos a modo de resumen se exige que el preso *se ponga de pie*, (AJVP de Málaga de 16 de mayo de 1991, o de Zaragoza de 16 de diciembre de 1991; AAP de Las Palmas de 2 de julio de 1994 y AAP de Madrid de 30 de marzo de 1995) esta postura no es considerada como trato degradante por ser considerada de una postura que se adopta en otras situaciones de la vida social. Pero también encontramos resoluciones que no admiten ponerse en pie a pesar de que consideran que no constituyen trato degradante, en este sentido los AJVP de Tenerife de 12 de julio de 1991 y de Ceuta de 22 de octubre de 1991; y, colocarse al *fondo de la celda* (AJVP de Madrid de 25 de mayo de 1993).

cuando éste ya no se encuentre en las inmediaciones del Establecimiento, en cuyo caso se notificará esta circunstancia al remitente en el domicilio que conste en el Libro correspondiente. Los artículos u objetos intervenidos quedarán almacenados hasta que sean reclamados, destruyéndose los productos percederos.

Si se trata de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas se remitirán a la Autoridad sanitaria competente, notificándolo a la Autoridad judicial que corresponda. La intervención se realizará a efectos de que sea analizada para verificar que efectivamente se trata de drogas.

b.4) Medida de seguridad a través de los cacheos

El derecho al que afecta el cacheo como medida de seguridad es el derecho a la intimidad, derecho fundamental desarrollado con anterioridad y recogido en el artículo 18.1 de la CE. Resultando de gran trascendencia la STC 57/1994, de 28 de febrero que aborda el problema de la intimidad en los cacheos, indicando que no es suficiente aludir a intereses generales o públicos para que pueda restringirse el derecho fundamental, sino que sólo puede limitarse en la medida que la propia Constitución lo dispone, para preservar otros derechos o bienes jurídicos, atendiendo siempre al principio de proporcionalidad y respetando su contenido esencial, de otro lado, afecta al derecho fundamental de la integridad física, recogido en el ya indicado artículo 15 de la CE y, finalmente, al derecho a la libertad del artículo 17 de la CE, ya que los cacheos, como toda intervención corporal, presuponen la existencia de una persona detenida puesta a disposición de la autoridad.

Como antecedente histórico está el Reglamento para el Orden y Régimen interior de los Presidios del Reino de 5 de septiembre de 1844, en el que no existía una regulación específica de las medidas de seguridad, se limitaba al cacheo y registro en el momento del ingreso y la aplicación de hierros según la duración de la condena⁹²¹. Se trataba de una medida de seguridad llevada a cabo en todo Centro penitenciario, sin exclusión, fuese de hombres o mujeres, aplicándose con actuaciones adecuadas y

⁹²¹ Podemos ver el texto en TEIJON, V., *Colección legislativa sobre Cárceles, Presidios y Arsenales y demás establecimientos penitenciarios*, Madrid, 1886, pp. 527 y ss., citado por TÉLLEZ AGUILERA, A., *Seguridad y disciplina penitenciaria*, cit., p. 94, nota nº. 200, quedando su reflejo en la posterior Ley de Prisiones de 26 de julio de 1849, disponiendo en su art. 2 que, “el régimen interior de las prisiones comprende todo lo concerniente a su seguridad”.

necesarias, e incluso se encuentran sometidos a la tensión entre la sociedad con el interés de que se persiga el delito y los derechos del preso⁹²².

Seguridad significa, entonces, no un derecho en sí, sino el conjunto de garantías de los derechos humanos y su cumplimiento efectivo. Supone, por tanto, protección de la persona humana frente a las detenciones arbitrarias o frente a formas de coacción o de torturas practicadas en los Centros penitenciarios contra los presos. Hay infinidad de jurisprudencia siendo respuesta de la vulneración que existe en las prisiones en cuanto a dicho derecho fundamental⁹²³. No obstante, también nos encontramos con sentencias que imponen sanciones a los reclusos por negarse a realizar actos que, pese a ser una vulneración a la integridad de la persona, son necesarios y amparados por las leyes⁹²⁴.

Es Cadalso el que ofrece una descripción de lo que se entiende por cacheo, aseverando que “es el cacheo operación expuesta y arriesgada. Es penosa y por todos conceptos desagradable y repulsiva, en cuanto a su ejecución. Es expuesta y arriesgada, porque los delincuentes la rechazan, y se resisten, y pugnan cuanto pueden porque no se les recojan los objetos que se buscan, ora por temor a que se les castigue, ora por no quedar desprovistos de aquellos que tanto cuidan y guardan [...]”⁹²⁵. En otro sentido, es definido por Ríos Martín como aquel acto destinado a descubrir si la persona presa oculta en su cuerpo o, entre sus ropas, sustancias prohibidas u objetos peligrosos⁹²⁶.

⁹²² *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 70; GIL HERNÁNDEZ, A., *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Colex, Madrid, 1995, pp. 33-37; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y RODRÍGUEZ RAMOS, L., “La intimidad corporal, devaluada”, *Poder Judicial*, nº. 14, 1989, pp. 123-130; GIL HERNÁNDEZ, A., “Protección de la intimidad corporal: aspectos penales y procesales”, *Revista General del Derecho*, Julio-agosto, 1996; del mismo, *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Colex, Madrid, 1995; GONZÁLEZ NAVARRO, F., “Poder domesticador del Estado y derechos del recluso”, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., (coord.), *Estudios sobre la constitución española: Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, vol. 2, Cívitas, Madrid, 1991, pp. 1054-1198.

⁹²³ La citada STC 89/87, de 3 de junio.

⁹²⁴ La STC 204/2000, de 24 de julio impone una sanción a un recluso por negarse a un cacheo con desnudo integral, por lo que le despojaron de la prenda. El fallo de la sentencia reconoce la vulneración del derecho fundamental de intimidad personal. Hay muchas sentencias que establecen que después del vis a vis hay cacheos por si supone amenaza para la seguridad del establecimiento y en el caso de que se le encontrare algún objeto, es por tanto que se hace necesaria realizar la pregunta de ¿cuándo se debe considerar que existe amenaza para el establecimiento?; STC 37/1987, de 26 de noviembre, afirma que la intimidad no es un derecho de carácter absoluto por lo que puede llegar a ceder en ciertos casos ante exigencias públicas.

⁹²⁵ CADALSO, F., *Estudios Penitenciarios*, Madrid, 1893, pp. 160 y ss.

⁹²⁶ RÍOS MARTÍN, J.C., *Manual de ejecución penitenciaria, defenderse de la cárcel*, Colex, Madrid, 2007, p. 365; GARRIDO GUZMÁN, L., “Medidas de seguridad y vigilancia: registros, cacheos, recuentos y pesquisas”, en COBO DEL ROSAL, M., (dir.), *Comentarios a la Legislación Penal*, t. VI, vol. 1, Edersa, Madrid, 1986, pp. 365-369.

El cacheo se caracteriza por tratarse de una medida de seguridad de las funciones propias de las Instituciones penitenciarias, ya que en ellas se retiene y custodia al detenido, preso y penado, exigiéndose el orden y la seguridad en los Centros, lo que se trata es de definir en qué puede consistir y en qué medida afecta al derecho fundamental de la intimidad de los reclusos.

Mención especial merece la aplicación de lo visto hasta ahora el fenómeno de los travestis en los Centros penitenciarios, es el AAP de Madrid 1006/1997, de 20 de octubre, el que vino a contemplar que “la condición de travesti no implica que se establezca un sistema, para las personas que ostentan esa condición, de cacheos diferente al que generalmente se aplica. No se discute su condición y nada se tiene en contra de ella, pero aún los Establecimientos penitenciarios no gozan de instalaciones propias, y con personal apropiado, para este tipo de reclusos. Los cacheos, se practicarán de forma general y en igualdad de condiciones para todos los reclusos y, por ello, no se observa ninguna anomalía en el efectuado al recurrente. No obstante, si se puede instar a los funcionarios para que en los casos, como el presente, esmeren su actuación para que no se sientan heridos en su sensibilidad los reclusos que ostentan esa condición alegada por el recurrente, de forma que obvien en lo posible aquellos tocamientos que no sean estrictamente indispensables, y sobre todo los dirigidos a ciertas partes del cuerpo”.

La jurisprudencia constitucional manifiesta que la Constitución garantiza la intimidad personal de la que forma parte la intimidad corporal, de principio inmune, frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona, cuyo sentimiento de pudor queda así protegido por el ordenamiento, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la comunidad⁹²⁷.

⁹²⁷ SSTC 37/1989, 15 febrero, Fj. 7; y, 57/1994, de 28 febrero, Fj. 6 viene a indicar que es indudable que una medida de registro personal de los reclusos puede constituir, en determinadas situaciones, un medio necesario para la protección de la seguridad y el orden. Y entre tales situaciones se halla aquella en la que existe una situación excepcional en el centro, con graves amenazas de su orden interno y su seguridad, lo que no excluye en modo alguno que la Administración penitenciaria, en correspondencia con su deber de velar por el orden y la seguridad de los establecimientos, pueda establecer los oportunos controles para impedir que las comunicaciones íntimas puedan ser ocasión de introducir objetos peligrosos o sustancias estupefacientes, con evidente riesgo para la salud y la integridad física de los internos, y para la seguridad y buen orden del centro. El Reglamento penitenciario sigue esta

Respecto a los cacheos integrales⁹²⁸, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional entiende que se trata de una medida, a veces, necesaria, sobre todo por la protección a la seguridad y al orden interno de la prisión, pero hay que hacerse la pregunta de si los cacheos integrales vulneran el derecho a la intimidad de los presos. Para entender que no la vulnera, la doctrina hace necesario justificar la realización del cacheo integral, justificar la conducta de los reclusos y los medios utilizados para la práctica. La forma de realizar los cacheos integrales es a través de funcionarios del mismo sexo que el preso, en lugar cerrado, sin la presencia de otros reclusos y preservando, en todo lo posible, la intimidad⁹²⁹. Son numerosas las resoluciones que establecen que, para llevar a cabo un cacheo, es obligatorio que a los presos se les facilite prendas como por ejemplo una bata⁹³⁰. Para mayor abundamiento, también nos encontramos con sentencias tras una denuncia donde se degrada aún más la dignidad del preso, se aborda la intimidad y la tortura psicológica. En este sentido, cabe destacar la STC 57/94, de 28 de febrero, sobre la realización de un cacheo integral con flexiones, señala que, pese a que se está vulnerando el derecho a la intimidad, no supone un trato inhumano o degradante⁹³¹. Como ha declarado el TEDH, para que un trato merezca la calificación de degradante debe ocasionar al interesado, ante los demás o ante sí mismo, una humillación o envilecimiento que alcance un mínimo de gravedad y este nivel ha de fijarse a la vista de las circunstancias del caso (Sentencia de 25 de febrero de 1982, asunto *Campbell y Cosans*).

No obstante, es a través de los Autos de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria cuando se han establecido una serie de requisitos a la hora de llevar a cabo los cacheos

tesis; DÍAZ REVORIO, F., “La intimidad corporal en la jurisprudencia constitucional”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº. 20 y 21, 1997, pp. 169-180; FORCADA JORDI, M., “Las inspecciones o registros sobre la propia persona”, *La Ley*, nº. 4, 1990, pp. 989-995.

⁹²⁸ Ver REVIRIEGO PICÓN, F., “Intimidad corporal y cacheos con desnudo integral tras las comunicaciones íntimas de los reclusos a la luz de la STC 218/2002, de 25 de noviembre”, *Revista General de Derecho*, nº. 2, 2003; Instrucción 7/2006, sobre protocolo de actuación para la realización de cacheos con desnudo integral y la STC 57/2004, de 28 de febrero, sobre cacheos con desnudo integral.

⁹²⁹ Art. 68.3 del RP.

⁹³⁰ AAJVP de Sevilla de 20 de febrero de 1990; de Madrid nº 2 de 29 de enero 1991; de Madrid nº 3 de 27 de diciembre de 1993; de Málaga de 13 de enero de 1994; de Zaragoza de 18 de enero de 1994; de Madrid nº 3 de 21 de junio de 1994; de Madrid nº 2 de 29 de julio de 1994 y de Puerto de Santa María de 22 de agosto de 1994.

⁹³¹ ARANDA ÁLVAREZ, E., *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales*, Derechos y Libertades, Dykinson, Madrid, 1994, pp. 467 y ss.

integrales, así destacan los siguientes criterios⁹³²: a) Fundamentación individualizada: su práctica debe estar motivada en situaciones concretas y específicas sin que puedan realizarse con carácter aleatorio; b) Necesidad: debe ser practicado sólo cuando las circunstancias concretas lo llagan imprescindible; c) Subsidiariedad: no debe utilizarse cuando exista la posibilidad de adoptar otras medidas menos gravosas para la intimidad del recluso; d) Proporcionalidad: en cada caso concreto su legalidad vendrá subordinada a que tal injerencia sea proporcionada a la situación que se pretenda resolver; e) Motivación: es una medida que debe adoptarse en un acuerdo argumentado y razonado; f) Excepcionalidad: no pueden constituirse en una práctica rutinaria sobre la que se asiente de forma general la salvaguarda del orden y la seguridad de la cárcel; y g) No tiene carácter disuasorio: no puede estar fundamentado en razones de prevención general convirtiéndose en un instrumento de disuasión frente a determinados grupos de presos⁹³³.

Según la jurisprudencia del TEDH⁹³⁴, para encuadrar una pena o trato en alguna de las categorías del artículo 3 Convenio de Roma de 1950 ha de atenderse a la intensidad de los sufrimientos infligidos a una persona. De conformidad con esa doctrina, las tres nociones recogidas en el artículo 15 de la CE, torturas, penas o tratos inhumanos, penas o tratos degradantes, son “nociones graduadas de una misma escala” que en todos sus tramos entrañan, sean cuales fueran los fines, “padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre, y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente”. Y, en particular, respecto al ámbito penitenciario, se ha dicho que para apreciar la existencia de tratos inhumanos o degradantes es necesario que éstos acarreen sufrimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada una condena⁹³⁵.

⁹³² Datos disponibles en el Diccionario Interactivo de Derecho Penitenciario, Universidad Complutense de Madrid.

⁹³³ Dichos puntos se desprende de los siguientes autos respectivamente: a) AAJVP de Soria de 15 de mayo de 1994; Valladolid de 21 de febrero de 1990; Madrid nº 1 de 13 de junio de 1991 y 29 de abril de 1994; b) AJVP de Málaga de 16 de noviembre de 1989; c) AAJVP de Málaga de 11 de noviembre de 1991 y 15 de marzo de 1994; d) A JVP, de 21 de febrero de 1990 y AAP de Cádiz de 28 de diciembre de 1994; e) AJVP de Coruña de 9 de marzo de 1995; f) AJVP de Coruña de 8 de marzo de 1995. Disponible en www.ucm.es/info.

⁹³⁴ Recogida en la STC 120/90, de 27 de junio, reiterada en 127/90, de 5 de julio y 137/90, de 19 de julio.

⁹³⁵ SSTC 65/86, de 22 de mayo; 2/1987, de 21 de enero; 89/87, de 3 de junio y 150/91, de 4 de julio, entre otras.

De otra parte, el Tribunal ha declarado que, aunque una medida no pueda considerarse constitutiva de trato inhumano o degradante en razón del objetivo que persigue, ello no impide que se la pueda valorar como tal en razón de los medios utilizados. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional -Sentencia 57/1994, de 28 de febrero- insiste en que el contenido de la orden recibida no entraña que hubiera de producirse contacto corporal alguno con el sujeto pasivo por parte de otra persona, sino sólo que el recluso, contra su voluntad, se desnudara y, una vez desnudo, practicara varias flexiones. Sin que, de otra parte, la queja exprese la duración o el número de las flexiones que aquél debía llevar a cabo para poder inferir, por su prolongación, que éstas causaran un sufrimiento de especial intensidad. Ni tampoco, entre otras circunstancias relevantes, si el local donde habría de practicarse la medida era o no un espacio abierto del establecimiento penitenciario al que pudieran tener acceso terceras personas, tanto reclusos como otros funcionarios del Centro distintos de quien impartió la orden y, consiguientemente, presenciar su práctica.

Asevera que es indudable que una medida de registro personal de los reclusos puede constituir, en determinadas situaciones, un medio necesario para la protección de la seguridad y el orden de un establecimiento penitenciario. Y, entre tales situaciones, se halla ciertamente aquella en la que existe una situación excepcional en el Centro, con graves amenazas de su orden interno y su seguridad por el comportamiento de los reclusos, como se ha reconocido por la Comisión Europea de Derechos Humanos (Decisión de 15 de mayo de 1990, caso *McFeel y otros*) al declarar proporcionada a la finalidad perseguida una medida de registro similar a la aquí impugnada.

Para afirmar la conformidad de la medida enjuiciada con la garantía constitucional a la intimidad personal de los reclusos, no es suficiente alegar una finalidad de protección de intereses públicos, pues es preciso cohonestarla con el derecho a la intimidad de los reclusos. De manera que al adoptar tal medida es preciso ponderar adecuadamente y de forma equilibrada, de una parte, la gravedad de la intromisión que comporta en la intimidad personal y, de otra parte, si la medida es imprescindible para asegurar la defensa del interés público que se pretende proteger. En suma, se requiere la fundamentación de la medida por parte de la Administración

penitenciaria, pues sólo tal fundamentación permitirá que sea apreciado el sacrificio del derecho fundamental.

Cuestión similar son los cacheos después de las comunicaciones, fundamentando la jurisprudencia constitucional que no puede considerarse justificación suficiente de la medida la simple alegación de que, en la generalidad de las prisiones, las comunicaciones íntimas son el medio habitual para que los internos reciban desde el exterior objetos peligrosos o estupefacientes; ya que, sin entrar a cuestionar la certeza de tal afirmación, basta reparar que sólo posee un carácter genérico cuando lo relevante a los fines de justificar una medida que limita el derecho constitucional reconocido en el artículo 18.1 de la CE es, por el contrario, que se hubiera constatado por la Administración penitenciaria que tal medida era necesaria para velar por el orden y la seguridad del Establecimiento, en atención a la concreta situación de éste o el previo comportamiento del recluso⁹³⁶.

Con esta perspectiva, se debe subrayar que la desnudez impuesta al preso ha de ponerse en relación con su intimidad en cuanto bien de la personalidad determinado por los valores dominantes en nuestra cultura sobre el recato corporal. Y en atención a estos valores, es indudable que, incluso, encontrándose en una relación de sujeción especial, una persona, contra su voluntad, no puede verse en la situación de exponer y exhibir su cuerpo desnudo ante otra persona, pues ello quebrantaría su intimidad corporal. Si bien ha de recordarse que no es éste un derecho de carácter absoluto, sino que puede verse limitado cuando existe la necesaria justificación, y esta limitación se produce en circunstancias adecuadas, y proporcionadas con su finalidad⁹³⁷.

⁹³⁶ En este sentido, las SSTC 57/1994, de 28 de febrero y 218/2002, de 25 de noviembre.

⁹³⁷ El AJVP de Málaga de 13 de enero de 1994, no ha admitido esta práctica. Otros, como el AJVP de Ciudad Real de 30 de mayo de 1995 ha afirmado la legalidad de los cacheos con desnudo integral al constituir una injerencia legítima en el derecho a la intimidad en base a las siguientes razones: a) Existe cobertura legal (art. 23 de la LOGP) ante las necesidades de vigilancia y control tendentes a garantizar la custodia de los internos y la seguridad y el orden de la prisión (entran en juego intereses públicos y también los individuales del resto de los presos); b) La medida es necesaria en ocasiones para intentar extremar la comprobación sobre si el interno pudiese tener oculto algo en el cuerpo, concretamente objetos no metálicos no constatables por un aparato detector de metales (drogas, plásticos, mensajes); c) La medida no violenta la dignidad personal pues responde a necesidades de control y de ningún modo a intervención vejatoria; d) La medida no puede adoptarse arbitraria, caprichosa ni sistemáticamente, sino que habrá de estar fundada en cada caso concreto en específicas necesidades; e) existe proporcionalidad entre la limitación del derecho y el fin perseguido y, f) La injerencia en el derecho a la intimidad personal no va más allá de lo razonable, resulta justificada por la necesidad de preservar otros intereses legítimos (públicos e individuales) y es necesaria.

Ahora bien, como pieza clave del entramado lo que interesa es si la medida practicada se hace conforme a la legalidad, si se realiza con los medios adecuados y la finalidad de preservar el orden de la prisión. Ciertamente es que, en muchos de los casos, las medidas de cacheos integrales se hacen necesarias atendiendo al historial del preso en cuanto a trapicheos dentro de la prisión, pero que se haga, ante todo, sin alterar la intimidad del preso y su dignidad, así como que no suponga una media o intervención vejatoria⁹³⁸. El derecho fundamental a la integridad física y moral de los presos en los Centros penitenciarios, por tanto, va unido al derecho a la vida, a la seguridad personal, y en éste sentido se han pronunciado las distintas Declaraciones, de manera que cualquier Declaración, Convenio o Constitución en aquellos artículos que menciona el derecho a la vida se entiende incluida la integridad física y moral e, indirectamente, la seguridad en los Centros.

El artículo 45.7 del RP reitera el criterio general del respeto a la intimidad de los comunicantes, pero establece la posibilidad de realizar cacheos con desnudo integral a los visitantes, por las razones y en la forma del artículo 68 del RP, previsto para los presos. Si los visitantes no se someten al cacheo, no se les permite la comunicación. Si analizamos los artículos de la LOGP y del RP donde se regulan los cacheos, nos podemos encontrar con una vulneración del principio de jerarquía normativa. Y, en el supuesto de llevarse a cabo, se atentaría al derecho a la intimidad y dignidad de la persona libre. La LOGP ni en el artículo 51 y siguientes, relativos a las comunicaciones, ni en el artículo 23, relativo a los cacheos de los presos, regula ni menciona los cacheos de los visitantes. El Reglamento, en sus artículos 18 y 68, se refiere al cacheo del preso, estableciéndose, en el artículo 69, los registros y controles de las personas autorizadas a comunicar con el preso, pero en ningún momento menciona que se realicen cacheos en su persona. El control que se utiliza habitualmente con los visitantes, es el arco detector de metales, ya que no pueden portar bolsos, ni paquetes, ni ningún objeto a la entrada o salida de la comunicación. Asimismo, se efectuará un registro y control de los vehículos

⁹³⁸ AAP de Madrid 120/2003, de 17 de enero, dictaminando que sólo deben hacerse por razones poderosas que se dirijan directamente a preservar otros derechos fundamentales o el respeto de reglas de convivencia, y limitando estrictamente al mínimo la duración y publicidad del cacheo y las molestias y humillaciones no buscadas pero inherentes al mismo; STC 218/2002, de 25 de noviembre; AAP de Madrid 1267/2001, de 3 de julio, “Los cacheos son fórmulas habituales de control en el interior de los centros penitenciarios y no requieren necesidad de motivación específica para su realización”.

que entren o salgan del Centro penitenciario, de los paquetes y encargos que los reclusos reciban o remitan, conforme a lo establecido en el artículo 50 del RP. Atendiendo al artículo 76.4 del RP, la Administración penitenciaria tiene la facultad de poder cachear a personas que no son consideradas reclusas, sino que se trata de personas que vienen a visitar a los mismos, siendo lícita, por tanto, la actuación de la Administración. Sobre este punto, ha existido alguna polémica en cuanto a los cacheos integrales a los familiares que acudían a visitar a los presos mediante los vis a vis⁹³⁹. En relación con ello, la normativa penitenciaria histórica fue clara a la hora de indicar la sujeción al régimen y a la disciplina⁹⁴⁰.

En sentido amplio, es Mapelli⁹⁴¹ quien manifiesta que “todo este tipo de actividad rutinaria de control es de gran significación para el equilibrio psíquico del recluso y también para su resocialización”. Por ello, Garrido Guzmán⁹⁴² mantiene que tales medidas han de llevarse en los supuestos, con las garantías y la periodicidad legalmente establecida, sin que sea posible ponerlas en práctica como medida de castigo o en respuesta a situaciones conflictivas. Puntualizando la cuestión, Mapelli propone la prohibición de cacheos regulares y periódicos⁹⁴³.

b.5) Medida de seguridad a través de las exploraciones radiológicas

Son efectuadas como consecuencia de las medidas de seguridad cuando se estiman necesarias. No obstante, en esta situación tampoco faltan las sentencias respecto del derecho fundamental de la integridad física y moral. A título ilustrativo, la STC 35/1996, de 11 de marzo, en la cual se analizaba su posible vulneración por la práctica repetida de sesiones de rayos X sobre un recluso. Después de reconocer que el derecho a la integridad física se podría ver afectado por actuaciones coactivas que, justificadas en normas de seguridad penitenciaria, pusieran en peligro la salud de los internos, el Tribunal Constitucional declara que “el peligro para la salud y la integridad física existe

⁹³⁹ AJVP nº 1 de Madrid, de 13 de junio de 1991; AAP de Huelva de 3 de mayo de 1990, AJVP de Zaragoza de 6 de febrero de 1991, entre otros.

⁹⁴⁰ Art. 297 de La Ordenanza General de los Presidios del Reino de 14 de abril de 1834 “los presidiarios han de cumplir sus condenas en el presidio, con sujeción a su régimen y disciplina”.

⁹⁴¹ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 282.

⁹⁴² GARRIDO GUZMÁN, L., “Medidas de seguridad y vigilancia: registros, cacheos, recuentos y requisas”, cit., p. 367.

⁹⁴³ MAPELLI CAFFARENA, B., “Tendencias modernas en la legislación penitenciaria”, VV.AA., *Derecho Penitenciario y Democracia*, Fundación El Monte, Sevilla, 1994, p. 33.

si las radiaciones utilizadas como medida de seguridad penitenciaria tuviesen lugar con excesiva intensidad, las sesiones fuesen excesivamente frecuentes y no separadas por el tiempo adecuado y se practicasen en forma técnicamente inapropiada o sin observar las garantías científicamente exigibles”⁹⁴⁴.

El Tribunal Constitucional consideró que las exploraciones radiológicas estaban justificadas por razones de seguridad, y se aplicaron de una forma razonable utilizando como criterio las normas establecidas por la Organización Mundial de la Salud. El Auto de 2 de marzo de 1995 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Vitoria establece que, una vez practicada la radiografía y constatada la existencia de cuerpos extraños, se deberán adoptar las medidas tendentes a su expulsión. En los supuestos que se trate de heroína o cocaína sólo cabe que se expulse de forma natural, ya que el uso de laxantes presenta el peligro de rotura del envoltorio y absorción masiva⁹⁴⁵. En consecuencia, la única medida que cabe adoptar es la del sometimiento a un régimen de aislamiento y vigilancia permanente hasta que el cuerpo expulse de forma natural la droga.

b.6) El aislamiento como medida de seguridad

Se trata de una sanción en base a la enumeración exhaustiva de sanciones aplicables que contiene el artículo 42 de la LOGP⁹⁴⁶, desarrollado por el Reglamento en virtud del principio de legalidad de sanciones disciplinarias. Siendo la sanción disciplinaria del aislamiento la de mayor gravedad, en la medida que supone la separación del resto de los reclusos y del resto del tratamiento penitenciario. Supone un peculiar modo de incidencia sobre la esfera de la libertad personal de movimiento, que no sólo queda suprimida para el recluso, sino que especialmente lo es en unos términos de peculiar rigor en cuanto a la propia privación de libertad de movimientos adicionándose la restricción del mantenimiento, dentro del Establecimiento penitenciario, en una celda de seguridad que conlleva individualizada separación en el seno del propio mundo penitenciario. De suerte que la aplicación de esta drástica sanción disciplinaria comporta una aguda restricción espacial de la libertad de

⁹⁴⁴ Otras Sentencias representativas, SSTC 35/1996, de 11 de marzo; 299/2005, de 21 de noviembre; 23/2006, de 30 de enero, control por rayos X y, 196/2006, de 3 de julio, sobre cacheo y prueba pericial.

⁹⁴⁵ Otros Autos representativos, AJVP de Badajoz de 28 de septiembre de 1989; de Málaga de 3 de noviembre de 1993; de Madrid nº 2 de 15 de junio de 1995.

⁹⁴⁶

movimiento, en el marco de una situación penitenciaria que ya presupone básica privación de libertad de movimiento personal⁹⁴⁷.

Se plantea por un sector doctrinal -Mapelli Caffarena⁹⁴⁸- que la sanción de aislamiento en celda implica directamente privación de libertad y por tanto sólo judicialmente puede imponerse, el carácter excepcional que le otorga la LOGP y el hecho de que sea aprobada por el Juez de Vigilancia cuando excede de 14 días (art. 76.2d) son garantías suficientes para resolver la inconstitucionalidad. De otro lado, se plantea que no se puede negar la posibilidad de que la Administración penitenciaria disponga de un régimen disciplinario (se refiere al aislamiento), pero éste no se deriva de ninguna relación de sujeción específica sino del cumplimiento de un fallo condenatorio. También se ha querido ver en el propio texto del artículo 25.2 de la CE la fundamentación de la teoría especial de sujeción. Allí se dice que el condenado gozará de todos los derechos fundamentales “a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio *el sentido de la pena* y la ley penitenciaria”. El *sentido de la pena* introduce un cierto punto de confusión en el texto de la norma constitucional. Es un término ambiguo que puede entenderse como “significado” y, en este caso, equivaldría a privación de libertad, o, como “fin” y, entonces, se estaría refiriendo a la “reinserción social y reeducación”. Nos inclinamos por esta última posibilidad ya que la otra está suficientemente recogida en los otros dos criterios restrictivos, es decir, en la Ley y en el fallo condenatorio. De ser así, no vemos posible apoyar aquí las relaciones de supremacía.

Su regulación específica se encuentra como corrección disciplinaria hacia los reclusos, en este sentido Polaino Navarrete⁹⁴⁹ manifiesta que “no ha de bastar la comisión de una falta muy grave, e incluso de cualquier falta grave, para poderse

⁹⁴⁷ POLAINO NAVARRETE, M., “Infracciones penitenciarias y sanciones disciplinarias”, en COBO DEL ROSAL, M., (dir.) *Comentarios a la Legislación penal*, t. VI, vol. I, Edersa, Madrid, 1986, p. 601; del mismo, y en la misma obra “La sanción de aislamiento y sus condiciones de ejecución”, pp. 629 y ss.

⁹⁴⁸ MAPELLI CAFFERENA, B., “El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional”, *Derechos y libertades*, t. I, Dykinson, Madrid, 1993, pp. 435 y ss., nota nº. 29.

⁹⁴⁹ POLAINO NAVARRETE, M., “Infracciones penitenciarias y sanciones disciplinarias”, en VV.AA., *Comentarios a la legislación penal. Ley Orgánica General Penitenciaria*, t. VI, vol. I, Madrid, 1986; del mismo, “Algunas observaciones críticas sobre el Ordenamiento penitenciario español”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 16, Madrid, 1982, p. 166.

legalmente imponer la máxima sanción penitenciaria de aislamiento en celda, es preciso que la infracción disciplinaria cometida sea excepcionalmente grave, singularmente cualificada entre las infracciones de la máxima gravedad y además que la propia falta muy grave resulte, conforme a su naturaleza, compatible con alguno de los dos criterios legales de cualificación alternativa de la sanción penitenciaria: la manifestación de evidente agresividad o violencia, o bien la reiterada y grave alteración de la normal convivencia penitenciaria”. Por su parte Asencio Cantisán proponía, en su comentario al antiguo Reglamento Penitenciario de 1981, que la sanción de aislamiento en celda se aplicara exclusivamente a las sanciones muy graves “en función de su especial gravedad y en concordancia con lo establecido en la Ley”⁹⁵⁰. A mayor abundamiento, García Albero aseveró que “se congratula de la mayor concreción del nuevo Reglamento en la disponibilidad de las sanciones a aplicar, así como de su duración, según se trate de faltas muy graves, graves o leves, reprocha del legislador que en el caso concreto de la sanción de aislamiento en celda ésta sea la única sanción prevista para las faltas muy graves”⁹⁵¹.

No obstante, es considerada, por parte de la doctrina -Mapelli Caffarena- como anticonstitucional por quebrantar la prohibición de que la Administración Civil pueda imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad⁹⁵², y por ser contrario al principio de resocialización de todo recluso⁹⁵³, cuestionándose, en consecuencia, la constitucionalidad de dicha sanción al considerar que su aplicación vulnera lo dictaminado en el precepto 25.3 de la CE. Esta posición ha sido criticada por Rodríguez Alonso⁹⁵⁴ cuando asevera “cualquier medida regimental no sancionatoria de

⁹⁵⁰ ASENCIO CANTISÁN, H., “Régimen disciplinario y procedimiento sancionador”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº. extra 1, Madrid, 1989, p. 32.

⁹⁵¹ GARCÍA ALBERO, R.M., “Régimen disciplinario”, en TAMARIT SUMALLA, J.M^a., SAPENA GRAU, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M^a. J., *Curso de Derecho Penitenciario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 234, reprocha del legislador que “en el caso concreto de la sanción de aislamiento en celda ésta sea la única sanción prevista para las faltas muy graves”.

⁹⁵² MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., pp. 304 y ss., fue el primer autor en sostener esta tesis en la doctrina española. En la doctrina alemana, CALLIESS, R. P. y MÜLLER-DIETZ, H., *Strafvollzugsgesetz*, München, 1977, p. 206, consideran que el arresto disciplinario constituye un atentado a los principios fundamentales del Estado de Derecho.

⁹⁵³ Recordar la STC 2/1987, de 21 de enero al indicar que la sanción de aislamiento no constituye privación de libertad sino meramente un cambio en las condiciones de la prisión del preso, una mera restricción de la libertad ambulatoria dentro del Establecimiento añadida a la ya impuesta judicialmente, no siendo considerada, por tanto como pena o trato inhumano o degradante, es decir, que no se puede privar de libertad al que ya está privado de la misma.

⁹⁵⁴ RODRÍGUEZ ALONSO, A., *Lecciones de Derecho Penitenciario adaptadas a la normativa legal vigente*, Comares, Granada, 1997, pp. 244 y ss.

aislamiento podría merecer igualmente semejante calificación”, tomando como ejemplo el aislamiento por razones médicas (en caso de enfermedad infecto contagiosa), el aislamiento durante el período de ingreso, o el aislamiento por razones de seguridad personal (refugiado).

En contraposición, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 2/1987, de 21 de enero) sostiene que se produce a consecuencia de la especial relación de sujeción entre preso y prisión, teniendo como apoyo el Convenio de Roma de 1950 sobre salvaguarda de los derechos y libertades fundamentales y en Resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos de Estrasburgo⁹⁵⁵ al manifestar que “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”.

Afinando un poco más la cuestión, el Tribunal concluye que “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”, supone “una mera restricción de la libertad de movimientos dentro del establecimiento añadida a una privación de libertad impuesta exclusivamente por Sentencia Judicial”⁹⁵⁶. Surge, por tanto, la teoría de inconstitucionalidad por algunos autores, el argumento que se defiende es que consiste en una sanción que implica privación de libertad y, por tanto, susceptible de ser impuesta, exclusivamente, por un órgano judicial. En la misma línea, Roig Bustos indica que no se puede privar de libertad a un preso que ya se encuentra privado de la libertad ya que “la sanción de aislamiento lo que realmente hace es precisamente privar de la poca libertad que le resta al preso”⁹⁵⁷.

⁹⁵⁵ La Comisión de Estrasburgo ha afirmado que “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 todas las medidas son tan sólo modificaciones de su detención legal” (Dec. Adm. Con. Ap. 7754/1977, de 9 de mayo de 1977).

⁹⁵⁶ En la misma línea la STC 190/1987, de 1 de diciembre, Fj. 4. Comparte este criterio jurisprudencial, GARRIDO GUZMÁN, L., “Tutela judicial efectiva y asesoramiento de letrado de los reclusos en Instituciones Penitenciarias (Sentencia del Tribunal constitucional Núm. 2/1987, de 21 de enero)”, *Poder Judicial*, nº. 7, Madrid, 1987, p. 119.

⁹⁵⁷ ROIG BUSTOS, L., “La sanción de aislamiento en la celda en el derecho penitenciario español”, cit., p. 802, citado por RENART GARCÍA, F., “El sistema de sanciones en el régimen disciplinario penitenciario”, *Diario La Ley*, nº. 5476, t. II, 2002, pp. 1725 y ss.

En un sentido más amplio, se encuentra aquel sector doctrinal -Armenta o Rodríguez Ramírez- que entiende que la sanción de aislamiento en celda no supone más que una importante limitación de la libertad ambulatoria (restricción de movimientos) dentro del Centro penitenciario, pero sin que quepa considerarla como una privación de libertad sino como medida que conlleva una grave restricción de la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de la pena⁹⁵⁸.

Ahora bien, la concepción resocializadora de la prisión obliga a entender la ejecución en un proceso de recuperación social del penado, es decir, en un proceso de recuperación de los derechos fundamentales restringidos por la imposición de la pena⁹⁵⁹. Por su parte, Rivera Beiras defiende que “se pretende demostrar aquí que, pese a las declaraciones normativas que señalan que a los reclusos sólo se les ha de privar de su libertad, todos y cada uno de sus derechos fundamentales (a la vida, a la salud y a la integridad física y psíquica, a la defensa, al trabajo remunerado, al respeto de su vida privada, al secreto de su correspondencia, etc.) se encuentran “devaluados” en comparación con la tutela que poseen esos mismos derechos cuando los mismos se refieren a quienes viven en libertad”. Aquí, se ve claramente como se ha construido un ciudadano de segunda categoría⁹⁶⁰.

Como señala Téllez Aguilera, “en términos jurídicos, la sanción no existe hasta que tal aprobación no se produce”⁹⁶¹, el medio coercitivo de aislamiento debe aplicarse atendiendo a los motivos que figuran en el artículo 45.1 de la LOGP⁹⁶². Debe comunicarse al Juez de Vigilancia inmediatamente⁹⁶³ explicando el supuesto que lo haya

⁹⁵⁸ Entre ellos destaca la tesis de ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., *Reglamento Penitenciario comentado: análisis sistemático y recopilación de legislación*, Mad, Sevilla, 1999, p. 366.

⁹⁵⁹ RIVERA BEIRAS, I., *Tratamiento Penitenciario y Derechos Fundamentales*, Ponencia “Sistema penal y penitenciario y derechos fundamentales de los reclusos”, Bosch, Barcelona, 1994, p. 35.

⁹⁶⁰ *Ibidem*, p. 47.

⁹⁶¹ TÉLLEZ AGUILERA, A., *Seguridad y disciplina penitenciaria, Un estudio jurídico*, cit., p. 256.

⁹⁶² Dicho artículo viene a decir que solo podrán utilizarse aquellos medios coercitivos que se establezcan reglamentariamente para impedir actos de evasión o de violencia de los internos, para evitar daños a sí mismos, a otras personas o cosas y, para vencer la resistencia activa o pasiva de los presos a las órdenes del personal penitenciario en el ejercicio de su cargo.

⁹⁶³ Así lo establecen, los arts. 45.2 de la LOGP y 72 del RP, según este último, el responsable es el médico que haya firmado favorablemente el aislamiento, a quien le corresponde el inicial y continuado control de la aplicación de la medida.

motivado, la relación circunstancial de los hechos, día y hora de la adopción de la medida, el informe médico, si la medida ha sido autorizada por el Director o si sólo se le ha comunicado, duración si ya ha cesado, y si se ha incoado un expediente disciplinario por los hechos. La duración debe ser el tiempo necesario para restablecer la normalidad evitando así el deterioro físico y psíquico del preso. Las sanciones de aislamiento se deben cumplir en celdas análogas a las ordinarias, conforme prescriben las disposiciones vigentes (art. 42.4 de la LOPJ), es decir, con el compartimento que habitualmente ocupe el preso⁹⁶⁴. La utilización de celdas ciegas, negras o de máxima seguridad⁹⁶⁵ está prohibida, porque carecen de luz y de ventilación y no cumplen las mínimas condiciones que el respeto de la persona exige⁹⁶⁶. Así como para la imposición de la misma ha de tratarse de la comisión de una falta muy grave o grave, en la que haya por parte del preso agresividad, violencia de forma reiterada y grave, alterando la normal convivencia en el Establecimiento.

Por su parte, Polaino Navarrete⁹⁶⁷ constata que “la garantía se asienta sustancialmente en las exigencias jurídicas proclamadas por los principios constitucionales que han de inspirar al Derecho sancionador”. El Reglamento penitenciario establece la posibilidad de suspender la ejecución de la sanción de aislamiento, en el artículo 256, en atención a los fines de reinserción y reeducación. En virtud de la jurisprudencia constitucional (STC 2/1987, de 21 de enero), no se trata de una sanción más de las que disponga las autoridades penitenciarias, sino que sólo debe

⁹⁶⁴ Y por propia seguridad o por el buen orden del establecimiento, se le puede trasladar a una individual “de semejantes medidas y condiciones” (art. 43.4 de la Ley). Ver los arts. 253 y ss. del RP.

⁹⁶⁵ En este sentido, MUÑAGORRI, I., “El papel de las prisiones especiales de máxima seguridad en la política criminal española y europea” *CONTROL social del delito: críticas y alternativas*, Salhaketa, Bilbao, 1991; MARCHETTI, A.M., “Pauvreté et trajectoire carcérale”, *Approches de la prison*, De Boeck Université, Bruselas, 1997; PIRES, A. P., LANDREVILLE, P. y BLANKEVOORT, V., “Système pénal et trajectoire sociale”, *Déviance et Société* n.º 5, 1981, pp. 319-345.

⁹⁶⁶ Ver la Recomendación R (87) 3 del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa, de 12 de febrero de 1987. Por su parte, la STS de 26 de octubre de 1989 proclama que la utilización de celdas ciegas está prohibida porque carecen de luz y de ventilación y no cumplen las mínimas condiciones que el respeto de la persona exige. Una ilustración de las condiciones de las celdas de castigo y de la severidad del régimen disciplinario español durante la vigencia del Reglamento de Servicio de Prisiones de 1956, en BERISTAIN IPIÑA, A., *El delincuente en el estado social de derecho (Coordenadas para una reforma penitenciaria)*, Madrid, 1971, pp. 23 y ss., y GARCÍA VALDÉS, C., *Régimen penitenciario de España*, Madrid, 1975, pp. 140 y ss. TÉLLEZ AGUILERA, A., *Seguridad y disciplina penitenciaria*, cit., p. 254, se refiere a la posibilidad de que la celda tenga una plancha agujereada en la ventana al objeto de que los internos no puedan pasarse objetos de ventana a ventana, lo que ha sido, admitido en el AAP de Cádiz de 16 de diciembre de 1994.

⁹⁶⁷ POLAINO NAVARRETE, M., *Estudios Penitenciarios*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1988, p. 211.

ser utilizada en casos extremos ya que la misma supone limitar al recluso a una confinación separada caracterizada por tratarse de una celda cuyas condiciones y dimensiones no son las normales, privando y limitando la convivencia con otros reclusos asimismo de otros beneficios como la biblioteca, patio, etc.⁹⁶⁸.

Supone, por tanto, una privación de derechos y deberes del preso, como la convivencia con el resto de los reclusos, el ejercicio de la actividad laboral, cultural, comunicaciones con el exterior, ver la televisión, escuchar la radio, restricción de visitas o de llamadas telefónicas. La justificación de este tipo de restricciones en los países escandinavos es por la necesidad de salvaguardar las pruebas y prevenir la confabulación o intimidación, siendo impuestas por la autoridad del Tribunal⁹⁶⁹. En lo que respecta a nuestra legislación, el aislamiento se produce por el grado de agresividad que tiene el preso durante un tiempo o un acto frente a funcionarios o frente al resto de los presos, por su peligrosidad o por ser considerados como inadaptados. Es un singular *modus* de cumplimiento de un régimen privativo de libertad, en cuyo ámbito se circunscribe al sancionado en una especie de limitación espacial individualizada, al reducirse al mínimo tolerable la esfera de su mismidad existencial en el plano de la ejecución penitenciaria de la privación de libertad⁹⁷⁰. El aislamiento recuerda a los sistemas celular y auburniano cuando se le privaba de libertad a través del aislamiento temporal de la sociedad para que llevase a cabo una reflexión individualizada y subsanase su comportamiento, repito, que “recuerda” pero, no se considero lo mismo puesto que, en este caso, el aislamiento es un contenido adicional de la pena privativa de libertad.

En estos casos, el Comité ha señalado que el aislamiento en solitario puede agravar un tratamiento inhumano o degradante. Es por lo que creo que cualquier medida

⁹⁶⁸ Otras sentencias y autos representativos son, las SSTC 129/1995, de 11 de septiembre; 128/1996, de 6 de noviembre; 157/2000, de 12 de junio; AJVP nº 2 916/1999, de 30 de junio y 2035/2003, de 16 de septiembre, por el JVP nº 1; AAP de Madrid 2520/2002, de 27 de septiembre; AAP de Madrid 2093/2002, de 23 de julio; AAP de Baleares 343/2007, de 11 de septiembre, y la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala Contencioso, de 8 de marzo de 2007, entre otras.

⁹⁶⁹ CRUZ ROS, J., *El Comité para la prevención de la tortura*, cit., p. 50. Lo corrobora, FERNÁNDEZ GARCÍA, J., “El régimen disciplinario”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (coords.), *Manual de Derecho Penitenciario*, Colex, Madrid, 2001, pp. 300 y ss.

⁹⁷⁰ POLAINO NAVARRETE, M., “La sanción de aislamiento y sus condiciones de ejecución”, en COBO DEL ROSAL, M., (dir.) *Comentarios a la Legislación penal*, t. VI, vol. I, Edersa, Madrid, 1986, p. 631.

de aislamiento en un Centro penitenciario debe ser realizada bajo una autorización judicial y especialmente autorizada, justificada y examinada, debiendo ser aplicados, dichos aislamientos, por un periodo corto de tiempo. En opinión de Lacaci⁹⁷¹, todo individuo que ingresa en prisión, excluyendo a los reincidentes, experimenta una de estas dos reacciones psicológicas: a) una reacción de sobrecogimiento o temor, en que el sujeto a su ingreso en prisión se encuentra inhibido con reacciones psicósomáticas a cámara lenta, existe un desinterés y falta de gana por cuanto le rodea, se establece una anorexia psíquica, existe un sentimiento de culpabilidad y autoreferimiento, b) una reacción psicomotora con tendencia a la agresividad y a la violencia, se sienten ultrajados, humillados, suelen decir que se ha cometido un atropello con ellos, destruyen y agreden a cuantos encuentran en su camino. Para cada uno de estos grupos de presos se proponen una serie de medidas de higiene mental que pueden controlar y reducir dichas reacciones vivenciales. Trasladando estas sensaciones al caso de un aislado, las consecuencias se agravan.

El aislamiento en las llamadas, comúnmente, *celdas negras* o *celdas de castigo*, es una medida de seguridad, un régimen sancionador, en definitiva, una disciplina que va encaminada a una convivencia ordenada dentro del Centro penitenciario. Ya he señalado que, ante cualquier desorden en las Instituciones penitenciarias, se realiza una serie de castigos físicos o corporales (tratándose de evitar, puesto que estaríamos en un supuesto de tortura), y de castigos psicológicos, porque, realmente, el aislamiento supone suprimir el contacto con la prisión y con su entorno⁹⁷². Sin olvidar, que se debe procurar que el recluso cumpla de forma adecuada su estancia, y que la finalidad de la prisión además de la reinserción, es garantizar la convivencia ordenada dentro de la misma. Se trata, por tanto, de una medida preventiva basada en la separación del recluso en cuestión del resto del grupo en un tiempo mínimo, pero el necesario para restablecer el orden. Pudiéndose ser considerada, tanto como medida de seguridad como sanción administrativa penitenciaria. Dicha medida de seguridad se ha llevado a cabo a lo largo de la historia penitenciaria, lo que demuestra para muchos ciudadanos y para el sistema penitenciario que se trata de un procedimiento que en cuanto a técnica y éticamente es

⁹⁷¹ LACACI, R., “La higiene mental. Su importancia para la prevención de las enfermedades mentales”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº. 163, 1963, pp. 714 y ss.

⁹⁷² No es considerada como uno de los supuestos de tortura o pena inhumana o degradante según la STC 2/1987, de 21 de enero.

correcto. Mas no por ello faltan las teorías para los que tratan de demostrar que el aislamiento es un método ineficaz, contraindicado y moralmente perverso contrario a la dignidad del preso⁹⁷³.

Conviene no confundir el aislamiento con lo que se denomina *régimen cerrado o primer grado*⁹⁷⁴ previsto en el artículo 10 de la LOGP, que se presenta como la medida de carácter excepcional (STC 143/1997, de 15 de septiembre) de mayor rigurosidad por cuanto implica una mayor limitación del ya sustancialmente restringido status *libertatis*, éste supone un estatuto jurídico del recluso, con el resultante de la aplicación de la sanción disciplinaria de aislamiento. Aquí se observa una notable diferencia cualitativa: mientras la sanción constituye siempre el resultado de acciones antijurídicas y culpables del recluso, en el régimen cerrado el origen se encuentra en actitudes o formas de conducta que exigen ser valoradas, lo que no acontece en el supuesto sancionador cuyo cumplimiento es inmediato salvo que medien obstáculos procesales o circunstancias de índole personal⁹⁷⁵. Por otro lado, la duración del aislamiento varía en ambos supuestos precisamente por perseguir objetivos distintos pero, debido a la gravedad, conlleva la exigencia de determinar legalmente el límite de ese aislamiento. La sanción disciplinaria concluye con el transcurso del tiempo establecido en el acuerdo sancionador; mientras que el internamiento en régimen cerrado es indefinido por cuanto que “la permanencia de los internos destinados a estos centros será por el tiempo necesario hasta tanto desaparezcan o disminuyan las razones o circunstancias que determinaron su ingreso”, (art. 10.3 de la LOGP). Lo que, por cierto, ha sido considerado por un sector de la doctrina -Juanes Peces- como una auténtica sanción encubierta, atendiendo a las circunstancias en que se desarrolla y, en consecuencia, adoptada al margen de la legalidad⁹⁷⁶.

⁹⁷³ *El Aislamiento en Prisión*, Jornada de Debate Abierto e Información sobre: El aislamiento en prisión, Iberdaf Industrial, Madrid, 2001, p. 1.

⁹⁷⁴ Ver, entre otros, a AYMERICH CANO, C. I., “Régimen cerrado y cárceles de máxima seguridad. Una reflexión desde el Derecho Administrativo”, publicado en *@dministración, Ciberrevista de Derecho Administrativo*, nº. 10, 1999; RÍOS, J., y CABRERA, P., *Mirando al abismo. El régimen cerrado*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2002.

⁹⁷⁵ En ese sentido, MAPELLI CAFFARENA, B., “Consideraciones en torno al art. 10 de la LOGP”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº. extra 1, 1989, p. 128.

⁹⁷⁶ JUANES PECES, A., “Constitucionalidad de la medida de aislamiento en celda aplicada en virtud del artículo 10 de la Ley General Penitenciaria y de la Circular 2470/92 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias”, *Jueces para la Democracia*, nº. 23, 1994, pp. 33 y ss.

La Orden Circular de la DGIP, de 2 de agosto de 1991, sobre Normas Comunes Tipo para internos clasificados en primer grado de tratamiento o con aplicación del régimen del artículo 10 de la LOGP, contiene una aplicación de la medida de aislamiento. La mencionada norma dictamina que “la medida de aislamiento impugnada en el presente proceso constitucional afecta al derecho a la libertad proclamado en el art. 17 de la CE. En efecto, aunque no pueda afirmarse que la medida de aislamiento en celda sea, en rigor, privativa de libertad si que se constata que en el aislamiento prolongado se suprimen de modo evidente otras manifestaciones remanentes de la citada libertad. El penado sometido a un régimen de vida regido en su casi totalidad por el aislamiento ve restringida su ya extraordinariamente limitada esfera vital a un ámbito aún más reducido. Por ello, una medida de aislamiento de la índole de la cuestionada (veintidós horas diarias), al afectar a la libertad, solo resultaría admisible ex art. 25.2 de la CE si tiene cobertura en una ley”.

La jurisprudencia consolidada del Tribunal Constitucional, lo ha calificado como “una grave restricción de la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de la pena”⁹⁷⁷. Se sustenta que “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. No es sino una mera restricción de la libertad de movimientos dentro del establecimiento añadida a una privación de la libertad impuesta exclusivamente por sentencia judicial”⁹⁷⁸. “Si bien es cierto que el interno de un establecimiento penitenciario se ve privado en lo primordial de su libertad -lo que deja fuera del art. 25.3 de la CE ulteriores restricciones de la misma, a las que ya no puede denominarse propiamente, en ese sentido, “privaciones”, ello no comporta que su nuevo *status libertatis* -modificado, pero no suprimido- no integre el ámbito del art. 17 de la CE y que, en consecuencia, las restricciones relevantes del mismo no hayan de tener la adecuada cobertura legal que requiere el art. 25.2 de la CE para poder limitar los derechos fundamentales del Capítulo Segundo del Título Primero de la Constitución”.

⁹⁷⁷ En este sentido las SSTC 74/1985, de 18 de junio, Fj.4; 297/1993, de 18 de octubre; 97/1995, de 20 de junio; 129/1995, de 11 de septiembre, ésta recuerda que la legislación penitenciaria ha asegurado la judicialización de la ejecución de las penas, a través del sistema de control judicial, y cuyo adecuado funcionamiento no es sólo garantía de conformidad a la Ley en la actividad penitenciaria, sino también de la protección de los derechos fundamentales de los delincuentes; y, 195/1995, de 19 de diciembre.

⁹⁷⁸ SSTC 143/97 de 15 de septiembre; 2/1987, de 21 de enero, Fj.3.

En suma, el régimen cerrado supone un mayor control y vigilancia a que se ven sometidos los clasificados en este grado y por la limitación de las actividades en común, y, fundamentalmente, por su cumplimiento en régimen de aislamiento⁹⁷⁹.

Nos encontramos ante disposiciones diferentes aunque presenten en común la aplicación de un régimen de vida marcado por el aislamiento, encontrándose en Títulos diferentes: el régimen cerrado en el Título Primero relativo a los Establecimientos y medios materiales; el aislamiento en el Título Segundo referido al régimen penitenciario, asimismo aquél es acordado por el Centro Directivo previa propuesta razonada de la Junta de Tratamiento previo informe del Equipo Técnico⁹⁸⁰; mientras que el aislamiento es impuesta por la Comisión Disciplinaria. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional mantiene que el régimen cerrado es el más riguroso y el que implica una mayor limitación del ya sustancialmente restringido *status libertatis*, por lo que la legislación penitenciaria confiere a su aplicación un carácter excepcional. Por ello, la aplicación del mismo se ha de reservarse en aquellos supuestos en los que los fines de la relación penitenciaria no puedan ser obtenidos por otros medios menos restrictivos de derechos, afectando tal medida a otros derechos como al secreto de las comunicaciones. Desde este punto de vista, para Jellinek el *status libertatis* constituye el núcleo de los derechos personales que son inherentes a toda persona e inviolables porque son los elementos esenciales para el desarrollo integral de la personalidad, que, como señala también nuestra Constitución, en todo caso, deberán ser respetados durante la ejecución de la pena⁹⁸¹. No obstante, el aislamiento en celdas es una sanción que directamente implica privación de libertad, pero ¿podría ser inconstitucional si la impone una Administración penitenciaria o judicialmente? La Administración penitenciaria, sólo está legitimada para limitar los derechos fundamentales que no pueden hacerse en un estado de privación de libertad.

En lo que se refiere a la realidad del aislamiento en las prisiones, la vida en estos módulos se limita a estar en la celda 22 horas al día y salir 2 horas a un pequeño patio⁹⁸²,

⁹⁷⁹ RENART GARCÍA, F., “El sistema de sanciones en el régimen disciplinario penitenciario”, *Diario La Ley*, n.º. 5476, t. II, 2002, pp. 1725 y ss.

⁹⁸⁰ Arts. 10 de la LOGP y 92 del RP.

⁹⁸¹ PÉREZ LUÑO, A.E., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 174-175.

⁹⁸² Muy crítico acerca de la previsión de una sola hora de paseo en solitario y de que la comunicación se restrinja exclusivamente a los familiares, ROIG BUSTOS, L., “La sanción de

hay que entender que el preso conserva el derecho que reglamentariamente le corresponda a recibir visitas pues, de lo contrario, opina, con razón, García Albero⁹⁸³ “supondría añadir una sanción diversa a la ya impuesta”. Normalmente, el preso realiza estos paseos sólo o en compañía de otro preso, dependiendo del número de reclusos que se encuentre en las celdas de aislamiento, no teniendo derecho a realizar cualquier otra actividad. No existe la posibilidad de relacionarse con ningún otro preso y habiendo limitación en las comunicaciones orales⁹⁸⁴, afecta a uno de los principales elementos del proceso resocializador, el contacto con el mundo exterior⁹⁸⁵. La única justificación para aquellos supuestos de alteraciones regimentales protagonizadas exclusivamente en el desarrollo de dichas comunicaciones⁹⁸⁶, supone, asimismo, privación de paseos. En ese sentido, apunta Fernández García⁹⁸⁷ que “lo que no parece lógico y atenta no sólo al principio de legalidad, sino también al elemental sentido de la justicia, es que los órganos colegiados de los Centros Penitenciarios sean los competentes para interpretar cómo se ejecuta esta sanción”, lo que podría dar lugar “a tantas interpretaciones como Centros, lo que socava el principio de seguridad jurídica”⁹⁸⁸. Particularmente crítico con esta sanción es Asencio Cantisán al destacar la falta de imaginación, puesta una vez más de manifiesto en el campo penitenciario, a la hora de establecer las sanciones, “de tal suerte que éstas puedan tener un contenido educativo y no meramente represor, con lo que se hubiera avanzado en la acomodación total de la Ley a los principios que la inspiran”⁹⁸⁹. Sin embargo, Fernández Arévalo y Mapelli Caffarena⁹⁹⁰, entienden que por

aislamiento en celda en el Derecho Penitenciario español”, *La Ley*, nº. 977, Madrid, 1984, pp. 798 y ss.

⁹⁸³ GARCÍA ALBERO, R.M., “Régimen disciplinario”, en TAMARIT SUMALLA, J.M^a; SAPENA GRAU, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M^a. J., *Curso de Derecho Penitenciario*, Valencia, 2001, p. 232. De la misma opinión, RACIONERO CARMONA, F., *Derecho Penitenciario y privación de libertad. Una perspectiva judicial*, cit., p. 223. En esa línea, reconociendo el derecho del sancionado a mantener comunicaciones especiales, el AAP de Jaén de 25 de junio de 1997.

⁹⁸⁴ En este sentido, la I 19/1996, de 16 de diciembre, de la DGIP.

⁹⁸⁵ De la misma opinión, CALVET BAROT, G., “El régimen disciplinario penitenciario”, en RIVERA BEIRÁS, I. (coord.), *La cárcel en el sistema penal. Un análisis estructural*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 230.

⁹⁸⁶ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y MAPELLI CAFFARENA, B., *Práctica Forense Penitenciaria*, Cívitas, Madrid, 1995, p. 142.

⁹⁸⁷ FERNÁNDEZ GARCÍA, J., “El régimen disciplinario”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (coords.), *Manual de Derecho Penitenciario*, Colex, Madrid, 2001, p. 302.

⁹⁸⁸ De la misma opinión, RACIONERO CARMONA, F., *Derecho Penitenciario y privación de libertad. Una perspectiva judicial*, cit., p. 224.

⁹⁸⁹ ASENCIO CANTISÁN, H., “El régimen disciplinario, el procedimiento sancionador y los medios coercitivos”, cit., p. 32.

⁹⁹⁰ FERNÁNDEZ ARÉVALO y MAPELLI CAFFARENA, *Práctica Forense Penitenciaria*, cit., p. 143.

su índole y naturaleza es apropiada para aquellos casos de faltas disciplinarias apreciadas por desorden o falta de aseo de la propia celda, por alteraciones regimentales leves protagonizadas en el curso de actos colectivos, y también para una falta disciplinaria genuina de aquellos establecimientos que se ubican dentro de cascos urbanos, en los que tras producirse lanzamientos de sustancias estupefacientes desde el exterior, una vez recibido el paquete o bola por los reclusos, se desobedecen las órdenes de entrega de los funcionarios mediante carreras y pases del paquete a fin de hacerlo llegar a su destinatario. En este supuesto, la sanción parece idónea como medio de retirar del patio al preso, al menos en horario de tarde.

Esta situación que, en principio, es provisional, en muchos casos se prolonga bastante más de los 42 días de aislamiento, consistiendo en el máximo establecido por Ley. No olvidemos que el propio Tribunal Constitucional entiende como trato inhumano el aislamiento superior a este máximo⁹⁹¹. El régimen de vida del primer grado o del aislamiento es un instrumento reglamentariamente establecido que genera la soledad extrema, el aislamiento casi absoluto, la total ausencia de intimidad. En definitiva, una situación de dominio y sometimiento radical⁹⁹². En cuanto al aislamiento de hasta siete fines de semana, Renart García⁹⁹³ manifiesta “que nos hallamos ante un vacío normativo que requiere ser urgentemente subsanado, fundamentalmente cuando la laguna legal lo es respecto de sanciones de esta particular naturaleza”.

⁹⁹¹ Como ejemplos de aislamiento prolongado están: J.U. y X.U., ingresaron en Carabanchel el 5 de julio de 1997 y se les mantiene en esta situación hasta el mes de diciembre. Salían casi siempre solos al patio y en ocasiones juntos si bien en estas ocasiones no se les permitía siquiera saludarse ni por supuesto hablar entre ellos. En diciembre fueron trasladados a otras cárceles, J.U. ingresó nuevamente en otro módulo de aislamiento, en Soto del Real; por otro lado, F.E., ingresa en Soto del Real el 15/3/97 y en fecha de 30 de diciembre, tras 9 meses, su situación no ha variado; J.A. ingresa en Soto del Real el 17/1/97, el 7 de agosto es trasladado al módulo de aislamiento, en un primer momento no se le autoriza tener ropa, ni utensilios de limpieza, ni papel, ni bolígrafo, ni libros, ni radio, ni material de estudio, ni silla. Esta situación se prolonga durante unas semanas. En www.basque.net.

⁹⁹² RÍOS MARTÍN, J.C. y CABRERA CABRERA, P.J., “La cárcel: Descripción de una realidad”, cit., p. 13. En celdas de aislamiento, la comida se sirve fría a través de un agujero en la puerta, y al cabo del día son veintitantas horas sin salir de ella, envuelto en una semipenumbra, sin mobiliario, sin objetos personales (nota a pie 1 Esta situación ya ha sido varias veces descrita por la doctrina), MORRIS, N., *El futuro de las prisiones. Estudios sobre crimen y justicia*, Siglo XXI, Madrid, 1978, p. 18, “algunas veces existe una cárcel dentro de la cárcel: la celda pelada, oscura, silenciosa, completamente desprovista de mobiliario. En la p. 26 relata la descripción de un traslado, resumiendo, consiste: recorrido largo, sin paradas, esposado lo que hace que el sentimiento de indefensión ante la posibilidad de un accidente sea más acusada, encerrado en un espacio minúsculo, con temperaturas extremas, casi sin luz o con muy poca luz, con abundancia de ruidos.

⁹⁹³ RENART GARCÍA, F., “El sistema de sanciones en el régimen disciplinario penitenciario”, cit., p. 1725 y ss.

Por último, resta señalar que hay jurisprudencia que indica que la sanción disciplinaria de aislamiento en celda puede constituir un trato inhumano o degradante, argumentando que “no cabe duda que cierto tipo de aislamiento en celdas negras [...] el confinamiento absolutamente aislado o cerrado es una forma de sanción que envuelve condiciones manifiestamente inhumanas, atroces y degradantes y, por ello, han venido siendo vedados en los más modernos sistemas penitenciarios. De ahí las restricciones que la Ley y el Reglamento penitenciario establecen para la aceptación, residual, de este tipo de sanción”⁹⁹⁴.

En definitiva, la doctrina propone la supresión del aislamiento al entender que no cumple ninguna función especial ni ayuda al restablecimiento del orden, dificultando en gran medida el proceso resocializador del penado⁹⁹⁵. Un sector minoritario de nuestra doctrina -Mapelli Caffarena- parte de la premisa de que la sanción de aislamiento en celda supone una auténtica privación de libertad⁹⁹⁶. En la misma línea, Roig Bustos⁹⁹⁷ comparte el carácter mensurable de la libertad, resultando, además, inaceptable la pretensión de que no se pueda privar de libertad a un interno cuando “la sanción de aislamiento lo que realmente hace es precisamente privar de la poca libertad que le resta al preso”. Por otro lado está el sector doctrinal que se acoge a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, así, Armenta González-Palenzuela y Rodríguez Ramírez⁹⁹⁸ entienden que la sanción de aislamiento en celda no supone más que una importante limitación de la libertad ambulatoria (restricción de movimientos) dentro del Centro penitenciario pero sin que quepa considerarla como una privación de libertad sino como medida que conlleva una grave restricción de la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de la pena. Como se ha señalado Rodríguez Alonso considera exagerada

⁹⁹⁴ la STC 2/1987, de 21 de enero.

⁹⁹⁵ AENCIO CANTISÁN, H., “El sistema de sanciones y el procedimiento para su imposición en la legislación penitenciaria”, Eguzkilore, n.º. extra 2, San Sebastián, 1989, pp. 51 y ss.

⁹⁹⁶ MAPELLI CAFFARENA, B., “El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional”, en RIVERA, I. (coord.), *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*, Barcelona, 1984, p. 25.

⁹⁹⁷ ROIG BUSTOS, L., “La sanción”, cit., p. 802, lo que corrobora Fernández García al apuntar que esta sanción supone un plus de privación de libertad ya que la libertad de movimientos que el interno disfruta en condiciones normales no son las mismas y que va a permanecer en la misma celda veintidós horas al día, lo que resulta difícilmente compaginable con la orientación resocializadora señalada en el propio texto constitucional, FERNÁNDEZ GARCÍA, J., “El régimen disciplinario”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (coords.), *Manual de Derecho Penitenciario*, Madrid, 2001, pp. 300 y ss.

⁹⁹⁸ ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F.J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., *Reglamento Penitenciario comentado: análisis sistemático y recopilación de legislación*, Mad, Sevilla, 1999, p. 366;

la apreciación de Mapelli⁹⁹⁹. Para Mapelli, una de las propuestas progresistas es la prohibición del aislamiento en celdas salvo como medida coercitiva¹⁰⁰⁰.

b.7) Traslados, conducciones y medidas de seguridad

No faltan las teorías de que la cárcel, en ocasiones, utiliza los traslados¹⁰⁰¹ como forma de sanción encubierta, indicando que suponen un aumento del castigo y del sufrimiento, no sólo por el desarraigo personal, sino también por el familiar y por las condiciones humillantes y denigrantes en que se efectúan los mismos¹⁰⁰² y, para una mayor estructuración, en cuanto al régimen, en función del orden y de la seguridad del Centro. Regulado en los artículos 31 y ss. del RP, así como, en la Regla 45 de Reglas Mínimas para el Tratamiento de los reclusos, hay que hacerlo con un mínimo de garantías no solo para la seguridad del propio preso. Esto es, exponerlos al público lo menos posible, para protegerlos de los insultos, de la curiosidad, prohibiéndose el transporte en malas condiciones de ventilación o de luz o por cualquier medio que les impongan un sufrimiento físico, y, eso sí, en condiciones de igualdad para todos, respetando su dignidad y derechos, y la seguridad para el Centro o en éste caso para los funcionarios. O sea, que se garantice la seguridad de su conducción, bajo custodia de la fuerza pública¹⁰⁰³. Además, la Administración penitenciaria es la competente en materia de traslados porque el destino de los presos se enmarca dentro de la actividad de carácter administrativo, ya que si a la Administración penitenciaria le corresponde organizar las instituciones, gestionar la total actividad penitenciaria, lógicamente, debe serles reconocida, como función propia, la distribución de los penados entre aquéllas¹⁰⁰⁴.

⁹⁹⁹ RODRÍGUEZ ALONSO, A., *Lecciones de Derecho Penitenciario adaptadas a la normativa legal vigente*, cit., pp. 244 y ss.

¹⁰⁰⁰ MAPELLI CAFFARENA, B., “Tendencias modernas en la legislación penitenciaria”, cit., p. 33.

¹⁰⁰¹ Ver el amplio estudio de GARRIDO GUZMÁN, L., “El respeto a la dignidad del interno con ocasión del cumplimiento de determinadas actividades regimentales (traslados de los detenidos), en COBO DEL ROSAL, M., (dir.) y BAJO FERNANDEZ, M., (coord.), *Comentarios a la Legislación penal*, t. VI, vol. I, cit., pp. 317 y ss.

¹⁰⁰² En este sentido, se pronuncia RIVERA BEIRAS, I., “La cárcel y el sistema penal (en España y en Europa)”, cit., p. 383.

¹⁰⁰³ Tener en cuenta la Circular 23/1996, de 16 de diciembre, en cuanto a la ejecución del traslado, y la OM de 15 de junio de 1995, que determina las especificaciones técnicas que deben reunir los vehículos destinados a la conducción de detenidos, presos y penados y el Decreto 2355/1967, de 16 de septiembre que las regula que establece que dichas conducciones se realizarán normalmente por carretera y con vehículos adecuados. En términos análogos, el art. 81 del RP, aprobado por RD 1201/1981, de 8 de mayo.

¹⁰⁰⁴ Al respecto, el AAP de Navarra 90/2005, de 22 de junio. Otros Autos representativos, de Navarra 57/2005, de 29 de marzo; de Navarra 75/2005, de 30 de mayo.

Con la excepción de los penados clasificados en tercer y en segundo grado que disfruten de permisos ordinarios, podrán realizar, previa autorización del Centro directivo, los desplazamientos por sus propios medios sin vigilancia. La mayor parte de los presos solicitan el traslado a otros Centros, porque la mayoría no cumple la pena privativa de libertad lo más cercano posible de su residencia habitual, y la mayoría de los familiares tienen bajo poder adquisitivo para poder ir a verlos. Pese a ello, ha sido la masificación de las cárceles lo que ha conllevado el traslado de presos fuera de sus zonas de residencia habitual. Recordamos que, en el caso de las mujeres reclusas, debido a la falta de Centros exclusivos para ellas, la mayoría no cumple su condena en el lugar de origen, sino en otro Centro, que dista bastante, haciéndose más complicada la reinserción y la labor de acercamiento a su entorno familiar y social.

A la cuestión de cómo afecta esta situación a los presos, considero que frente a los traslados y conducciones que se puedan llevar a cabo como consecuencia de algún juicio o por circunstancias legales, se pueden considerar un derecho, aunque no fundamental, en cuanto a que el preso solicite el cumplimiento de la pena privativa de libertad en el lugar de origen del mismo. Ya que, al ser el punto de partida tanto como derecho y como fin resocializador de todo preso, si éste no cumple la condena en su lugar de origen o, al menos, en lugar próximo, considero que cuando el cumplimiento de la pena se produce en una prisión alejada del lugar en el que la persona presa tiene su trabajo, su familia, su residencia, su entorno social puede dar lugar, incluso, a una desocialización.

En otro sentido, no falta jurisprudencia en cuanto a traslados de presos enfermos manifestando que existe conflicto entre la salud del preso y las razones de seguridad. Al igual ocurre en el traslado de presos de ETA, manifestando que han de subordinarse al respecto a los derechos fundamentales entre ellos el derecho a la integridad física y, en todo caso, a la vida ya que por ejemplo el traslado de un preso enfermo puede ponerla en riesgo, aparte de que la seguridad puede garantizarse con los medios que dispone el Estado¹⁰⁰⁵. Por otro lado, la jurisprudencia mantiene que si el traslado en cuanto a las condiciones del vehículo carece de las adecuadas medidas de seguridad y además carece

¹⁰⁰⁵ AAP de Madrid 568/1998, de 14 de mayo.

de luz, con los ocupantes esposados dentro de estrechos compartimentos se trata de una situación peligrosa en caso de accidente. De manera que la Administración penitenciaria incumple con el mandato constitucional de velar por la vida, la integridad y la salud de los presos recogido en el ya citado artículo 15 de la CE¹⁰⁰⁶.

Puede que el acercamiento tenga como base que al ser todos más o menos de una misma zona, exista más compañerismo, más respeto de sus derechos y mejores condiciones de vida. En este sentido, Bergalli señala que es comprensible que las Instituciones penitenciarias se hayan convertido en simples contenedores donde las autoridades pretenden que se mantengan el orden y la disciplina sobre la base de unas condiciones y unos regímenes de vida imposibles de soportar por cualquier ser humano¹⁰⁰⁷.

Si atendemos al artículo 12 de la LOGP, en el que se indica que lo fundamental es evitar el desarraigo social, el criterio de cercanía es un derecho de los mismos. No obstante, desde mi parecer, tan sólo se trata de un derecho y no de un derecho fundamental, como ya he indicado, puesto que no se encuentra regulado en nuestra Norma Suprema ni en los textos internacionales de relevancia como derecho fundamental. Es uno de los derechos adquiridos por la condición de preso ya que en este caso no se tiene libertad a la hora de residir, incluso, se puede indicar que no es un derecho exclusivo de los presos sino también de sus familiares para una mayor facilidad de acceso para las visitas¹⁰⁰⁸, y a los vis a vis, hay disminución de comunicaciones y menor concesión de permisos¹⁰⁰⁹.

En estas condiciones, el alejamiento supone lo siguiente: un castigo añadido extralegal, no decidido por ningún juez, que se aplica a los presos y a sus familiares;

¹⁰⁰⁶ AAP de Bilbao de 31 de diciembre de 1987, y AJVP de Sevilla de 3 de junio de 1988. Otros representativos, AAP de Madrid 320/1998, de 24 de marzo, referente a los objetos y su peso que pueden ser transportados en los traslados de presos; de Madrid 320/98 de fecha 24 de marzo referente a la limitación a un bolso de viaje o maleta, y a 25 kgs. de peso, como equipaje de mano, o de simultáneo transporte al traslado.

¹⁰⁰⁷ RIVERA BEIRAS, I., Y OTROS., *La cárcel en España en el fin del milenio (a propósito del vigésimo aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria)*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 134.

¹⁰⁰⁸ Las mayores reivindicaciones en cuanto al acercamiento de presos son en cuanto a los presos de ETA, siendo el colectivo en el que se ha llevado una situación de alejamiento generalizado, entrando en contraposición fuertemente con el objetivo de la ley que es evitar el desarraigo social.

¹⁰⁰⁹ Ver la ST de Conflictos de Jurisdicción 7/2007, de 27 de junio; AAAP de Navarra 56/2005, de 29 de marzo; de Navarra 72/2002, de 3 de julio.

una medida arbitraria basada en criterios políticos y de oportunidad, dificultando el contacto de los presos con familiares y el entorno. Es por lo que, a mi juicio, el alejamiento puede tener efectos negativos para la reinserción, en este mismo sentido, es el Principio 20 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, el que establece: “si lo solicita la persona detenida o presa, será mantenida en lo posible en un lugar de detención o prisión situado a una distancia razonable de su lugar de residencia habitual”¹⁰¹⁰.

b.8) Los FIES como medida de seguridad

Lo que intentaré en primer lugar dentro de este apartado es aclarar ciertos aspectos, sobre todo, por la ambigüedad y carga política que acarrearán los reclusos privados de libertad en la aplicación de la normativa antiterrorista, por lo que me remito a dar grandes pinceladas sobre que existe un fichero de internos de especial seguimiento en los que pueden verse vulnerados ciertos derechos fundamentales. Lo que demuestra que, atendiendo al artículo 17.1 de la CE, es una Ley la que desarrolla, con posterioridad, los casos y la forma en la que se ha de llevar a cabo la detención de una persona, haciendo que nos encontremos con la posibilidad de que, para ciertas personas o para cierto sector, el trato de la detención sea diferente¹⁰¹¹.

Partimos, por tanto, del artículo 10 de la LOGP, que indica que existirán Establecimientos de cumplimiento de régimen cerrado o Departamentos especiales para los penados calificados de peligrosidad extrema o para casos de inadaptación a los regímenes ordinario y abierto, apreciados por causas objetivas en resolución motivada, a no ser que el estudio de la personalidad del sujeto denote la presencia de anomalías o deficiencias que deban determinar su destino al centro especial correspondiente. También podrán ser destinados a estos Establecimientos o

¹⁰¹⁰ La I 6/2005, de 23 de mayo, actualizando la I 23/1996, relativa a las conducciones de los presos, bajo las condiciones de que la conducción sea provincial, que el motivo del traslado sea juicio o diligencias, reingreso, cuando la anterior orden de traslado la haya autorizado el Director del Centro de origen, siempre que no modifique el Centro Penitenciario asignado y, por último, que el interno no esté incluido en el fichero F.I.E.S. Con lo que se afirma que el derecho al traslado no es un derecho que se cumpla en la mayoría de los casos ni para la mayoría de los reclusos. Suspendiéndose el traslado por la Circular 2/98, de 8 de enero, en casos de pruebas médicas pendientes.

¹⁰¹¹ Ver ARZUAGA, J., “La situación de las personas privadas de libertad en aplicación de la legislación antiterrorista (Observatorio Vasco de Derechos Humanos “Behatokia”), *Privación y Libertad y Derechos Humanos. La tortura y otras formas de violencia institucional*, Icaria, Barcelona, 2008, pp. 335 y ss.

Departamentos especiales con carácter de excepción y absoluta separación de los penados, dando cuenta a la autoridad judicial correspondiente, aquellos internos preventivos en los que concurren las circunstancias expresadas en el número anterior, entendiéndose que la inadaptación se refiere al régimen propio de los establecimientos de preventivos.

El régimen de estos Centros se caracterizará por una limitación de las actividades en común de los presos y por un mayor control y vigilancia sobre los mismos en la forma que reglamentariamente se determine. La permanencia de los presos destinados a estos Centros será por el tiempo necesario hasta tanto desaparezcan o disminuyan las razones o circunstancias que determinaron su ingreso.

Pudiéndose considerar, tal medida, como un aislamiento del recluso, han sido numerosas las críticas que ha suscitado, ya que se trata por igual a los penados calificados de peligrosidad extrema como a quienes no se adaptan a los regímenes ordinario y abierto, de modo que, deja la puerta abierta para hacerse la pregunta sobre los presos que no se adaptan al sistema carcelario, al tratamiento penitenciario o los que son peligrosos respecto a los funcionarios y respecto al resto de los presos, al sistema penitenciario en sí, etc.

Surge, asimismo, el conflicto entre adaptarse a la prisión o adaptarse a la vida en libertad puesto que es el fin de toda cárcel. Por otro lado, entra en contraposición de que si, como indica en el apartado tercero del artículo, se caracteriza por la limitación de las actividades en común, no cabe tratamiento penitenciario para los reclusos en dicha situación y, por tanto, no hay reinserción ni reeducación hacia los mismos, siendo contrario a todo principio del ordenamiento jurídico penitenciario¹⁰¹².

Los Ficheros de Internos de Especial Seguimiento fueron creados por la Circular de 6 de marzo de 1991 de la DGIP, regulados actualmente en la Instrucción 21/96, por aplicación de la Disposición Transitoria 4ª del RP. Es un instrumento de control de la Administración penitenciaria dirigido a determinados reclusos a los que, por el delito cometido o por su vida en reclusión, se les suponga un potencial desestabilizador del

¹⁰¹² No obstante, el art. 59 de la LOGP al tratar el tratamiento penitenciario no excluye a los mismos, va dirigido a todo recluso.

sistema penitenciario¹⁰¹³. Se incluye en ellos las propuestas para finalizar la relación con la Institución penitenciaria y con la sentencia judicial condenatoria, toda modificación de las situaciones procesales, penales o penitenciarias, acuerdos que sobre el recluso hayan tomado los órganos colegiados, y las decisiones, comunicaciones con los abogados, y los nombres de éstos, cualquier incidente, participación en actividades, etc.¹⁰¹⁴ Ello supone la estricta vida que llevan en el sistema carcelario, la privación de beneficios y de derechos como consecuencia de estar en este sistema, ante la peligrosidad y la amenaza hacia otros presos pueden verse restringidas las horas de patio, evitar contactos con otros presos y con sus familiares, lo que supone, como ya he indicado, complicado lograr el fin de la pena de prisión impuesto por la Constitución en su artículo 25 que es la reinserción social. Es por lo que, a mi juicio, más bien lo que se pretende es la desocialización, desestructuración del preso al tratar de garantizar el orden y la seguridad en los Centros penitenciarios¹⁰¹⁵. Es una herramienta para neutralizar, es un aislamiento dentro de la prisión pasando el mayor tiempo en las celdas accediendo únicamente al patio un par de horas.

Para un recluso de estos ficheros, supone la modificación del *status libertatis* y la vulneración del artículo 17 de la CE en cuanto a que toda persona tiene derecho a la libertad, supone una diferenciación del régimen de vida con respecto al resto de los presos. Entendiendo que el derecho a la libertad personal supone que no se pueden

¹⁰¹³ Los presos incluidos en estos ficheros son las categorías siguientes: F.I.E.S. 1 CD (Control Directo). Personas conflictivas, autoras o inductoras de alteraciones del régimen penitenciario (dentro, fuera o en traslados o diligencias), en los que se haya puesto en peligro la vida o integridad física de funcionarios, autoridades, personal laboral u otros internos; F.I.E.S. 2 NA (Narcotraficantes). Personas preventivas o penadas por delitos contra la salud pública (distribución y venta de drogas ilegales), por delitos relacionados con actividades ligadas a esta distribución y venta, o que colaboren y/o apoyen a grupos organizados dedicados a estas actividades; F.I.E.S. 3 BA (Bandas Armadas). Personas preventivas o penadas por delitos de terrorismo o vinculación con banda armada., así como quienes apoyan y/o colaboran con éstas; F.I.E.S. 4 FS (Fuerzas de Seguridad y Funcionarios). Personas preventivas o penadas que pertenecen o han pertenecido a Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado o al Cuerpo de Funcionarios de Instituciones Penitenciarias y, F.I.E.S. 5 CE (Características Especiales). Personas con diversas tipologías delictivas (delincuencia internacional, delitos contra la libertad sexual especialmente violentos y con alarma social, contra el ya extinguido deber de prestación social sustitutoria), personas con una evolución positiva en F.I.E.S. 1)

¹⁰¹⁴ RÍOS MARTÍN, J.C., *Manual práctico para la defensa de las personas presas*, Colex, Madrid, 1997, pp. 34 y ss.

¹⁰¹⁵ TARRÍO GONZALES, X., *Huye, hombre, huye. Diario de un preso F.I.E.S.*, Virus, Barcelona, 1.997. Ver AAP de Madrid 1490/2001, de 19 de julio, en cuanto a cacheos a FIES; SSTC 52/1995 de 23 de febrero; 291/1993, de 18 de octubre; 62/1982 de 15 de octubre; 27/1981, de 20 de julio; 108/1986, de 29 de julio. Los arts. 91 y 93 del RP referente a la modalidad de vida dentro del régimen cerrado y en departamentos especiales.

realizar privaciones o restricciones de la libertad ilegítimas o arbitrarias, ni imponer límites a las esferas de autonomía física del individuo que desconozcan el contenido esencial del derecho establecido en el artículo 17, esto es, que lo desnaturalicen, lo hagan impracticable, lo dificulten más allá de lo razonable o lo despojen de la necesaria protección¹⁰¹⁶.

Esta situación vulnera abiertamente el principio de legalidad, que en materia penal es el principio rector y la garantía de los ciudadanos. Esta vulneración en la fase de ejecución penal se concreta en la violación de varios preceptos constitucionales y legales. Entre ellos cabe reseñar: 1) artículo 25.2 de la CE que establece que el condenado a pena de prisión que estuviese 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. 2) artículo 9.1 y 3, Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. 3) artículo 3.2 del CP, no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y Reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en el artículo 2 de la LOGP, La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por ley, los reglamentos y las sentencias judiciales. A este respecto, el artículo 3 de la LOGP señala que la actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos, y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecer diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición, o cuales quiera otra circunstancia de análoga naturaleza.

En definitiva, se está creando un nuevo régimen que nada tiene que ver con los tres regímenes establecidos, a saber, el cerrado, el ordinario y el abierto. De modo que, no puede admitirse un tratamiento distinto de la ejecución de la privación de libertad sin una Ley Orgánica.

¹⁰¹⁶ Disponible en <http://www.ucm.es/info/eurotheo/normativa/fies.htm>

2. LAS COMUNICACIONES

2.1 Cuestiones previas

Partimos de la premisa de que estamos ante un derecho fundamental que también se predica de los reclusos, quizás sea uno de los derechos más vulnerados por la información que un delincuente puede recabar del exterior, de modo que se trata de un derecho controlado por funcionarios penitenciarios en base al orden y la seguridad del Centro en el que se encuentre, recuérdese que nada tiene que ver el *derecho a las comunicaciones* con el *derecho a la información*, escapando este último de la esfera privada de las personas¹⁰¹⁷. De otro lado, tampoco hay que confundir *secreto* con *íntimo*, en este sentido Asencio Mellado¹⁰¹⁸ asevera que el carácter formal del secreto es el que lo distingue del derecho a la intimidad, ya que el secreto se refiere a lo comunicado sea lo que sea, mientras que el derecho a la intimidad tiene carácter material, al depender del contenido de lo comunicado que afecte o no al ámbito de la intimidad. Pese a ello, el contacto con el mundo exterior supone el no apartarle totalmente de la sociedad, supone, indirectamente, la participación en la sociedad, y una reinserción más positiva. Es la Regla 24 de las RPE la que garantiza el contacto con el mundo exterior a través de las comunicaciones y las visitas. Las Reglas 37 a 39 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los reclusos también lo desarrollan argumentando que consiste en un derecho que se predica por igual para los reclusos nacionales que para los extranjeros. En consecuencia, “la comunicación con los demás es un bien necesario a la persona cuya naturaleza es social, y puede así verter sus sentimientos, ideas y tendencias, manifestándose como individuo con características propias que la distinguen de los demás”¹⁰¹⁹. La Regla 37 de la Reglas Mínimas para el

¹⁰¹⁷ RACIONERO CARMONA, F., “El derecho a las comunicaciones. Regímenes especiales”, en VV.AA., *I Curso monográfico para Jueces de Vigilancia Penitenciaria*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992; ALPA, G., *L’informazione e i diritti della persona*, Jovene, Nápoles, 1983; VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., “El derecho a ser informado y el art. 20 de la CE”, *Estudios de Derecho Público en Homenaje a Ignacio de Otto*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1993; BARROSO ASENJO, P., y LÓPEZ TALAVERA, M., *Libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales*, Fragua, Madrid, 1998; BASTIDA FREIJEDO, F.J., *El régimen jurídico de la comunicación social*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1994; BASTIDA FREIJEDO, F.J. y VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *Libertades de expresión e información: prontuario de jurisprudencia constitucional 1981-1998*, Aranzadi, Pamplona, 1998; DE LUCAS, J., “Democracia y transparencia. Sobre poder, secreto y publicidad”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. VII, 1990, pp. 131 y ss.; SAAVEDRA LÓPEZ, M., *La libertad de expresión en el Estado de Derecho: entre la utopía y la realidad*, Ariel, Barcelona, 1987.

¹⁰¹⁸ ASCENCIO MELLADO, J.M^a., “La prueba prohibida en Jurisprudencia Constitucional”, *Revista Valenciana d’Estudis Autònoms*, nº. 1, 1985, p. 295.

¹⁰¹⁹ BATLLE SALES, G., *Derecho a la intimidad privada y su regulación*, Marfil, Valencia, 1972, p. 39.

Tratamiento de reclusos¹⁰²⁰, dice que “los reclusos estarán autorizados para comunicarse periódicamente, bajo la debida vigilancia, con su familia y con amigos de buena reputación, tanto por correspondencia como mediante visitas”. Y la Regla 79 dictamina que se “velará particularmente por el mantenimiento y mejoramiento de las relaciones entre el recluso y su familia, cuando estas sean convenientes para ambas partes”. También lo indica La Recomendación del Comité de Ministros a los Estados miembros del Consejo de Europa sobre normas penitenciarias europeas, en su norma 43.1, al referir que “los reclusos deberán poder comunicarse con su familia y, sin perjuicio de las exigencias de su tratamiento, de la seguridad y del orden del centro, con las personas o representantes de organismos externos; deberán asimismo poder recibir a intervalos regulares visitas de dichas personas”. Precepto muy similar al artículo 51 de la LOGP¹⁰²¹.

De otro lado, pese a que el precepto constitucional, garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, no hay controversia doctrinal en aceptar que la enumeración no es un *numerus clausus*, sino simplemente una relación *ad exemplum*.

¹⁰²⁰ Resolución 1984/1947, de 25 de mayo, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

¹⁰²¹ Existe discrepancia doctrinal a la hora de considerar la inconstitucionalidad del art. 51.5 de la LOGP al manifestar que “Las comunicaciones orales y escritas podrán ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente”, ya que el art. 18.3 de la CE dice que “Se garantiza el secreto de las comunicaciones salvo resolución judicial”, de otro lado, el precepto anterior citado, según la STC 183/1994, de 20 de junio, no es norma aplicable a las comunicaciones de los internos con el abogado defensor y con los procuradores que no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo, la cuestión surge cuando en vez de encontrarnos ante un preso condenado a pena privativa de libertad se trata de un preso preventivo, rigiendo el principio de presunción de inocencia. El art. 51.5 de la LOGP en vez de restricción establece una suspensión, resultando difícil la justificación a la eliminación de la exigencia de la autorización judicial para llevar a cabo tal injerencia en la esfera de un derecho fundamental. Surgiendo, por parte de la doctrina, la duda de su constitucionalidad debido a la falta de autorización judicial de la injerencia en la libertad y secreto de las comunicaciones. En cualquier caso, aunque el art. 51.5 no se considerara inconstitucional, si puede fundamentarse jurídicamente que su aplicación a presos preventivos, sin autorización judicial, vulnera los derechos a la libertad y al secreto de las comunicaciones. Y aunque se estimara que su aplicación a los presos preventivos es ajustado a la Constitución, deberá entenderse que las decisiones de la Administración penitenciaria que suelen intervenir todas las comunicaciones orales y escritas, sin mayor fundamentación que la reproducción literal del genérico texto legal, sin ninguna delimitación personal o temporal, sin especificar el interés que precisaba sacrificar un derecho fundamental del recurrente, y que no consta fuera notificado, como exige la Ley, a la autoridad judicial, vulnera el derecho constitucional a la libertad y secreto de las comunicaciones. *Diccionario Interactivo de Derecho Penitenciario*. Por ello, la jurisprudencia constitucional ha resaltado que la comunicación inmediata al Juez de Vigilancia Penitenciaria es un requisito de la legalidad de la decisión, STC 175/1997, de 27 de octubre.

El Tribunal Constitucional se encarga de manifestar que en “el derecho al secreto de las comunicaciones, en principio, son también titulares los ciudadanos internos en un centro penitenciario”¹⁰²², no obstante, es a través de la Ley Orgánica Penitenciaria y su Reglamento quienes regulan el acceso a las comunicaciones, debiendo garantizar la inviolabilidad del secreto de las mismas. El cumplimiento de la condena, en los Centros penitenciarios, no tiene por finalidad excluir al preso de la sociedad, por el contrario, lo que se tiene en cuenta es el regreso, la integración, la reeducación, etc.

De otro lado, el artículo 41.1 del RP utiliza el término “tienen derecho”, mientras que es regulado como derecho de los presos a mantener relaciones con el exterior en el artículo 4.2.e) del mismo texto legal. La doctrina es crítica a la hora de indicar que mientras que el artículo 43.1 del RP utiliza el término “derecho”, en la LOGP y en los textos internacionales el término utilizado es el de “autorizar”, pudiendo llegarse al caso de que el derecho a las comunicaciones sea configurado conforme al régimen o tratamiento penitenciario. Es decir, que puedan efectuarse dependiendo del comportamiento o de la clasificación penitenciaria del recluso.

A efectos de nuestro estudio interesa concretar que las comunicaciones a las que tiene derecho éste son con familiares, amigos y allegados¹⁰²³, analizados en el Capítulo del derecho al matrimonio y a la protección de la familia, las comunicaciones con abogados es objeto de análisis en el derecho a la defensa, así como las comunicaciones con autoridades o profesionales. De otro lado, se debe recordar que el hecho de que se prive a un preso la comunicación no supone vulneración del derecho de reunión¹⁰²⁴, asimismo, tampoco vulnera el derecho a la libre recepción de información veraz por cualquier medio de difusión¹⁰²⁵.

La Constitución garantiza el secreto de las comunicaciones sin delimitación de quién realice la misma, pero es la normativa penitenciaria la que especifica que por

¹⁰²² SSTC 170/1996, de 29 de octubre; 128/1997, de 14 de julio; 200/1997, de 24 de noviembre.

¹⁰²³ PELLUZ ROBLES, L.C., “Las comunicaciones de los reclusos con familiares, amigos y allegados”, en VV.AA., *I Curso monográfico para Jueces de Vigilancia Penitenciaria*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, pp. 357-371.

¹⁰²⁴ Así lo recoge en la STC 119/1996, de 8 de julio, Fj. 2.

¹⁰²⁵ STC 119/1996, de 8 de julio, Fj. 3; DOMINGO, T., *¿Conflictos entre derechos fundamentales?: un análisis desde las relaciones entre los derechos a la libre expresión e información y los derechos al honor y la intimidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

razones de la persona reclusa, el modo, asimismo, por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento, pueden dejar de ser secretas¹⁰²⁶.

La doctrina manifiesta que el secreto de las comunicaciones se predica de todas las comunicaciones en general, sin que la enumeración que indica el artículo 18.3 de la CE, postales, telegráficas y telefónicas, sea un *numerus clausus*¹⁰²⁷. De otro lado, no sólo se protege el secreto de las comunicaciones sino, además, la libertad de las comunicaciones, así ha sido reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al señalar que el artículo 18.3 de la CE “consagra la libertad de las comunicaciones implícitamente y de modo expreso su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas”¹⁰²⁸. El tema de las comunicaciones, aparece regulado junto a otros derechos fundamentales, y en especial el de la intimidad, pese al carácter privado de las comunicaciones lo que protege la Constitución es la comunicación en sí¹⁰²⁹, aunque no es la tesis seguida por todos, hay un sector -Asencio Mellado- que apunta que se trata de un derecho autónomo que no forma parte de otro derecho fundamental, aunque aceptan su conexión con la libertad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, argumentando que la autonomía se percibe por su diferenciación del derecho a la intimidad que, en principio, podría parecer como semejante¹⁰³⁰.

De otro lado, un sector de la doctrina -Castán Vázquez, Sempere Rodríguez- mantiene que existe el deber de guardar secreto en los casos de exigirlo así la Ley y en

¹⁰²⁶ CARRERAS SERRA, F., “Derecho al secreto de las comunicaciones”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II.

¹⁰²⁷ Sobre esta cuestión se expresa SEMPERE RODRÍGUEZ, C., en ALZAGA VILLAAMIL, O., (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. II, Edersa, Madrid, 1997, p. 440.

¹⁰²⁸ STC 114/1984, de 29 de noviembre y STS de 20 de febrero de 1995, en la que se indica que “el secreto de las comunicaciones presupone la libertad, y su restricción se produce en un sentido de control y observación y no propiamente de impedimento a las comunicaciones”. FERNÁNDEZ SEGADO, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 228, quien asevera que el bien constitucionalmente protegido es la libertad de las comunicaciones con independencia de cual fuere el medio técnico a cuyo través se realice la comunicación.

¹⁰²⁹ En ese sentido, FAYOS GARDO, A., *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

¹⁰³⁰ ASENCIO MELLADO, J.M^a., “La prueba prohibida en Jurisprudencia Constitucional”, *Revista Valenciana d'Estudis Autonòmics*, n.º. 1, 1985, p. 295.

los supuestos de estado de necesidad en que pueda encontrarse quien revele datos¹⁰³¹. No obstante, esta idea, actualmente, no es sostenida en atención a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, así en la Sentencia 114/1988, de 10 de junio. La doctrina, también, repara en el consentimiento que se puede dar a la apertura y registro de las comunicaciones de igual manera que en el caso de registro del domicilio, es el caso de Martín Morales quien sostiene que tal precepto parte de un concepto formal de intimidad, mientras que el apartado segundo del artículo parte de un concepto material¹⁰³².

Frente a esta teoría, el Tribunal Constitucional manifiesta que “la autorización para la comunicación íntima restaura circunstancialmente para el recluso un ámbito provisional de intimidad [...], pero esa restauración episódica es resultado de una concesión del legislador, no un imperativo derivado del derecho fundamental a la intimidad”¹⁰³³.

Adentrándonos en el tema, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional resume una serie de características en torno al derecho fundamental de las comunicaciones, así: a) es un derecho fundamental caracterizado por la no intervención salvo resolución judicial que lo indique¹⁰³⁴; b) es un derecho autónomo con respecto del derecho a la intimidad personal y familiar, aunque están relacionados¹⁰³⁵; c) su vulneración presenta un atentado al derecho de propiedad y atentado a la libertad de pensamiento¹⁰³⁶; d) la comunicación es secreta, en cuanto a su contenido, con independencia de la forma en la que se transmita, sea por carta, teléfono¹⁰³⁷, postal, etc.; e) se protege frente a cualquier

¹⁰³¹ CASTÁN VÁZQUEZ, L., “El derecho al secreto de la correspondencia epistolar”, *ADC*, 1960, p. 3; SEMPERE RODRÍGUEZ, C., en ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a la Constitución*, cit., p. 441.

¹⁰³² MARTÍN MORALES, R., *El Régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Cívitas, Madrid, 1995, p. 23,

¹⁰³³ STC 89/1987, de 3 de junio. No obstante, hay jurisprudencia que señala la conexión entre la intimidad y las comunicaciones, 110/1984, de 26 de noviembre y, 114/1984, de 29 de noviembre.

¹⁰³⁴ Ver, entre otras, la STC 199/1987, de 16 de diciembre. Un sector doctrinal considera que el carácter que posee el secreto de las comunicaciones es de derecho relativo, ya que teniendo en cuenta el art. 18.3 *in fine* de la CE se prevé su limitación mediante resolución judicial, permitiendo, en este caso, desvelar lo secreto, considerándose como legítima, de lo contrario supone una conducta delictiva, ASENCIO MELLADO, J.M^a., *Prueba prohibida; prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989, p. 92.

¹⁰³⁵ STC 281/2006, de 9 de octubre.

¹⁰³⁶ ENERIZ OLAECHEA, F.J., *La protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas en la Constitución española*, Universidad Pública de Navarra, Navarra, 2007.

forma de captación de la comunicación¹⁰³⁸; f) el derecho al secreto de las comunicaciones es aplicable al ámbito penitenciario, es decir, el recluso goza de tal derecho fundamental, aunque puede estar limitado teniendo en cuenta el artículo 25.2 de la CE¹⁰³⁹.

Pero, creo conveniente iniciar la exposición haciendo referencia al bien constitucionalmente protegido, el cual se formula como “la libertad de comunicación ampliamente entendida, esto es, con independencia de cual fuere el medio técnico a cuyo través se realice la comunicación”¹⁰⁴⁰ estableciéndose de ese modo una relación entre la libertad del individuo y el secreto de las comunicaciones. Constitucionalmente va a ser considerado como un derecho el cual se encuentra dentro de la clasificación de los llamados *derechos de la persona como ser libre*, inherente a la autonomía personal y que va a garantizar a la persona un ámbito de intimidad y privacidad¹⁰⁴¹. Desde esta perspectiva, Vittorio Italia, escribe que “*el derecho en cuestión tutela tanto la libertad de la correspondencia y de las comunicaciones como un secreto, revistiendo éste mayor importancia práctica, pues sin él no hay libertad real*”¹⁰⁴².

Doctrinalmente se han ofrecido cuatro principales caracteres de este derecho¹⁰⁴³:

1. Su primer carácter consiste en ser un derecho público subjetivo, al considerar su exigibilidad ante los poderes públicos, los cuales habrán de amparar la situación subjetiva de libertad que el derecho está reconociendo.

2. Se trata también de un derecho autónomo ya que se aprecia su condición de no formar parte de otro derecho fundamental, aún, aceptando su conexión con valores como la libertad, dignidad de la persona y el libre desarrollo de la

¹⁰³⁷ Respecto a las comunicaciones vía telefónica, tener en cuenta la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones.

¹⁰³⁸ STC 281/2006, de 9 de octubre.

¹⁰³⁹ Sentencias representativas son, SSTC 128/1997, de 14 de julio; 106/2001, de 23 de abril; 194/2002, de 28 de abril.

¹⁰⁴⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, F., “*El sistema constitucional español*”, Dykinson, Madrid, 1992, p. 228.

¹⁰⁴¹ En este sentido, SCHOEMAN, F., *Philosophical dimensions of privacy*, University Press, Cambridge, 1984.

¹⁰⁴² Citado por BARCELONA LLOP “Escuchas telefónicas y acción de la policía de seguridad”, *Revista de Administración Pública*, nº. 112, 1987, p. 75.

¹⁰⁴³ ZARAGOZA TEULER, V.A., “Intervención de las comunicaciones: puntuales aspectos sustantivos y procesales”, www.porticolegal.com, última consulta el 18 de julio de 2010.

personalidad. Autonomía ésta que se percibe especialmente por su diferenciación del derecho a la intimidad que en principio podría parecer como semejante.

3. Es un derecho de carácter formal, lo que tiene acertadamente expresado la STC 114/84, de 29 de noviembre, al exponer: “El concepto de secreto en el art.18.3 de la CE tiene un carácter formal, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no al objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado”; reflejando de esta manera nuestro supremo intérprete de la Carta Magna como este carácter es el que lo distingue del derecho a la intimidad, pues, mientras que tal y como expone el texto antes citado, el secreto se refiere a lo comunicado sea lo que sea, el derecho a la intimidad tiene un carácter material, al depender de que el contenido de lo que se esté comunicando afecte o no al ámbito de la intimidad -ex artículo 18.1 de la CE-¹⁰⁴⁴.

4. El último y cuarto rasgo es el que viene referido al carácter que posee el secreto de las comunicaciones de derecho relativo¹⁰⁴⁵, pues tal y como se puede inferir de la dicción misma del artículo 18.3 CE *in fine*, se prevé su limitación mediante resolución judicial; permitiendo esto, levantar, desvelar o conocer el secreto, considerándose como legítima la injerencia en éste caso, ya que de no ser así nos encontraríamos ante una conducta delictiva¹⁰⁴⁶.

No obstante, la medida judicial consistente en la intervención de las comunicaciones¹⁰⁴⁷ supone una intromisión en el ámbito del derecho fundamental al secreto de las mismas. Ahora bien, a efectos de nuestro estudio interesa concretar que las comunicaciones de los reclusos pueden dejar de ser secretas siempre que una autorización, bien por el Juez de Vigilancia en el caso de penados o la Autoridad judicial si se trata de detenidos o presos, lo indique, además ha de estar motivada y ha de ser

¹⁰⁴⁴ ASECIO MELLADO, J.M., “La prueba prohibida en Jurisprudencia Constitucional”, cit., p. 295.

¹⁰⁴⁵ ASECIO MELLADO, J.M., *Prueba prohibida; prueba preconstituida*, cit., p. 92.

¹⁰⁴⁶ Ver los arts. 197, 198, 535 y 536 del CP.

¹⁰⁴⁷ Para la intervención de las comunicaciones, la jurisprudencia constitucional ha diferenciado entre *indicios de sospecha* y *conjeturas*, así la SSTC de 1 de diciembre de 1989 manifiesta que “los indicios han de estar plenamente probados (no puede tratarse de meras sospechas). Así tendríamos la sospecha, que consistiría en la aprehensión o imaginación de una cosa por conjeturas fundadas en apariencias o visos de verdad, la conjetura, que sería el juicio que, con ciertas probabilidades de acierto, se forman de las cosas o acaecimientos por las señales que se ven u observan y, finalmente, el indicio, que es la acción o señal que da a conocer lo oculto, en virtud de las circunstancias, que concurren en un hecho, dándole carácter de verosimilitud. Ya hemos dicho que, en principio, son exigibles varios indicios, nunca sospechas o conjeturas para condenar”; 45/1997, de 11 de marzo, y 151/1998, de 13 de julio.

proporcional¹⁰⁴⁸. Pero, ni la Constitución ni la normativa penitenciaria definen lo que se entiende por *secreto de la comunicación*, es Jiménez Campo¹⁰⁴⁹ quien establece tres delimitaciones del mismo: “[...] es en primer lugar un proceso, esto es, un procedimiento de relación significativa entre personas que queda defendido por la norma frente a cualquier interceptación, suponga ésta mera retención o suspensión del curso de la comunicación o, en otro caso, además, el conocimiento por tercero de su contenido [...]”; de otro lado, afirma que “es un proceso de transmisión de mensajes, un proceso en cuyo curso se hacen llegar a otro expresiones del propio pensamiento articuladas en signos no meramente convencionales” y, por último, “sólo es comunicación, para los efectos del precepto que se examina, aquella que se mantiene a través de un determinado medio técnico, quedando fuera del ámbito de esta disposición -aunque no por ello desprovista de toda protección constitucional- las conversaciones directas o *en persona*”.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia son partidarias del concepto de *comunicación*, las discrepancias surgen en torno al término *secreto*. El argumento que defiende la jurisprudencia constitucional es el carácter formal del derecho al secreto de las comunicaciones, el cual favorece indirectamente a la seguridad jurídica, de otro lado, no toda comunicación es necesariamente íntima (STC 114/1984, de 29 de noviembre, Fj. 7), pero sí secreta -López Barja o Moreno Catena, entre otros-¹⁰⁵⁰. Para Jiménez Campo¹⁰⁵¹ el concepto de *secreto de las comunicaciones* es formal, argumenta, de otro lado, que toda comunicación, es secreta, aunque sólo algunas son íntimas. A razón de lo mismo, se dictamina que, “[...] 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 pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. Ésta condición formal del secreto de las

¹⁰⁴⁸ Las SSTC 171/1999, de 27 de septiembre; 259/2005, de 24 de octubre, entre otras.

¹⁰⁴⁹ JIMÉNEZ CAMPO, J., “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº. 20, 1987, pp. 42 y ss., citado por REBOLLO DELGADO, L., *El derecho fundamental a la intimidad*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 309-310.

¹⁰⁵⁰ LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, J., *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Akal, Madrid, 1989; MORENO CATENA, V., “Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal”, *Poder Judicial*, nº. Especial II. La jurisprudencia constitucional en STC 114/1984, de 29 de noviembre, Fj. 7, recuerda que “el concepto *secreto* no abarca únicamente el contenido de la comunicación sino también otros aspectos de la misma, como la identidad de los interlocutores o de los corresponsales”.

¹⁰⁵¹ JIMÉNEZ CAMPO, J., “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, cit., pp. 42 y ss., citado por REBOLLO DELGADO, L., *El derecho fundamental a la intimidad*, cit., p. 313.

comunicaciones (la presunción «*iuris et de iure*» de que lo comunicado es «secreto» en un sentido sustancial) ilumina sobre la identidad del sujeto genérico sobre el que pesa el deber impuesto por la norma constitucional”¹⁰⁵². En este sentido, se pronuncia Martín Morales al aseverar que tanto el derecho a la intimidad como el derecho al secreto de las comunicaciones persiguen garantizar a la persona el control de sus datos y circunstancias personales. Además, el derecho a la intimidad se comporta constitucionalmente como garantía de la libertad, y el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones funciona como una garantía de la intimidad, pero adquiriendo, además, la función de garantía de una gran variedad de derechos y libertades¹⁰⁵³.

En consecuencia, las comunicaciones de los presos han de celebrarse respetándose al máximo la intimidad, de acuerdo con la regulación contenida en el artículo 51 de la LOGP además, todo acto limitador de un derecho fundamental requiere la adecuada cobertura de la Ley, lo cual, proyectado a las comunicaciones del recluso en un establecimiento penitenciario, en el que están implicados o bien el derecho a la intimidad personal -art. 51.5 de la LOGP- o bien el derecho a la defensa -art. 51.2 de la misma Ley-, significa que es presupuesto habilitante inexcusable de la intervención de las mismas una previsión legislativa clara y terminante que autorice a adoptarla, tal y como disponen, en relación concreta con esos derechos, el art. 25.2 de la CE y el art. 8.2 del Convenio de Roma¹⁰⁵⁴.

Afinando un poco más la cuestión, un sector doctrinal, entre ellos Balaguer Callejón, considera que “si el secreto de las comunicaciones es objeto de protección constitucional, ello es porque existen otros bienes y derechos que pueden ser lesionados a través de la interferencia en los procesos de comunicación [...]. La tendencia doctrinal ha sido la de establecer una conexión muy estrecha entre secreto de las comunicaciones e intimidad sobre la base de que lo primero es una garantía formal y lo segundo una

¹⁰⁵² STC 114/1984, de 29 de noviembre, Fj. 7.

¹⁰⁵³ MARTÍN MORALES, R., *El Régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, cit., pp. 42-44. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ RUÍZ, B., *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, McGrawHill, Madrid, 1998, p. 1, citado por REBOLLO DELGADO, L., *El derecho fundamental a la intimidad*, cit., p. 314.

¹⁰⁵⁴ SSTC 183/1994, de 20 de junio, Fj. 5; 206/1996, de 16 de diciembre, Fj. 4. En suma, es la STC 175/2000, de 26 de junio, Fj. 3 la que haciendo un recordatorio de resoluciones anteriores, asienta las bases doctrinales: “[...] nuestra doctrina sobre las restricciones al derecho al secreto de las comunicaciones en el ámbito penitenciario parte de la base de que los internos en un Centro penitenciario son también titulares del derecho al secreto de las comunicaciones, si bien los arts. 51 de la LOGP y 41 a 50 del RP que la desarrolla, regulan su ejercicio en razón de las peculiaridades de la relación penitenciaria; 201/97 de 25 de noviembre.

garantía material”¹⁰⁵⁵. Es decir, el derecho al secreto de las comunicaciones, se basa en el derecho a la intimidad y desemboca en el valor de la libertad¹⁰⁵⁶. La jurisprudencia constitucional asevera que el mantenimiento de una medida restrictiva más allá del tiempo estrictamente necesario para la consecución de los fines que la justifican, podría lesionar efectivamente el derecho al secreto de las comunicaciones¹⁰⁵⁷.

No sólo es la intimidad el que va aparejado a las comunicaciones sino, según la doctrina, el de privacidad. Destaca, en éste sentido, la “teoría de las esferas” de Hubmann¹⁰⁵⁸, (la tesis de Hubmann parte de la división de este derecho general de la personalidad en tres sectores cada uno de los cuales constituye una esfera, así entiende que hay tres campos de la intimidad: la esfera individual, la esfera privada y la esfera de secreto), en suma, está destinado a proteger la libertad individual y la intimidad/privacidad de la persona. Junto al término *secreto*, se habla de *inviolabilidad* y de *confidencialidad*, ésta última se extiende a aquellos acontecimientos de los que el sujeto hace partícipe a personas de particular confianza¹⁰⁵⁹. Hay otros autores, como Basile, que consideran que la Constitución en vez de utilizar el término secreto debería haber incluido el de la inviolabilidad de las comunicaciones ya que, en este sentido, se incluiría tanto la libertad como el secreto de las mismas¹⁰⁶⁰.

¹⁰⁵⁵ BALAGUER CALLEJÓN, F., en el Prólogo de MARTÍN MORALES, R., *El Régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, cit., p. 12. Para Balaguer *intimidad y secreto de las comunicaciones* no son términos equivalentes.

¹⁰⁵⁶ Recordemos que las categorías que señalaba Jellinek eran: *status subiectionis*, *status libertatis*, *status civitatis* y *status activae civitatis*. A esta clasificación Pérez Luño, le añadió: *status positivus sociales*, entendiendo que es necesario garantizar los bienes económicos que permita la participación en la vida comunitaria, PÉREZ LUÑO, A. E., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 24-25; RODRÍGUEZ RUÍZ, B., *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, McGraw-Hill, Madrid, 1998; SAMBOLA I CABRER, F.X., “Los derechos fundamentales de los internos en los Centros Penitenciarios: derecho a la intimidad, a la integridad física y moral y al secreto de las comunicaciones. Doctrina del Tribunal Constitucional”, noviembre de 2000, disponible en www.noticias.juridicas.com/, última consulta el 18 de enero de 2010.

¹⁰⁵⁷ SSTC 206/1991, de 30 de octubre; 41/1996, de 12 de marzo y 170/1996, de 29 de octubre.

¹⁰⁵⁸ HUBMANN, H., *Das Persönlichkeit srecht*, 2 Auflage, Köln-Graz, Böhlau, 1967, citado por MARTÍN MORALES, R., *El Régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, cit., pp. 27 y ss.

¹⁰⁵⁹ GONZÁLEZ GUITIÁN, L., “Escuchas clandestinas realizadas por particulares”, *Comentarios a la legislación penal*, t. VIII, Edersa, Madrid, 1986, p. 65; LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 84.

¹⁰⁶⁰ BASILE, S., “Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas”, *La Constitución Española de 1978*, Cívitas, Madrid, 1980, p. 303.

2.2 Comunicaciones según la Constitución y comunicaciones en la prisión

El Reglamento penitenciario diferencia las comunicaciones orales de las escritas, estando las orales reguladas en el artículo 42 del RP, se incluye, además de las telefónicas, las visitas de los presos enfermos, ya sea en la enfermería del Centro penitenciario o en un Centro Hospitalario de la Seguridad Social¹⁰⁶¹. Igual sucede con las comunicaciones de los presos extranjeros con familiares que residen fuera de España. En cuanto a las comunicaciones escritas recogidas en el artículo 46 del RP, pueden ser realizadas a través de carta o telegrama.

a) Paquetes postales

En cuanto a los paquetes, llama la atención la imposibilidad de mandar tarjetas telefónicas para que el preso pueda llamar a sus familiares, han de ser compradas en el economato de la prisión, lo que supone que los presos que tengan dinero tienen mayor posibilidad de comprarlas y, por tanto, de comunicarse, de lo contrario tendrán que llamar a cobro revertido. Jiménez Campo entiende que no toda comunicación mantenida a través del servicio de correos es protegida por el artículo 18.3 CE en cuanto al secreto, de hecho no puede derivarse de nuestra Constitución un *secreto postal*¹⁰⁶². La jurisprudencia diferencia paquetes postales de la correspondencia, por ejemplo en la STS de 19 de marzo de 1989 pero, más recientemente incluye una en otra, así la STS de 2 de junio de 1997, entiende que la correspondencia postal a la que alude la Constitución como objeto de garantía se refiere a todos los envíos que puedan facturarse utilizando el servicio postal de correos, incluyendo paquetes postales, afirma incluso que por extensión se protegen todos los envíos gestionados por empresas privadas que ofrezcan servicios análogos al de correos. Sobre este tema, entendemos que las inspecciones de mercancías son fruto de varias razones, entre ellas las relativas a la seguridad del portador y del destinatario. Resta decir que el Reglamento Penitenciario no establece un número de comunicaciones escritas que puedan recibir los presos, aunque sí el número de las que pueden remitir.

¹⁰⁶¹ Tener en cuenta los arts. 216-217 del RP; SALVADOR CODERECHH, P., *El mercado de las ideas*, CEPC, Madrid, 1990; SARAZA JIMENA, R., *Libertad de expresión e información frente al honor, intimidad y propia imagen*, Aranzadi, Pamplona, 1995.

¹⁰⁶² JIMÉNEZ CAMPO, J., “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº. 20, 1987, p. 47.

b) Comunicaciones telefónicas

Las llamadas telefónicas¹⁰⁶³ son de una única dirección, es decir, desde la cárcel hacia el exterior. Esto supone una limitación para los familiares cuando deseen comunicarse con su familiar preso, debiendo esperar a su día en la semana. Normalmente las llamadas son entre dos y cinco a la semana con una duración de cinco minutos. Si le añadimos la masificación de las prisiones, ello supone largas colas para llamar, y el preso se puede encontrar con la posibilidad de que cuando llame no haya nadie en el domicilio familiar por lo que pierde la llamada. A esta situación, además, hay que añadir que no se puede llamar a cualquier hora, existiendo un horario que no es igual para todos en dependencia del grado en el que se encuentre el recluso y la normativa del Centro. Además, es el propio recluso el que asume los gastos de la llamada. En estas comunicaciones nos encontramos con distintos grados de posible vulneración del secreto, así con intervención, grabación o recuento según la STC 217/1989, de 21 de diciembre; hay que tener presente que se considera que existe una vulneración del derecho no sólo cuando se accede a lo comunicado, sino también cuando se conoce con quién se comunica, o la duración de la misma. Es decir, la incidencia en el derecho se produce con la observación del contenido de la comunicación y con el control de aspectos externos. No siendo una la complementaria de la otra, es decir, se considera vulnerado el secreto de las comunicaciones por la interceptación de la comunicación aunque no hubiera existido aprehensión ni utilización del contenido de la misma. Como también ha afirmado el TEDH, da igual que se trate de un simple “*comptage*” (S. de 30 de julio de 1998, caso *Valenzuela*), aunque, como ha afirmado nuestro Tribunal Constitucional, no puede, en este caso, “desconocerse la menor intensidad de la injerencia”, lo cual incidirá a la hora de apreciar la ponderación de la proporcionalidad de la medida adoptada (STC 123/2002, de 20 de mayo).

Mención especial merece la aplicación de lo visto hasta ahora a las comunicaciones con el abogado defensor o con procuradores, caracterizadas porque se

¹⁰⁶³ No están autorizados los móviles en la prisión. BARCELONA LLOP, J., “Escuchas telefónicas y acción de la policía de seguridad”, *Revista de Administración Pública*, nº. 112, 1987, p. 75; GIMENO SENDRA, V., “Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo”, *La Ley*, nº. 4024, 1996; LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., “Las intervenciones telefónicas en el proceso penal”, Colex, Madrid, 1991, p. 92; DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, M.I., “Escuchas telefónicas: planteamiento práctico desde la perspectiva judicial”, *Revista General de Derecho*, 1996, nº. 616-617, pp. 1708; LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, J., “Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida”, Akal, Madrid, 1989.

celebrarán en Departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo. En los mismos Departamentos podrán ser autorizados los presos a comunicar con profesionales acreditados en lo relacionado con su actividad, con los asistentes sociales y con sacerdotes o ministros de su religión, cuya presencia haya sido reclamada previamente. Estas comunicaciones podrán ser intervenidas en la forma que se establezca reglamentariamente¹⁰⁶⁴, la intervención opera tanto sobre las comunicaciones enviadas como sobre las recibidas¹⁰⁶⁵, ha de cumplir el requisito de motivación y de dar cuenta a la autoridad judicial competente así como la de notificación al preso afectado pero se ha añadido, además, la necesidad de preestablecer un límite temporal a la medida de intervención¹⁰⁶⁶.

De otro lado, en el caso de las comunicaciones en las que se vean afectados miembros de la banda armada terrorista, indicar que esa pluralidad de intervenciones telefónicas nos conduce a efectuar algunas precisiones en torno a la interpretación del artículo 579 de la LECrim, en cuanto a los términos de *intervención* de las comunicaciones telefónicas y *observación*, ya que no significa que se haya establecido una graduación diferente, sino que se trata de una opción semántica en el sentido de que parece lógico de que en el caso de que existan elementos terroristas no tendría sentido que, en este caso, el más peligroso, se autorizase sólo la observación y no la interceptación de las comunicaciones; luego una interpretación global del precepto se ve que en todo el articulado se hace referencia al mismo tipo de intervenciones, siendo el órgano judicial el encargado de matizar el grado de intervención. Las comunicaciones entre Abogado y clientes terroristas, en un primer momento el Tribunal Constitucional interpretó la normativa penitenciaria habilitando la suspensión o intervención de las comunicaciones con el Abogado por la Administración penitenciaria, con la sola exigencia de una posterior dación de cuentas a la autoridad judicial -ello en una

¹⁰⁶⁴ Art. 51 de la LOGP.

¹⁰⁶⁵ SSTC 106/2001, de 23 de abril, Fj. 7, y 194/2002, de 28 de octubre, Fj. 7, reiterada por la 169/2003, de 29 de septiembre.

¹⁰⁶⁶ SSTC 128/1997, de 14 de julio, Fj. 4; 175/1997, de 27 de octubre, Fj. 3 y 4; 200/1997, de 24 de noviembre, Fj. 3; 188/1999, de 25 de octubre, Fj. 5; 175/2000, de 26 de junio, Fj. 3. Otras consideran que este derecho fundamental no es aplicable porque no ha sido desarrollado legislativamente, así la 106/2001, de 23 de abril, Fj. 6. Esta sentencia se refiere a que en el caso de que las comunicaciones entre internos de un mismo establecimiento no están previstas en el RP, se intervendrán con carácter general. Pero parte de una premisa errónea, y manifiesta que va a procederse a una actuación que constituye una flagrante lesión del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

declaración accidental o de *obiter dictum*- (STC 73/1983, de 30 de julio), cambió su criterio con posterioridad exigiendo en todo caso la previa autorización judicial, impidiendo así su restricción por mera decisión administrativa (STC 183/1994, de 20 de junio)¹⁰⁶⁷. En suma, la Ley Orgánica General Penitenciaria reserva, exclusivamente, a los supuestos de terrorismo toda intervención de las comunicaciones entre un preso y sus Abogados.

En consecuencia, a efectos de nuestro estudio interesa concretar que las comunicaciones afectan a la resocialización de los presos, pero eso no significa que ante determinados riesgos en el Establecimiento penitenciario rija la normativa específica penitenciaria. En este sentido, la doctrina considera adecuada las medidas contempladas en la normativa penitenciaria que incidan en el derecho fundamental deberán ser contenidas en una disposición con rango de Ley y tendrán que ser aplicadas respetando el principio de proporcionalidad. De otro lado, es cierto que las autoridades penitenciarias pueden restringir, en ocasiones, derechos de los presos, al verse sometidos a un régimen de especial sujeción, pero no puede admitirse legítima la suspensión individual del derecho al secreto de las comunicaciones adoptada al margen del artículo 55.2 de la CE, porque no cumple las exigencias proclamadas por la jurisprudencia del Tribunal¹⁰⁶⁸.

Podemos advertir, que las comunicaciones son generales, refiriéndose a las que mantiene el recluso con determinadas personas que pueden ser familiares, amigos y representantes acreditados de Organismos e Instituciones de cooperación penitenciaria¹⁰⁶⁹, caracterizadas porque podrán ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el Director del Establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente y las comunicaciones con el abogado defensor o con el abogado

¹⁰⁶⁷ REVIRIEGO PICÓN, F., “El secreto de las comunicaciones en los Centros Penitenciarios. Comunicaciones escritas entre reclusos”, *Cuadernos de Derecho Penitenciario*, nº. 13, 2005, p. 3.

¹⁰⁶⁸ SSTC 193/2002 y 194/2002, ambas de 28 de octubre, Ffj. 3 y 6.e, respectivamente, que se remiten, en este punto, a la STC 106/2001, de 23 de abril, Fj. 6. SSTEDH, de 30 de julio de 1998, caso *Valenzuela Contreras*; de 24 de abril de 1990, casos *Kruslin* y *Huvig*; y de 18 de febrero de 2003, caso *Prado Bugallo*. Esta jurisprudencia es criticada por algunos, como por ejemplo, PULIDO QUECEDO, M., “Sobre el secreto de las comunicaciones entre internos en Establecimientos penitenciarios”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº. 15, 2003; JIMÉNEZ CAMPO, J., “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, cit., pp. 35-82; MASSIMINI, M., *Il diritto alla privacy. Motivi ed aspetti di una tutela problematica*, IULM, Milán, 2002.

¹⁰⁶⁹ Art. 51.1 de la LOGP.

expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los procuradores que lo representen, caracterizadas porque no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo¹⁰⁷⁰. El Tribunal Constitucional manifiesta que “hay que advertir que este derecho tiene una incidencia sustancial en el desarrollo de la personalidad de los internos y adquiere, por ello, suma relevancia en orden al cumplimiento de la finalidad, no exclusiva, de reinserción social de las penas privativas de libertad que establece el primer inciso del artículo 25.2 de la CE. Mediante la comunicación oral y escrita con otros sujetos, el preso no queda reducido exclusivamente al mundo carcelario y ello le permite relacionarse con el exterior y, en definitiva, mantenerse preparado para su futura vida en el seno de la sociedad [...]”¹⁰⁷¹. Las resoluciones administrativas de intervención de las comunicaciones no sólo han de cumplir los preceptos legales citados, y por tanto el de la motivación prevista en el art. 51.5 de la LOGP, sino, en cuanto medida que supone el sacrificio de un derecho fundamental, los presupuestos y requisitos exigibles según nuestra reiterada doctrina y que hemos sistematizado de forma genérica en la STC 207/1996 y, con relación al tema que nos ocupa, recientemente en la STC 128/1997”¹⁰⁷². Más recientemente, debemos citar el ATSJ de Madrid 28/2010, de 25 de marzo, en el que declara ilícitas las medidas de intervención de las comunicaciones entre determinados imputados en el denominado caso *Gürtel* (presos preventivos) y sus abogados defensores. Con apoyo en el art. 51 LOGP, el auto considera que, no investigándose delitos de terrorismo, estaba vedada toda intervención de las comunicaciones que los imputados presos mantuvieran con sus letrados. En la instrucción se realizó una intervención indiscriminada de comunicaciones con los letrados defensores en la misma causa en la que se acuerda la intervención, que contraviene el indicado art. 51 LOGP, y que tampoco puede ampararse en el art. 579 LECrim¹⁰⁷³. El auto mantiene también la ilicitud de dicha concreta intervención que debiera haber requerido una ponderación especial de las razones en las que podía

¹⁰⁷⁰ Art. 51.2 y 5 de la LOGP.

¹⁰⁷¹ STC 175/1997, de 27 de octubre, Fj. 2, 4

¹⁰⁷² Al respecto, DUEÑAS SANTOFIMIA, J.P., “La intervención de las comunicaciones”, *Estudios Jurídicos*, Cuerpo de Secretarios Judiciales, t. I, 2000, pp. 83-111.

¹⁰⁷³ De forma resumida dictamina que el Juez podrá acordar la detención de la correspondencia privada, su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante. Podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas; de igual forma, podrá acordar, la observación de las comunicaciones.

fundarse la posible participación del abogado en los delitos investigados y de la necesidad y proporcionalidad de la medida ya que la intervención afectaba no sólo al derecho a la intimidad del abogado sino también al derecho de defensa del resto de los imputados de los que continuaba siendo defensor¹⁰⁷⁴.

Dichos presupuestos son resumidos por Alonso Pérez¹⁰⁷⁵ en los siguientes: persecución de un fin constitucionalmente legítimo y que esté previsto en la Ley, manteniendo que el derecho al secreto de las comunicaciones no está configurado constitucionalmente con un carácter absoluto, tal exigencia se deriva del artículo 8.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que requiere que cualquier injerencia en el ejercicio del derecho al respeto de la correspondencia esté prevista por la ley; resolución de la Dirección del Centro especialmente motivada y notificada al interesado¹⁰⁷⁶, así como debe ser notificada al interesado atendiendo a los artículos 43.1 y 46.5 del RP; proporcionalidad de la medida, traduciéndose en la idoneidad, sobre la adecuación de la medida para el fin propuesto, en la necesidad o subsidiariedad sobre la posibilidad de acudir a otro recurso menos gravoso para el derecho fundamental, y el de proporcionalidad en sentido estricto, sobre la ponderación entre los beneficios o ventajas para el interés general y los perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto; la necesidad legal de su comunicación a la autoridad judicial competente de forma inmediata¹⁰⁷⁷.

¹⁰⁷⁴ Considera el TSJ que la decisión del instructor no contiene alusión de ningún tipo a la existencia de cualquier concreta sospecha, más o menos fundada, pero en todo caso individualizada y con alguna base o indicio real en su favor, del hecho que motiva la intervención: intervención de ese letrado en la comisión de los delitos y que el mismo, aprovechando su condición, pudiese actuar como “enlace” de los tres imputados en prisión con personas del exterior.

¹⁰⁷⁵ ALONSO PÉREZ, F., “Intervención de las comunicaciones en el ámbito penitenciario”, *Diario La Ley*, t. IV, 20163/2001, pp. 1486-1490; REVIRIEGO PICÓN, F., “El secreto de las comunicaciones en los Centros Penitenciarios. Comunicaciones escritas entre reclusos”, *Cuadernos de Derecho Penitenciario*, nº. 13, 2005; del mismo, “Justicia, Cárcels y Derechos, y demás historias”, *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, nº. 13, 2006; RIDAURA MARTÍNEZ, M.J., “El derecho a las comunicaciones en Centros penitenciarios: el régimen de comunicaciones y visitas”, en LÓPEZ GUERRA, L.M., (coord.), *Estudios de Derecho Constitucional: homenaje al profesor D. Joaquín García Morillo*, 2001, pp. 185-222; GARCÍA CASTAÑO, C. y MILLARES LENZA, M.J., (coords.), “Las comunicaciones y visitas de los internos”, www.derechopenitenciario.com.

¹⁰⁷⁶ SSTC 200/1997, de 24 de noviembre; 141/1999, de 22 de julio.

¹⁰⁷⁷ Así lo establece la ya citada STC 170/1996, de 29 de octubre, mientras que la STC 200/1997, de 24 de noviembre mantiene que la intervención no se justifica por el tipo de delito cometido, ni por la pertenencia a un grupo delictivo, sino, porque ese grupo ha llevado y continua llevando a cabo acciones concretas que ponen en peligro la seguridad y el orden en los centros; 7/1994, de 17 de enero dictamina que debe existir proporción entre la intromisión y la finalidad; 56/1987, de 14 de mayo; MONTÓN REDONDO, “Las intervenciones telefónicas constitucionalmente correctas”, *La Ley*, t. 4, 1995, p. 1044, asevera que “la proporcionalidad está relacionada con la finalidad que se persigue, de una

CAPÍTULO VII

LOS DERECHOS DE LOS PRESOS DE NATURALEZA POLÍTICA

1. DERECHOS POLÍTICOS

1.1 Consideraciones generales

Estos derechos se recogen en la Sección I “De los Derechos fundamentales y de las libertades públicas”, del Capítulo II de la Constitución española “Derechos y libertades”. Dentro del ámbito penitenciario, que es el que nos interesa, aparecen integrados como derechos en el artículo 3.1 de la LOGP que dice: “Los internos podrán ejercitar los derechos civiles, políticos, [...], sin exclusión del derecho de sufragio, salvo que fuesen incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de la condena”, y en el artículo 4.2 c) del RP se dicta que “En consecuencia, los internos tendrán los siguientes derechos: c) Derecho al ejercicio de los derechos civiles, políticos, [...], salvo cuando fuesen incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de la condena”.

Los derechos políticos suponen, junto con los derechos civiles, la piedra angular del Estado liberal, siendo también conocidos como derechos de participación, porque suponen la posibilidad de participar por parte de los ciudadanos en la formación de la voluntad política del Estado. Lo que hace que exista una relación entre el ciudadano y el Estado. En opinión de Ruiz Miguel¹⁰⁷⁸, los derechos civiles y políticos se han traducido en una lectura sesgada e intencionada por la cual estos derechos, según la interpretación conservadora, reflejarían los derechos liberales y, por tanto, los derechos de los países democrático-liberales. En contraposición, indica que los derechos sociales, son la

parte, que ha de ser legítima y adecuada a los hechos investigados, y de otra, con la necesaria correlación que debe existir entre su duración, extensión y su resultado”.

¹⁰⁷⁸ RUÍZ MIGUEL, A., “Derechos liberales y derechos sociales”, *Doxa*, nº. 15-16, 1994, p. 653.

expresión de los derechos socialistas, en su día apadrinados por los países adscritos a esa ideología. A la hora de oponer los derechos civiles y políticos frente a los derechos sociales, lo hace mediante la caracterización de: derechos absolutos/relativos, derechos universales/derechos particulares y derechos inalienables/derechos alienables.

Los derechos políticos suponen el reconocimiento universal de la participación de todos los ciudadanos en las decisiones públicas, materializando así su valor democrático, en este sentido se pronuncia Peces-Barba¹⁰⁷⁹, indicando que estos derechos surgen como un intento de restringir la ciudadanía, a aquellos sectores sociales con medios económicos y con un nivel de instrucción y de cultura suficientes, siendo derechos del ciudadano y no del hombre. En las primeras formulaciones históricas, ambas condiciones no coincidían, no sólo porque los extranjeros carecían de derechos políticos sino porque también carecían aquellas personas que tenían que vender su fuerza de trabajo para vivir y que por esa razón no se podían ocupar de los asuntos públicos (Kant). En la actualidad, se ha acabado equiparando la condición de hombre y de ciudadano con lo que estos derechos se identificaron en relación con la universalidad y con la igualdad, con individuales y civiles¹⁰⁸⁰.

Comenzando por la legislación internacional, son numerosas las citas al reconocimiento de los derechos políticos, pero por indicar las más relevantes partimos del artículo 21 de La Declaración Universal de Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país directamente o por medio de representantes libremente elegidos. Toda persona tiene derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país [...]. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto”. El artículo 20 de La Declaración Americana de Derechos del Hombre establece: “Toda persona, legalmente capacitada, tiene el derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuinas, periódicas y libres”, o el artículo 25 del

¹⁰⁷⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales (I). Teoría general*, Boletín Oficial del Estado, 1995, pp. 154 y ss.

¹⁰⁸⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “Los derechos económicos, sociales y culturales. Su génesis y su concepto”, *Derechos y Libertades*, nº. 6, 1998, pp. 30-31. Para este autor son derechos de segunda generación.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos¹⁰⁸¹; Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; Tener acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país. El artículo 17 de La Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales, aprobada por el Parlamento Europeo en virtud de Resolución de 16 de mayo de 1989: “Todo poder público emana del pueblo y debe ejercerse de conformidad con los principios del Estado de Derecho. Todo poder público debe ser directamente elegido o responsable ante un parlamento directamente elegido. Los ciudadanos de la Comunidad tienen derecho a participar en la elección por sufragio universal libre, directo y secreto de los diputados del parlamento Europeo. Los ciudadanos de la Comunidad tienen el derecho tanto a ser electores que a ser elegibles [...]”.

Por lo que respecta a nuestro sistema constitucional, existe un reconocimiento expreso de este derecho fundamental en diversos preceptos que serán objeto de investigación en cuanto a nuestro estudio nos interesa concretar.

1.2 Derechos políticos y especial referencia al ejercicio de los mismos por parte de los reclusos

Los derechos políticos comprenden los siguientes derechos: el derecho a la participación política, que a su vez comprende el derecho a la asociación política, es decir, el derecho a formar partidos políticos y el derecho a afiliarse libremente a los partidos políticos; el derecho a la libertad de reunión política; el derecho a la libertad de manifestación; el derecho de sufragio, que comprende el derecho de sufragio activo y el derecho de sufragio pasivo; el derecho de petición; el derecho a acceder a los cargos públicos; el derecho a la participación en la actividad legislativa, en lo que se refiere al derecho al referéndum y al derecho a la iniciativa legislativa popular; el derecho a la participación en la Administración de Justicia que supone básicamente el derecho a intervenir en los procesos formando parte del jurado y el derecho a ejercitar la acción

¹⁰⁸¹ Ver el estudio de AGUIAR DE LUQUE, L., “El derecho a participar en los asuntos públicos: artículo 23.1”, en ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. II, Edersa, Madrid, 2006, pp. 647-663.

popular, amparándose en el proceso como acusación particular; y, por último, el derecho a la participación en la Seguridad Social y en la actividad de los organismos públicos a cuya función afecte directamente a la calidad de la vida o al bienestar general.

En concreto, en cuanto a los derechos políticos de los presos me centraré, exclusivamente, en lo que se dice de cada derecho político en nuestro sistema constitucional. La mayor parte de los derechos políticos reconocidos a “todos” se entienden reconocidos a los presos, no obstante, como sabemos, en atención al *status* o condición de recluso, no pueden ser ejercidos, bien porque no pueden salir de la cárcel bien por razones de orden y seguridad dentro de la misma. En definitiva, los derechos políticos participan de la estimación de universalidad en el punto de partida y de la igualdad como equiparación¹⁰⁸². Dichos derechos aparecían regulados para su plasmación en la LOGP, pero fue rechazada, rezaba: “un cauce para la expresión de la voluntad colectiva de los internos”¹⁰⁸³.

a) El derecho de reunión y manifestación

Una definición doctrinal, generalmente aceptada, es aquella que define el *derecho de reunión* como el derecho a agruparse con otras personas por tiempo y fin determinados y con un mínimo de organización, en lugar abierto o cerrado para intercambiar ideas u opiniones o para defender intereses comunes¹⁰⁸⁴. Una definición más legal es la que se recoge en la LO 9/1983, de 15 de junio, reguladora del Derecho de Reunión, cuyo artículo 1.2, lo define como el derecho a “[...] la concurrencia concertada y temporal de más de veinte personas con finalidad determinada”.

En este sentido, me parecen muy ilustrativas las palabras de Soriano¹⁰⁸⁵ quien establece los caracteres del mencionado derecho y dice que es un derecho individual respecto a su titularidad, pero de ejercicio colectivo, carácter instrumental, de donde emergen el ejercicio de otros derechos y libertades. Y es una libertad que representa un instrumento primario de partida democrática, porque las personas con intereses sociales semejantes necesitan reunirse para organizar la consecución de sus objetivos.

¹⁰⁸² GARRIDO GÓMEZ, M.I., *Derechos fundamentales y Estado social y democrático de derecho*, Dilex, Madrid, 2007, p. 137.

¹⁰⁸³ Enmienda de las Cortes Generales 90-12, Ley General Penitenciaria, Madrid, 1980, p. 62.

¹⁰⁸⁴ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “Concepto de la [libertad](#) de reunión”, en AA.VV., *Sobre las libertades políticas en el Estado español*, F. Torres, Valencia, 1977, pp. 82-83; GARCÍA MORILLO, J., “Los derechos de reunión y asociación”, en LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN, E., GARCÍA MORILLO, J., PÉREZ TREMP, P. y SATRÚSTEGUI, M., *Derecho Constitucional*, vol. I, Valencia, 1994, pp. 251 y ss.

¹⁰⁸⁵ SORIANO, R., *Las libertades públicas*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 185 y ss.

Históricamente, el derecho de reunión surge como un derecho autónomo intermedio entre las libertades de expresión y de asociación, con las que sigue manteniendo una íntima conexión doctrinal, hasta el punto de que bien puede decirse que, en una primera aproximación al tema, el derecho de reunión es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria, siendo concebido por la doctrina científica como un derecho individual en cuanto a sus titulares y colectivo en su ejercicio, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones, constituyendo, por lo tanto, un cauce del principio democrático participativo, cuyos elementos configuradores son: “[...], el subjetivo -una agrupación de personas-, el temporal -su duración transitoria-, el finalístico- licitud de la finalidad - y el real u objetivo -lugar de celebración”¹⁰⁸⁶.

No olvidemos, que la libertad de reunión es una libertad individual *prima facie* respecto de la titularidad, pero su ejercicio es colectivo. Por otro lado, se trata de una libertad de carácter instrumental como punto de referencia para el ejercicio de otras libertades individuales, esta característica ha hecho que la doctrina se cuestione si tal derecho tiene una naturaleza individual o social. Por último, se trata de un derecho y una libertad que promueve la participación política ciudadana, es decir, es presupuesto de la participación democrática, ya que personas con intereses comunes y que desean su propugnación en la sociedad, se reúnen para la consecución de los objetivos. Peces-Barba¹⁰⁸⁷ lo define como “el derecho a agruparse con otras personas por un tiempo y fin determinados y con un mínimo de organización en lugar abierto o cerrado para intercambiar ideas y opiniones o para defender intereses comunes”.

Los derechos de reunión y manifestación son reconocidos en el artículo 21 de la CE, que dictamina: “Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa”, operaría como incompatible con el mantenimiento del orden y de la seguridad en los Establecimientos penitenciarios. En

¹⁰⁸⁶ STC 85/1988, de 28 de abril, reiterada en la STC 66/1995, de 8 de mayo.

¹⁰⁸⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “Concepto de la [libertad](#) de reunión”, cit., p. 83.

sentido amplio, Mapelli¹⁰⁸⁸, partidario de un régimen asambleario en la prisión, advierte que supone un pleno reconocimiento del derecho de reunión. Y, a mayor abundamiento, el artículo 45 de la LOGP reconoce la posibilidad de resistencia activa o pasiva de los presos sobre la cual se autoriza el uso de medios coercitivos. La doctrina entiende que tiene que ver mucho la asociación y la reunión, en el sentido de que lo que las diferencia es la presencia del pacto social. Hay reuniones que tienen una finalidad religiosa, pese a tratarse la libertad religiosa como un derecho fundamental, no tiene cabida la reunión por parte de los reclusos en los centros penitenciarios. El precepto constitucional no excluye ningún tipo de reunión, teniendo, además, como fundamento último la dignidad de la persona humana.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional mantiene, en cuanto al ejercicio del derecho de reunión en el interior de las prisiones, que puede quedar limitado por razones de orden y seguridad constitucionalmente legítimas¹⁰⁸⁹, el contenido del derecho de reunión y manifestación es para hacer públicas las reivindicaciones propias, es la exposición e intercambio de ideas y opiniones entre los asistentes¹⁰⁹⁰, y la titularidad la tienen los españoles y los extranjeros, ya que la constitución no hace una mención expresa¹⁰⁹¹. Con cita de la STC 71/2008, de 23 de junio, en la que se reitera que “el ejercicio del derecho de reunión en el interior de las prisiones puede quedar limitado por razones de orden y seguridad constitucionalmente legítimas. A partir de ello, no cabe admitir la afirmación del recurrente de que las reuniones y concentraciones realizadas por internos dentro de centros penitenciarios no requieren de autorización previa. Habida cuenta de que el recurrente se limitó a comunicar por medio de instancia entregada poco antes de su celebración que participaría en una concentración, pero sin posibilitar que la Administración ponderara las razones de orden y de seguridad del centro que pudieran verse afectadas, no cabe afirmar que fuera una conducta amparada por el legítimo ejercicio de este derecho”.

¹⁰⁸⁸ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, Bosch, Barcelona, 1983, p. 244.

¹⁰⁸⁹ STC 119/1996, de 8 de julio, Fj. 2, reiterada por la Sentencia 10/2009, de 12 de enero, Fj. 6.

¹⁰⁹⁰ SSTC 195/2003, de 27 de octubre; 284/2005, de 7 de noviembre; 90/2006, de 27 de marzo.

¹⁰⁹¹ STC 115/1987, de 7 de julio. Ver el estudio de GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P. y PENDÁS GARCÍA, B., “Régimen jurídico del derecho de reunión: análisis de la Ley Orgánica 9-1983, de 15 de julio”, *Revista de Derecho político*, n.º. 22, 1986; GAVARA DE CARA, J.C., *El sistema de organización del ejercicio del derecho de reunión y manifestación*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

Otra parte de la doctrina -es el caso de García Valdés- rechaza tal derecho para el preso, junto con el de asociación, indicando “que se trata de un derecho desconocido e incompatible con la situación del sistema penitenciario”¹⁰⁹². Pues bien, aunque el tema resulta algo dudoso de aplicación en el ámbito penitenciario soy partidaria de la opción que propone Mapelli.

b) El derecho de asociación

El fundamento último del derecho a la asociación es la dignidad de la persona humana, la cual se proyecta y concreta en su esencial sociabilidad. Como señala el n.º 23 de la Encíclica de Juan XXIII *Pacem in Terris*, “De la sociabilidad natural de los hombres derivan el derecho de reunión y el derecho de asociación, como también el derecho de dar a las asociaciones la estructura que se juzgue conveniente para obtener sus objetivos y el derecho de libre movimiento dentro de ellas, bajo la propia iniciativa y responsabilidad para el logro de estos objetivos”¹⁰⁹³. El *derecho a la asociación* es el derecho que tiene toda persona a vincularse a otras y concertar una acción común con la pretensión de conseguir una serie de fines, considerados como lícitos desde el sistema de derechos humanos¹⁰⁹⁴. Martín de Llano¹⁰⁹⁵ lo define como la facultad de los ciudadanos de aunar sus voluntades de manera permanente para la consecución de determinados fines en cualquier tipo de actividad sin ánimo de lucro.

De otra parte, Lamarca Pérez¹⁰⁹⁶ estima que, con las limitaciones que el propio texto constitucional establece, puede ser ejercido por los reclusos, pero obviamente por el sentido de la pena se restringe el derecho a participar en las actividades de la asociación. Atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el derecho de asociación reconocido en el artículo 22 comprende no sólo el derecho a asociarse, sino

¹⁰⁹² GARCÍA VALDÉS, C., *Derecho Penitenciario: Escritos*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pp. 256-257.

¹⁰⁹³ Para saber sobre la historia del derecho fundamental de asociación, DEL CAÑO PALOP, J.R., “Evolución histórica del derecho de asociación en el constitucionalismo español”, *X Jornadas de Estudio*, Introducción a los Derechos Fundamentales, vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, pp. 81 y ss.

¹⁰⁹⁴ *Curso Sistemático de Derechos Humanos*, www.iepala.es.

¹⁰⁹⁵ MARTÍN DE LLANO, M.I., “Los derechos de reunión, asociación y petición”, en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 315. Manifiesta que la característica de que no sea con ánimo de lucro es lo que las diferencias de las asociaciones de las sociedades mercantiles cuyo reconocimiento es a través de la libertad de empresa.

¹⁰⁹⁶ LAMARCA PÉREZ, C., “Los derechos de los presos”, en VV.AA., *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1994, p. 94.

también el de establecer la propia organización del ente creado por el acto asociativo¹⁰⁹⁷. Supone por tanto, un derecho individual de asociarse y una libertad para las asociaciones. Se trata de un derecho fundamental caracterizado por tratarse de un derecho subjetivo, amparándose bajo el valor superior de la libertad y del libre desarrollo de la personalidad¹⁰⁹⁸; pese a que el precepto constitucional indica que “todas las personas tienen derecho a asociarse [...]”, y es de carácter voluntario y colectivo, también tiene el aspecto negativo de no estar asociado contra su voluntad que, por razones obvias, no es predicable para los reclusos. Las asociaciones, aparte de poder ser políticas, también pueden ser sociales o culturales¹⁰⁹⁹, pero no pueden ser ejercidas por los presos.

Afinando un poco la cuestión, el derecho de asociación según la normativa penitenciaria es contraria al orden y seguridad de los Centros penitenciarios, por lo que no es susceptible de ejercicio por parte de los reclusos¹¹⁰⁰.

c) El derecho de participación política: el sufragio activo y pasivo

El derecho al sufragio o derecho de participación política, regulado en el artículo 23 de la CE, es el derecho que tiene todo ciudadano de votar y elegir libremente a sus representantes, es un derecho que se reconoce a todos los ciudadanos españoles. Además, teniendo en cuenta el artículo 3.1 de la LOGP, queda reconocido cuando afirma “[...] sin exclusión del derecho de sufragio [...]”. En consecuencia, atendiendo a la normativa los presos españoles pueden y deben ejercer el derecho de participación política, sobre todo, teniendo en cuenta que la soberanía reside en el pueblo español. El ejercicio de este derecho político constitucional supone el ejercicio de otros derechos fundamentales que pueden tener proyección pública, por ejemplo, el derecho a la participación en la actividad legislativa, el cual, a su vez, comprende la posibilidad de

¹⁰⁹⁷ STC 96/1994, de 21 de marzo, Fj. 2. Ver el estudio de AGUIAR DE LUQUE, L., “El derecho de asociación: artículo 22”, en ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, cit., t. II, pp. 607-633.

¹⁰⁹⁸ STC 113/1994, de 14 de abril, Fj. 12.

¹⁰⁹⁹ MOHEDANO, J.M., “La libertad de asociación”, en AA.VV., *Sobre las libertades políticas en el Estado español (Expresión, reunión y asociación)*, Valencia, F. Torres, 1977; ESTEBAN, J. de, y GONZÁLEZ-TREVIJANO, P.J., *Curso de derecho Constitucional español*, t. II, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993.

¹¹⁰⁰ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Asociaciones ilícitas y terroristas”, *Comentarios a la Legislación penal. El Derecho penal del Estado democrático*, t. II, Edersa, Madrid, 1983.

convocar referéndums y el derecho a la iniciativa legislativa popular, de un lado, y el sufragio pasivo, es decir, lo referente a la democracia representativa, de otro. De manera que, como afirma, Keane, tanto la sociedad civil como el Estado son imprescindibles, afirmando que sin la sociedad “los objetivos de igualdad, libertad, planificación participativa y adopción conjunta de decisiones no serán más que eslóganes vacíos” y, sin el Estado “las luchas por transformar la sociedad civil caerán en la dinámica del gueto, en la división y en el estancamiento, o generarán sus propias y nuevas formas de desigualdad y falta de libertad”¹¹⁰¹.

A efectos de nuestro estudio, nos interesa concretar la cuestión aquí planteada no en relación a su aplicabilidad en cuanto a la condición de español sino por la condición de *preso* español. En consecuencia, no me referiré al derecho de acceso a los cargos y funciones públicas que aparece regulado conjuntamente en el artículo 23 de la CE, ya que se entiende que estos derechos no pueden ser ejercidos por la condición de recluso y por el sentido de la pena.

La doctrina es partidaria de la aplicación del derecho fundamental. En sentido amplio, Mapelli¹¹⁰² mantiene que el derecho al sufragio activo es una forma de hacer que la sociedad carcelaria mantenga vivo su interés por la *re publica*. Se señala una serie de requisitos con respecto al sufragio que se traducen en: *universalidad*, es decir, debe ser ejercitable, por todo ciudadano sea cual sea su condición económica, raza, ideología, etc.; *libertad*, lo cual significa tanto la posibilidad de ejercitar el derecho de voto, como negativamente, de no ejercitarlo. En cualquier caso, no debe existir coacción ni en el sentido de prohibir ni en el sentido de obligar a una opción u otra; *igualdad*, requisito que viene reconocido en el sistema jurídico español en los artículos 68.1 y 69.2 de la CE; *inmediatez*, es decir, el voto debe ser directo. Esto significa que la acción de votar

¹¹⁰¹ KEANE, J., *Democracia y sociedad civil*, trad. de A. Escohotado, Alianza, Madrid, 1992, p. 35; en el mismo sentido, GARRIDO GÓMEZ, M.I., *Derechos Fundamentales y Estado social y democrático de Derecho*, cit., p. 96. DE ASÍS ROIG, R., *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Instituto de Derechos Humanos, “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 64 y ss.; RALLO LOMBARTE, A., *Garantías electorales y Constitución*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1997; LÓPEZ GUERRA, L., “El derecho de participación del artículo 23.1 CE”, en *Los derechos fundamentales y libertades públicas*, t. XIII Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 1993; LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., “Notas sobre el proceso de participación pública”, *Revista de Política Comparada*, n.º. 1, 1980, pp. 67-80.

¹¹⁰² MAPELLI CAFFARENA, B., “Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, n.º. 8, 2006.

recae directamente sobre las personas que van a actuar como representantes; artículos 68.1 y 69.2 de la CE; y *confidencialidad*, el voto debe ser secreto¹¹⁰³.

Teniendo en cuenta el Código Penal de 1995 al suprimir la pena de inhabilitación y la suspensión del sufragio activo¹¹⁰⁴ y tratándose de una inhabilitación absoluta como afirma el artículo 41 del CP al establecer que “La pena de inhabilitación absoluta produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos”, llegamos a la conclusión de que el derecho al sufragio se conserva siempre, como manifestación del principio de no impedir la participación del recluso, que continúa formando parte de la sociedad¹¹⁰⁵. Es decir, que lo que se limita es el objeto de la privación de tal derecho a ser elegido para cargos públicos durante el tiempo que se está cumpliendo la condena, pero nada se dice de los cargos que ya había obtenido con anterioridad. Por tanto, el penado tiene derecho a votar y se le debe dar la posibilidad de hacerlo por correspondencia, la idea de la constitución de una mesa electoral en los Centros penitenciarios resulta un tanto problemática debido a la necesidad de control y vigilancia hacia los presos. Incluso generaría un movimiento de presos que no es necesario, el cual se puede evitar a través del voto por correo, trayendo a colación el derecho fundamental al secreto de correspondencia, así como la constitución de la mesa supondría que responsables de los partidos políticos deban acudir a las mismas pudiendo agravar más los problemas de orden y control en las cárceles.

Desde la perspectiva enunciada, entiendo que lo que hay que promover es la libertad humana y la igualdad, una igualdad que se reconoce no entre todos los ciudadanos, sino sólo entre aquellos que cumplen determinados requisitos previstos en la Ley (español, mayor de edad, etc.). Así como indica O. Sanguiné¹¹⁰⁶ en cuanto a los reclusos, la exclusión (en la participación de este derecho) deberá quedar reservada a los

¹¹⁰³ Tomado de www.iepala.es, *Curso Sistemático de Derechos Humanos*.

¹¹⁰⁴ El art. 44 incluido en el capítulo de la privación de derechos dice que la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo priva al penado, durante el tiempo de la condena, del derecho a ser elegido para cargos públicos.

¹¹⁰⁵ TAMARIT SUMALLA, J.M., GARCÍA ALBERO, R., SAPENA GRAU, F. y RODÍGUEZ PUERTA, M^aJ., (coords.), *Curso de Derecho penitenciario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 70.

¹¹⁰⁶ SANGUINÉ, O., *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 75, nota 157, cita a LANDREVILLE, P. y LEMONDE, L., “Le droit de vote des personnes incarcérées au Canada”, *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, n^o. 2, 1994, pp. 307-310.

delitos más graves, como la traición o la sublevación y no puede tener un carácter absoluto. Este razonamiento es aplicable *a fortiori* a los presos provisionales que, por ser presuntos inocentes, su *status de custodiae* no puede representar una causa de “indignidad moral” y deben ser colocados en condición de ejercitar el deber cívico y el derecho de voto, salvo los casos de incapacidad civil o por efecto de condena definitiva¹¹⁰⁷.

Respecto a los presos preventivos no puede ser limitado a ningún caso, antes bien, se le debe dar la posibilidad de votar por correspondencia¹¹⁰⁸. Por su parte, O. Sanguiné¹¹⁰⁹ mantiene que el derecho de sufragio de los presos preventivos presenta dos aspectos: “1) la titularidad del derecho de sufragio activo; y 2) el derecho de sufragio pasivo. En primer lugar, las restricciones legales al derecho de voto de las personas encarceladas es una práctica anacrónica y no resulta justificable, al menos como regla general. Es más una reliquia de una concepción arcaica de la in-aptitud moral de los criminales. Hoy por hoy, el derecho de voto no tiene ninguna relación con la cuestión de saber si el elector es un buen o mal ciudadano. La virtud del corazón y del espíritu no está más asociada al carácter sagrado del gesto de votar. Esta concepción elitista, arbitraria y discriminatoria, en el pasado invocada para justificar la exclusión de las mujeres, de los pobres o de los negros, ha dado lugar a una concepción igualitaria del derecho de voto [...], la jurisprudencia canadiense considera inconstitucional la exclusión de este derecho a los encarcelados”.

En lo que se refiere al sufragio pasivo, la legislación española nada dice en relación con la población reclusa por lo que se puede entender que nadie puede impedir ejercer las funciones propias del cargo, incluso así se deduce de la interpretación del artículo 23.2 de la CE y del principio constitucional de igualdad y la presunción de inocencia¹¹¹⁰, pero he de mantener que no tiene cabida en la población reclusa el sufragio pasivo ni la creación de partidos políticos. Si el art. 23 de la CE y el art. 3 de la LOGP permiten el derecho de sufragio para los presos, en caso de que éste sea limitado,

¹¹⁰⁷ SANGUINÉ, O., *Prisión provisional y derechos fundamentales*, cit., p. 75, nota 157, cita a PISANI, M., *Libertà personale e processo*, Cedam, Padua, 1974, pp. 23 y 67-72.

¹¹⁰⁸ ROXIN, C., *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 270.

¹¹⁰⁹ SANGUINÉ, O., *Prisión provisional y derechos fundamentales*, cit., pp. 74-75, nota 157.

¹¹¹⁰ MORENO CATENA, V., “Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal”, *Poder Judicial*, n.º. especial II, 1988, pp. 153 y ss.

siempre cabe, como indica la Constitución, que se lleve a cabo mediante representante¹¹¹¹. No obstante, los artículos 2 y 3 de la LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, modificada por la LO 9/2007, de 8 de octubre, dictaminan que “El derecho de sufragio corresponde a los españoles mayores de edad que no estén comprendidos en ninguno de los supuestos previstos en el artículo siguiente” y el art. 3: “Carecen de derecho de sufragio: a) Los condenados por sentencia judicial firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio durante el tiempo de su cumplimiento”. A la pregunta de por qué no se ejerce a través del voto por correo, cuando ya de por sí al recluso se le permite el contacto con el exterior a través de las comunicaciones surge el problema a la hora de revisar la correspondencia por motivos de seguridad, si el voto es abierto es considerado como voto nulo, por lo que la garantía de que no se abran los votos no existe en el sistema penitenciario.

Es difícil explicar la pregunta de por qué los presos no pueden votar, por qué no pueden participar en la elección de aquellos que van a dar a luz leyes que les afectan como ciudadano y como recluso, pese a que la mayoría de la doctrina mantiene que se trata de un derecho que puede ejercer los reclusos, la normativa mantiene lo contrario, atendiendo al sentido de la pena.

No obstante, no es ocioso recordar que lo que encierra el Estado democrático de Derecho es un valor superior de igualdad que presupone que todas las personas son sujetos de derechos y deberes jurídicos, partiéndose de la premisa de que todos son iguales ante la ley, sobre todo, teniendo en cuenta que existe un derecho constitucional de todos los ciudadanos a participar en la toma de decisiones colectivas debiéndose asegurar un derecho al voto igual al de los demás¹¹¹².

d) El derecho de petición

Este derecho está recogido en el artículo 29 de la CE y manifiesta que, “todos los españoles tendrán el derecho de petición individual y colectiva por escrito, en la forma y con los efectos que determine la Ley”. Es una forma que tiene el ciudadano de

¹¹¹¹ En este sentido, la STC 119/1995, de 17 de julio.

¹¹¹² En este sentido, SQUELLA NARDUCCI, A., “Libertad e igualdad. Las promesas cumplidas e incumplidas de la democracia”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. VI, 1989, p. 259.

dirigirse al poder público y hacerle conocedor de sus pretensiones.¹¹¹³ En cuanto a la titularidad, el derecho de petición se realiza extensivamente, entendiéndose que abarca a cualquier persona natural o jurídica prescindiendo de su nacionalidad, como cauce de expresión en defensa de los intereses legítimos y como participación ciudadana en las tareas públicas, pudiendo ejercerse tanto individual como colectivamente. Tan sólo se establece la limitación que, para los miembros de las Fuerzas o Institutos armados, o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar, se deriva directamente de la Constitución, y determina que aquéllos solo pueden ejercer el derecho individualmente y con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica¹¹¹⁴.

Teniendo en cuenta el artículo 2 de la LO 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición, “El derecho de petición podrá ejercerse ante cualquier institución pública, administración, o autoridad, así como ante los órganos de dirección y administración de los organismos y entidades vinculados o dependientes de las Administraciones públicas, respecto de las materias de su competencia, cualquiera que sea el ámbito territorial o funcional de ésta”, se advierte que no establece ninguna limitación en cuanto al estatus jurídico de la persona, por tanto, puede ser ejercido por los reclusos, es decir, pueden ejercer su derecho de petición ante la Administración penitenciaria. De modo que, partiendo de las palabras de Rebollo Delgado,¹¹¹⁵ “la petición es una forma de activar el poder público, de ponerlo en funcionamiento, y para ello la petición debe reclamar una actuación de aquel”, el derecho de petición es predicable de los reclusos.

Desde este punto de vista, se trata de un derecho con carácter residual respecto a otros derechos como instrumento de relación entre ciudadanos y los poderes públicos, pero no por ello deja de ser un derecho fundamental. Incluso así se pronuncia la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en su Sentencia 242/1993, de 14 de julio, Fj. 1. Atendiendo a ella, se manifiesta que “la petición en qué consiste el derecho en cuestión tiene un mucho de instrumento para la participación ciudadana, aun cuando lo

¹¹¹³ Es regulada por la LO de 4/2001, de 12 de noviembre, Reguladora del Derecho de Petición.

¹¹¹⁴ Exposición de Motivos de la citada LO. Sobre este tema, con carácter general, ver el estudio de BASTIDA FREIJEDO, F.J., “Derecho de petición”, en ARAGÓN REYES, M., (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, t. III, Cívitas, Madrid, 2001, pp. 199 y ss.

¹¹¹⁵ REBOLLO DELGADO, L., “El Derecho de Petición”, *Revista de Derecho Político*, nº. 53, 2002, p. 91.

sea por vía de sugerencia, y algo de ejercicio de la libertad de expresión, como posibilidad de opinar”, concluyéndose que para los reclusos también operaría la libertad de expresión traducida en el ámbito penitenciario en quejas y peticiones reguladas en los artículo 53 y siguientes del RP.

Esta doble naturaleza ha hecho que la doctrina se plantee sobre la titularidad del derecho, tradicionalmente se han sostenido dos posturas, de una parte, la titularidad de los ciudadanos y, de otra, la titularidad universal, siendo el resultado del carácter civil del derecho en cuestión¹¹¹⁶. Es la STC 119/1995, de 17 de julio, Fj. 3 la que ha indicado que para que la participación quede regulada en el artículo 23 de la CE, es necesario que se trate de una participación política, es decir, de una manifestación de la soberanía popular, que, normalmente, se ejerce a través de representantes y que, excepcionalmente, puede ser ejercida por el pueblo. Lo que permite concluir que los derechos se circunscriben al ámbito de la legitimación democrática directa del Estado. Lo que significa que los condenados no pueden ejercer tal derecho, pero los presos preventivos sí.

La doctrina mayoritaria es partidaria del derecho de petición de los reclusos sobre materia que son competencia de la Administración penitenciaria e incluso dirigirlas al Defensor del Pueblo, suponiendo mayor implicación en las estructuras institucionales sobre las que se asienta nuestro Estado social y democrático de Derecho. La disparidad del derecho de petición en el ámbito penitenciario se reduce a cuestiones relativas a su tratamiento o al régimen del establecimiento (art. 50 de la LOGP¹¹¹⁷). Es decir, están sujetos a un régimen especial en cuanto al sentido de la pena.

e) El derecho al acceso a las funciones públicas y resto de derechos políticos

¹¹¹⁶ En el ámbito del Derecho comparado está más extendida la concepción universalista. La nueva regulación en nuestro ordenamiento jurídico afirma “toda persona natural o jurídica”, incluyéndose, por tanto, a españoles y extranjeros. ÁLVAREZ CARREÑO, S.M., *El derecho de petición. Estudio jurídico de los sistemas español, italiano, alemán, comunitario y estadounidense*, Comares, Granada, 1999; COLOM PASTOR, B., *El derecho de petición*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

¹¹¹⁷ Tener en cuenta el art. 53 del RP en el que se recoge que todo interno tiene derecho a formular, verbalmente o por escrito, peticiones.

Comprende, este derecho¹¹¹⁸, también el de permanecer en él en las mismas condiciones de igualdad y el de no ser removido de los cargos o funciones públicas a los que se accedió si no es por causas y de acuerdo con procedimientos legalmente previstos, así lo mantiene la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en su Sentencia 7/1992, de 16 de enero, Fj. 2. Pero, por el sentido de la pena, es incompatible con el estatus de preso, por lo que no es objeto de investigación.

Por lo que se refiere al derecho a la participación en la Administración de Justicia, es decir, al derecho a intervenir en los procesos formando parte del jurado¹¹¹⁹, del que por su condición de preso no puede ejercerlo al igual que el derecho a ejercitar la acción popular, amparándose en el proceso como acusación particular o el derecho a la participación en la Seguridad Social y en la actividad de los organismos públicos a cuya función afecte directamente a la calidad de la vida o al bienestar general.

En definitiva, el que los presos también puedan ejercer los derechos políticos supone una iniciativa orientada a considerar que las personas privadas de libertad deben integrarse y participar de la sociedad. Es decir, se orientan hacia la reinserción social y el no apartamiento de la sociedad.

2. DERECHO A LA DEFENSA EN LOS CENTROS PENITENCIARIOS

La cuestión es cómo garantizar que los presos puedan ejercer el derecho a la defensa en el ámbito penitenciario, la respuesta está en garantizar a cada preso el asesoramiento y la asistencia jurídica necesaria. Hay numerosas teorías en cuanto a que se puede incurrir en indefensión de un recluso si no obtiene la tutela judicial efectiva de los jueces en un proceso¹¹²⁰, o en lo referente a la insuficiencia de las garantías del

¹¹¹⁸ Entre otros, GARCÍA TREVIJANO GARNICA, E., “Consideraciones en torno al derecho de igualdad en el acceso a la función pública”, *Revista de Administración Pública*, n.º. 121, 1990; PULIDO QUECEDO, M., *El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Cívitas, Madrid, 1992.

¹¹¹⁹ El art. 9 de la LO 5/1995, de 22 de mayo del Tribunal del Jurado, manifiesta que “Están incapacitados para ser jurado: los condenados por delito doloso, que no hayan obtenido la rehabilitación; los procesados y aquellos acusados respecto de los cuales se hubiera acordado la apertura de juicio oral y quienes estuvieren sufriendo detención, prisión provisional o cumpliendo pena por delito [...]”.

¹¹²⁰ RODRÍGUEZ RAMOS, L., “La prisión preventiva y los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, n.º. 2, 1983, pp. 475-477; AYO FERNÁNDEZ, M., “Jurisprudencia constitucional-penal del artículo 24 de la Constitución española”, *La Ley*, Madrid, 1997; ROMERO COLOMA, A.M., *El artículo 24 de la Constitución española. Análisis y valoración. El acceso del ciudadano a la justicia*, Serlipost, Barcelona, 1993; RIVERA BEIRAS, I., *Cárcel e Indefensión social: reclusos jurídicos y*

proceso caracterizada porque “encuentra una ilustración en la prisión provisional que representa una grave derogación a los principios de la libertad individual y la presunción de inocencia”¹¹²¹.

El derecho de defensa¹¹²² no es, *stricto sensu*, un derecho subjetivo renunciable, no concierne únicamente al sujeto en cuestión, sino que es una institución inherente al proceso penal desde sus mismos comienzos, una condición de la propia validez del proceso cuya observancia interesa a toda la sociedad en su conjunto: “la designación del Abogado no sólo interesa al propio imputado, sino a la sociedad entera y muy especialmente al órgano jurisdiccional”¹¹²³. Se trata de un derecho fundamental con sustantividad propia, dirigido a todas las personas, y, en consecuencia, a los reclusos.

Los presos tienen derecho a la defensa en la parte en la que se refiere a utilizar medios de pruebas pertinentes para su defensa¹¹²⁴. En este sentido, la jurisprudencia constitucional manifiesta que han de respetarse las garantías procesales establecidas en el artículo 24 de la CE, que son aplicables en los procedimientos administrativos sancionadores¹¹²⁵, y que deben ser tomadas en consideración con especial vigor cuando se trata de sanciones disciplinarias impuestas a internos penitenciarios. Así como se tiene derecho a la no indefensión, no obstante, no hay indefensión por el simple hecho de que el actor disienta de la decisión judicial¹¹²⁶. Lo que se busca es que ambas partes

sociales, Bosch, Barcelona, 1995.

¹¹²¹ ROBERT, J., *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, París, 1993, p. 277, citado por SANGUINÉ, O., *Prisión provisional y derechos fundamentales*, cit., p. 74.

¹¹²² AYA ONSALO, A., “La defensa jurídica del interno en Centro Penitenciario”, *Eguzkilore*, nº. 2 extra, 1989, pp. 19 y ss.; GARRIDO GUZMÁN, L., “Tutela judicial efectiva y asesoramiento de letrado de los reclusos en Instituciones Penitenciarias (Sentencia del Tribunal constitucional Núm. 2/1987, de 21 de enero)”, *Poder Judicial*, nº. 7, Madrid, 1987, p. 119; PÉREZ LUÑO, L., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 174-175.

¹¹²³ SENDRA, G. y SHULCK, V., “Observaciones al Proyecto de Ley de 22 de noviembre de 1977 sobre la defensa técnica en la instrucción penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 4, 1978, p. 111, citado por OLARIETA ALBERDI, J.M., “La intervención de las comunicaciones del Abogado en prisión”, en RIVERA BEIRAS, I., (coord.), *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*, Tercera Ponencia: “Resocialización y tratamiento penitenciario: sus posibilidades y sus límites”, p. 185.

¹¹²⁴ Ver al respecto la STC 156/2009, de 29 de junio. Otras sentencias representativas, 215/2007, de 8 de octubre; 43/2008, de 10 de marzo; 71/2008, de 23 de junio, sobre la prueba; 77/2008, de 7 de julio; 10/2009, de 12 de enero, viene a afirmar que en el marco de un expediente disciplinario, no hay vulneración del derecho de defensa por habersele denegado al recurrente recluso la posibilidad de ser asesorado por otro preso.

¹¹²⁵ SSTC 74/1985, de 18 de junio; 2/1987, de 21 de enero; 161/1993, de 17 de mayo; 297/1993, de 18 de octubre; 97/1995, de 20 de junio; 169/1996, de 29 de octubre; 58/1998, de 16 de marzo; 9/2003, de 20 de enero, Fj. 3.

tengan las mismas posibilidades de defensa bajo el principio de igualdad y de contradicción.

Este derecho a la defensa también aparece recogido en la normativa internacional, así en el artículo 6.3 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para La Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, dice: “Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: [...] b) A disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa. c) A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un Abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan; d) A interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra. e) A ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la Audiencia”. Por otro lado, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos lo recoge en su artículo 14.3 b) al regular que “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas [...] b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección”.

También se recoge en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos concretamente en la Regla 93: “El acusado estará autorizado a pedir la designación de un defensor de oficio cuando se haya previsto dicha asistencia, y a recibir visitas de su abogado, a propósito de su defensa. Podrá preparar y dar a éste instrucciones confidenciales. Para ello, se le proporcionará, si lo desea, recado de escribir. Durante las entrevistas con su abogado, el acusado podrá ser vigilado visualmente, pero la conversación no deberá ser escuchada por ningún funcionario de la policía o del establecimiento penitenciario”. Es la Regla 23 de RPE la que garantiza el asesoramiento jurídico, “sea cual sea el tema que venga a tratar el abogado con su cliente, la confidencialidad debe estar garantizada”.

¹¹²⁶ ENÉRIZ OLAECHEA, F.J., *La protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas en la Constitución española*, Universidad Pública de Navarra, Navarra, 2007. Enmienda de las Cortes Generales 90-12, Ley General Penitenciaria. Trabajos Parlamentarios, Madrid, 1980, p. 377.

En nuestro ordenamiento jurídico viene regulado dentro del artículo 24, pero no será analizado en su totalidad. El catálogo de los derechos que se garantizan en el presente artículo es amplio; sin embargo, no es mi intención analizar con detenimiento las peculiaridades de cada uno de ellos, sino sólo las de aquellos que pueden ser representativos para la reeducación y reinserción de los presos, como ya he indicado, siendo, otros, derechos accesorios. Así, por ejemplo, en lo que se refiere al derecho a la tutela judicial efectiva no es objeto de estudio porque hace referencia a pautas que debe cumplir un proceso judicial, y en nuestro caso el recluso ya tuvo su momento procesal y ahora está en prisión¹¹²⁷, no obstante, es un derecho instrumental y complementario del cumplimiento de los demás que se incluyen en la Constitución. O, el tema de los recursos siendo numerosa la jurisprudencia constitucional que se recoge por la inadmisión de recursos, no siendo suficiente esta cuestión porque no es una base suficiente para la defensa de los derechos fundamentales de los presos en cuanto a su reeducación y reinserción social, además en numerosos juicios no relacionados con personas presas también se desestiman recursos¹¹²⁸. El principio de presunción de inocencia regiría para los preventivos (arts. 5, 64 de la LOGP y art. 242 del RP), y no para los penados por lo que tampoco es objeto de análisis.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional indica que el art. 24.2 de la CE no se reconoce solamente un derecho a la defensa técnica o a través de abogado, sino también un derecho a la autodefensa o defensa privada. Lo que prima en el ámbito penitenciario, y así se reconoce, es la defensa y asistencia de letrado y las comunicaciones con él, tal derecho, como he indicado, se tiene ante todo tipo de Tribunales¹¹²⁹, aunque esta defensa no es obligatoria.

Teniendo en cuenta el precepto constitucional 25.2, es uno de los derechos fundamentales que también le corresponde al preso, y muy poco se ha hablado del derecho de defensa de los reclusos. A mi juicio, se encuentra obstaculizado en el interior de la cárcel, pero no se encuentra limitado por el fallo de la sentencia en cuanto a titularidad, por tanto, es un derecho que existe no sólo para los imputados, procesados,

¹¹²⁷ STC 73/1983, de 30 de julio al manifestar que dicha tutela efectiva supone que los recurrentes sean oídos y tengan derecho a una decisión fundada en Derecho, ya sea favorable o adversa.

¹¹²⁸ SSTC 65/2002, de 11 de marzo; 169/2003, de 29 de septiembre, y 7/2006, de 16 de enero.

¹¹²⁹ STC 47/1987, de 22 de abril, Fj. 2.

sino también para el que se encuentra en prisión, esto es para el penado y para el preventivo¹¹³⁰.

Centrándonos en el ámbito que aquí nos interesa, la cuestión principal del art. 24 de la CE es que no pueda producirse indefensión. Teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el concepto de *indefensión*, resulta digno de tener en cuenta lo que dice en torno a que “La idea de indefensión contiene, enunciándola de manera negativa, la definición del derecho a la defensa jurídica, de la que se ha dicho que supone el empleo de los medios lícitos necesarios para preservar o restablecer una situación jurídica perturbada o violada consiguiendo una modificación jurídica que sea debida, tras un debate (proceso), decidido por un órgano imparcial (jurisdicción). De esta suerte la idea de indefensión engloba, entendida en un sentido amplio, a todas las demás violaciones de derechos constitucionales que pueden colocarse en el marco del art. 24 [...] la indefensión se caracteriza por suponer una privación o una limitación del derecho de defensa”¹¹³¹. No obstante, hay que apuntar que una indefensión “constitucionalmente relevante” no se produce en todo supuesto en que haya alguna vulneración de normas procesales, sino, únicamente, cuando contiene “consecuencias prácticas consistentes en la privación del derecho de defensa y en un perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado”. Resulta preciso, así, el respeto de los principios de audiencia, contradicción e igualdad¹¹³².

Hay que pensar que los presos no conocen el art. 118 de la LECrim que dice: “Toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento, cualquiera que éste sea, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquiera otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho. La admisión de denuncia o querrela y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, será puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntamente inculcados. Para ejercitar el derecho concedido en el párrafo primero, las personas interesadas deberán ser representadas por procurador y

¹¹³⁰ La SSTS de 12 abril y 18 de octubre de 1993 afirman que “el derecho de defensa es un derecho sagrado, quizás el más sagrado de todos los derechos en la justicia”.

¹¹³¹ SSTC 48/1984, de 25 de abril, Fj. 1; 195/1987, de 8 de enero.

¹¹³² REVIRIEGO PICÓN, F., “Los derechos de los reclusos”, en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., (coord.), *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 477.

defendidas por letrado, designándoseles de oficio cuando no los hubiesen nombrado por sí mismos y lo solicitaren y, en todo caso, cuando no tuvieran aptitud legal para verificarlo. Si no hubiesen designado procurador o letrado, se les requerirá para que lo verifiquen o se les nombrará de oficio si, requeridos, no los nombrasen, cuando la causa llegue a estado en que se necesite el consejo de aquellos o hayan de intentar algún recurso que hiciese indispensable su actuación”. Para garantizarlo hay que acogerse al artículo 119 de la CE, que dicta: “La justicia será gratuita cuando así lo disponga la Ley, y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar”.

El artículo 24 de la CE se encarga de decir que el derecho a la defensa lo tienen “todos”, es por lo que, como ya he reiterado, también quedan incluidos los reclusos. En el ámbito penitenciario, destaca la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria, así como las comunicaciones con los Abogados, siendo relevantes para “contradecir” decisiones tomadas en el ámbito penitenciario que provengan de la Administración penitenciaria, del Juzgado de Vigilancia o del Tribunal sentenciador que afecten a la ejecución de la pena, es decir, al principio de legalidad penal, o para hacer saber al Juzgado de desigualdades, desventajas, privaciones de derechos o de beneficios¹¹³³. Es lo que se denomina *principio de contradicción* frente al principio de publicidad, ambos necesarios para la existencia del derecho de defensa y de la tutela judicial efectiva. En cuanto al principio de publicidad es de escasa aplicación en el ámbito jurídico de los penados debido al acceso limitado a la información de las decisiones administrativas penitenciarias. Todo preso ha de tener la posibilidad de contradecir las decisiones que se adopten tanto en la Administración como en el Juzgado. De alegar la improcedencia, ilegalidad sobre el grado de tratamiento o sobre los permisos de salida. Pese a que también requiere del principio de publicidad, normalmente en el ámbito penitenciario no se da las razones que han motivado las decisiones de clasificarle en un grado u otro, etc. En este mismo sentido, se pronuncia la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al señalar en la Sentencia 74/1985, de 18 de junio, reiterada en Sentencia 104/2003, de 2 de junio, que la Administración penitenciaria ha de permitir a los internos contar con

¹¹³³ Prueba de ello, son las numerosas sentencias y autos que he señalado a lo largo de la investigación, y las que faltan, sobre tratos inhumanos y degradantes, sobre vulneración del derecho a las comunicaciones o el secreto de las mismas, sobre permisos de salida, sobre medidas de seguridad aplicadas dando lugar a vulneración de derechos fundamentales, sobre informes o resoluciones de la Junta de Tratamiento, o como indica el art. 103.5 del RP en cuanto a la clasificación del grado inicial, o el art. 105.2 del mismo texto en cuanto a revisión del grado.

asistencia jurídica en los procedimientos disciplinarios en forma y grado tal que pueda ser estimada proporcionada a la naturaleza de la falta imputada, a la sanción imponible y al procedimiento que se siga para decidir sobre su imposición.

En consecuencia, el fundamento del derecho de defensa es el principio de contradicción, base y finalidad del proceso penal siendo una exigencia del principio *pro reo*. Se trata de un derecho público subjetivo nacido en el momento de la imputación de un delito o lesión, en opinión de Peces-Barba del Brío se trata de un derecho que debe ofrecerse siempre y en todo caso, aunque sea de oficio¹¹³⁴.

El instrumento del que dispone el recluso para la defensa son los Abogados. No obstante, en la doctrina constitucional encontramos discrepancias, así en cuanto a la decisión de que el recluso pueda elegir o designar a una persona para el asesoramiento a un miembro de la banda terrorista, por un lado, se respondió afirmativamente siempre que se presentara por escrito y en castellano¹¹³⁵ y, por otro, se resolvió negativamente alegando razones de seguridad y buen orden del Centro¹¹³⁶. Es aquí donde surge la cuestión del secreto de las comunicaciones pudiendo afectar a la relación abogado-presos¹¹³⁷. Es el artículo 51.2 de la LOGP el que dice 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 lo 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. El apartado 5 del mismo artículo mantiene que “las comunicaciones orales y escritas previstas en este artículo podrán ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente”.

¹¹³⁴ PECES-BARBA DEL BRIO, G., “La asistencia letrada al detenido o preso: un derecho constitucional”, *AJ*, t. 1, 1981, p. 40, citado por GIMENO SENDRA, J.V., “Los derechos de asociación penal al juez legal y de defensa y sus derechos instrumentales”, en COBO DEL ROSAL, M., (dir.) y BAJO FERNANDEZ, M., (coord.), *Comentarios a la Legislación penal*, cit., p. 172.

¹¹³⁵ STC 27/2001, de 29 de enero.

¹¹³⁶ STC 55/2006, de 27 de febrero.

¹¹³⁷ En este sentido, LÓPEZ YAGÜES, V., *La inviolabilidad de las comunicaciones con el abogado defensor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; de la misma, *El derecho a la asistencia y defensa letrada: su ejercicio en situaciones de privación de libertad*, Universidad de Alicante, San Vicente de Raspeig, 2002.

En consecuencia y, en atención al artículo 24.2 *in fine* de la CE, la Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos, lo que permite que las declaraciones entre letrado y preso sean secretas, en el caso de que el letrado permita o consienta la intervención de sus comunicaciones con su cliente, en este supuesto, un recluso incurre en un delito de prevaricación tipificado por el Código Penal¹¹³⁸. De este modo, en virtud del secreto profesional, los letrados se acogen a lo establecido en el artículo 263 de la LECrim. Esto es: “La obligación impuesta en el párrafo 1 del artículo anterior no comprenderá a los Abogados ni a los procuradores respecto de las instrucciones o explicaciones que recibieron de sus clientes. Tampoco comprenderá a los eclesiásticos y ministros de cultos disidentes respecto de las noticias que se les hubieren revelado en el ejercicio de las funciones de su ministerio”¹¹³⁹. Por otro lado, hay que tener en cuenta el RD 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía española, en su artículo 32 que dice: “De conformidad con lo establecido por el artículo 437.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, [...]”.

Lo que ocurre es que por razones de seguridad y de buen orden del Establecimiento penitenciario se puede incurrir en la vulneración del derecho fundamental del secreto de las comunicaciones. No obstante, considero que no altera el orden ni la seguridad de un Centro penitenciario la documentación profesional necesaria para contradecir cualquier actuación de la Administración penitenciaria, o de los Juzgados o Tribunales. Sólo podrán ser suspendidas o intervenidas en el caso de terrorismo como indica el artículo 51.2 de la LOGP que dictamina: “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 lo 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”.

¹¹³⁸ OLARIETA ALBERDI, J.M., “La intervención de las comunicaciones del abogado en prisión”, en VV.AA., *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 183-193.

¹¹³⁹ La referencia al párrafo 1 del artículo anterior es “Los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio fiscal, al Tribunal competente, al Juez de Instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio, si se tratare de un delito flagrante.”

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha manifestado que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, proyectándose las garantías procedimentales de este complejo artículo 24 sobre las actuaciones que estuvieren dirigidas a ejercer las potestades sancionadoras de la Administración¹¹⁴⁰. Lógicamente, existen diferencias entre un orden sancionador y cualquier otro, pero se han de aplicar atendiendo al principio y derecho de seguridad y preservando los valores esenciales de todo ordenamiento jurídico.

Se han planteado cuestiones sobre el derecho a un proceso debido con todas las garantías, en el caso de la utilización de medios de pruebas vulnerando otros derechos fundamentales de los presos¹¹⁴¹; así como también se encuentran resoluciones judiciales firmes que abordan la intangibilidad o inalterabilidad de las mismas¹¹⁴²; y sobre la prohibición de indefensión consistente en la privación del derecho de defensa, de modo que se hace necesario el respeto de los principios de igualdad, contradicción y audiencia.

Por lo que se refiere a la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas garantizado en el artículo 24.2 de la CE, encontramos numerosas resoluciones sobre demora de una resolución judicial en cuanto a solicitud de trabajo remunerado¹¹⁴³.

De todo ello se deduce que no cabe la vulneración del derecho a ser informado de la acusación para establecer como garantía constitucional el derecho de defensa dentro de las exigencias de la seguridad, tratamiento y buen orden del

¹¹⁴⁰ SSTC 18/1981, de 8 de junio; 37/1995, de 7 de febrero; 65/2002, de 11 de marzo; 114/2004, de 12 de julio, y 316/2006, de 15 de noviembre.

¹¹⁴¹ SSTC 169/2003, de 29 de septiembre, caso en el que se presenta como prueba una carta de un preso intervenida por los funcionarios vulnerándose el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones; y, 91/2004, de 19 de mayo.

¹¹⁴² SSTC 174/1989, de 30 de octubre, sentencia firme sobre redención de penas; y, 140/2002, de 3 de junio, indicando que si por un eventual traslado de centro penitenciario pudiera habilitar la alteración de resoluciones judiciales firmes que causan estado por referirse al status de los internos la inseguridad jurídica sería absolutamente intolerable.

¹¹⁴³ SSTC 37/1991, de 14 de febrero; 52/2005, de 14 de marzo en retraso de contestación por parte del Juzgado de Vigilancia alegando la prescripción del recurso planteado por el recluso; 215/2007, de 8 de octubre.

establecimiento¹¹⁴⁴. El impedimento de tal derecho no está justificado por parte de la Administración penitenciaria, pese a que no se trata de un derecho pleno puesto que no siempre es necesaria la presencia de letrado, pero no deja de tratarse de un derecho fundamental de toda persona¹¹⁴⁵.

Acertadamente indica Díez-Picazo¹¹⁴⁶ que el art. 24 de la CE contiene un conjunto de enunciados que constituyen garantías básicas de toda Administración de Justicia. Estas garantías son para toda Administración, por lo que también para la Administración penitenciaria, lo cual supone que, al ser elevado a la categoría de derecho fundamental, es una garantía para los derechos subjetivos. Matizando un poco más la cuestión, los derechos fundamentales son emanaciones de la dignidad humana¹¹⁴⁷, lo que supone que, su falta de reconocimiento y de protección obtiene garantía para su cumplimiento por parte de las Administraciones. Y, por otra parte, el reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales constituyen elementos de legitimación del poder político, es decir, la forma de organización política de una sociedad no puede considerarse legítima si la misma no reconoce y respeta ciertos derechos que derivan directamente de la dignidad humana.

La jurisprudencia constitucional se basa en la exigencia de que todo acuerdo sancionador se debe adoptar a través de un procedimiento en el que, en este caso, el recluso tenga la posibilidad de aportar las pruebas pertinentes, formular alegaciones que a su derecho convengan¹¹⁴⁸, ya que el hecho de que una persona se encuentre recluida en un Establecimiento penitenciario no supone que sea privada de sus garantías procesales, pese a que haya un régimen disciplinario especial para la materia penitenciaria por razones de orden y seguridad. En este caso son las que provienen, como dice el artículo

¹¹⁴⁴ SSTC 27/2001, de 29 de enero, 104/2003 de 2 de junio y 91/2004, de 19 de mayo, por ejemplo.

¹¹⁴⁵ Ver las polémicas SSTC 27/2001, de 29 de enero y 55/2006, de 27 de febrero, en la que los presos recurrentes solicitaban fuesen asistidos y asesorados por otros presos pertenecientes a la organización terrorista.

¹¹⁴⁶ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Artículo 24, garantías procesales”, en ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. III, Edersa, Madrid, 1996, p. 24; DIEZ-PICAZO, L., “Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva”, *Poder Judicial*, nº. 5, 1987, pp. 41 y ss.

¹¹⁴⁷ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Artículo 24, garantías procesales”, cit., p. 24.

¹¹⁴⁸ SSTC 29/1989, de 6 de febrero; 246/1991, de 19 de diciembre; 7/1998, de 13 de enero, entre otras.

25.2 de la CE en el inciso segundo, de las previsiones que al respecto puedan recogerse en la LOGP, sin olvidar que las limitaciones al ejercicio de cualquier derecho fundamental ha de estar impuesta expresamente por la Constitución, así lo entiende la jurisprudencia constitucional.

El derecho constitucional de defensa requiere un procedimiento contradictorio en el que el recluso tenga la posibilidad de aportar el material necesario y formular las alegaciones pertinentes. De ahí que el artículo 44.2 de la LOGP diga que “Ningún interno será sancionado sin ser previamente informado de la infracción que se le atribuya y sin que se le haya permitido presentar su defensa, verbal o escrita”, siendo más preciso el Reglamento en su artículo 242.2.h), al hacer constar que “El Instructor del expediente disciplinario, a la vista de los indicios que se desprendan de los escritos, formulará pliego de cargos dirigido al interno cuya conducta sea presuntamente constitutiva de falta disciplinaria, en el cual se hará constar la indicación de que el interno dispone de tres días hábiles desde el momento de su recepción para presentar pliego de descargos por escrito o para comparecer ante el Instructor y alegar verbalmente, sin perjuicio del derecho que le asiste a presentar alegaciones y aportar documentos y otros elementos de juicio en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia. El interno podrá alegar todo aquello que considere oportuno sobre los cargos formulados, proponiendo las pruebas que estime conveniente para su defensa”.

Este derecho supone el derecho por parte del preso de asesorarse, en este aspecto, queda asentada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En tal sentido, ya hemos afirmado “la especial relevancia que dicha posibilidad de asesorarse implica como garantía para que el interno pueda preparar adecuadamente su defensa en el procedimiento disciplinario frente a los cargos que se le imputan, siendo por otra parte de preceptiva observancia en la imposición de sanciones por faltas graves y muy graves a tenor del art. 116.2 RP, el procedimiento sancionador regulado en los arts. 129 y siguientes del RP, entre cuyos actos procedimentales básicos se prevé la mencionada posibilidad de asesoramiento”¹¹⁴⁹.

¹¹⁴⁹ STC 161/1993, de 17 de mayo, Fj. 4. Reiterada por la STC 143/1995, de 3 de octubre, Fj 4.

Viene declarando el Tribunal Constitucional que las garantías procesales establecidas en el artículo 24.2 de la CE son aplicables no sólo en el proceso penal sino también en los procedimientos administrativos sancionadores con las matizaciones que resultan de su propia naturaleza, en cuanto que en ambos casos se actúa el *ius puniendi* del Estado¹¹⁵⁰; además de que la doctrina constitucional ha precisado el alcance de esta regla concretando la aplicabilidad a aquellos procedimientos administrativos del derecho a la defensa. El Tribunal Constitucional viene destacando que “tratándose de sanciones disciplinarias impuestas a internos penitenciarios este conjunto de garantías se aplica con especial vigor, al considerar que la sanción supone una grave restricción a la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de la pena”. La situación de sujeción especial del preso en un establecimiento penitenciario no puede implicar la eliminación de sus derechos fundamentales ni por tanto que “la justicia se detenga en la puerta de las prisiones”¹¹⁵¹.

Afirma el Tribunal que el derecho a la defensa, en el ámbito del procedimiento penitenciario sancionador constitucionalmente protegido, puede ejercitarse no sólo mediante la asistencia del Abogado del interno¹¹⁵², sino también, dada la abierta redacción del artículo 130.1 e) del RP, con el auxilio de funcionarios del propio Centro penitenciario y muy especialmente del jurista-criminólogo, al que se atribuye el cometido de informar con carácter general a los internos y además y muy especialmente el asesoramiento durante la tramitación del expediente disciplinario (art. 130.1 e), en relación con el artículo 281.5, ambos del RP.

En cuanto al derecho a la asistencia del letrado, mientras que el TEDH lo entiende referido al proceso penal; el Tribunal Constitucional lo estima aplicable al procedimiento disciplinario penitenciario¹¹⁵³.

¹¹⁵⁰ SSTC 18/1981, de 18 de junio; 2/1987, de 21 de enero; 297/1993, de 18 de octubre; 97/1995, de 20 de junio, entre otras.

¹¹⁵¹ SSTC 74/1985, de 18 de junio, y STEDH de 28 de junio de 1984, caso *Campbell y Fell*.

¹¹⁵² SSTC 74/1985, de 18 de junio, 190/1987, de 1 de diciembre, 192/1987, de 2 de diciembre, 161/1993, de 17 de mayo.

¹¹⁵³ Así se deriva de numerosas sentencias para la imposición de la sanción por faltas graves y muy graves, SSTC 2/1987, de 21 de enero, Fj. 6 y 128/1996, de 9 de julio, Fj. 6. Los artículos que menciona la citada sentencia se refieren al RP de 1981; 39/1997, de 27 de febrero, Fj. 3, declaró que para la interposición del recurso de reforma frente a los AJVP “no es necesaria la asistencia letrada”, pero es doctrina constitucional que la falta de respuesta de la Administración penitenciaria a la petición de asesoramiento en un procedimiento disciplinario entraña una violación del derecho de defensa (por todas, SSTC 236/2002, de 9 de diciembre, Fj. 4, 66/2007, de 27 de marzo, Fj. 4).

Todo recluso tiene derecho a la utilización de los medios de prueba adecuados para su defensa, manteniendo el Tribunal Constitucional que “la relevancia constitucional del derecho a la utilización de pruebas pertinentes para la defensa en el caso de la disciplina penitenciaria; relevancia que a *sensu contrario* se deduce también del artículo 25.2 de la CE, que garantiza al condenado a pena de privación de libertad el goce de los derechos fundamentales «a excepción de los que se vean expresamente limitados por la Ley penitenciaria», [...]”¹¹⁵⁴. Pero la jurisprudencia reitera que el derecho fundamental lo que garantiza a quien se encuentra sometido a un expediente sancionador no es el derecho a que se practiquen todas aquellas pruebas que tenga a bien proponer, sino tan sólo a las que sean pertinentes y necesarias, ya que sólo tiene relevancia constitucional por generar una situación material de indefensión la denegación de aquellas pruebas que, siendo solicitadas en el momento y la forma oportunos, resultase arbitraria o irrazonable y privase al solicitante de hechos decisivos para su pretensión, aunque en modo alguno tal derecho implica la pérdida de la potestad del órgano decisor para declarar la impertinencia de las pruebas propuestas, si bien éste debe explicar razonablemente su juicio negativo sobre la admisión de las mismas¹¹⁵⁵.

En todo caso, la Administración penitenciaria ha de motivar la denegación de las pruebas para evitar una lesión al citado derecho fundamental. En tal sentido, la notificación del acuerdo sancionador deberá cursarse en el mismo día o al siguiente de ser adoptado, dando lectura íntegra de aquél y entregando copia al interno sancionado en la que se contendrán los siguientes extremos. Indicación de que contra el mismo puede interponerse recurso ante el Juez de Vigilancia, verbalmente en el mismo acto de la notificación o por escrito dentro de los cinco días hábiles siguientes a la misma, reproduciendo, en su caso, el recurrente la proposición de aquellas pruebas cuya práctica le hubiese sido denegada¹¹⁵⁶.

¹¹⁵⁴ STC 2/1987, de 21 de enero, Fj. 6, reiterada por la STC 190/1987, de 1 de diciembre.

¹¹⁵⁵ DUQUE VILLANUEVA, J.C., “Derechos fundamentales de los reclusos en el procedimiento disciplinario penitenciario”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, vol. IV, Aranzadi, Pamplona, 1998, citando las SSTC 195/1995, Fj. 3; 128/1996, de 9 de julio, Fj. 8; 169/1996, Fj. 8 y 83/1997, Fj. 4.

¹¹⁵⁶ Art. 248 b) del RP.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional reitera que “la idea del Estado social de Derecho (art. 1.1 de la CE) y el mandato genérico del artículo 9.2 exigen seguramente una organización del derecho a ser asistido de letrado que no haga descansar la garantía material de su ejercicio por los desposeídos en un *munus honorificum* de los profesionales de la abogacía”¹¹⁵⁷, se trata de la ya citada igualdad material o sustancial que hace que se dé una prestación específica exigida por parte de los ciudadanos cuando se hallen en una situación de necesidad de tal defensa. En opinión de Prieto Sanchís¹¹⁵⁸, tanto la asistencia de letrado como la tutela judicial efectiva y la defensa, en verdad no generan un derecho universal al asesoramiento gratuito de abogado, pero sí pueden fundamentar una pretensión de esa naturaleza cuando el sujeto, además de hallarse en situación de necesidad económica, resulta acreedor a la tutela que ofrece al artículo 24. Esto es, el artículo 24 protege unos derechos que se postulan como universales, de manera que, ante carencias de hecho, puede poner en marcha acciones de igualdad material.

Frente a la defensa a través de un abogado se encuentra la posibilidad del derecho a defenderse personalmente. En este sentido, el Tribunal Constitucional reconoce que el derecho a participar en la vista oral y a defenderse por sí mismo forma parte del núcleo del derecho de defensa que ha de considerarse esencial desde la perspectiva del artículo 24 de la CE y, por lo tanto, que constituye el punto de partida en la fijación del “contenido absoluto” de los derechos fundamentales que, necesariamente, ha de proyectarse *ad extra*. En el proceso penal, el derecho del acusado a estar presente en la vista oral no es únicamente una exigencia del principio de contradicción, sino el instrumento que hace posible el ejercicio del derecho de autodefensa para contestar a las imputaciones de hechos que, referidas a su propia conducta, conforman la pretensión acusatoria. Sólo mediante la presencia física en el acto del juicio puede prestarse o negarse la conformidad a la acusación, puede convertirse la declaración del acusado en un acto de defensa, puede interrogarse a los testigos y ser examinado por éstos, puede coordinarse la defensa que se ejerce a través de la asistencia técnica del letrado, y, en

¹¹⁵⁷ STC 42/1982, de 5 de julio.

¹¹⁵⁸ PRIETO SANCHÍS, L., “Igualdad y minorías”, en PRIETO SANCHÍS, L., (coord.), *Tolerancia y minorías. Problemas jurídicos y políticos de las minorías en Europa*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 1996, p. 57.

fin, puede ejercerse el derecho a la última palabra que, en nuestro ordenamiento, hemos reconocido como una manifestación del derecho de autodefensa¹¹⁵⁹.

¹¹⁵⁹ El derecho del acusado a estar presente en el acto del juicio oral puede inferirse inmediatamente de los arts. 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, según los cuales «Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial [...] para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal» y «a que se presuma su inocencia mientras no se prueba su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa» y del art. 14. 1 y 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en la medida en que reconoce a toda persona el derecho a «ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal... en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella», y se establece como garantía mínima de toda persona acusada de un delito el derecho «a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección [...]», sin que sea necesario volver a destacar la importancia que, a tenor del art. 10.2 CE, revisten tales textos a la hora de determinar el contenido absoluto del derecho a un proceso justo (art. 24 CE). Especialmente significativo resulta al respecto el art. 6.3 c) CEDH, en el que se reconoce el derecho «a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor». SSTC 91/2000, de 30 de marzo, Fj. 13; 37/1988, de 3 de marzo; 181/1994, de 20 de junio; 29/1995, de 6 de febrero y 162/1999, de 27 de septiembre.

CAPÍTULO VIII

LOS DERECHOS SOCIALES DE LOS PRESOS

1. EL DEBATE DOCTRINAL SOBRE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL CONSTITUCIONALISMO MODERNO

Los derechos sociales, consistentes en un conjunto de derechos y prestaciones para las personas frente a la sociedad y el Estado, poseen un carácter de prestación lo que ha supuesto una calificación muy criticada en la doctrina¹¹⁶⁰.

¹¹⁶⁰ Al respecto, ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2001, pp. 482 y ss.; del mismo, “La institucionalización de los derechos humanos en el estado Constitucional Democrático”, *Derechos y Libertades*, nº. 8, 2000, pp.

Comenzando por una referencia histórica hemos de advertir que los derechos sociales han tenido su proceso, partimos pues, con Platón¹¹⁶¹, proponiendo la *eudemonía*, como fin de la ética privada, como felicidad, consistente en obrar bien, en la comunidad y sobre la base de la amistad, los hombres están unidos en la justicia y el orden y por eso el universo se llama Cosmos. Por su parte, Aristóteles distinguía entre *eros* y *philia*¹¹⁶². Tomás de Aquino se refirió a la *pietas*, virtud social¹¹⁶³. De otro lado, en Luis Vives se representa un modelo de humanismo, que fundamenta el principio de fraternidad queriéndose los hombres entre sí y viviendo en unanimidad y comunión de vida¹¹⁶⁴. Es la Constitución de Weimar en 1919 la que reconoce por primera vez derechos fundamentales sociales, pasando, en consecuencia un Estado de derecho liberal-burgués a un Estado de derecho social.

Ahora bien, al analizar la positivación, se dice que los derechos sociales surgieron en lo que se conoce como *el proceso de generalización*¹¹⁶⁵. Afinando un poco

12 y ss.; y “Derechos sociales fundamentales”, en CARBONELL, M., CRUZ PARCERO, J.A. y VÁZQUEZ, R., *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Porrúa, México, 2001, pp. 69 y ss.; por su parte, CRUZ PARCERO, J.A., “Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales”, *Revista Discusiones*, 2004, pp. 71 y ss., manifiesta que la dimensión prestacional es insuficiente para caracterizar a los derechos sociales ya que éstos comprenden un haz de posiciones o relaciones jurídicas que pueden ser captadas adecuadamente desde una teoría del derecho subjetivo, en sentido amplio. De otro lado, “las diferencias entre derecho-autonomía, derecho-participación y derecho-prestación se difuminan y aparece más bien la realidad de un catálogo concreto de derechos fundamentales marcados por su marchamo constitucional, que los ha destacado formalmente como tales, a través de los cuales se intenta asegurar el papel central del ciudadano en el sistema político, con el triple y simultáneo objetivo de: respetar su esfera privativa de vida personal, incoercible por el poder público; erigirle en *dominus* de la cosa pública, sujeto y no objeto de la misma, mediante el reconocimiento de su determinante participación en la formación de la voluntad política del Estado y en las instituciones públicas y socialmente relevantes, de modo que no se bloquee en ningún momento la posibilidad misma de esa actuación determinante, y organizar un sistema de prestaciones positivas del Estado en su favor que hagan permanentemente posibles su existencia, su libre desarrollo y el mantenimiento de su papel central en el sistema”; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Cívitas, Madrid, 1998, pp. 60-61; FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., “El Estado social”, *Revista española de Derecho Constitucional*, n.º. 69, 2003, pp. 139-180. Esta posición aparece en la STC 46/2001, de 15 de febrero, Fj. 4.

¹¹⁶¹ PLATÓN, *Georgias* 507 C.

¹¹⁶² ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Libro VIII 1.1155^a; Libro IX-4 1166^a; del mismo, *Política* habla de la amistad, considerando a la *philia* la amistad basada en la benevolencia. SÉNECA, *Cartas morales a Lucilio*, carta XLVIII “De la amistad”.

¹¹⁶³ AQUINO, T., *Suma Teológica*, cuestión 101 de *Secunda-Secundae*, “Tratado de las virtudes sociales”.

¹¹⁶⁴ VIVES, L., *De concordia et discordia in humano genere*, Aguilar, Madrid, 1948, p. 242, citado por PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Derechos sociales y positivismo jurídico, (escritos de Filosofía jurídica y política)*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1999, p. 20.

¹¹⁶⁵ Sobre este proceso, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos fundamentales*, Boletín Oficial del Estado, 1995, pp. 168 y ss.; RUBIO LARA, M.J., *La formación del Estado social*,

más la cuestión, los derechos sociales surgen con el llamado *Estado de bienestar*, es decir, los poderes públicos asumen, como deberes jurídicos, proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones y servicios públicos adecuados para satisfacer sus necesidades vitales¹¹⁶⁶. Teniendo su origen, más inmediato, en el siglo XVIII, cuando la burguesía reclama una serie de derechos que les son de suma importancia frente a la arbitrariedad de lo político, de modo que se crearon una serie de derechos atendiendo al principio de distribución y al principio de organización, es decir, atendiendo a que la libertad del hombre es antes que la libertad del Estado, y conforme al cual el poder del Estado es desmembrado en diversos órganos, los cuales se explican y se justifican por la necesidad de crear estructuras institucionales que aseguran el goce de esos derechos “naturales”¹¹⁶⁷.

El punto de partida es la consideración de nuestro Estado como social¹¹⁶⁸, se inspira en principios de justicia social y de solidaridad, es decir, “en la aceptación por parte de los ciudadanos, depende de la concreta satisfacción de las necesidades básicas”¹¹⁶⁹, poniéndose de manifiesto, que el Estado social no produce una estructura institucional garantista de los derechos sociales, como el Estado liberal la construyó para los derechos individuales¹¹⁷⁰.

Se ha de advertir, en consecuencia, que los criterios que se suelen utilizar para definir los derechos sociales son variados y heterogéneos¹¹⁷¹. Para entenderlos, hay que partir del artículo 9.2 de la CE, al habilitar a los poderes públicos para la transformación de la organización económica y social, según los valores y los principios consagrados en

Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991.

¹¹⁶⁶ VICENTE GIMÉNEZ, T., *La exigibilidad de los derechos sociales*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2006, p. 26.

¹¹⁶⁷ ATRIA, F., *¿Existen los derechos sociales?*, disponible en www.cervantesvirtual.com, p. 16; MARSHALL, T.H., *Citizenship and Social Class*, 8-7, cit.; ROUSSEAU, *Contrato Social*, Cap. I, p. 8, donde se observa que los seres humanos desarrollan una capacidad para el sentido de la justicia.

¹¹⁶⁸ Para entender una evolución histórica hacia el Estado social, VON STEIN, L., *Movimientos sociales y monarquía*, trad. de E. Tierno Galván, Instituto de Estudios políticos, Madrid, 1957; ABENDROTH, W., FORSTHOFF, E. y DOEHRING, K., *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986; PÉREZ LUÑO, E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1990; RUBIO LARA, M.J., *La formación del Estado Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991, KRIELE, M., *Liberación e Ilustración*, Defensa de los Derechos Humanos, Barcelona, 1982; GARCÍA PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 2005, entre otros.

¹¹⁶⁹ MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 46.

¹¹⁷⁰ FERRAJOLI, L., “Stato sociale di Diritto”, *Política del Diritto*, t. XII, 1982, pp. 42 y ss.

¹¹⁷¹ En este sentido, CRUZ PARCERO, J.A., “Los derechos sociales como técnica de protección jurídica”, en CARBONELL, M., CRUZ PARCERO, J.A. y VÁZQUEZ, R., *Derechos sociales y derechos de las minorías*, cit., p. 92.

el artículo 1.1 de la CE, supone refrendar en el orden práctico la voluntad declarada de constituirse como un Estado social y democrático de Derecho¹¹⁷². Normalmente, se suelen considerar como imperfectos, incompletos o de difícil realización. Desde este punto de vista, Campillo Sainz¹¹⁷³ asevera que los derechos sociales son el conjunto de exigencias que el hombre puede hacer valer frente al Estado y/o entes públicos para que éste le proporcione los medios necesarios para conducir una existencia digna de su calidad de hombre. Este autor considera a los derechos sociales como derechos fundamentales porque derivan de una concepción según la cual la sociedad debe poner sus recursos y su actividad al servicio de las personas y éstas tienen derecho a exigir que la colectividad les asista en caso de necesidad, les proporcione un nivel de vida adecuado y ponga a su disposición los medios necesarios para alcanzar sus fines. Ello trae la consecuencia de que se constituyen, en nuestro ordenamiento, como auténticos derechos fundamentales¹¹⁷⁴. En el mismo sentido se pronuncia García Macho¹¹⁷⁵, habla de derechos fundamentales sociales estimando que hay que incluirlos estructuralmente en el status positivo, por lo que están en disposición de exigir garantías y prestaciones del Estado en interés del individuo, es decir, exigen un hacer activo del Estado, una labor de planificación, dirección y previsión, que cristaliza en prestaciones materiales del Estado, reconocidas en los derechos económicos sociales, frente a estos, hay derechos fundamentales con contenido social, pero que atendiendo a su estructura

¹¹⁷² GONZÁLEZ MORENO, B., *El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Cívitas, Madrid, 2002, p. 69, afirma que hay problema en determinar la eficacia jurídica de las normas constitucionales de contenido social. Otros, aseveran que la construcción dogmática de estos derechos en la moderna doctrina no ha alcanzado el necesario grado de consolidación, es el caso de BISCARETTI DI RUFFIA, P., “Diritti social”, *Novissimo Digesto Italiano*, vol. V, Turin, 1960, p. 765; para una exposición de las diferentes corrientes, DE CASTRO, B., *Los derechos económicos, sociales culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, Universidad de León, León, 1993; BOSSUYT, M., “La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels”, *Revue des Droits de l’Homme*, t. VIII-4, 1975; RUÍZ MIGUEL, A., “Derechos liberales y derechos sociales”, *Doxa*, nº. 15-16, 1994; para las teorías de los derechos sociales como derechos prestacionales, COSSIO DÍAZ, J.R., *Estado Social y derechos de prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

¹¹⁷³ CAMPILLO SAINZ, J., *Derechos Fundamentales de la persona humana. Derechos sociales*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1995, pp. 47 y 66; QUINTERO OLIVARES, G., “Delitos contra intereses generales o derechos sociales”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº. 6, 1983; RUBIO LARA, M.J., *La formación del Estado social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991; VILAS NOGUEIRA, J.C., “Igualdad jurídica y desigualdad económica en el Estado capitalista: los derechos sociales”, *Revista de Estudios Políticos*, nº. 14, 1980, pp. 111-123; PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “Reflexión sobre los derechos económicos, sociales y culturales”, *Derechos económicos, sociales y culturales. Para una integración histórica y doctrinal de los Derechos Humanos*, Universidad de Murcia, Murcia, 1981, pp. 51-68.

¹¹⁷⁴ VICENTE GIMÉNEZ, T., *La exigibilidad de los derechos sociales*, cit., p. 26.

¹¹⁷⁵ GARCÍA MACHO, R., *El derecho a una vivienda y su configuración en el contexto de los derechos fundamentales, sociales y del Estado de Derecho*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, pp. 24-25.

formal son derechos de defensa frente al Estado, es lo que Jellinek habla de derechos que pertenecen al status negativo, como son el derecho de asociación y el derecho de huelga.

Consecuencia de ello es que permite una “ciudadanía social”, es decir, todos los nacionales de un Estado social de Derecho son titulares de derechos sociales¹¹⁷⁶, en sentido similar, Ferrajoli asevera que los derechos sociales equivalen a otros tanto derechos a niveles mínimos de igualdad social, a su vez previos para la convivencia civil, en tanto forman el presupuesto material del ejercicio de todos los demás derechos¹¹⁷⁷, mantiene que son derechos positivos, son expectativas de prestaciones¹¹⁷⁸. Hay quien habla de que son “derechos fundamentales a prestaciones”, como es el caso de Lücke o de Alexy¹¹⁷⁹.

La discusión sobre los derechos sociales han llevado a la concreción de tesis doctrinales tanto en una visión iusnaturalista como positivista, así Pérez Luño admite la existencia de derechos sociales dentro de la idea del derecho natural, ya que vendrían a concretar una pretensión de igualdad y de satisfacción de necesidades que sería universal aunque luego, en función de cada momento y de cada contexto, habría que concretarla de diferente manera¹¹⁸⁰. Afirma, este autor, que “los derechos sociales, en cuanto especificaciones de la igualdad y la solidaridad, poseen un fundamento tan sólidamente vinculado a los valores iusnaturalistas como pueden tenerlo los derechos derivados de la libertad”¹¹⁸¹. Los teóricos de los derechos sociales manifiestan que los derechos considerados como sociales se basan en el principio de igualdad, se debe subrayar que para Pérez Luño¹¹⁸² si la idea de igualdad posee una repercusión social, económica, jurídica y política de amplio alcance, su significado primario rebasa los

¹¹⁷⁶ VICENTE GIMÉNEZ, T., *La exigibilidad de los derechos sociales*, cit., p. 21.

¹¹⁷⁷ FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, p. 338.

¹¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 294.

¹¹⁷⁹ LÜCKE, J., “Soziale Grundrechte als Staatszielbestimmungen und Gesetzgebungsaufträge”, *AöR*, n.º. 107, 1982, p. 31; ALEXY, R., “Derechos sociales fundamentales”, cit., p. 69.

¹¹⁸⁰ PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., pp. 82 y ss.; PÉREZ REY, J.L., “La naturaleza de los Derechos sociales”, *Derechos y Libertades*, n.º. 16, 2007, pp. 137-156.

¹¹⁸¹ PÉREZ LUÑO, A.E., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 207.

¹¹⁸² PÉREZ LUÑO, A.E., “Dimensiones de la igualdad”, cit., p. 15; GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

límites de estos sectores para presentarse como un valor ético fundamental. Por su parte, Ferrajoli¹¹⁸³ asevera que el valor primario de la persona y el principio de tolerancia son los elementos constitutivos del principio de igualdad jurídica. En sentido amplio, el iusnaturalismo contractualista manifiesta que la igualdad fue afirmada como un “hecho” natural y, precisamente, por ello se entiende como valor¹¹⁸⁴.

En otro sentido, se encuentra la tesis de que “sociales son todos los derechos”, en suma, también los civiles y políticos en cuanto que tratan de ordenar nuestra vida en sociedad, Carrillo indica que “el carácter social es predicable de todos los derechos, incluso de aquellos que forman parte del ámbito de la vida privada de las personas”¹¹⁸⁵. En sentido contrapuesto, se señala que los derechos despliegan un *continuum* de deberes y, para el caso de que resulten caracterizados fundamentalmente a través de obligaciones positivas del Estado, quedarán abarcados en el catálogo de derechos económicos, sociales y culturales¹¹⁸⁶. De otro lado, a los derechos sociales les corresponden obligaciones, resultan predeterminables los contenidos pero no los límites, siendo variables las necesidades y las expectativas que expresan, como también lo es el grado en que pueden ser satisfechas, según los momentos, los lugares, las circunstancias y, sobre todo, el grado de desarrollo económico y civil. En sentido similar, en cuanto a conexión, García Macho¹¹⁸⁷ asevera que los derechos sociales tienen como objetivo crear una vinculación entre lo social y el Estado, para que la separación entre éste y la

¹¹⁸³ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit. p. 906.

¹¹⁸⁴ Así se deriva de HOBBS, T., *Del Ciudadano*, cit., I, 3, p. 67, o en *Leviatán*, cit., 13, p. 105.

¹¹⁸⁵ CARRILLO, M., “La eficacia de los derechos sociales: entre la Constitución y la Ley”, *Jueces para la democracia*, nº. 36, 1999, p. 69.

¹¹⁸⁶ ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 27. Manifiestan que el sentido de los derechos sociales es el de equiparar las oportunidades de las personas o grupos sociales que se encuentran en peor posición, o, dicho de otro modo, garantizar condiciones de vida dignas, especialmente en aquellos grupos sociales en situación de debilidad o vulnerabilidad. De los mismos, *Los derechos sociales en el debate democrático*, Bomarzo, Madrid, 2006, pp. 63 y ss. Frente al de las obligaciones positivas se encuentra el de las negativas representadas por los derechos civiles y políticos, y en el espacio intermedio, se ubica un espectro de derechos en los que la combinación de obligaciones positivas y negativas se presenta en proporciones diversas. En estos casos, identificar un derecho como perteneciente al grupo de derechos civiles y políticos o al grupo de derechos económicos, sociales y culturales es simplemente el resultado de una decisión convencional más o menos arbitraria. Para una distinción de conceptos entre civiles, políticos, económicos, sociales y culturales ver VON HAYEK, F., “Derecho, legislación y libertad”, *El espejismo de la injusticia social*, Madrid, 1979, vol. 2, cap. 9; BOSSUYT, M., “La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels”, *Revue des droits de l’Homme*, nº. 4, 1975; GARRETON MERIN, R., “La sociedad civil como agente de promoción de los derechos económicos, sociales y culturales”, *IIDH, Estudios básicos de Derechos Humanos V*, San José de Costa Rica, 1996, entre otros.

¹¹⁸⁷ GARCÍA MACHO, R., *Las aporías de los Derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982, pp. 133-134.

sociedad disminuya y se produzca la obligación del Estado a una intervención social. Considera, este autor, que los derechos sociales tienen que garantizar unas condiciones económicas y culturales que aseguren el ejercicio de la libertad individual. Ferrajoli¹¹⁸⁸ afirma que tanto los derechos sociales como los derechos de libertad forman una categoría abierta en cuanto al número y, asimismo, variable no sólo según las culturas sino también según las amenazas a las condiciones de vida. Afirma, este autor, que los derechos sociales al trabajo, a la salud o a la educación no gozan de las mismas condiciones, pues ordenan al Estado una acción, aunque normalmente sin precisar su contenido. Ubica los derechos sociales entre los derechos fundamentales, como los derechos de libertad y asigna a ambas categorías características comunes a todos los derechos fundamentales, entre ellas la universalidad, sin embargo, el mismo Ferrajoli confirma que los derechos sociales consisten en una prestación del Estado.

Un sector doctrinal -Ruíz Miguel o Prieto Sanchís- estima que los derechos sociales no son derechos de libertad¹¹⁸⁹, (éste último entiende que “los derechos sociales se configuran como derechos de igualdad entendida en el sentido de igualdad material o sustancial, esto es, como derechos [...] a gozar de un régimen jurídico diferenciado o desigual en atención precisamente a una desigualdad de hecho que trata de ser limitada o superada”), pero sí derechos fundamentales, bajo esta perspectiva si los derechos fundamentales se abordan bajo la defensa de la dignidad humana como núcleo y fundamento de los derechos humanos, hace que, sobre dicho fundamento, se ha de desarrollar los derechos sociales¹¹⁹⁰, en este sentido, Peces-Barba subraya que “de ahí

¹¹⁸⁸ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A., Ruíz Miguel, J.C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco, y R. Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1997, p. 916.

¹¹⁸⁹ Ésta es la tesis que, si bien con otras palabras, sostiene RUÍZ MIGUEL, A., “Derechos liberales y derechos sociales”, *Doxa*, nº. 15-16, vol. II, 1994, pp. 651-674; la misma tesis sostiene Prieto Sanchís al defender que todos los derechos merecen llamarse *prestacionales* ya que “todos ellos exigen en mayor o menor medida una organización estatal que permita su ejercicio o que los defienda frente a intromisiones ilegítimas, o también el diseño de formas de participación”, PRIETO SANCHÍS, L., “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº. 22, 1995, p. 15. Otras teorías para distinguir los derechos sociales de los derechos civiles y políticos se basan en la distinción entre reglas y principios, los derechos civiles como derechos individuales y los derechos sociales como derechos de grupos o colectivos, PÉREZ REY, J.L., “La naturaleza de los Derechos sociales”, cit., pp.148-150.

¹¹⁹⁰ En sentido similar, GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., “¿Son los derechos sociales derechos colectivos? La titularidad de los derechos sociales”, *Una discusión sobre Derechos colectivos*, Instituto de Derechos Humano “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2002, p. 198; JAUREGUI, G., “Derechos individuales versus derechos colectivos. Una realidad inescindible”, *Una discusión sobre derechos colectivos*, cit., pp. 56-57; PÉREZ LUÑO, A.E., “Diez tesis sobre la titularidad de los derechos humanos”, en VV.AA., *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 266; DE LUCAS, J., “Sobre algunas dificultades de la noción de derechos

que sea razonable sostener que el contenido material de la teoría de la justicia se identifica con la teoría de los derechos fundamentales, en la cultura jurídica moderna. O desde otro punto de vista, los derechos fundamentales son la idea central que integra, unifica, en el mundo moderno a los valores que se realizan a través y que constituyen lo que he llamado justicia material”¹¹⁹¹. En sentido similar se pronuncia Castro Cid al entender que los derechos sociales son un conjunto de exigencias que los individuos o los grupos plantean a la sociedad y al Estado para que estos les proporcionen los medios que hacen posible el disfrute de una existencia humana digna¹¹⁹². Para mayor abundamiento, Pisarello asevera que vincular el derecho de dignidad con ciertos derechos civiles personalísimos, al tiempo que se excluyen otros políticos y sociales indispensables para su ejercicio, resulta una operación escasamente fundada; afirma que una vez que el principio de dignidad se postula como fundamento de los derechos de la persona la interdependencia e indivisibilidad entre los civiles, políticos, sociales y culturales resulta obligada¹¹⁹³.

Desde otro punto de vista, no faltan teorías doctrinales que consideran que los derechos sociales, reconocidos en el ordenamiento jurídico, no son verdaderos derechos, sino principios programáticos meramente directivos y ordenadores de la acción política del Estado, lo que supone, como afirma Vicente Giménez¹¹⁹⁴, que sus titulares quedan desposeídos de la acción judicial para hacer valer su pretensión y sólo disponen de una deuda frente a la sociedad y el Estado, cuyo cumplimiento depende de una buena situación económica o de una buena estrategia política, de tal modo, que la

colectivos”, *Una discusión sobre derechos colectivos*, cit., pp. 160-162; PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1994, y “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº. 22, 1995, p. 17; CALVO, C., “El Estado de Bienestar en la Constitución española de 1978”, en THETONIO, V. y PRIETO, F., *Los derechos económicos-sociales y la crisis del Estado del bienestar*, Etea, Córdoba, 1996, pp. 123-136; MARTÍNEZ DE PISÓN, J., “Las generaciones de derechos humanos”, en BETEGÓN, J., LAPORTA, F.J., DE PÁRAMO, J.R. y PRIETO SANCHÍS, L., (coords.) *Constitución y derechos fundamentales*, Ministerio de la Presidencia, Madrid, 2004, pp. 409 y ss.

¹¹⁹¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Debate, Madrid, 1983, p. 329; del mismo, *Derecho positivo de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1987, p. 11, distingue los derechos sociales como derechos de tercera generación; VICENTE GIMÉNEZ, T., *La exigibilidad de los derechos sociales*, cit., p. 29.

¹¹⁹² CASTRO CID, B., “Estado Social y crisis de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Derechos y Libertades*, nº. 6, Madrid, 1998.

¹¹⁹³ Pone como ejemplo que el derecho a la vida o a la integridad física y moral no pueden en realidad escindirse, sin grave menoscabo de su contenido, del derecho a un nivel adecuado de salud; PISARELLO G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, p. 40.

¹¹⁹⁴ VICENTE GIMÉNEZ, T., *La exigibilidad de los derechos sociales*, cit., p. 96.

obligatoriedad del cumplimiento de los derechos sociales queda sometida a la voluntad política, es decir, a los mismos sujetos que están obligados a su realización. Otros indican -como Contreras Peláez o De Castro- que los derechos sociales son las obligaciones de hacer, y por ello, se le denomina “derechos-prestación”¹¹⁹⁵. Por su parte, Peces-Barba¹¹⁹⁶ también hace referencia a las necesidades argumentando que el objetivo de los derechos sociales va referido a la igualdad a través de la satisfacción de las necesidades básicas sin las cuales muchas personas no pueden alcanzar los niveles de humanidad necesarios para disfrutar de los derechos individuales, civiles y políticos, y participar plenamente en la vida política y disfrutar de sus beneficios.

En conclusión, los derechos sociales son exigibles, del mismo modo que los derechos civiles, así lo afirma Abramovich al señalar una serie de vías de exigibilidad, pudiendo ser directa por vía judicial, e indirecta aprovechando las posibilidades de justiciabilidad y mecanismos de tutela que brindan otros derechos¹¹⁹⁷, es la garantía social mediante la movilización constante de los individuos y grupos portadores de los intereses y valores¹¹⁹⁸.

A efectos de nuestro estudio se debe subrayar, que responden a los valores de igualdad y libertad¹¹⁹⁹, es decir, el punto de partida es establecer un conjunto de normas para que el Estado garantice la igualdad social y que todos los grupos se beneficien de los beneficios propios de una vida social, lo que se traduce en derechos y prestaciones¹²⁰⁰. No obstante, un sector doctrinal entiende que los derechos sociales son derechos de igualdad y no de dignidad¹²⁰¹.

¹¹⁹⁵ En este sentido, CONTRERAS PELÁEZ, F., *Derechos sociales: teoría e ideología*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 47; DE CASTRO CID, B., “Los derechos sociales: análisis sistemático”, en VV.AA., *Derechos económicos, sociales y culturales. Para una integración histórica y doctrinal de los derechos humanos*, Murcia, 1981.

¹¹⁹⁶ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Escritos sobre derechos fundamentales*, cit., p. 47.

¹¹⁹⁷ ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., pp. 132 y ss.

¹¹⁹⁸ VICENTE GIMÉNEZ, T., *La exigibilidad de los derechos sociales*, cit., p. 105.

¹¹⁹⁹ En este sentido, Pérez Rey manifiesta que prefiere la denominación derechos de igualdad a la de derechos sociales, PÉREZ REY, J.L., “La naturaleza de los Derechos sociales”, cit., p. 143.

¹²⁰⁰ En este sentido, PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, 1990.

¹²⁰¹ El principio de dignidad constituye un elemento central en las justificaciones modernas de los derechos fundamentales, en este sentido estaría conectado a la satisfacción de aquellas necesidades que permiten perseguir libremente fines y planes de vida propios y participar en la construcción de la vida social. Sobre la negación de la dignidad como motor de la lucha por los propios derechos puede verse en FREIRE, P., *Pedagogía de la indignación*, trad. de P. Manzano, Morata, Madrid, 2001, pp. 64 y ss., citado por PISARELLO G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, cit., p.

En cuanto a la tesis de que los derechos sociales son derechos de igualdad y no de libertad, se argumenta que pueden adoptar la forma de derechos universales, cuando el trato diferenciado discrimine de manera arbitraria, estigmatice y atente contra la dignidad de sus titulares, y la forma de derechos diferenciados, cuando el trato igual sobregeneralice o desconozca las diferencias legítimas¹²⁰². En contraposición se encuentra Laporta quien afirma que entre los derechos sociales hay libertades en el sentido más preciso y técnico del término, es decir, derechos que se configuran como la protección normativa de un ámbito de acción frente a las interferencias del Estado o de los particulares, son los denominados derechos-libertad¹²⁰³. Para Ferrajoli, los problemas que plantean los derechos sociales son, antes que problemas jurídicos, problemas económicos¹²⁰⁴, en este sentido, Bobbio¹²⁰⁵ asevera que “es un problema cuya solución depende de un determinado desarrollo de la sociedad y, como tal, desafía incluso a la constitución más avanzada y pone en crisis incluso al más perfecto mecanismo de garantía jurídica”.

39. Para una reflexión más detenida, FABRE, C., *Social Rights under the Constitution*, Clarendon Press, Oxford, 2000.

¹²⁰² PISARELLO G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, cit., p. 49; DOYAL, L. y GOUGH, I., *Teoría de las necesidades humanas*, trad. de J.A. Moyano y Colás, Icaria, Barcelona, 1994; CRAVEN, M., *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A Perspective on its Development*, Clarendon Press, Oxford, 1995; BERLIN, I., “Dos conceptos de libertad”, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, trad. de J. Bayón, Alianza, Madrid, 1998; AÑÓN, M.J. y GARCÍA AÑÓN, J., *Lecciones de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; GORDILLO, J.L., *La protección de los bienes comunes de la humanidad. Un desafío para la política y el derecho del siglo XXI*, Trotta, Madrid, 2006; ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, Fontamara, México, 2003. No obstante, existen otras tantas tesis de derechos sociales como derechos de igualdad y no de diversidad, como derechos prestacionales y costosos, como derechos indeterminados, como derechos específicos de dimensión colectiva, como derechos no fundamentales, etc., para todas ellas me remito a la obra de PISARELLO G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, y la extensa bibliografía a la que se refiere.

¹²⁰³ LAPORTA, F.J., “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema”, en BETEGÓN, J., LAPORTA, F.J., DE PARAMO, J.R. y PRIETO SANCHÍS, L., *Constitución y derechos fundamentales*, cit., p. 298, es seguidor de la teoría de que mientras que los derechos civiles y políticos se mueven en el ámbito del principio de libertad, los derechos sociales en el principio de igualdad y en concreto en el de la igualdad como criterio de justicia distributiva (p. 307), afirma que la posición más asentada en el panorama filosófico-jurídico español actual es considerar que la naturaleza instrumental del valor de la igualdad material se demuestra claramente cuando vemos que no se trata de un valor que se “persiga”, sino más bien de un valor que se “tropieza”, que no se puede eludir cuando se persiguen otros valores ulteriores, afirma que esto sucede claramente cuando el segundo de los postulados que se esgrimen para fundamentar los derechos sociales es las necesidades humanas (p. 308); JIMENA QUESADA, L., (coord.), *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; CASCAJO CASTRO, L., *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988; COSSÍO DÍAZ, J.R., *Estado social y derechos de prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

¹²⁰⁴ FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 169.

¹²⁰⁵ BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís Roig, Debate, Madrid, 1991, p.

A mi juicio, los derechos sociales son derechos fundamentales, por tanto, derechos de todas las personas y ciudadanos, afirmando, pues, que se trata de derechos concernientes a los presos, no estando limitados por su status de recluso, pero sí por el sentido de la pena privativa de libertad, como es el caso derecho a la vivienda que será objeto de análisis además de otros derechos sociales.

2. DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

No hace falta hacer un recorrido histórico para saber que en las prisiones la falta de salud ha estado patente, la mayoría de los presos morían por enfermedades contraídas en los calabozos, así por neumonía, peste, etc., en palabras de Howard, “una serie de epidemias sucesivas acababa periódicamente con la vida de centenares de presos”. Relata que, en su época, las denominadas fiebres carcelarias y la peste, causaban grandes estragos, no sólo entre los encarcelados, sino en las poblaciones cercanas a los recintos carcelarios¹²⁰⁶. Pero, sí recordar que la reivindicación de que el Estado debe ocuparse de la salud tiene su germen en el siglo XIX en Inglaterra, siendo Chadwick el promotor de la *Public Health Act* de 1848. En lo que se refiere a España, fue la Ley de 14 de diciembre de 1942, sobre el Seguro Obligatorio de Enfermedad cuando se establece como derecho. A partir de aquí y, centrándonos en el ámbito penitenciario, son numerosos los Decretos y las Ordenanzas¹²⁰⁷ que regulan la participación directa de los médicos con independencia de la corrección de los reclusos. Uno de los antecedentes lo encontramos cuando entró una cuerda de presos de Cádiz que no excedía de sesenta hombres, y antes de las veinticuatro horas, la

¹²⁰⁶ HOWARD, J., *Etat des prisons, des hospitaux et des maisons de force*, París, 1788, pp. 21 y ss., citado por GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de derecho penitenciario*, Edersa, Madrid, 1981, p. 395.

¹²⁰⁷ Un sector mayoritario de la doctrina entiende que la Ordenanza de Presidios de Arsenales de Marina de 1804 fue la pionera en asuntos médicos penitenciarios, así indica que al ingreso era necesario examinar para enviarlos o no a un hospital o dejarlos en el arsenal penitenciario. La Ordenanza de 1834, en su art. 167 se establece la obligación de que en cada Establecimiento penitenciario exista la presencia de un médico. La RO de 29 de septiembre de 1882, detalla una serie de disposiciones relativas a los médicos en los Establecimientos penitenciarios con funciones específicas y como figura necesaria, con la encomienda de realizar una memoria con las conclusiones sobre la salud de los penados, para determinar en definitiva los verdaderos efectos del encierro en la salud y los inconvenientes del sistema de reclusión. La RO de 20 de marzo de 1894, por el que se aprueba el Reglamento de la penitenciaría-hospital del Puerto de Santa María regula las funciones del médico; y así con los numerosos decretos y ordenanzas hasta su regulación en la actual Ley y Reglamentos penitenciarios.

mitad pasaba a la enfermería, falleciendo once a los pocos días, y es que de toda la cuerda pasaron al hospital o enfermería un cuarenta por ciento antes de la tercera semana de su llegada¹²⁰⁸. Con posterioridad, la concepción de la salud en los Centros penitenciarios cambió, sobre todo porque suponía un peligro y contagio para la sociedad. De suerte, que era mejor llevar a cabo medidas preventivas y establecer la protección de la salud como principio general en el sistema penitenciario.

Hay numerosas definiciones de la salud, pero es la definición dada en el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud la que indica que la *salud* es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de enfermedades y dolencias¹²⁰⁹ y, pese a que todos tenemos el derecho a dicha protección, hay un sector, los presos, que están en condiciones de vulnerabilidad social no recibiendo un trato igual al resto de la población¹²¹⁰. Lo que es obvio, es que cuando nos referimos al derecho a la protección de la salud estamos remitiéndonos a la protección del derecho a la vida, ya que lo que se pretende es alargarla con un mínimo de calidad¹²¹¹.

2.1 Contenido del precepto constitucional

La protección de la salud está regulada en el artículo 4 del RP con amparo en el artículo 43 de la CE, al recogerlo de un modo directo y concreto. Ahora bien, hay otros preceptos constitucionales que guardan relación con el derecho a la protección de la salud en sentido amplio, como es el caso del artículo 15 de la CE en cuanto al derecho a la vida o el artículo 40 en lo referente a la higiene en el trabajo. De otro lado, hay que dejar constancia de la Ley General de Sanidad al establecer en su artículo 1 que “la

¹²⁰⁸ SALILLAS, R., *Evolución penitenciaria en España*, t. III, Madrid, 1918, pp. 462 y ss.; del mismo, *La vida penal en España*, Madrid, 1888, pp. 127 y ss., en la que relata cómo a finales del siglo XIX hay epidemias de viruela, fiebres tifoideas, paludismo y disentería en los Establecimientos penitenciarios españoles, siendo la consecuencia el gran hacinamiento en las celdas, la falta de higiene y la deficiencia en los servicios médicos; ARANGUREN “Aspectos generales del sanitarismo penitenciario”, *Policía Científica*, nº. 23, 1969, pp. 24 y ss., también lo afirma.

¹²⁰⁹ Ver VAQUERO PUERTA, J.L., *Salud Pública*, Pirámide, Madrid, 1986, pp. 23 y ss.; MARTÍNEZ y HERNÁNDEZ, E. y otros, *Tratado del Derecho a la Protección de la Salud*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2004, p. 211.

¹²¹⁰ BOBBIO, N., *Igualdad y libertad*, Paidós, Barcelona, 1993, p. 64.

¹²¹¹ DE LORA, P., “El derecho a la protección de la salud”, en BETEGÓN, J., LAPORTA, F.J., DE PÁRAMO, J.R. y PRIETO SANCHÍS, L., (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 876-878 y 887.

presente Ley tiene por objeto la regulación general de todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 y concordantes de la Constitución. Son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional, [...], para el ejercicio de los derechos que esta Ley establece están legitimadas, tanto por la vía administrativa como jurisdiccional [...]”. El artículo 3 del mismo texto legal establece a quién se extiende la sanidad, manifestando que se extenderá a toda la población española, bajo condiciones de igualdad efectiva. Así como, por último, se debe tener en cuenta el Capítulo III del Código Penal referido a los delitos contra la salud pública¹²¹².

En el ámbito penitenciario, concretamente en el Preámbulo, se indica que con la aparición de nuevas patologías que tienen especial incidencia entre la población reclusa (drogadicción, SIDA, etc.) y la universalización de la prestación sanitaria, se exige una completa remodelación de la normativa reglamentaria de una de las prestaciones básicas de la Administración penitenciaria como es la prestación sanitaria, admitiendo que la Administración penitenciaria no puede hacer frente por sí sola a las múltiples prestaciones que una concepción integral de la salud implica, siendo preciso articular cauces de colaboración basados en un principio de corresponsabilidad, conforme al cual pueda hacerse efectivo el principio de universalización de la asistencia, para garantizar niveles óptimos de utilización de los recursos y el derecho efectivo a la protección de la salud de los presos, ajustado a una asistencia integrada, a la promoción y prevención, equidad y superación de las desigualdades.

De otro lado, podemos advertir otros textos a tener en cuenta como la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud¹²¹³, La Recomendación número R (98) 7 1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a

¹²¹² Se encuentra tipificado en los arts. 359 a 378 del CP actual.

¹²¹³ En la Exposición de Motivos explica que los cuidados médicos a la población se prestarán desde el principio de equidad como desarrollo del principio constitucional de igualdad, y desde un principio de calidad que conjugue la incorporación de innovaciones con la seguridad y efectividad hacia la anticipación de los problemas de salud o hacia soluciones eficaces. Equidad y calidad sólo se pueden conseguir si los cuidados médicos en las prisiones dependen del mismo sistema del que dependen los del resto de la población: el Sistema Nacional de Salud. Para conseguirlo la Ley establece en su Disposición Adicional 6ª que: “Los servicios sanitarios dependientes de Instituciones Penitenciarias serán transferidos a las comunidades autónomas [...]”.

los Estados Miembros en lo que concierne a los aspectos éticos y organizativos de los cuidados de salud en el medio penitenciario¹²¹⁴, y La Recomendación 2 de 2006 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre las RPE¹²¹⁵. Es la Resolución 58/173, de 10 de marzo de 2004, la que por primera vez se ocupó del derecho a la salud en sentido estricto, siendo más reciente la Resolución 60/35, de 8 de febrero de 2006, considerando y reconociendo que la salud es fundamental para la consecución de los objetivos del desarrollo del milenio¹²¹⁶. También se encuentra recogido en la Regla 19 de las RPE en cuanto a la higiene¹²¹⁷, y la Regla 22, en cuanto a la alimentación. De otro lado, las Reglas 39 a 47 de las RPE regulan y garantizan el derecho a la salud de los reclusos¹²¹⁸. Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los reclusos en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977 disponen en la Regla 22 la normativa en cuanto a la salud¹²¹⁹. Y la I 2/2007, de 30 de enero, que

¹²¹⁴ Adoptado por el Comité de Ministros de 8 de abril de 1998 en la 627ª reunión, en “Equivalencia de los cuidados”, puntos 10 y 12 se especifica que la política de salud en el medio penitenciario debería integrarse en la política nacional, y ser compatible con ella y debería fortalecerse el control de higiene, calidad de los cuidados y de organización de los servicios de salud.

¹²¹⁵ Adoptadas por la Comisión de Ministros de 11 de enero de 2006 en la 952ª reunión punto 40. Se reconoce, por tanto, el carácter supletorio en materia de sanidad penitenciaria, la Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 de abril, y de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. En este ámbito también es de aplicación el RD 1971/1999 de 23 de diciembre de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, junto con la Ley 13/1982 de 7 de abril de Integración Social de los Minusválidos, ya que se considera a ciertos enfermos como minusválidos de la sociedad. El RD 1169/2003 de 12 de septiembre modifica el Anexo I del RD 1971/1999 de 23 de diciembre declarando el grado de minusvalía en caso de infección por VIH.

¹²¹⁶ Disponible en objetivosdelmilenio.isf.es/objetivosmilenio.pph., destaca la Resolución 2002/31, de 20 de abril, por la que atribuyó competencias para promover el derecho de toda persona al disfrute al más alto nivel posible de salud física y mental.

¹²¹⁷ Todos los locales de una prisión deben encontrarse debidamente limpios. Los detenidos deben de disfrutar de un acceso fácil a las instalaciones sanitarias higiénicas. Las instalaciones de baño y ducha deben ser las suficientes para que cada detenido pueda utilizarlas, a una temperatura adaptada al clima, diariamente, pero, al menos, dos veces por semana (o más frecuente si fuese necesario). Las autoridades penitenciarias deben de suministrarle los medios para lograr dichas condiciones higiénicas, especialmente los artículos de aseo, así como la ropa de la celda y los productos de limpieza.

¹²¹⁸ RD 633/1978, de 2 de marzo, regula la asistencia clínica extrapenitenciaria en establecimientos de cumplimiento, completado con la Circular 29 de mayo de 1978 con ocasión del aumento de salidas provocadas por las autolesiones de los reclusos.

¹²¹⁹ Resumidamente viene a indicar que todo establecimiento penitenciario dispondrá de los servicios de un médico calificado que deberá poseer algunos conocimientos psiquiátricos para el diagnóstico y el tratamiento. Se establece el traslado de los enfermos cuyo estado requiera cuidados especiales, todo recluso debe poder utilizar los servicios de un dentista calificado. Tener, así mismo, en cuenta las Reglas 23 a 26, que se refieren al caso de las cárceles para mujeres en las que deben existir instalaciones especiales para el tratamiento de las reclusas embarazadas, de las que acaban de dar a luz y de las convalecientes. Se debe visitar diariamente a todos los reclusos enfermos, a todos los que se quejen de estar enfermos y a todos aquellos sobre los cuales se llame su atención, así como se observará la cantidad, calidad, preparación y distribución de los alimentos; la higiene y el aseo de los establecimientos y de los reclusos; las condiciones sanitarias, la calefacción, el alumbrado y la ventilación del establecimiento; la calidad y el aseo de las ropas y de la cama de los reclusos; la observancia de las reglas

implanta en los Centros penitenciarios un sistema de videoconferencias para facilitar el establecimiento de consultas médicas entre Centros penitenciarios o entre el Centro penitenciario y el hospital de la red sanitaria pública, o centro privado, más cercano para evitar los desplazamientos.

Pero también es objeto de atención en el ámbito universal. Así en el artículo 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se manifiesta que “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. En este sentido se ha indicado, por parte del Comité, que el derecho a la salud no debe entenderse como el derecho a estar sano. En definitiva, que toda persona tiene derecho a un sistema de protección de la salud y la libertad a controlar su salud y su cuerpo, o el artículo 25.1 de La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, [...]”. Pero, no es el único texto internacional que hace referencia a la salud, así: el artículo 11 de La Declaración Americana de Derechos Humanos y Deberes del hombre: “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”; el artículo 11 de La Carta Social Europea: “para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las Partes Contratantes se comprometen a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para entre otros fines: 1º. Eliminar en lo posible, las causas de una salud deficiente. 2º. Establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimular el sentido de la responsabilidad individual en lo concerniente a la misma. Y 3º. Prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras”; el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales: “los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia [...]”.

relativas a la educación física y deportiva cuando ésta sea organizada por un personal no especializado.

Además, el artículo 15.1, 2 y 3 de La Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales, aprobada por el Parlamento Europeo por Resolución de 16 de mayo de 1989: “1º. Toda persona tiene derecho a beneficiarse de todas las medidas que les permitan gozar del mejor estado de salud posible. 2º. Los trabajadores, los independientes y sus derechohabientes tienen derecho a la seguridad social o aún sistema equivalente. Y, 3º. Toda persona que no disponga de recursos suficientes tiene derecho a la ayuda social y médica”; el artículo 19.1 de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, de 9 de diciembre de 1989: “todos los trabajadores deben beneficiarse, en su medio de trabajo, de condiciones satisfactorias de protección de su salud y su seguridad. Deben adoptarse las medidas apropiadas para proseguir la armonización en el progreso de las condiciones existentes en este ámbito”; el Considerando 4 del Convenio sobre Política Social adoptado el 22 de junio de 1962 por la Conferencia General de la OIT en su XLVI reunión, celebrada en Ginebra. Entró en vigor el 23 de abril de 1964: “[...] fomentar el mejoramiento de la salud pública [...]”; el artículo 16 de La Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, de 1981, reconoce el derecho a la salud física y mental. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, comentarios 9,11 y 33, éste último indica: “al igual que todos los derechos humanos, el derecho a la salud impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: la obligación de respetar, proteger y cumplir. A su vez, la obligación de cumplir comprende la obligación de facilitar, proporcionar y promover. La obligación de respetar exige que los Estados se abstengan de injerirse directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la salud. La obligación de proteger requiere que los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran en la aplicación de las garantías previstas en el artículo 12 (del Pacto). Por último, la obligación de cumplir requiere que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud”, por otro lado el Comité señala unos elementos esenciales para los Estado Parte: disponibilidad en cuanto al número suficiente de establecimientos; accesibilidad para todas las personas, sin discriminación; aceptabilidad en lo referente a ética médica; y calidad desde el punto de vista científico y médico, Ginebra, 25 de abril a 12 de mayo de 2000.

Como punto de partida, los artículos 43.1 y 2, 51.1 y 3, 139.2 y 149.1 de la CE plasman la exigencia constitucional de que exista un sistema normativo de sanidad nacional. De otro lado, el artículo 25.2 de la CE detalla que el condenado a pena de prisión gozará de los derechos fundamentales, como tantas veces hemos reiterado, lo que no deja que se ponga en cuestión el goce del derecho en cuestión. Teniendo en cuenta la normativa, *el derecho a la protección de la salud* puede ser definido como aquel derecho en virtud del cual una persona puede exigir del Estado que se establezcan y lleven a cabo, en condiciones adecuadas, las premisas necesarias para un bienestar físico, social y mental y que se garantice el mantenimiento de las mismas¹²²⁰. De modo que está estrechamente unido al derecho a la vida, es decir, que el derecho a la protección de la salud no significa solamente el derecho a no tener enfermedades, a curarlas y prevenirlas, sino también el derecho a una calidad de vida¹²²¹.

2.2 Protección a la salud en el ámbito penitenciario

a) Cuestiones previas

Un sector doctrinal indica una relación entre salud y libertad, en este sentido, Marx subraya que “la salud contribuye a la libertad, pero la libertad necesita de la salud, para cultivarse con mayor libertad, un pueblo necesita estar exento de la esclavitud de sus propias necesidades corporales”¹²²², defiende que la salud es una necesidad vital humana¹²²³; afirmando, por tanto, que, si se trata de una necesidad, se ha de disponer de recursos para la plena protección del mismo. Para otros, como Laín Entralgo o De Currea-Lugo¹²²⁴, la relación entre la salud y la libertad se materializa en unas condiciones dignas que hagan posible el ejercicio de la libertad, así para Galeno hay

¹²²⁰ RETUERTO BUADES, M., *La Constitución española tras su 25 aniversario. El derecho a la protección de la salud y su reconocimiento constitucional*, Consejería de Sanidad y Consumo, Madrid, 2005, pp. 8 y ss., detalla que los conceptos de *sanidad* y *salud* son conceptos distintos.

¹²²¹ Se trata de los arts. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el art. 1 de la Declaración Americana de Derechos Humanos; el art. 6 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el art. 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; la LO 37/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de Salud Pública; la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento o la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica reguladora de la Autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

¹²²² MARX, K., *Manuscritos. Economía y filosofía*, trad. de F. Rubio Llorente, Alianza, Madrid, 1974, p. 61.

¹²²³ Ver DOYAL, L., *Teoría de las necesidades humanas*, Icaria, Barcelona, 1994.

¹²²⁴ LAÍN ENTRALGO, P., *Historia de la medicina*, Masson, Barcelona, 1978, p. 123; DE CURREA-LUGO, V., “La salud como derecho humano”, *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, nº. 32, 2005, pp. 24-25.

cuatro formas de vida humana: a) la vida del hombre libre y sano, b) la que con la salud escasa es libre, c) la del sano atado por las obligaciones de la vida, y d) la del siervo enfermizo, esquema dentro del cual está el ser humano que persigue el mundo civilizado y que soñó es de la persona libre y sana. Y otros estiman que esa relación consiste en tener la libertad de elegir médico, situación que en las Instituciones penitenciarias no ocurre.

Sin embargo, debemos partir de la premisa fundamental consistente en que los presos se encuentran en un Centro penitenciario privados de libertad, significando que nos encontramos ante pacientes con limitaciones de libertades y traduciéndose en que no tienen capacidad de elegir médico. Desde otro punto de vista, se acoge al médico que exista en cada Centro, no pueden cambiar de médico para pedir una segunda opinión, porque ese segundo médico no existe en la prisión aunque tengan derecho a un médico ajeno al Centro. De otro lado, hay presos que viven en régimen cerrado, lo que conlleva que estén continuamente vigilados y, por último, otros están en situación de aislamiento¹²²⁵, siendo más dificultosa la labor de protección de la salud.

Se ha criticado que los médicos que tienen su puesto en las cárceles dependen de las autoridades penitenciarias y no de las sanitarias, pudiendo generar una situación con mayores dificultades, incluso con más presión y con criterios bajo una escasa libertad¹²²⁶. De otro lado, si en los Centros penitenciarios se vulnera la intimidad en cuanto a la celda individual, los cacheos, etc., también cabe la posibilidad de que se vulnere la intimidad en el ámbito de la salud en cuanto a las condiciones en las que

¹²²⁵ Los presos enfermos están sujetos a la I 9/2001, de 10 de septiembre por la que se regula las visitas y comunicaciones. Establece una serie de pautas, que resumidas indican: El centro penitenciario informará a las fuerzas de seguridad acerca del grado de peligrosidad del interno. Los visitantes deberán someterse a los controles oportunos. Las visitas podrán ser tanto de familiares como de allegados, previamente autorizadas. En general, y salvo situaciones excepcionales que aconsejen otra cosa, el horario de visitas ha de ser el mismo que cada centro hospitalario haya establecido para todos los enfermos en sus normas de régimen interior. A modo indicativo, el tiempo de visita no debería ser inferior a las cuatro horas diarias. En principio, no debería permitirse la presencia simultánea de más de dos visitantes por enfermo. La presencia en la habitación de un familiar de forma permanente puede estar justificada si el médico así lo autoriza. Las visitas de abogados, procuradores, autoridades o profesionales deben poder tener lugar tanto en horario de mañana como de tarde.

¹²²⁶ Para un amplio conocimiento, GAMIR MEADE, R. *Los facultativos de sanidad penitenciaria: Evolución, perspectivas y notas sobre su régimen jurídico*, Dykinson, Madrid, 1995; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ DE ALDANA, A., *Trabajo a turnos y salud: Estudio de una muestra de Trabajadores de Instituciones Penitenciarias a través del Test de Salud Total*. No publicado. 2004.

puedan ser llevadas a cabo, así como la no confidencialidad¹²²⁷. En cuanto a los resultados médicos, el tratamiento llevado a cabo sobre los pacientes puede, incluso, que se vulnere el derecho al consentimiento o el derecho a renunciar un tratamiento determinado.

La protección de la salud de los presos también significa que debe ser protegida de manera igual con respecto al resto de los ciudadanos que no están presos y, a mi juicio, esto no ocurre. Pero de ellos también depende la educación en valores y programas, como por ejemplo el de desinfección de jeringuillas o intercambios de agujas estériles por la usada¹²²⁸, permitiendo el empleo de sustancias para esterilizar agujas como el cloro puro; llevar a cabo programas de deshabituación, programas educativos sobre los riesgos de transmisión del sida, incluso a los funcionarios y resto del personal del Centro penitenciario, o proporcionar preservativos por parte de la enfermería. En consecuencia, pueden plantear la creación de dependencias especiales para los presos con enfermedades graves o de grave contagio e, incluso, la posibilidad de que en cada Centro se creen unas dependencias para la rehabilitación o gimnasio de rehabilitación, llevar a cabo todo tipo de educación sobre la salud, control y prevención de enfermedades típicas de las prisiones, así como llevar a cabo un calendario vacunal. Es decir, no sólo hay que proteger a la sociedad de los delincuentes presos sino que hay que proteger unos presos de otros presos. Todo ello, requiere que el sistema de sanidad sea llevado a cabo con toda rigurosidad en las Instituciones penitenciarias¹²²⁹, ya que el preso enfermo que cumple su condena formará parte de la sociedad libre, por ello debería tener un trato especial y entender que las cárceles no son comunidades aisladas¹²³⁰.

En el ámbito penitenciario, el reconocimiento de los derechos sociales hace que de una manera inconsciente comparemos la situación con las personas que se benefician

¹²²⁷ Regulado en el art. 215 del RP, y en la I 22/1994, de 18 de octubre sobre normas de confidencialidad de la información sanitaria.

¹²²⁸ En este sentido, la I 5/2001, de 7 de julio en cuanto a programa de intercambio de jeringuillas, de suma importancia teniendo en cuenta que una de las responsabilidades de la Administración penitenciaria se centra en velar por la vida, integridad y salud de las personas privadas de libertad.

¹²²⁹ Hay un planteamiento de la sanidad penitenciaria en el Sistema Nacional de Salud, consistente en la creación de equipos especialistas no sólo en el Centro penitenciario sino también en los JVP.

¹²³⁰ En este sentido, los profesionales sanitarios entienden que se debe informar a las autoridades sanitarias de los presos que poseen alguna enfermedad contagiosa o bacteriana como la tuberculosis y poder evitar posibles contagios.

de tales derechos con mayor facilidad, pero casi necesario, para entender que el sector penitenciario está en situación de desventaja respecto a la aplicación de tales derechos, pese a que se les tiene reconocido. Siendo necesario crear un reconocimiento a través de la jurisprudencia con la interpretación de la igualdad¹²³¹. En este sentido, el Comité del Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha determinado la obligación del Estado de eliminar cualquier discriminación de *iure* o de *facto*, debiendo así derogar cualquier norma, regulación o práctica discriminatoria que afecte el goce de los derechos sociales.

b) Teorías doctrinales

A la luz de lo examinado hasta ahora, el argumento que defiende Peces-Barba¹²³² es que el derecho a la protección de la salud ha desvirtuado la finalidad de los derechos sociales, al acoger a quienes tienen medios para satisfacer esas necesidades, junto con los que no podían hacerlo por sí mismos. Estamos, por tanto, ante un derecho de prestación configurado en el Estado social vinculado a ciertos derechos fundamentales, caracterizándose porque el enfermo no es un beneficiario de tal derecho sino que es titular del derecho¹²³³. A mayor abundamiento, Prieto Sanchís¹²³⁴ señala una serie de características de los derechos sociales, así indica, que como derecho social, precisa de una organización política en la que asentarse y a través de la cual obtener satisfacción. Se trata de un derecho de contenido prestacional, cuya evolución corre pareja a la del Estado en el que se inserta, a diferencia de otros derechos, son objeto de concreción individual y referencia personalizada, como los civiles, encontrándose orientado a la consecución de la igualdad de los ciudadanos y precisándose de un complicado entramado para su satisfacción. Se trata de un derecho social de los ciudadanos y un derecho esencial¹²³⁵, tratándose de un derecho de igualdad ya que su objetivo es el logro

¹²³¹ Ver, al respecto, SABA, R., “Discriminación, trato igual e inclusión”, en ABREGÚ, M. y COURTIS, C., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Del Puerto, Buenos Aires, 2004; del mismo, “(Des)igualada Estructural”, en AMAYA, J., *Visiones de la Constitución*, UCES, Buenos Aires, 2004.

¹²³² PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “Derechos sociales y positivismo jurídico (escritos de Filosofía jurídica y política)”, cit., p. 66.

¹²³³ Entre ellos, AROZAMENA SIERRA, J., “Salud y derecho: cautelas y garantías del derecho a la salud”, en RETUERTO BUADES, M., *La Constitución española tras su 25 aniversario*, cit., p. 23, considera al derecho a la salud como un derecho subjetivo.

¹²³⁴ PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., pp. 185 y ss.

¹²³⁵ MARTÍNEZ DE PISÓN, J., “El derecho a la salud: un derecho social esencial”, *Derechos y Libertades*, nº. 14, 2006, p. 130. Este autor manifiesta que desde el punto de vista jurídico no es así, ya que tal derecho no aparece en el catálogo de derechos fundamentales y la Constitución no utiliza el término esencial para referirse a los derechos fundamentales.

de unas mínimas condiciones de vida iguales para todos¹²³⁶. En opinión de Martínez de Pisón¹²³⁷, la distinción entre derechos de igualdad y derechos de libertad no es sostenible porque no comprende la posibilidad de que los individuos puedan ser libres sin unas mínimas e iguales condiciones materiales para todos, así como muy demediado quedará un derecho de libertad si no puede ser ejercido en unas condiciones de igualdad.

Siguiendo con la cuestión doctrinal, un sector -De Lora- asevera que es obvio que cuando nos referimos al derecho a la protección de la salud estamos remitiéndonos a la protección del derecho a la vida, ya que lo que se pretende es alargarla con un mínimo de calidad¹²³⁸. Se considera a los enfermos como un grupo susceptible de protección, debiendo ser aún mayor en el caso de los reclusos debido a su condición de privados de libertad, lo que se discute en el ámbito penitenciario es la calidad de la asistencia sanitaria, el acceso a los servicios sanitarios y la atención de los mismos con respecto a los reclusos.

Haciendo un recorrido por las distintas teorías sobre la fundamentación del derecho a la salud observamos que los utilitaristas no se pronuncian sobre la existencia de tal derecho, sólo establecen criterios de justicia sanitaria. Para los liberales, no existe un derecho humano a la protección de la salud, rechazan cualquier intervención no consentida sobre la propiedad privada, defendiendo que la asistencia sanitaria sólo puede ser satisfecha mediante la caridad¹²³⁹.

El derecho a la protección de la salud está comprendido en el derecho a la integridad personal, así lo manifiesta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en su Sentencia 35/1995, de 11 de marzo, Fj.3, al dictaminar que el derecho a la salud, o mejor

¹²³⁶ PRIETO SANCHÍS, L., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 188.

¹²³⁷ MARTÍNEZ DE PISÓN, J., “El derecho a la salud: un derecho social esencial”, cit., pp. 133-134, “la justificación del derecho a la salud como derecho humano y como derecho social con el argumento de que la privación de salud produce un daño ostensible y que, en definitiva, así podemos constatar una necesidad básica” (p. 137).

¹²³⁸ Es la opinión de DE LORA, P., “El derecho a la protección de la salud”, cit., pp. 876 y ss.

¹²³⁹ ESCOBAR ROCA, G., “Filosofía y dogmática en la configuración del derecho fundamental a la protección de la salud”, en VV.AA., *Teoría de la justicia, y derechos fundamentales*, Estudios homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba, vol. III, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 530-533, señala además las teorías del “mínimo decente” haciendo referencia a la reforma sanitaria en Estados Unidos en las que se defiende un derecho humano a la protección a la salud, pero se debe racionalizar el gasto (misma idea que los utilitaristas) ya que se trata de un recurso limitado de la sociedad, y las teorías de las capacidades que aceptan la protección a la salud como un derecho humano.

aún, a que no se dañe o perjudique la salud personal, queda comprendido en el derecho a la integridad personal. A la luz de lo que nos interesa en esta cuestión, se señala la obligación fundamental de asegurar, como mínimo, la atención primaria básica de la salud, de manera que, entre las obligaciones, se encuentra la de garantizar el derecho de acceso a los centros, que en el caso del recluso irá acompañado de las autoridades competentes, así como de servicios de salud sobre la base de no discriminación¹²⁴⁰.

Es necesario establecer una protección de la salud para grupos específicos, así como no existe una normativa específica sobre el derecho a la salud de la mujer¹²⁴¹, siendo, a mi juicio, necesaria en el ámbito penitenciario. Desde este punto de vista, se recogen una serie de artículos en relación a las mujeres embarazadas y nos encontramos como grupos específicos los toxicómanos o los enfermos de VIH¹²⁴².

2.3 Prestaciones en el ámbito penitenciario

Hay que partir de los artículos 36 a 40 de la LOGP y artículos 207 y siguientes del RP, para afirmar que existen prestaciones sanitarias en el ámbito penitenciario. La figura de la asistencia sanitaria existe cuando en el artículo 36 de la LOGP incluye como personal existente en las cárceles al menos un médico general, un ayudante técnico sanitario, un médico odontólogo y personal auxiliar adecuado, así como, una enfermería, una dependencia para la observación de psiquiatría y atención de los toxicómanos, y una unidad para enfermos contagiosos. Dicha asistencia sanitaria tiene cuatro finalidades: prevención, curación, tratamiento y rehabilitación. No obstante, existe una total discriminación para la población reclusa en el derecho fundamental a la protección a la salud en cuanto a la igualdad de condiciones que el resto de la población

¹²⁴⁰ BLUGLASS y BOWDEN, “Prisons and the prison medical service”, *Principles and Practice of Forensic Psychiatry*, Churchill Livingstone, 1990; DVOSKIN, J., “The structure of correctional mental health services”, en ROSNER, R., *Principles and Practice of Forensic Psychiatry* Chapman & Hall, 1994; GUNN, J., MADEN, A. y SWINTON, M., *Treatment Needs of Prisoners with Psychiatric Disorders*, British Medical Journal, 1991; KALLERT, T.W., “Duties of a psychiatric-neurological consultation / liaison service in a prison setting”, *Forensic Science International*, vol. 81, nº. 2, 1996, pp. 103-116.

¹²⁴¹ Ver el informe de 2004 de la Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria sobre “la salud pública desde la perspectiva de género y clase social, disponible en www.sespas.es

¹²⁴² Sobre el VIH, BRIEN, P.M. y BECK, A.J., “HIV in Prison”, en FLANAGAN, T.J., MARQUART, J.W. y ADAMS, K.G., *Incarcerating criminals*, Oxford University Press, Nueva York, 1998.

civil, pese al derecho de igualdad proclamado en el artículo 14 de la CE y, concretamente, como ya he indicado, dentro de la población reclusa.

A mayor abundamiento, la población carcelaria cuenta con un régimen sanitario gestionado de forma independiente al margen del Sistema Nacional de Salud, por la DGIP. En consecuencia, las condiciones presupuestarias, materiales y personales no son iguales, pudiendo ser de menor calidad, mediatizada por circunstancias e intereses ajenos a los estrictamente sanitarios, generando situaciones deontológicamente discutibles, además, de un aislamiento profesional de los trabajadores sanitarios, entre otras consecuencias¹²⁴³. En opinión de García Andrade¹²⁴⁴, el ambiente penitenciario viene determinado por varios factores, así en primer lugar es el de que el mayor número de reclusos son personalidades anómalas, lo que confiere una peculiar inestabilidad emocional, coloreada por una sexualidad vicariante, y una soledad enmarcada en un peculiar hacinamiento, cuadros a los que debe atender el médico, y al hecho de que muchos de ellos son consumidores de drogas, con el problema médico que ello conlleva, con una relación importante con el grave problema del sida. Debiendo manifestar aquí la importante lucha que vienen manteniendo en prisión los médicos con resultados halagüeños a pesar de la precariedad de medios y la ocultación de algunos portadores de la infección, que tratan de no ser reconocidos, pudiendo distinguir tres clases de sidosos: portadores, enfermos activos y enfermos terminales, lo que supone una gran carga para los médicos de prisiones a la que se ha venido a añadir el aumento de enfermos tuberculosos a los que también hay que diagnosticar y tratar, resaltando el aumento en estos últimos años de pacientes tísicos.

a) Derecho a ser examinado por un médico ajeno a la prisión

Este derecho es reconocido en el art. 212.3 del RP, el cual dice: “los internos podrán solicitar a su costa servicios médicos privados de profesionales ajenos a Instituciones Penitenciarias. La solicitud será aprobada por el Centro Directivo, salvo cuando razones de seguridad aconsejen limitar este derecho”. Lógicamente, esas razones deben estar suficientemente motivadas por la Dirección General que debe

¹²⁴³ “Sanidad penitenciaria: una discriminación para la población asistencial y para los profesionales”, Sociedad española de sanidad penitenciaria, disponible en www.sesp.es

¹²⁴⁴ GARCÍA ANDRADE, J.A., “La medicina penitenciaria, una medicina de frontera”, *Revista española de sanidad penitenciaria*, vol. 10, nº. 2, 2008, p. 33, manifiesta que se trata de una medicina asistencial y no pericial.

demostrar que, efectivamente, la seguridad del establecimiento se ve afectada por el libre ejercicio de este derecho¹²⁴⁵.

Por otra parte, se plantea la aplicación del art. 218 del RP en cuanto al ingreso en Centros extra-penitenciarios cuando el médico de Atención Primaria de la prisión estima que no procede, teniendo en cuenta que el precepto no contempla tal situación. Pero se argumenta que tampoco en el sistema nacional de salud el ciudadano/a acude directamente al especialista sin el filtro previo del médico de atención primaria, y que éste puede considerar que no es precisa la atención especializada¹²⁴⁶. Nuestro ordenamiento sanitario reconoce la libre elección de médico¹²⁴⁷, lo que es impensable para el recluso. En estos casos, la consulta del médico particular, caso de autorizarse el acceso al interior del Establecimiento, tendría lugar en los departamentos apropiados. Si por su estado de salud no pudiera desplazarse el interno, la visita se celebra en la enfermería o lugar donde aquél se encuentre y en presencia, en todo caso, del personal facultativo del Centro penitenciario o de los funcionarios que se designen al efecto¹²⁴⁸.

b) Prestación de enfermería

La asistencia sanitaria en las cárceles incluye la prestación de enfermería, con un número suficiente de camas, material clínico necesario, instrumentos y productos farmacéuticos básicos para las curas e intervenciones bucales¹²⁴⁹. Obviamente, nunca sabremos cuál es el número suficiente de camas, debiendo ser proporcional al número de presos y, como existe masificación, el número de camas será escaso de manera que la mayoría de los presos que necesitan de esta prestación tendrán que permanecer en sus celdas. Llegados a este punto, es de gran importancia el grupo GESESP, (Grupo de Enfermería de la Sociedad Española de Sanidad Penitenciaria), el cual nace con la

¹²⁴⁵ AJVP de Ciudad Real de 8 de noviembre de 1996 y de Sevilla de 18 de marzo de 1997. También se encuentra regulado en el art. 36 de la LOGP; AJVP Sevilla 11/4/2007, queja interpuesta por la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía sobre la demora en salidas a centros hospitalarios extra-penitenciarios y a los servicios médicos externos estando motivada dicha falta de traslado por la carencia de fuerza conductora; AAP de Madrid 97/2004, de 16 de enero, “El RP reconoce el derecho a solicitar servicios médicos privados de profesionales ajenos a Instituciones Penitenciarias, pero se podrá limitar este derecho cuando no se pueda garantizar la seguridad”; AAP de Madrid 417/1999, de 7 de abril.

¹²⁴⁶ “Seguridad Social y salud en el ámbito penitenciario”, *Cuadernos de Derecho Penitenciario*, nº. 10, 2002, p. 36.

¹²⁴⁷ RD 1575/93, de 10 de septiembre, Atención Primaria.

¹²⁴⁸ GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la legislación penitenciaria*, Cívitas, Madrid, 1995, p. 114.

¹²⁴⁹ Prestación regulada en el art. 37.1 de la LOGP y arts. 208 y 213 del RP.

intención de crear o de confeccionar un Libro Blanco de la Enfermería Penitenciaria considerándolo como primordial para que la enfermería de prisiones alcance el rol social y profesional que le corresponde. Éste debería tener como objetivos básicos el servir como instrumento para la mejora de la calidad asistencial, garantizar la unificación en la prestación de cuidados a los usuarios de los servicios de enfermería; unificar criterios de actuación, proporcionando garantía y seguridad a los cuidados prestados; facilitar el trabajo del equipo de enfermería, la orientación y adaptación del personal de nueva incorporación; ayudar a la formación de alumnos de enfermería, y servir como referente en la formación continuada de todos los profesionales¹²⁵⁰. Se trata de una enfermería de grado general, es decir, los cuidados de enfermería psiquiátrica están poco desarrollados o no existen, a pesar de que el porcentaje de presos con trastornos mentales es numeroso¹²⁵¹.

c) Dependencias para trastornos mentales

Cuando hablamos de trastorno mental de un preso siempre nos referimos a un grado de peligrosidad para la sociedad o para ellos mismos, pudiendo ocurrir que el preso obtenga un trastorno mental una vez encarcelado o bien que, en ese grado de enfermedad, sea cuando haya cometido el delito¹²⁵² y, por ello, se encuentre en la cárcel, en cualquiera de los casos habrá de ser tratado por personal cualificado. La práctica en los Centros penitenciarios demuestra que los servicios sanitarios de salud mental que se proporcionan son en general limitados, aislados o simplemente carecen de los medios necesarios, a ello hay que añadir la alta morbilidad psiquiátrica, riesgo de autolesión y suicidio que se da en esta población, siendo la morbilidad psiquiátrica más común entre los internos que en la población general¹²⁵³.

¹²⁵⁰ “Enfermería en Prisiones”, *Revista española de Sanidad Penitenciaria*, vol. 9, nº. 3, 2007, p. 66.

¹²⁵¹ GARCÉS PINA, E., DUATO DURÁN, A., VICENTE EDO, M.J. y GUADARRAMA SÁNZ, V., “Los cuidados de enfermería psiquiátrica en los centros penitenciarios”, *Revista española de Sanidad Penitenciaria*, vol. 8, nº. 3, 2006, pp. 78-87; CIBANAL JUAN, M.L., “A propósito de la especialidad en Enfermería”, *Salud Mental*, vol. 9, nº. 2, 2007, pp. 34-37; RD 992/1987, de 3 de julio, por el que se regula la obtención del Título de Enfermero Especialista entre las que se encuentra la de psiquiatría.

¹²⁵² Al respecto la Consulta 5/1999, de 16 de diciembre sobre los problemas que plantea el internamiento de quienes tienen suspendida la ejecución de una pena privativa de libertad por trastorno mental grave sobrevenido a la sentencia firme.

¹²⁵³ GARCÉS PINA, E., DUATO DURÁN, A., VICENTE EDO, M.J. y GUADARRAMA SANZ, V., “Los cuidados de enfermería psiquiátrica en los centros penitenciarios”, cit., p. 78.

Son las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los reclusos¹²⁵⁴ las que regulan la situación de los reclusos alienados y los enfermos mentales, indicando que los alienados no deberán ser reclusos en prisiones y tomándose medidas para trasladarlos lo antes posible a Establecimientos para enfermos mentales. Los reclusos que sufran otras enfermedades o anomalías psíquicas deberán ser observados y tratados en Instituciones especializadas dirigidas por médicos. Durante su permanencia en la prisión, estarán bajo la vigilancia especial de un médico. Convendrá que se tomen disposiciones de acuerdo con los organismos competentes, para que, en caso necesario, se continúe el tratamiento psiquiátrico después de la liberación y se asegure una asistencia social post-penitenciaria de carácter psiquiátrico.

No se puede hacer un estudio de cada cárcel, pero se sabe que en todas y en cada una de ellas existen presos con esquizofrenia, con psicosis, con trastorno delirante, maníacos, con trastorno adaptativo, con trastorno de la personalidad, etc. La mayor parte de la doctrina se pregunta dónde deberían estar este tipo de presos ¿en la cárcel junto con el resto de reclusos o en cárceles especializadas? Esto último supondría la creación de cárceles con personal profesional especializado incluidos los funcionarios. En España la situación del enfermo mental en prisión es uno de los problemas más graves con los que se enfrenta el sistema penitenciario español debido a la gran demanda y la limitación de los recursos existentes para tratar a este tipo de internos¹²⁵⁵, ya que muchos internos con trastornos mentales deberían acceder a recursos psiquiátricos penitenciarios. Este periodo de encarcelación debería suponer una oportunidad para detectar, diagnosticar y tratar la enfermedad mental en una población que a menudo resulta difícil captar en los servicios sanitarios públicos¹²⁵⁶.

¹²⁵⁴ Reglas 82 y 83. Entre otros, GOFFMAN, E., *Internados: Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Amorrortu, Buenos Aires, 1970; GROS, F., “Enfermer n’est pas clore”, *Informations Sociales*, n.º. 82, 2000; DEFENSOR del Pueblo Andaluz, *Deficientes mentales internados en centros penitenciarios andaluces*, Sevilla, 2000.

¹²⁵⁵ FERNÁNDEZ-CUESTA, J., *El estado mantiene internados en cárceles a más de setecientos discapacitados psíquicos*, ABC, 2006.

¹²⁵⁶ Datos según la Fiscalía General del Estado, GARCÉS PINA, E., DUATO DURÁN, A., VICENTE EDO, M.J. y GUADARRAMA SÁNZ, V., “Los cuidados de enfermería psiquiátrica en los centros penitenciarios”, cit., p. 79; ARROYO, J.M. y ORTEGA, E., “Un programa de mejora de la calidad asistencial de los problemas de salud mental en prisión. Evaluación de resultados después de 6 años (2000-2005)”, *Revista española de Sanidad Penitenciaria*, vol. 9, n.º. 1, 2007, pp. 11-20; CALVO ESTUPIÑÁN, P., SOLER GONZÁLEZ, C., DÍA SAHÚN, J.L. y VENTURA FACI, T., “Prevalencia de trastornos psiquiátricos en pacientes ingresados por el Servicio de Psiquiatría en el Módulo Penitenciario del H.U.M.S.”, *Revista española de Sanidad Penitenciaria*, vol. 10, n.º. 3, 2007, pp. 69-72; HERNÁNDEZ MONSALVE, M. y ESPINOSA IBORRA, J., *La atención a pacientes con trastornos*

En consecuencia, se insta a las Administraciones penitenciarias a que procedan a la creación de Unidades psiquiátricas en los Centros penitenciarios que se reputen necesarios para atender la demanda de atención especializada de sus respectivas áreas territoriales, en cumplimiento del imperativo de velar por la salud de los internos previsto en el artículo 3.4 de la LOGP, y en aplicación del criterio legal de separación previsto en el artículo 16,d) de la misma LOGP¹²⁵⁷. No olvidemos, de otro lado, que existen medidas de seguridad para el internamiento psiquiátrico. En la actualidad, los problemas de salud mental son los más comunes en la población reclusa, y en especial la patología dual, siendo definido como la coexistencia en un mismo paciente de un trastorno por abuso de sustancias psicoactivas y un trastorno psiquiátrico asociado. Se encuentran frecuentemente en los trastornos psicóticos, trastornos del estado de ánimo, trastornos de ansiedad y trastornos de la personalidad¹²⁵⁸. En la realidad carcelaria, no existe ningún personal profesional que se ocupe de los pacientes con trastornos mentales siendo el servicio de medicina general de la prisión el encargado de realizar los diagnósticos así como de los tratamientos a llevar.

d) Dependencias para toxicómanos

mentales en las prisiones, Estrasburgo, diciembre de 1999, disponible en www.ome-aen.org

¹²⁵⁷ Punto 29 de Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos por los JVP Criterios de la XVI reunión celebrados entre 1981 y 2007 actualizado el 1 de enero del 2008, el cual fija la creación de Unidades Psiquiátricas en los Centros penitenciarios. La Motivación es que en la actualidad se canaliza dicha atención a través de un sistema de acuerdos entre la Administración penitenciaria y entidades concertadas, existiendo graves retrasos en la atención a los reclusos. En la actualidad, la inexistencia de Unidades Psiquiátricas suscita problemas de ubicación de penados que padecen anomalías psíquicas cuya vida en módulos de régimen ordinario resulta de todo punto imposible. De otro lado, el Criterio 28 de 1994, manifiesta que el tratamiento psiquiátrico de quienes están cumpliendo medida de seguridad debe llevarse a cabo en todo caso en Establecimientos comunitarios y no penitenciarios, por la mayor aptitud para desarrollar un tratamiento resocializador. Respecto de los penados, se sigue dando preferencia a los servicios comunitarios y se desea que el internamiento en Establecimientos penitenciarios se reduzca en la mayor medida posible. BARCIA, D., *Historia de la Psiquiatría Española*, You & Us, Madrid, 1996; BARRIO FLORES, L.F., “La asistencia psiquiátrica”, *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, n.º. 1 vol. 2, 2000, pp. 23-30 y *Un siglo de psiquiatría penitenciaria España del siglo XIX*, Valencia, 1966; GRACIA, D., “Medio siglo de psiquiatría española: 1885-1936”, *Cuadernos de Historia de la Medicina*, t. X, 1971, pp. 305-340; LAÍN, P., *Historia de la Medicina*, cit., pp. 387 y ss.; MARAÑÓN, G., “Psiquiatras en España”, *Obras Completas*, t. IX, Espasa Calpe, Madrid, 1973, pp. 82-88; POSTEL, J. y QUÉTEL, C., *Historia de la Psiquiatría*, Fondo de Cultura Económica, México, 1983; SÁNCHEZ, L., *La medicina española contemporánea*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1986; ULLESBERGER, J., *Historia de la Psicología y de la Psiquiatría en España*, Madrid, 1964; ESPINOSA, J., “La asistencia del enfermo mental en España durante la Ilustración y el Reinado de Fernando VII”, *Cuadernos de Historia de la Medicina*, n.º. 5, pp. 181-215; RIVERA BEIRAS, I., *La cárcel en el sistema penal. Un análisis estructural*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 82.

¹²⁵⁸ Para un estudio más detallado, HENÁNDEZ MONSALVE, M., HERRERA VALENCIA, R., (coords.) *Atención Primaria de la Patología psiquiátrica dual en prisión*, Cometa, Zaragoza, 2006.

Así, lo establece el artículo 37.b de la LOGP al dictaminar la necesidad de una dependencia para la atención de los toxicómanos que estén presos, asegurando para ellos, también, el fin primordial de la pena privativa de libertad, la reeducación y la reinserción social¹²⁵⁹. Muchos de los que se encuentran presos son drogodependientes e, incluso, siguen consumiendo en los Centros penitenciarios¹²⁶⁰. La mayoría tienen un grave deterioro de la salud, y la mayoría son reincidentes lo que significa que el tratamiento de la toxicomanía es una pieza clave para evitar la reincidencia y evitar, en suma, un posible hacinamiento en las prisiones.

Se han llevado a cabo numerosos programas de rehabilitación con los toxicómanos, así la metadona¹²⁶¹ empieza a utilizarse en España a finales de los años 70 a través de los carnés extradosis, pero no es hasta 1990 cuando se regula por primera vez su utilización en programas de mantenimiento. Ni hasta 1996 cuando estos tratamientos adquieren su verdadero carácter preventivo¹²⁶². Informes internacionales demuestran que hay otras sustancias efectivas distintas a la metadona para este tipo de tratamientos¹²⁶³.

¹²⁵⁹ Circular 5/1995, de 15 de febrero sobre política global de actuación en materia de drogas en Instituciones penitenciarias. En el mismo sentido, lo señalado por el Defensor del Pueblo en su informe correspondiente al año 1993, así como, la I 15/1998, de 16 de noviembre sobre programa piloto de intercambio de jeringuillas a realizar en la prisión de Pamplona; HARWOOD, H. J., "Societal Cost of heroin addiction. Effective Medical treatment of opiate addiction", *National Institutes of Health, Consensus Development Conference Statement*, 1997, pp. 53-56; MANZANOS BILBAO, C., *Cárcel, drogas y Sida, trabajo social frente al sistema penal*, Asociación Salhaketa, Vitoria, 2000; ELZO, J., *Alternativas terapéuticas a la prisión en delinquentes toxicómanos*, Gobierno Vasco, 1995.

¹²⁶⁰ Al respecto, STS, Sala 2º de lo Penal nº 1239/2006, de 5 de diciembre.

¹²⁶¹ No hay que olvidar que la metadona es un narcótico relacionado con el alivio del dolor utilizado como tratamiento de la dependencia de la heroína y otros opiáceos, es sustituto de la heroína. Junto a éste proyecto se ha llevado a cabo otro con heroína, realizado en la cárcel de Granada con 120 toxicómanos, a 60 de ellos se le suministra heroína, (22 kilos en 9 meses), y al resto metadona, para entrar a formar parte de este proyecto es necesario que los toxicómanos tengan algunos de los requisitos señalados: tuberculosis, sida, hepatitis, no haber podido dejar la droga y haber fracasado en al menos dos programas de metadona. Dicho proyecto también se realizó en Suiza y Holanda de una manera personalizada demostrando que ha mejorado entre los toxicómanos la vivienda, el empleo, hay una menor delincuencia y un menor contagio del sida.

¹²⁶² Ver la Ley 17/1967, de 8 de abril sobre el control de estupefacientes; la Orden de 20 de mayo de 1983 sobre tratamientos de deshabituación con metadona, completada con la Orden 31 de octubre de 1985 y la Resolución del 22 de noviembre de 1985, sobre dosificación y criterios de aplicación. El RD 75/1990 de 19 de enero, regula los tratamientos con opiáceos de personas dependientes de los mismos, y el RD 5/1996 de 15 de enero.

¹²⁶³ El informe anual del Observatorio Europeo de la Droga y las Toxicomanías (OEDT) sobre el problema de la drogodependencia; PÉREZ CURIEL CECHINI, J., *Tratamiento penal del drogodependiente*, Forum, Barcelona, 1999. En lo que respecta a España la metadona es el único fármaco utilizado en las terapias de mantenimiento de los pacientes dependientes a opiáceos, no obstante, la buprenorfina se comercializó por primera vez en 1985 como analgésico, pero no es hasta el año 2001 cuando se autoriza su uso con indicaciones en los tratamientos de mantenimiento con opiáceos; PARRAS

En cuanto a cómo afecta la metadona en el ámbito penitenciario, hay que señalar que se trata de una de las opciones llevadas a cabo en todo Centro donde hay reclusos toxicómanos como sistema terapéutico. El programa de metadona en las Instituciones penitenciarias trata la adicción a la heroína y reducir los riesgos asociados al consumo de la misma. No obstante, para muchos la eficacia o no de este tratamiento finaliza aquí, porque una vez cumplida la condena la realidad vuelve. Es por ello por lo que se hace necesaria una coordinación entre el tratamiento llevado dentro de la prisión y el extra-penitenciario¹²⁶⁴. De otro lado, para la prestación de la asistencia sanitaria, todos los establecimientos penitenciarios estarán dotados de una unidad para enfermos contagiosos y de dependencias para las reclusas embarazadas el cual fue objeto de análisis en el Capítulo dedicado a los presos como grupo diferenciado al que me remito.

2.4 Posibles soluciones en los Centros penitenciarios

Sería adecuado garantizar una atención médico-sanitaria que fuese equivalente a la dispensada para el resto de la población, adoptando medidas de protección de la salud e higiene necesarias, así como aplicar programas de prevención. Programas que aparecen, al menos, citados por la Ley y el Reglamento penitenciarios, consistentes en la atención a drogodependientes (tratando una deshabitación e incorporación social), atención a enfermos de Sida, apoyo a los enfermos crónicos, atención a los enfermos mentales (con programas de rehabilitación psiquiátrica y prevención del suicidio). Para todo ello es necesaria una actividad de prevención, detección precoz y educación sanitaria¹²⁶⁵.

VÁZQUEZ, F.J., *Programas de sustitución y SIDA*, Doce Calles, Madrid, 1999; BARBERO, J., *Los programas de sustitución a la luz de los enfoques éticos consecuencialistas: ¿Opinión Pública o Salud Pública?*, Doce Calles, Madrid, 1999; MARKEZ, I., *Los Programas de Mantenimiento con Metadona en la Comunidad Autónoma del País Vasco*, Consejo de Colegios Farmacéuticos de Euskadi, 2000; *Observatorio Europeo de la Droga y las Toxicomanías*, Lisboa, OEDT, 2000; Circular 06/2003 del 6 de abril, de la Agencia Española del Medicamento sobre condiciones de distribución de especialidades farmacéuticas conteniendo estupefacientes o psicotrópicos autorizadas para el tratamiento de la dependencia de opiáceos.

¹²⁶⁴ Para profundizar, HERNÁNDEZ, T., “La intervención psicosocial en los programas de mantenimiento con metadona en el ámbito penitenciario. Coordinación entra-extra penitenciaria”, en SÁNZ SÁNZ, J., (coord.), *Manejo de pacientes en tratamiento con metadona en Centros penitenciarios*, Subdirección General de Sanidad Penitenciaria, Segovia, 2000; FAUPEL, C., “Heroin use, crime and employment status”, *Drug Iss*, nº. 18, 1988; WESLER, M.A. y FALKIN, G.P., “Evaluación de resultados en una comunidad terapéutica penitenciaria”, *Tratamiento del abuso de drogas en cárceles y penitenciarias*, FAD, 1995.

¹²⁶⁵ Para una mayor lista de medidas aunque están encaminadas al nuevo Centro Penitenciario de Navarra, ver el Informe a la Ponencia del Parlamento, Medidas sociales, sanitarias y educativas que

Por consiguiente, se hace necesaria y urgente una mayor educación en el tema de enfermedades iniciadas en la cárcel y su posible contagio, debiendo aportar material necesario para evitarlo, así como proyectos, ya indicados, de intercambio de jeringuillas usadas por nuevas; programas de calidad de asistencia sanitaria en las prisiones, dando lugar a una mayor accesibilidad por parte del recluso al sistema de salud en todos los niveles¹²⁶⁶; y establecer un calendario vacunal para todos los presos y llevarlo a la práctica. Así se les puede vacunar de gripe, tetánica, neumonía, sarna, etc.; llevar a cabo un seguimiento tanto clínico como analítico de todos los enfermos y hacer un estudio y seguimiento de los que ingresan por primera vez en la cárcel¹²⁶⁷. De manera que, si no están enfermos, informarles y ayudarles a prevenir y, si lo están, controlarles, evitando, ante todo un deterioro físico. No olvidarnos de los presos que una vez cumplida la pena privativa de libertad deben seguir con el tratamiento o la rehabilitación. Desde esta perspectiva, cabe subrayar que, en los Centros penitenciarios, se facilitan lotes higiénicos, regulados bajo las Instrucciones de 23 de marzo de 1994, incluyendo la distribución de preservativos en el lote ordinario mensual de hombres. El fundamento de esta inclusión es proporcionar a los presos un instrumento eficaz en la prevención, tanto de la infección por VIH/SIDA como de otras enfermedades transmisibles por vía sexual, con esta instrucción se amplía la composición del lote ordinario mensual de mujeres, de manera que éste también incluya preservativos en el mismo número que el

debieran preverse para el nuevo Centro Penitenciario, Defensor del Pueblo Ararteko, Linegrafic, Navarra, 2006, pp. 49-69; Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, cuyo objetivo es garantizar la equidad, calidad y participación social en el Sistema.

¹²⁶⁶ Ver SAIZ DE LA HOYA ZAMÁCOLA, P., *Manual para la realización de un Programa de Calidad Asistencial en las Prisiones españolas* (CAPRI), Scientific Communication Management, 2003.

¹²⁶⁷ Su máximo impulsor fue Vervaeck, quien en 1934, destaca que la frecuencia con que las afecciones venéreas ignoradas o no curadas, que son descubiertas en prisión, es impresionante. El crecido número de estos enfermos exige que los presos sean examinados a su ingreso en la prisión y aislados de los demás si existe peligro de contagio; VERVAECK, "Le rôle du médecin dans la prison moderne", *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1934, pp. 601 y ss.; GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de derecho penitenciario*, cit., pp. 401-402.

lote masculino. Además, existe la I 10/2001, de 13 de septiembre¹²⁶⁸, la I 8/2006, de 10 de marzo¹²⁶⁹, y la I 13/2007, de 4 de octubre¹²⁷⁰.

El supuesto de la alimentación, higiene y salubridad, se garantiza en los artículos 221 y ss. del RP, entregando en el momento del ingreso en prisión el lote higiénico. Para ello se debe tener en cuenta la I 8/2003, de 10 de junio, que introduce cuestionarios bilingües que deben ser entregados a los presos de habla no española en el momento del examen médico al ingreso, con el fin de facilitar la comunicación, dicho cuestionario debe de ser elaborado en los idiomas siguientes: alemán, árabe, chino, francés, inglés y ruso¹²⁷¹. Otra cuestión importante la constituye la posibilidad de adquirir productos farmacéuticos, regulado por la I 16/2007, de 16 de noviembre, para así asegurar el correcto tratamiento del enfermo en el medio penitenciario, el mandato legal requiere que la atención sanitaria que se presta a los internos respete el principio de equivalencia de cuidados. Sin embargo, este principio no debe ser interpretado como un límite, sino como un umbral de cuidados mínimos exigibles a una Administración que, como la nuestra, ha de ocuparse de una población vulnerable desde el punto de vista sanitario y social y cuyos niveles de salud son sensiblemente más precarios que los correspondientes a la población general, de manera que se establecen unas normas de adquisición y financiación de productos, así como la custodia y control de la dispensación.

¹²⁶⁸ Instrucción como Anexo de la anterior estableciendo lotes mensuales para hombres y mujeres presas: Lote Ordinario Hombres (Mensual) de 3 Rollos papel higiénico; 1 Pasta dental (50 gr.); 3 Maquinillas de afeitar (doble hoja); 1 Cubierto de plástico; 4 Preservativos; 1 Botella de lejía (litro); 1 Gel (250 gr.); 1 Crema de afeitar; 1 Pastilla jabón (50 gr.); en cuanto al Lote Ordinario Mujeres (Mensual) la Instrucción señala los siguientes: 4 Rollos papel higiénico; 1 Pasta dental (50 gr.); 1 Cubierto de plástico; 4 Preservativos; 1 Botella de lejía (litro); 1 Gel (500 gr.); 1 Pastilla de jabón (50 gr.); 20 Compresas. Estableciéndose como lote Complementario anual tanto para hombres como para mujeres: 1 Peine; o 1 cepillo para el cabello en el caso de las mujeres; 1 Cepillo dental; 1 Esponja; 1 Vaso plástico duro.

¹²⁶⁹ Se amplía el lote mensual de hombres y de mujeres incluyendo sobres monodosis de gel lubricantes hidrosolubles como complemento de los preservativos para una mayor eficacia en la prevención de las enfermedades transmisibles por vía sexual.

¹²⁷⁰ Instrucción que amplía la composición del lote mensual tanto de hombres como de mujeres actualizando el tipo de preservativo a suministrar a la vista de la evolución en las prácticas de riesgo de enfermedades por vía sexual existentes, estableciendo en los 4 preservativos que se distribuye la distinción entre 2 extrafuertes y 2 normales, así como de pasar de 4 Sobres de gel lubricante (hidrosoluble) a dos, y de 4 rollos de papel higiénico para la mujer a 6.

¹²⁷¹ Ver SAIZ DE LA HOYA ZAMÁCOLA, P. y ORTEGA, E., (coords.) *Protocolos de coordinación entre servicios sanitarios penitenciarios y hospitales de referencia. Infección VIH y VHC*. Scientific Communication Management, 2004.

En conclusión, se reclama que los poderes públicos aporten más recursos y medios al ámbito de la protección de la salud penitenciario. De otro lado, hay que tener en cuenta que la regulación en el artículo 43 de la CE nada tiene que ver con el derecho que regula la Seguridad Social, lo que supuso que parte de la doctrina considerase que el sistema sanitario debía regularse de forma independiente al de la Seguridad Social, imponiéndose en la práctica. De modo que, atendiendo al artículo 53.3 de la CE, el sistema sanitario ha sido desarrollado por la Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 de abril, y la Ley 25/1990, de 20 de diciembre del Medicamento, partiendo del artículo 1.2 de la Ley de Sanidad en la que se indica el derecho a la protección de la salud y a la asistencia sanitaria. Así como la normativa de distribución territorial del poder hace referencia a la salud¹²⁷². Por último, no se debe olvidar, en relación con la salud y con el ámbito penitenciario, que la alimentación ha de ser suficiente, sana y equilibrada (art. 21.1 de la LOGP y art. 226 del RP); las prendas de vestir deben ser las adecuadas (art. 20 y 21.1 de la LOGP y art. 18.2, 14.2 del RP); debe haber higiene (19.2, 38.3 de la LOGP, y art. 221, 222 del RP); asistencia sanitaria (art. 36 a 40 de la LOGP y art. 207 a 220 del RP); descanso nocturno (art. 25.2, 33 a 135.2 de la LOGP y art. 77.2 del RP), servicio médico privado. Partimos, pues, del artículo 209 del RP que define el modelo de atención sanitaria señalando que “la atención primaria se dispensará con medios propios de la Administración Penitenciaria”.

3. EL SISTEMA LABORAL DE LOS CENTROS PENITENCIARIOS EN NUESTRO PAÍS

3.1 Consideraciones generales

Es en este epígrafe, al igual que en los anteriores, analizaré el derecho fundamental al trabajo de los presos penados y no de los preventivos, en cuanto a éstos es la Regla 100 de las RPE la que especifica que a los preventivos se les debe ofrecer la posibilidad de trabajar pero sin obligarles. Cuando un preventivo elija trabajar todas las disposiciones de la Regla 26 -incluidas las relativas a la remuneración- se le deben de

¹²⁷² No es mi intención establecer las teorías sobre la separación o absorción entre Sanidad y Seguridad Social, ver a JERÓNIMO SÁNCHEZ-BEATO, E. y MARTÍN VIDA, M^a A., *Los derechos fundamentales en las relaciones sanitarias*, Grupo Editorial Universitario, Madrid, 2002, pp. 31 y ss., ESCOBAR ROCA, G., *IV Informe sobre derechos humanos. Protección de la salud*, Trama, Madrid, 2006, pp. 225 y ss., definiendo el derecho a la asistencia sanitaria bajo una serie de características como son la disponibilidad, la universalidad, la accesibilidad, la continuidad y, la calidad.

aplicar. En suma, las mismas características de la actividad laboral se presumen para los trabajos llevados a cabo por los preventivos, así lo entiende la generalidad de la doctrina¹²⁷³. No obstante, la Ley los excluye de la obligación de trabajar, con la excepción de “conforme a sus aptitudes e inclinaciones”¹²⁷⁴. Posteriormente, el texto legal indica que todos los penados tendrán la obligación de trabajar, mientras que los preventivos podrán trabajar¹²⁷⁵, coincidiendo con la mayor parte de la doctrina -Fernández Artiach, García Valdés, De la Cuesta Arzamendi-, la cual estima que mientras a los penados se establece la obligatoriedad de trabajar para los preventivos es facultativa o voluntaria¹²⁷⁶. Tal distinción deviene del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1956 cuando el incumplimiento por parte de los penados al trabajo era sancionado, sin que, en la actualidad, el Reglamento diga nada sobre el incumplimiento¹²⁷⁷. Para Mapelli¹²⁷⁸, el artículo 29.1 de la LOGP, que se refiere a los que se encuentran exceptuados de la obligación de trabajar, roza la inconstitucionalidad de manera que, también, los penados queden sólo sujetos al mismo deber de trabajar (art. 26.1 de la LOGP) que los preventivos y el resto de los ciudadanos, y no a la obligatoriedad, como declara el precepto. Afirma, también, que trabajo equivale a cualquier actividad que origine o fomente la creatividad, la formación o la productividad del recluso.

¹²⁷³ GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de derecho penitenciario*, cit., p. 347.

¹²⁷⁴ Art. 29.2 de la LOGP.

¹²⁷⁵ El art. 133.1 del RP lo califica como obligación.

¹²⁷⁶ FERNÁNDEZ ARTIACH, P., *El trabajo de los internos en establecimientos penitenciarios*, en GARCÍA VALDÉS, C., CUERDA RIEZU, A., MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., ALCACER GUIRAO, R. y VALLE MARISCAL DE GANTE, M., (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, Edisofer, Madrid, 2008, p. 233; GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la legislación penitenciaria*, cit., p. 99; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El trabajo penitenciario resocializador. Teoría y regulación positiva*, Caja de Ahorros Provincial de Guipúzcoa, San Sebastián, 1982, p. 276 quien manifiesta que un deber no es una obligación. Es interesante observar que Peces-Barba excluye el derecho al trabajo del ámbito de los derechos fundamentales, lo considera como incompatible con el carácter universal de los derechos fundamentales, se trataría, antes bien, de un derecho inexigible en cuanto grava en exceso la libertad de los empleadores, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, BOE, Madrid, 1995.

¹²⁷⁷ FERNÁNDEZ ARTIACH, P., *El trabajo de los internos en establecimientos penitenciarios*, cit., p. 236 entiende que aunque la doctrina haya considerado aplicable a ese supuesto el régimen disciplinario general, se puede defender lo contrario, es decir, que la obligación de trabajar de los penados no puede ser contemplada más que como un deber puramente moral, al igual que sucede con el resto de ciudadano, y no como un deber jurídico. De la misma opinión es SOLER ARREBOLA, J.A., *La relación laboral especial penitenciaria*, Comares, Granada, 2001, p. 80, a quien Fernández Artiach cita en la nota 174. Considerando, además, que su postura es la única compatible con el principio de asimilación entre el trabajo penitenciario y el trabajo desarrollado en el mundo libre (p. 237), entendiéndose que al penado no se le puede imponer más cargas, más penas que la propia de la privación de libertad.

¹²⁷⁸ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, Bosch, Barcelona, 1983, pp. 167 y ss. y, 219 y ss.

A la luz de lo examinado, la doctrina estima que se está ante un auténtico derecho subjetivo del preso frente a la Administración que, en caso de incumplimiento de su obligación de ofrecer la posibilidad de trabajar, podría ser exigido por el recluso, a través de la jurisdicción competente y, en especial, del Juez de Vigilancia¹²⁷⁹. De otro lado, surgen las complicaciones al afirmar que “en todo caso tendrán derecho a un trabajo remunerado los penados”, incluyendo, por tanto, a los presos de departamentos especiales¹²⁸⁰. En esta relación laboral, en la que hay una importante reducción horaria de “libertad” en los patios, el trabajo está caracterizado por programas genéricos de tratamiento debiendo ser ajustados a las necesidades regimentales, y no por programas específicos, primando, en todo caso, la seguridad.

No obstante, no hay que olvidar que se trata de un trabajo poco cualificado profesionalmente, al que acceden escasos reclusos, debido a la masificación y al escaso campo de actuación de trabajo en las prisiones¹²⁸¹. Este campo de actuación debe ser ampliado para dar más posibilidades a más presos, asimismo, no sólo debe basarse en crear talleres dentro de la prisión, sino que estén más en contacto con el exterior, de manera que puedan acceder a trabajos de carácter comunitario como limpieza del bosque, de carreteras, etc. Actualmente, el trabajo juega un gran papel en el ámbito penitenciario como fuente de relaciones sociales. El trabajo penitenciario se establece sobre los mismos postulados que el realizado en libertad, y cualquier otra pretensión dentro de unas relaciones de producción capitalista corre el peligro de convertir al recluso-trabajador en un sujeto explotado¹²⁸².

¹²⁷⁹ BUENO ARÚS, F., “Notas sobre la Ley General Penitenciaria”, *Revista de Estudios penitenciarios*, nº. 220-223, 1978, p. 128.

¹²⁸⁰ Art. 93 del RP.

¹²⁸¹ La Junta de Tratamiento, adjudicará los puestos siguiendo un orden de prelación, a) a aquellos cuyo programa individualizado de tratamiento se contemple el desarrollo de una actividad laboral; b) los penados sobre los preventivos; c) la aptitud laboral en relación con las características del puesto de trabajo; d) la conducta penitenciaria; e) el tiempo de permanencia en el establecimiento penitenciario; f) las cargas familiares y, g) con el fin de propiciar que la preparación para la inserción laboral no se vea interrumpida con ocasión de traslados entre centros penitenciarios motivados por razones de arraigo familiar u otras que redunden en beneficio del preso, los que hubiesen desempeñado un puesto de trabajo en un centro penitenciario por un período superior a un año tendrán prioridad a la hora de acceder a puestos de trabajo vacantes del centro penitenciario de destino.

¹²⁸² MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., pp. 217-218. Es de la opinión, de que, cuantos mayores sean las dependencias del trabajo respecto de los fines preventivos mayores será las dificultades para lograr la identificación con el trabajo en libertad. Afirma que los inconvenientes de convertir el trabajo penitenciario en un elemento del tratamiento son numerosos y se materializan en especial en el status del recluso trabajador.

A la luz de lo examinado, lo que aquí nos interesa, es el derecho al trabajo, debiendo insistir en que al recluso le corresponde no por el mero hecho de ser un preso, sino porque ya le correspondía como ciudadano. No siendo un derecho que quede limitado por el contenido del fallo ni por el sentido de la pena.

3.2 Reseña histórica

Prisión y trabajo siempre han estado unidos, no se conoce una prisión sin trabajo. Desde los orígenes, la imposición del trabajo ha evolucionado junto con la pena, así en el Derecho Romano aparece la condena a trabajos forzados, en la Edad Moderna destacan los servicios en las galeras del Rey y en las minas, fortificaciones, obras públicas, etc. Llegando a ser, el trabajo, base para la corrección del preso, así como el trabajo fue base en los sistemas filadélficos¹²⁸³ y Auburn¹²⁸⁴.

Trayendo a colación el trabajo forzoso y en atención a la normativa actual, constitucionalmente se encuentra regulado en el artículo 25.2 cuando se afirma que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. También, como todos los derechos, tiene su justificación en los textos internacionales, así, y en relación al trabajo penitenciario, establece el Convenio de Roma en su artículo 4.2: “Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio”, y en el artículo 4.3 del mismo texto: “No se considera como “trabajo forzado u obligatorio” en el sentido del presente artículo: a) Todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad en las condiciones previstas por el artículo 5.º del presente Convenio, o durante su libertad condicional”.

De otro lado, el artículo 8.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece: “a) Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u

¹²⁸³ Lo que se pretendía crear era un aislamiento celular con trabajo forzado para los delincuentes peligrosos y un aislamiento y posterior trabajo en común bajo la regla del silencio para los delitos menos graves, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El trabajo penitenciario resocializador. Teoría y regulación positiva*, cit., p. 50.

¹²⁸⁴ Se caracterizaba por aumentar la productividad del trabajo institucional, se crean talleres y comienza a aparecer la masificación. Se utilizó el sistema de cuenta pública (*Public Account System*), caracterizado porque los productos “fabricados o elaborados” en la prisión son introducidos en el mercado libre bajo un precio.

obligatorio; b) el inciso precedente no podrá ser interpretado en el sentido de que prohíbe, en los países en los cuales ciertos delitos pueden ser castigados con la pena de prisión acompañada de trabajos forzados, el cumplimiento de una pena de trabajos forzados impuesta por un tribunal competente; c) no se considerarán como "trabajo forzoso u obligatorio", a los efectos de este párrafo". El Convenio n.º 29 sobre el Trabajo Forzoso de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo de 1930, en su artículo 1 manifiesta que "Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a suprimir, lo más pronto posible, el empleo del trabajo forzoso u obligatorio en todas sus formas", no se considera trabajo forzoso "cualquier trabajo o servicio que se exija a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial, a condición de que este trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado".

Además, en La Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 86ª reunión, Ginebra, junio de 1998, los Estados miembros deben de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir, la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio¹²⁸⁵.

Es característica la definición de *trabajo forzoso* que da la RAE, afirmando que se trata de "aquellos en que se ocupa por obligación el presidiario como parte de la pena de su delito", en la que equipara trabajo forzoso al llevado a cabo por los reclusos durante el cumplimiento de la condena. Por su parte, el artículo 33 del CP establece como una de las clases de pena los trabajos en beneficio de la comunidad, ¿deben ser considerados como trabajos forzosos? Dejando una puerta abierta para los que quieran planteárselo, no será objeto de análisis por las connotaciones políticas y filosóficas que puede conllevar, además de que se trata de un trabajo que no es llevado a cabo por los reclusos, por lo que no es predicable para la reinserción social desde la pena privativa de libertad, cuestión que es aquí la discutida.

¹²⁸⁵ El texto se encuentra disponible en <http://www.ilo.org/public/spanish/>

Por el contrario, lo que interesa es la cuestión de que, ni la Ley ni el Reglamento penitenciarios, manifiestan que el trabajo de los reclusos no deba ser forzoso, pese a ello, se desprende cuando indican que “no tendrá carácter aflictivo y no será aplicado como medida de corrección”¹²⁸⁶. A efectos de nuestro estudio, nos interesa concretar que el trabajo que realice un recluso no es considerado como trabajo forzoso, con independencia de que sea obligatorio o no. Aquellos trabajos que realicen para empresas privadas, en vista de que exista un contrato entre ambos, tampoco son considerados como trabajos forzosos. Por otra parte, el derecho al trabajo es entendido como una obligación de los poderes públicos de realizar una política de fomento del empleo¹²⁸⁷, mientras que el deber a trabajar se refiere al sentimiento de solidaridad que debe presidir las relaciones laborales o, como apunta Revuelto Martínez, “al principio ético que responde a una visión progresista del papel de la persona en las sociedad y quizás a una petición descalificadora de posiciones de privilegios y parasitismos”¹²⁸⁸.

3.3 Normativa reguladora. Conceptualización

El punto de partida, como en todos los derechos analizados, es el artículo 25.2 de la CE, que junto a la garantía de que los privados de libertad gozarán de los mismos derechos fundamentales, en todo caso, tendrán un trabajo remunerado. De otro lado, se encuentra el artículo 35 del mismo texto constitucional en el que se dictamina que “todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, [...]”¹²⁸⁹. La

¹²⁸⁶ Art. 26 a) de la LOGP. Por su parte el Reglamento no indica nada. Las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos en la Regla 71 “no deberá tener carácter aflictivo”; GARCÍA BÁSALO, “La integración del trabajo penitenciario en la economía nacional, incluida la remuneración de los reclusos Conferencia 17/1, 1960, p. 8; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Un deber (no obligación) y derecho de los privados de libertad: el trabajo penitenciario”, en BUENO ARÚS, F. y GARCÍA VALDÉS, C., *Lecciones de Derecho Penitenciario*, Europa Artes Gráficas, Salamanca, 1989, p. 115.

¹²⁸⁷ LÓPEZ GUERRA, L., en DE ESTÉBAN LÓPEZ GUERRA, “El régimen constitucional”, cit., p. 324.

¹²⁸⁸ ÁLVAREZ ALCOLEA, M. y REVUELTO MARTÍNEZ, M.C., “La huelga en el sector público”, *El derecho del trabajo ante el cambio social y político*, Anuario del Instituto de relaciones laborales, Zaragoza, 1977, p. 162.

¹²⁸⁹ En el ámbito penitenciario es el art. 4.2 f) del RP el que garantiza el derecho a un trabajo remunerado, mientras que el art. 133 lo regula como un deber, no obstante, nos remite al RD 782/2001, de 6 de junio, modificado por el RD 2131/2008, de 26 de diciembre; ver el Decreto 573/1967, de 16 de mayo, sobre asimilación de los internos a trabajadores por cuenta ajena; el Decreto de 17 de agosto de 1973, sobre ordenación del salario; la Ley 57/1980, de 8 de octubre, básica de empleo; el RD 920/1981, de 24 de abril sobre prestaciones por desempleo; el RD 868/2005, de 15 julio, Estatuto del Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo y, el RD 515/2005, de 6 mayo, sobre Circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad.

normativa penitenciaria lo regula como derecho, mas, atendiendo al vacío legal que existe en cuanto a la regulación del derecho fundamental del trabajo en los Centros penitenciarios, nos remitimos a las disposiciones generales del mismo. Es decir, lo regulado por el Estatuto de los Trabajadores, que lo caracteriza como relación especial¹²⁹⁰.

Toda esta normativa tiene como apoyo la legislación internacional relevante, así el artículo 23.1 de La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 dictamina que “toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”; las Reglas 71 a 76 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los reclusos establecen las bases para el trabajo en el Centro penitenciario considerando que el trabajo es obligatorio; la normativa mínima internacional de la ONU (1955) y del Consejo de Europa (1973) y la Reglas de Ginebra (R. 71-2) declaran que “todos los condenados serán sometidos a la obligación de trabajar, habida cuenta de su aptitud física y mental, según lo determine el médico”.

Ni la LOGP ni el RP contienen una definición de lo que debe entenderse por trabajo penitenciario, pero se establecen unas condiciones para el desarrollo del mismo que, en sentido amplio, pueden dar una definición. Así, se indica que no tendrá carácter aflictivo, no será aplicado como medida de corrección, no atentará a la dignidad del recluso, tendrá carácter formativo, creador o conservador de hábitos laborales, productivos o terapéuticos, con el fin de preparar para las condiciones normales del trabajo libre: Se organizará y planificará atendiendo a las aptitudes y cualificación profesional, de manera que satisfaga las aspiraciones laborales de los reclusos en cuanto sean compatibles con la organización y seguridad del Establecimiento. Será facilitado por la Administración, gozará de la protección dispensada por la legislación vigente en materia de Seguridad Social, y no se supeditará al logro de intereses económicos por la Administración¹²⁹¹. Del Reglamento se deduce que tiene que ser productivo, que además de un derecho es un deber, y constituye un elemento fundamental del tratamiento¹²⁹².

¹²⁹⁰ Con esta característica también se pronunciaba la Ley de Relaciones laborales de 1976, en su art. 3.1 (considera a la relación laboral de carácter especial a las actividades laborales de los internos en los centros penitenciarios en sus distintas modalidades y de acuerdo con su naturaleza específica).

¹²⁹¹ Art. 26 de la LOGP.

¹²⁹² Art. 132 del RP.

La RAE entiende por trabajo la ocupación retribuida, por lo que cualquier modalidad debe ser remunerada, incluso el de los reclusos. No obstante, hay conflictos doctrinales a la hora de definir el trabajo y en especial el trabajo penitenciario. De esta forma, para un sector doctrinal, como es el caso de Belaustegui, “el trabajo es para la disciplina de las prisiones lo que ésta es para la vida ordenada y regulada de los establecimientos, [...] sin trabajo es imposible sostener una disciplina consciente y ordenada que permita desarrollar un régimen apto para realizar una acción formativa y moralizadora”. Entiende que el trabajo representa el pasaje, en la cárcel, del estado de la necesidad a cualesquier satisfacción de aquél. Confirma, así, en la cárcel la regla fundamental de la zona *externa*; prepara al condenado a la reinserción en la *sociedad* simplemente repitiendo en el microcosmos carcelario la regla fundamental (relación necesidad-trabajo) que domina en el macro-cosmos social y que el *delincuente* había transgredido¹²⁹³.

Por otro lado, se encuentran los que argumentan que el derecho al trabajo es como una auténtica regla exigible al Estado, mantienen la idea de que es el derecho de todos los ciudadanos a un empleo, lo que supone el pleno empleo. Para lograr un alto nivel de pleno empleo, se tiene que reformar la fiscalidad y regular nuevamente las políticas asistenciales y la Seguridad Social¹²⁹⁴. Por lo anterior, es factible dar una explicación monista del derecho al trabajo de raíz liberal, incluyéndolo entre los derechos de libertad. En su seno cohabitarían la facultad de *disponer libremente* de la capacidad de trabajo y una obligación del poder público de *no-interferencia*. Si el derecho se refiere a la libertad de trabajar, se pueden encuadrar en él al derecho de trabajar, la libre elección de profesión, la libertad de ejercicio profesional, el ejercicio de actividades por cuenta propia y la libertad esgrimible frente a cláusulas de garantía sindical entre patronos y trabajadores. O, por el contrario, cabe recurrir a una tesis dualista como pretensión de trabajar, o derecho a la ocupación o permanencia, diferenciándolo de la libertad de trabajar¹²⁹⁵.

¹²⁹³ BELAUSTEGUI MAS, *Fundamentos del trabajo penitenciario*, Talleres Penitenciarios de Alcalá de Henares, Madrid, 1952, p. 84.

¹²⁹⁴ MIRAVET BERGÓN, P., “Trabajo y derechos sociales: por una desvinculación posible”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XVII, 2000, p. 374.

¹²⁹⁵ *Ibidem*, pp. 376-377; GARRIDO GÓMEZ, M.I., *Derechos fundamentales y Estado social y democrático de Derecho*, cit., p. 127.

Así como hay quienes aseguran -es el caso de Rey Pérez- que debe existir un principio de reciprocidad, es decir, el individuo no puede exigir nada a la comunidad si por su parte no realiza ninguna aportación, es la llamada filosofía del *workfare*¹²⁹⁶, supone el cumplimiento del deber de trabajar si se quiere subsistir, dichos autores se basan en un equilibrio entre libertad e igualdad.

A mayor abundamiento, Peces-Barba¹²⁹⁷ es de la opinión de que el trabajo es un elemento de difícil, cuando no imposible, reparto igualitario, incluso lo niega como derecho fundamental, lo hace en base a que los poderes públicos no son los principales empleadores, y ni siquiera un sector público amplio en una economía mixta, como es la de los Estados sociales, podría asumir esa carga¹²⁹⁸. Señala que “seguir sosteniendo que el trabajo es una exigencia para la autonomía moral del hombre sería condenar a una parte importante de la humanidad a la imposibilidad de su realización integral, de su independencia moral. E incluso, en ese sentido, ante la escasez, y si eso parece aceptable, ante el imposible contenido igualitario del trabajo, puede llegar a ser inmoral una defensa del trabajo que uno tiene, prescindiendo del contexto de paro que le rodea”. Su postura se debe al entender que los derechos humanos son pretensiones morales justificadas, susceptibles de ser reconocidas jurídicamente en una ley positiva para que puedan ser eficaces¹²⁹⁹. De modo que el derecho al trabajo no puede ser un auténtico derecho porque la realidad de escasez de empleos en la que vivimos impide su eficacia¹³⁰⁰. El argumento que defiende otro sector doctrinal es aquél que entiende que el trabajo es aquella actividad por la que una persona puede no sólo lograr unos medios materiales para su existencia independiente, sino también encontrar una autonomía satisfactoria y un reconocimiento por parte de los demás¹³⁰¹.

¹²⁹⁶ REY PÉREZ, J.L., *El Derecho al trabajo y el ingreso básico. ¿Cómo garantizar el derecho al trabajo?* cit., pp. 169 y ss.; HARVEY, P., “Direct Job Creation”, en WARNER, A., *Commitment to Full Employment: the Economics and Social Policy of William S. Vickrey*, M.E. Sharpe, Armonk, 2000.

¹²⁹⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “El socialismo y el derecho al trabajo”, *Sistema*, nº. 97, 1990, p. 9.

¹²⁹⁸ *Ibidem*, p. 110. Frente a esta postura está aquella que entiende que el garantizar el derecho al trabajo es compatible con la libertad de mercado.

¹²⁹⁹ REY PEREZ, J.L., *El Derecho al trabajo y el ingreso básico. ¿Cómo garantizar el derecho al trabajo?*, cit. p. 181.

¹³⁰⁰ *Ibidem*, p. 183, opinión en base a la teoría de Peces-Barba con la que Rey Pérez no está de acuerdo.

¹³⁰¹ QUENSEL, S., “Zur Arbeits- und Ausbildungssituation der Strafgefangenen und Entlassenen: Störung”, Bhandlung, Erwartung, en LÜDERSEN-SCHUMANN, Hrg., *Gewerkschaften und Strafvollzug*, Frankfurt, 1978, p. 90, citado por MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 216.

El trabajo puede ser definido como una realidad humana y social, construida en función de los significados, creencias y valores de una sociedad¹³⁰². Es medio para conseguir fines del que surgen relaciones interpersonales. Mas la doctrina ha manifestado en sucesivas ocasiones el problema de la definición del *trabajo*. Por su parte, De la Cuesta Arzamendi¹³⁰³, entiende que es trabajo penitenciario aquel que tiene lugar en el ámbito penitenciario, en prisión. Pero hay autores, como García Cordero, que engloban dentro de esta definición no sólo la actividad laboral de los presos en los Establecimientos penitenciarios, sino también la de los funcionarios¹³⁰⁴. En la actualidad la doctrina resalta el carácter fundamental del trabajo en prisión como base de la reeducación y reinserción social, de la resocialización, de manera que debe suponer garantía de los derechos del preso y la necesidad de aproximación al trabajo en la vida libre.

Al abordar el tema, se vislumbra un problema fundamental consistente en la multiplicidad de teorías, dificultando, en consecuencia, el concepto exacto del trabajo. Por tanto, lo que se defiende es que el derecho al trabajo es un derecho social que parte de la idea de que la libertad está unida a la capacidad y relacionada con los recursos necesarios para el ejercicio de esa libertad¹³⁰⁵. A efectos de nuestro estudio interesa concretar que, en cuanto al trabajo penitenciario, es De la Villa¹³⁰⁶ quien considera que para que el trabajo de un recluso sea considerado como trabajo en general y, por tanto, se incluya dentro del Derecho Laboral, debe tener una serie de características. Las citadas notas se resumen en que sea un trabajo libre, productivo, por cuenta ajena y dependiente, no pudiéndose considerar libre si por libertad se entiende libertad para trabajar o no trabajar, libertad para elegir una o varias de entre las actividades profesionales y libertad para iniciar, interrumpir, reanudar o abandonar el trabajo en cualquier momento.

¹³⁰² RUÍZ QUINTANILLA, S.A., *Introduction: The Meaning of Work*, European Work and Organizational Psychologist, nº. 1, 1991, pp. 81-89.

¹³⁰³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., "Trabajo. Introducción al capítulo II", en COBO DEL ROSAL, M., (dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M., (coord.), *Comentarios a la Legislación penal*, t. VI, vol. I, Edersa, Madrid, 1986, p. 401.

¹³⁰⁴ GARCÍA CORDERO, F., *Trabajo penitenciario*, Ponencia oficial al V Congreso Nacional Penitenciario, Hermosillo, 1974, p. 2 citado por DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., "Trabajo. Introducción al capítulo II", cit., p. 401.

¹³⁰⁵ AÑÓN ROIG, M.J., "El test de la inclusión: los derechos sociales", en ANTÓN, A., (coord.), *Trabajo, derechos sociales y globalización. Algunos retos para el siglo XXI*, Talasa, Madrid, 2000, p. 168.

¹³⁰⁶ DE LA VILLA, L.E., "La inclusión de los penados en el Derecho del Trabajo", *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº. 178-179, 1967, pp. 193 y ss., aunque es consciente de que el trabajador libre tampoco tiene libertad absoluta, (pp. 346 y ss.).

Esta libertad de trabajo hay que entenderla en el siguiente sentido: libertad para trabajar o no trabajar; libertad -sí se acepta la realización de un trabajo- para elegir una o varias alternativa, simultánea o sucesivamente de entre las actividades profesionales y, libertad para iniciar, interrumpir, reanudar o abandonar el trabajo en cualquier momento¹³⁰⁷. Uno de los problemas con los que nos encontramos es que, debido al sistema económico, se impide que todos los ciudadanos tengan la posibilidad de garantizar tal derecho, por ello se dice que el derecho al trabajo es un derecho sin garantía efectiva, salvo en lo que pudiera realizarse a través, únicamente, de las políticas de empleo sostenidas por los poderes públicos¹³⁰⁸. Este derecho al trabajo se caracteriza porque ha de proteger la parte más débil de la relación contractual¹³⁰⁹.

Desde esta perspectiva, cabe subrayar, que con el Estado Social se proyectan, también, sobre las cárceles, los derechos sociales implícitos en todas las políticas de resocialización y de reinserción social de quienes sufren penas de privación de libertad. Puede afirmarse, en definitiva, que el artículo 25 de la CE, concretando la definición de nuestra forma de Estado como social y democrático de Derecho, según postula el artículo 1.1 de la propia Constitución, se hace cargo de estas exigencias¹³¹⁰.

Después de todo lo indicado cabe la pregunta de qué realizan los presos, ¿un trabajo o una labor? Atendiendo a la distinción que realiza Standing¹³¹¹, al entender por labor la actividad que combina pensamiento creativo, conceptual y analítico junto con el uso de aptitudes o destrezas manuales. Y, de otro lado, entiende que en el trabajo hay una interacción entre los semejantes y con otras instituciones, y la labor es la actividad realizada bajo algún tipo de control ejercido por los otros, por las instituciones, por la

¹³⁰⁷ *Ibidem*, p. 204. Asegura que la experiencia demuestra que un trabajo puede ser libre, productivo, por cuenta ajena y dependiente y, sin embargo, no venir disciplinado por el Derecho del trabajo (p. 206).

¹³⁰⁸ BAYLOS GRAU, A., "El derecho al trabajo como derecho constitucional", *Cuadernos de Derecho Judicial, La protección de derechos fundamentales en el orden social*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p. 20. Esto hace que un sector de la doctrina opine que no estamos ante un verdadero derecho, sino ante una declaración programática de cierto valor indicativo. En palabras de Ferrajoli, "no hay derecho sin acción, y un derecho formalmente reconocido pero no justiciable es un derecho inexistente", FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías: la ley del más débil*, cit., p. 44.

¹³⁰⁹ Así lo señala ROMAGNOLI, U., "Del derecho del trabajo al Derecho para el trabajo", *Revista de Derecho Social*, nº. 2, 1998, p. 12; en este sentido, la STC 227/1998, de 26 de noviembre.

¹³¹⁰ PÉREZ LUÑO, A.E., "Las generaciones de derechos humanos en el ámbito penitenciario", en "Tendencias modernas en la Legislación penitenciaria", en VV.AA., *Derecho Penitenciario y Democracia*, Fundación El Monte, Sevilla, 1994, conferencia del 13 de noviembre de 1993, pp. 56-57.

¹³¹¹ STANDING, G., *Global Labour Flexibility. Seeking Distributive Justice*, MacMillan, Londres, 1999, pp. 3-9.

tecnología o por una combinación de las mismas. De modo que, el empleo cubre todas las formas de labor pero no todas las formas de trabajo. A la pregunta formulada cabe responder que la actividad realizada por los presos es una labor.

3.4 El trabajo penitenciario como derecho y deber

El hecho de que el trabajo sea un derecho y un deber, no sólo lo establece la Constitución, sino también el artículo 26 de la LOGP, al decir que “El trabajo será considerado como un derecho y como un deber del interno”¹³¹². Pese a ello, al ser un elemento fundamental del tratamiento tiene, en el ámbito penitenciario, carácter voluntario, debiendo reunir, además, unas condiciones. De esta forma, no tendrá carácter aflictivo, no será aplicado como medida de corrección, no podrá consistir en trabajos forzados, no atentará a la dignidad del interno (no siendo considerados como tales los trabajos destinados a la limpieza e higiene del Centro penitenciario).

Tendrá carácter formativo, creador o conservador de hábitos laborales, productivos o terapéutico, con el fin de preparar a los presos para las condiciones normales del trabajo libre, pese a que el trabajo en la prisión nada tiene que ver con el de la sociedad libre, al menos le sirve para adquirir hábitos y responsabilidades; se organizará y planificará, atendiendo a las aptitudes y cualificación profesional, de manera que satisfaga las aspiraciones laborales de los reclusos en cuanto sean compatibles con la organización y seguridad del establecimiento. Para ello se necesita de los medios adecuados que permitan la ejecución del trabajo, el problema estriba en que no hay trabajo para todos; será facilitado por la Administración, pero no hay exclusión de que sea facilitado por otros Organismos, sean personas físicas o jurídicas; gozará de la protección dispensada por la legislación vigente en materia de Seguridad Social, es decir, se registrarán por lo establecido por el RD 782/2001, de 6 de julio por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad; y no se supeditará al logro de intereses económicos por la administración, premisa clara donde se refleja la finalidad de resocialización de la pena privativa de libertad.

¹³¹² Art. 26 de la LOGP, el art. 133 del RP también lo define como derecho y deber. Es la normativa internacional de la ONU (1955), el Consejo de Europa (1973) y las Reglas de Ginebra (R 71-2) las que declaran que todos los condenados serán sometidos a la obligación de trabajar, habida cuenta de su aptitud física y mental, según lo determine el médico”. Doctrina reiterada por la STS de 5 de junio de 2006.

En suma, el principio del derecho y deber de trabajar se rompe en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los reclusos cuando indica que “al acusado deberá siempre ofrecérsele la posibilidad de trabajar, pero no se le requerirá a ello. Si trabaja, se le deberá remunerar”¹³¹³. De modo que parece que para los condenados es obligatorio el trabajo mientras que para los preventivos es optativo en base al principio de presunción de inocencia. Para Sánchez González¹³¹⁴, los condenados están exentos de la obligación de trabajar, por lo que supone un trato flagrantemente discriminatorio con respecto a todos los ciudadanos que no sean delincuentes.

En sentido amplio, la doctrina penitenciaria argumenta a favor de que el trabajo del preso haya de ser obligatorio, en base a considerar que el contenido de la pena es aflictivo y disciplinario pero, el contenido del trabajo es terapéutico y resocializador. No obstante, debe ser considerado, ante todo, como un derecho, en atención a la legislación penitenciaria en el artículo 4 del RP, y como derecho fundamental en atención al artículo 25 de la CE. En definitiva, esto se traduce en la obligación por parte de la Administración de suministrar el trabajo en los Centros penitenciarios, y no hay trabajo para todos.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional, manifiesta la obligación de crear la organización prestacional en la medida necesaria para proporcionar a todos unos puestos de trabajo y el derecho de éstos a una actividad laboral retributiva o puesto de trabajo dentro de las posibilidades de la organización penitenciaria existente¹³¹⁵. En la STC 17/1993, de 18 de enero sostiene que “la naturaleza y contenido del indicado derecho al trabajo penitenciario y a los beneficios de la Seguridad Social que establece el artículo 25 de la Constitución [...] dicho reconocimiento constitucional no supone su configuración como un verdadero derecho subjetivo perfecto del interno frente a la Administración, pero tampoco como una mera declaración dirigida a destacar la obligación positiva de la Administración penitenciaria de procurar al interno el efectivo disfrute de ese derecho, pues también aquí hay una exigencia complementaria

¹³¹³ Regla 89.

¹³¹⁴ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., “En torno a la igualdad y a la desigualdad”, en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., (coord.), *En torno a la igualdad y a la desigualdad*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 25.

¹³¹⁵ SSTC 172/1989, 19 octubre, Fj. 2; 17/1993, de 18 enero.

de la garantía fundamental de la participación en esa actividad de prestación de la Administración”¹³¹⁶.

En sentido crítico, De la Cuesta Arzamendi¹³¹⁷, asume que, si no se deduce del artículo 35.1 de la CE que el trabajo es un derecho subjetivo de “todos los españoles”; no cabe duda de que tampoco estamos ante un puro principio programático, sino ante una norma constitucional con plena vigencia y sus correspondientes medios de tutela o garantía, en cuanto al deber también debe plantearse si es un deber para todos los españoles. Manifiesta este autor que parece que los privados de libertad tiene un derecho al trabajo en sentido diferente al del artículo 35.1 de la CE.

En consecuencia, hay que partir de que el penado, como español, tiene un derecho y deber al trabajo, y en concreto, libertad de trabajar o elegir profesión. Según lo indicado, cabe preguntarse, si una vez reconocidos a los presos extranjeros como grupo diferenciado dentro de la prisión, tienen derecho al ejercicio del trabajo penitenciario, a lo que debemos contestar que sí en aplicación de la normativa sobre derechos y libertades de los extranjeros en España¹³¹⁸ establece que los extranjeros que reúnan los requisitos previstos tendrán derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como al acceso al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente.

Esta legislación vigente hace constar que los extranjeros residentes en España podrán acceder en igualdad de condiciones a puestos de trabajo y, en atención al artículo 13 de la CE, al afirmar que “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los

¹³¹⁶ En el derecho al trabajo del preso predomina así su carácter de derecho a prestación en cuanto que para hacerlo efectivo exige la organización de un sistema de prestación, habiendo de distinguirse en él la obligación de crear la organización prestacional en la medida necesaria para proporcionar a todos los internos un puesto de trabajo y el derecho de éstos a una actividad laboral retribuida dentro de las posibilidades de la organización penitenciaria existente. Por ello, para el interno es un derecho de aplicación progresiva, no pudiendo pretenderse, conforme a su naturaleza, su total exigencia de forma inmediata (SSTC 82/86, de 6 de junio y 2/87, de 21 de enero). Es en el segundo aspecto, partiendo ya de la existencia de un puesto de trabajo adecuado e idóneo, cuando el derecho del interno a ocuparlo adquiere plena consistencia y eficacia, exigible frente a la Administración penitenciaria en las condiciones legalmente establecidas. Tales derechos alcanzan relevancia constitucional únicamente si se acredita que en el Centro Penitenciario en el que se cumpla la condena existe puesto de trabajo a cuya adjudicación se tenga derecho dentro del orden de prelación establecido el cual no podrá ser arbitrario o discriminatorio.

¹³¹⁷ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “El trabajo. Derecho y deber del interno y medio de tratamiento. Características”, en COBO DEL ROSAL, M., (dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M., (coord.), *Comentarios a la Legislación penal*, t. VI, vol. I, cit., pp. 421-422.

¹³¹⁸ LO 7/85, de 1 de julio, en concreto, el art. 10.

Tratados y la Ley”, trae a colación la discrepancia doctrinal al entenderse que se habla de libertades públicas y no de derechos, pero, al abordar el tema del derecho al trabajo, el punto de partida es el término “en todo caso”¹³¹⁹ utilizado por la Constitución. Desde este punto de vista, es manifestación, para algunos autores, de que el penado no puede en ningún caso ser privado de tal derecho¹³²⁰, ni mucho menos al entender que estamos ante una relación de sujeción especial del recluso¹³²¹. Pese a que la normativa penitenciaria nada dice al respecto¹³²², lo cual nos lleva a afirmar que se encuentra incluido el extranjero condenado a pena de prisión amparándonos, además, en el artículo 3 de la LOGP que indica que los derechos que pueden ejercer los presos sin hacer distinción si son derechos para los presos nacionales o extranjeros. Desde esta perspectiva, cabe subrayar que los presos extranjeros tienen derecho al trabajo penitenciario, siendo para ellos la mejor salida de adaptación a la sociedad y de reinserción a la misma, de otro lado, se deduce que son los que más demandan el trabajo en los talleres de la prisión¹³²³.

Una vez analizado este paréntesis, cabe señalar que el recluso ya no compete en el mercado laboral, debido al sometimiento de la disciplina penitenciaria. Así puede reivindicar válidamente que el Estado asuma las correspondientes prestaciones resocializadoras y, sobre todo, la de proporcionar trabajo¹³²⁴. Por ello, tal como ha subrayado Mapelli, potenciar la preferencia del ex recluso en el mercado de trabajo no constituye privilegio alguno, sino compensación de dificultades con las que éste, y no los demás, obran¹³²⁵.

¹³¹⁹ Se refiere al art. 25.2 de la CE.

¹³²⁰ ORTUBAY FUENTES, M., “El trabajo remunerado como un derecho fundamental de los penados”, *Poder Judicial*, nº. 7, 1987, pp. 159 y ss.

¹³²¹ BUENO ARÚS, F., “Eficacia de los derechos fundamentales reconocidos a los reclusos de los Derechos en el artículo 25.2 de la Constitución española”, *X Jornadas de Estudio, Introducción a los Derechos Fundamentales*, vol. II, Madrid, 1988, p. 1096.

¹³²² Sobre este tema hace un estudio FERNÁNDEZ ARTIACH, P., *El trabajo de los internos*, cit., pp. 301 y ss. En cuanto a los presos extranjeros no comunitarios en Centros penitenciarios españoles me remito al estudio de FERNÁNDEZ ARTIACH, P., “La autorización para el trabajo de los extranjeros no comunitarios internos en centros penitenciarios españoles”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº. 12, 2006, pp. 49-62. En este artículo se efectúa un repaso de las dificultades, y se da cuenta de las normas que han venido, desde entonces, a solventar este problema, realizando un conciso análisis de las Instrucciones de 2005.

¹³²³ En este sentido, ORTÍZ GONZÁLEZ, A.L., “Prisión, extranjería, reeducación y reinserción: realidades difíciles de hacer compatibles. (Comentario sobre el Acuerdo del Consejo de Ministro de 1 de julio de 2005, relativo al procedimiento para autorizar actividades laborales a penados extranjeros en régimen abierto o en libertad condicional)”, *Cuadernos de Derecho Penitenciario*, nº. 16, 2009, pp. 24 y ss.

¹³²⁴ ORDÓÑEZ SÁNCHEZ, B., *El tratamiento penitenciario en Asociación Pro Derechos Humanos*, Madrid, 1985, p. 92.

¹³²⁵ *Ibidem*, pp. 93 y ss.

Pero, la realidad penitenciaria demuestra que no puede elegir entre trabajar y no trabajar, porque, en este caso, el deber de trabajo no es sólo una obligación político-social de alcance programático, sino una obligación legal, directa e inmediata¹³²⁶. El preso no tiene libertad para iniciar, interrumpir, reanudar o abandonar el trabajo en cualquier momento, pero el trabajador-penado *no se encuentra muy lejos, en este orden de cosas*, del llamado trabajador-libre. En realidad, ninguno de los dos tiene libertad plena y absoluta para trabajar o no trabajar; para el trabajador libre, puede incluso, a diferencia del penado, elegir no sólo la actividad profesional, sino la persona para la que se trabaja. La otra diferencia es que cabe afirmar que el trabajo de los penados, tal y como se regula en el Derecho español, *no es sustantivamente apto para ingresar de suyo en el Derecho laboral*, por faltarle uno de los presupuestos sustantivos, a saber, el presupuesto de la libertad¹³²⁷.

Por su parte, De la Cuesta Arzamendi¹³²⁸ se encargó de afirmar que la imposición obligatoria del trabajo a los penados no es permitida por la normativa mínima internacional, pero tal idea dejó de ser criticada puesto que constitucionalmente se regula el trabajo como un derecho y un deber, no considerándose el deber como obligación¹³²⁹. Consideró, este autor que, para que el trabajo del recluso sea semejante al trabajo libre, es necesaria la consideración del recluso como un trabajador más, en sentido estricto, y el reconocimiento de todos los derechos individuales y de la autonomía colectiva de los trabajadores¹³³⁰. Apunta, de otro lado, que al mantenerse, sin ningún género de dudas, este carácter obligatorio se asienta un principio de discriminación del recluso frente al ciudadano libre de extraordinaria trascendencia. Si el trabajo penitenciario es considerado como un deber, nada tiene que ver con la

¹³²⁶ DE LA VILLA, L.E., “La inclusión de los penados en el Derecho del Trabajo”, cit., pp. 205-206.

¹³²⁷ *Ibidem*, pp. 193 y ss.

¹³²⁸ DE LA CUESTA ARZAMENDI, “La regulación internacional del trabajo penitenciario”, *Doctrina Penal*, n.º. 19, 1982, pp. 397 y ss.

¹³²⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Un deber (no obligación) y derecho de los privados de libertad: el trabajo penitenciario”, cit., pp. 93 y ss.; MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., pp. 227 y ss.; DE LA MONERA VICENTE, E., “Aspectos del derecho, el deber y la obligación de trabajar en lo penitenciario”, *Actividad laboral penitenciaria*, n.º. 7, 1982, pp. 3 y ss.

¹³³⁰ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Clases de Trabajo Penitenciario. Régimen jurídico”, en COBO DEL ROSAL, M., (dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M., (coord.), *Comentarios a la Legislación penal*, t. VI, vol. I, cit., p. 449.

finalidad resocializadora, no podemos desconsiderar las dificultades que originan las circunstancias de que se encuentran privados de libertad unido a la seguridad y orden en los Centros penitenciarios. Parece que la ley penitenciaria establece el carácter de obligatorio para el disfrute de los beneficios penitenciarios, siendo un postulado que no es exigido al “libre”¹³³¹.

En cuanto a la obligación del trabajo García Basolo argumenta dos teorías¹³³². De un lado, un razonamiento represivo en el sentido de que se consideraba un derecho del Estado la determinación del contenido de las sanciones que impone, destacándose el interés que la actividad laboral dura y penosa puede alcanzar como “modalidad de ejecución” de la pena privativa de libertad, teoría que ha sido abandonada. Y, de otro lado, la tesis utilitaria, entendiendo que por razones disciplinarias, económicas, regiminales o de tratamiento defienden el interés en la sujeción forzosa de los penados a la actividad laboral. De modo que se defiende la importancia del trabajo penitenciario en el régimen o el tratamiento para justificar la necesidad y conveniencia del desarrollo de una actividad laboral en prisión que, no puede ser sino impuesta de modo obligatorio, al menos para los condenados. Bajo esta perspectiva cabe subrayar que si del derecho al trabajo se deriva que es una obligación por parte del Estado, el establecer el trabajo en las prisiones sería, asimismo, otra obligación, de lo contrario el Estado estaría eludiendo un deber.

En suma, la obligatoriedad que establece el artículo 29 de la LOGP lo es para todo tipo de trabajo que se lleve a cabo en la prisión, puesto que el artículo 27 del mismo texto legal agrupa todas las modalidades ocupacionales que pueden realizarse. Pero, en consecuencia, lo que se pretende con esta obligatoriedad no es que el recluso trabaje, sino que practique una actividad con sentido resocializador para la pena privativa de libertad, en virtud del principio constitucional y legal de jerarquía normativa.

¹³³¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El trabajo penitenciario resocializador. Teoría y regulación positiva*, cit., p. 277.

¹³³² GARCÍA BÁSALO, “La integración del trabajo penitenciario en la economía nacional, incluida la remuneración de los reclusos”, cit., pp. 111-112.

Mapelli¹³³³ señala las siguientes características del trabajo penitenciario: es un derecho y un deber del recluso; es un elemento fundamental del tratamiento; no tendrá carácter aflictivo ni será aplicado como medida de corrección; no atentará contra la dignidad de la persona; tendrá carácter formativo, productivo o conservador de los hábitos laborales; será fomentado por la Administración penitenciaria; y no se supeditarán al logro de intereses económicos por parte de la administración. Mapelli ha criticado el trabajo penitenciario como deber ya que “se corresponde a una coerción expresa que no tiene paralelismo con el deber regulado en el artículo 35.1 de la CE, dice que sería recomendable una liberalización absoluta en lo penitenciario de todas las modalidades de trabajo de reclusos que tuviese naturaleza laboral, de esta forma se garantiza no sólo la identificación plena, sino también la igualdad de los trabajadores libres y los reclusos. Sin embargo [...] debe de soportar dos regímenes jurídicos, el propiamente laboral y el penitenciario, [...]”.

Establece unas diferencias entre los artículos 35 y el 25 de la CE al indicar que el campo de aplicación al que hace referencia el artículo 35 de la CE es a todos los españoles, mientras que el del artículo 25 de la CE y las normas penitenciarias es a los que se encuentren cumpliendo una pena de prisión. De otro lado, la naturaleza del derecho al trabajo del artículo 35 es social, la del artículo 25 es la de ser un derecho fundamental; el artículo 35 dictamina que el trabajo productivo debe ser remunerado, el artículo 25 exige que se trate de un trabajo remunerado no especificando que haya de ser el productivo; el artículo 35 entiende por trabajo aquel que es remunerado, el artículo 25 entiende por trabajo, además otras actividades, incluso que no conlleven una contraprestación económica; el artículo 35 asevera que el trabajo es un derecho y un deber, el artículo 25 también lo indica. No obstante, ni la Ley ni el Reglamento recogen nada sobre los reclusos que no quieren trabajar, pero sí recogen un régimen disciplinario para los que estén trabajando. De otro lado, los preventivos no están obligados a trabajar.

Se apela a la derogación de los preceptos que de forma tajante establecen el deber de trabajar. En contraposición, se encuentran los que abogan por la tesis, siendo

¹³³³ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., pp. 169 y ss.

una de las diferencias señaladas, de que el trabajo penitenciario es un trabajo obligatorio y no libre¹³³⁴, así como que tienen un carácter resocializador que no lo tiene el contrato de trabajo realizado fuera de la prisión. No obstante, la LOGP sólo prevé que se determine de igual manera que el trabajo libre en lo referente a los horarios (art. 33.1, b), en la protección de la Seguridad Social (art. 26 f), en las condiciones de seguridad e higiene (art. 27.2), y en la resolución de conflictos (art. 34). Pero, encontramos numerosas diferencias con respecto al trabajo libre, por ejemplo, no existe una continuidad en el trabajo, no hay despidos o indemnizaciones por los mismos. Es en estos detalles donde se observa que el trabajo penitenciario es un trabajo terapéutico como base del tratamiento penitenciario para la reeducación y reinserción social. Desde estas coordenadas, Palomeque¹³³⁵ defiende la incorporación de los penados al elenco de derecho de los trabajadores libres, con las limitaciones que sean precisas, pero sólo para el trabajo que realizan los reclusos por y para el establecimiento.

3.5 Igualdad en el trabajo penitenciario

a) Supuestos en los que se recurre a la igualdad de derechos

a.1) Trabajo penitenciario remunerado

Partimos de la premisa de que se trata de un derecho recogido constitucionalmente en el artículo 25.2 cuando afirma que, en todo caso, los presos tendrán un trabajo remunerado¹³³⁶, interesa por las discrepancias doctrinales que ha conllevado. Pero en la propia normativa penitenciaria ya existe la discrepancia. Así si el artículo 33.1c) de la LOGP establece que la Administración “velará por que la retribución sea conforme al rendimiento, categoría profesional y clase de actividad desempeñada”; es el artículo 15 del RD 782/2001 el que no tiene en cuenta la clase de actividad desempeñada, sólo en el rendimiento y en el horario, con lo que infringe la jerarquía normativa y la asimilación al trabajo libre.

¹³³⁴ COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J., “Artículo 25.2”, *Comentarios a las Leyes Políticas, Constitución española de 1978*, t. III, Edersa, Madrid, 1984, p. 227.

¹³³⁵ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “La relación laboral de los penados en instituciones penitenciarias”, *REDT*, nº. 9, 1982, p. 567.

¹³³⁶ También se encuentra recogido en el art. 5 del RD 782/2001, dando a entender que sólo el trabajo productivo es el remunerado. En la Regla 76. 1 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los reclusos cuando establece que el trabajo de los reclusos deberá ser remunerado de una manera equitativa; y en el art. 4.2 f) del RP.

Un sector de la doctrina -entre ellos Bueno Arús¹³³⁷- entiende que la Administración penitenciaria ha de proporcionar un trabajo remunerado al preso; de otro lado, otro sector -como Cobo del Rosal-, indica que existe una obligación genérica de los poderes públicos relativos al fomento de empleo, no muy distinta de la que, con carácter general, se deriva del artículo 35 de la CE¹³³⁸. Para Alzaga Villaamil¹³³⁹ el término que utiliza la Constitución de *en todo caso* tendrá derecho a un trabajo remunerado sobra, porque puede dificultar el tratamiento penitenciario de los delincuentes más peligrosos, pues cabe preguntarse, ¿cómo se facilita un trabajo remunerado a quien, por su mala conducta ha tenido que ser recluido en una celda de castigo? Se parte, por tanto, de la idea de que el trabajo es necesario en el sistema democrático.

A efectos de nuestro estudio, interesa concretar que la tesis defendida por la jurisprudencia constitucional se fundamenta en defender que el derecho al trabajo supone un específico deber de la Administración penitenciaria de crear y proporcionar los puestos de trabajo que permitan sus disponibilidades presupuestarias. La jurisprudencia reiterada del Tribunal se basa en dos aspectos, de un lado, la obligación de crear la organización prestacional en la medida necesaria para proporcionar a todos los presos un puesto de trabajo y, de otro lado, el derecho de éstos a una actividad laboral retribuida o puesto de trabajo dentro de las posibilidades de organización penitenciaria¹³⁴⁰, con la doble condición de derecho subjetivo y de elemento esencial del ordenamiento jurídico exigible ante la Administración penitenciaria, en las condiciones que establece el artículo 26 e) de la LOGP¹³⁴¹.

¹³³⁷ Entre otros, BUENO ARÚS, F., “Notas sobre la Ley General Penitenciaria”, cit., p. 128.

¹³³⁸ Entre otros, COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J., *Derechos fundamentales*, cit., p. 227; GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de Ciencia penitenciaria*, cit., p. 345.

¹³³⁹ ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a la Constitución*, cit., pp. 100 y ss.

¹³⁴⁰ STC 172/1989, de 19 de octubre, Fj. 3; STS 5 de junio de 2006, donde se unifica la doctrina sobre la cuestión: en una relación laboral penitenciaria de carácter productivo por cuenta ajena, la retribución debe fijarse en relación al salario fijado en el convenio colectivo, o, subsidiariamente, en el salario mínimo interprofesional, o, por el contrario, debe hacerse abstracción de las normas estatutarias o de la paccionada.

¹³⁴¹ SSTC 25/1981, de 14 de julio; 49/1982, de 14 de julio; 163/1986, de 17 de diciembre; 200/2001, de 4 de octubre; 119/2002, de 20 de mayo; y la STS de 17 de mayo de 2000, entre otras; en este sentido, PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “El derecho constitucional de igualdad en las relaciones de trabajo”, *Documentación Laboral*, nº. 8, 1983; QUESADA SEGURA, R., “No discriminación en las relaciones laborales”, *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 1998; RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J., “¿Igualdad o no discriminación en las relaciones de trabajo (en torno al artículo 17.1)”, *El Estatuto de los Trabajadores veinte años después*, nº. 100, t. I, Madrid, 2000.

Tema muy discutido doctrinalmente, SAGARDOY, J.A., “La instrumentación jurídica de la suficiencia del salario”, *Revista Política Social*, nº. 85, 1970; LYON-CAEN, G., *Traité de Droit du*

Manifiesta, en consecuencia, la necesidad del derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, determinándose, la remuneración en función del rendimiento normal de la actividad de que se trate y del horario de trabajo efectivamente cumplido. Esta retribución es fijada anualmente¹³⁴², lo cual vulnera el principio de igualdad porque no cabe la posibilidad, al menos no es reflejada, de que se puedan negociar individualmente las condiciones de salario y de trabajo, quizás, por la relación de especial sujeción. El hecho de que el trabajo del preso realizado en los Centros penitenciarios sea remunerado hace que sea posible una integración social, en el sentido de que, en la medida de lo posible, es “equiparado” al trabajo de la sociedad libre. Supone un “no alejamiento” de la realidad¹³⁴³. Y supone, además, la participación social, tener derechos como la asistencia sanitaria, subsidio, etc., se busca, en suma, una plena igualdad dentro de la prisión, que todos tengan las mismas posibilidades de acceder al trabajo ofrecido por la Administración penitenciaria.

En lo que se refiere al salario, que sabemos que es un bien escaso en lo que respecta al trabajo penitenciario, la suficiencia del mismo plantea problemas jurídicos, sobre todo en lo referente al salario mínimo interprofesional, discutiéndose por la

Travail, Les salaires, París, 1967; CARDENAL CARRO, M., “La “racionalización” y aumento de cuantía del salario mínimo interprofesional”, *Aranzadi Social*, nº. 7-8, 2004, pp. 9-22; DOMINGO ARAGÓN, J., “Las cláusulas de “blindaje” desde la perspectiva laboral”, *Actualidad Laboral*, nº. 14, 2006, pp. 1698-1713; GARCÍA DE PAREDES, M.L., “Retribución salarial y principio de igualdad. Comentario a la STS (Sala 4ª) de 19 octubre de 2003”, *Actualidad Laboral*, nº. 4, 2004. STC 31/1984, de 7 de marzo en la que se esboza una doctrina muy elaborada indicando “Un Estado social y democrático de Derecho que propugna entre los valores superiores de su ordenamiento jurídico la justicia y la igualdad, y en el que se encomienda a todos los poderes públicos el promover las condiciones para la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, ha de complementar aquel sistema de determinación del mínimo salarial estableciendo desde los poderes a los que compete la gobernación unos techos salariales mínimos que, respondiendo a aquellos valores de justicia e igualdad, den efectividad al también mandato constitucional contenido en el artículo 35.1.[...]”.

¹³⁴² Art. 15.3 del RD 782/2001.

¹³⁴³ Las Comunidades Autónomas realizan Leyes contra la exclusión social, el País Vasco la Ley 12/1998; MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C., *El derecho a la renta de inserción. Estudio de su régimen jurídico*, Comares, Granada, 1999; MORENO I GENÉ, J., *El nuevo régimen jurídico de la renta activa de inserción: (a propósito del Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre)*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007; ESTEBAN LEGARRETA, R., *La renta activa de inserción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006; BELTRAN DE HEREDIA RUÍZ, I., “La renta activa de inserción a la luz del Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre: una reforma inacabada”, *La Ley*, nº. 1, 2007, pp. 1835-1849; FARRELL, M., *Spain in the EU: the road to economic convergence*, Palgrave, Nueva York, 2001; LÓPEZ-ARANGUREN MARCOS, L.M., *Las empresas de inserción en España: un marco de aprendizaje para la inserción laboral*, CES, Madrid, 2002; RICHARDS, P., *Hacia el objetivo del pleno empleo: tendencias, obstáculos y políticas*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2002; FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., “La noción jurídica de empleo adecuado”, *Tribuna Social*, nº. 149, 2003, pp.11-22.

doctrina si es salario suficiente. Como acertadamente apunta Mapelli¹³⁴⁴, el inciso tercero del artículo 25.2 de la CE contiene el status jurídico mínimo del recluso, además, es preciso apuntar que en él no se contiene ninguna obligación de trabajar para el penado, bien al contrario, se establece la prohibición expresa de los trabajos forzados. La Constitución no señala para el recluso ninguna obligación de trabajar, cosa que sí hace, en cambio, para el ciudadano libre. De manera que el penado tan sólo como parte de ese “todos los españoles” a que se refiere el artículo 35, y en esa misma medida debe sentirse obligado a trabajar¹³⁴⁵.

Otra de las cuestiones, es el planteamiento de si el trabajo remunerado y, por tanto, todo lo que conlleva la seguridad social del trabajo, es un derecho fundamental de los reclusos. De un lado, se hace un planteamiento en cuanto a la ubicación del artículo 25.2 de la CE, precepto que afirma que el trabajo de los presos ha de ser remunerado “en todo caso”, en consecuencia, es un derecho fundamental. De otro lado, es reiterada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional cuando indica que “[...] allí donde, dentro de la Sección 1ª, se reconozca un derecho [...] su configuración como fundamental es precisamente el presupuesto de su ubicación [...]”¹³⁴⁶. No obstante, nos encontramos con jurisprudencia constitucional -como el ATC de 14 de marzo de 1988, que lo configura como un derecho “de aplicación progresiva” susceptible de ser exigido, únicamente, si la Administración tiene medios para ello y no cuando “realmente exista imposibilidad material de satisfacerlo”- que advierte que estamos ante “un derecho de aplicación progresiva¹³⁴⁷, 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 inmediata¹³⁴⁸, como derecho a la actividad laboral dentro de la organización prestacional existente, sí debe reconocerse una

¹³⁴⁴ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 167.

¹³⁴⁵ En cuanto a los complementos salariales el RP guarda silencio, pero deben entenderse incluidos en virtud de la referencia que el art. 33.1.c) de la LOGP hace a “la clase de actividad”. Igualmente, ante el silencio del RD 782/2001 es aplicable supletoriamente el derecho a anticipos a cuenta del trabajo ya realizado del art. 29.1 del ET, así como el 10% de interés de mora en el pago del salario adeudado, a que alude el art. 29.3 del ET.

¹³⁴⁶ STC 26/1987, de 27 de febrero, Fj. 4.

¹³⁴⁷ No obstante, la primera vez que el TC utilizó dicha expresión fue en la Sentencia 82/1986, de 26 de junio, con motivo de resolver un recurso de constitucionalidad de la Ley 10/1982, de 24 de noviembre del Parlamento Vasco, de normalización del uso del euskera. BUENO ARÚS, F., “De nuevo sobre el derecho de los reclusos a un trabajo remunerado”, *Poder Judicial*, nº. 12, 1988, p. 117 manifiesta que es un término utilizado incorrectamente.

¹³⁴⁸ SSTC 25/1981, de 14 de julio; 82/1986, de 26 de junio; 163/1986, de 17 de diciembre; 2/1987, de 21 de enero.

situación jurídica plenamente identificable con un derecho fundamental del interno, con la doble condición de derecho subjetivo y elemento esencial del ordenamiento jurídico, exigible frente a la Administración penitenciaria en las condiciones legalmente establecidas [...], tanto en vía jurisdiccional como, en su caso, en sede constitucional a través del recurso de amparo”¹³⁴⁹.

Frente a configurarlo como de aplicación progresiva, la doctrina española -en este caso, De la Cuesta Arzamandi- ha criticado la decisión del Tribunal manifestando que “el recurso a la argumentación jurídica ha servido de vía para la negación, en la práctica, de un derecho fundamental tan importante en prisión como es el derecho al trabajo. En efecto, el curioso trasplante a este campo de la discutible noción de “derecho de aplicación progresiva” permite al Tribunal negar el contenido constitucional de la cuestión planteada”¹³⁵⁰.

a.2) Otras igualdades a tener en cuenta

Es aquí donde tiene cabida el tema de los *permisos laborales*, conforme a los cuales la normativa penitenciaria reconoce que el trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo durante cualquier clase de permiso o salida autorizada. Las ausencias no serán retribuidas¹³⁵¹. La mayoría de estos permisos, a mi juicio, dependerá, en el caso de los permisos de salida, de la Junta de Tratamiento. De otro lado, se encuentra la cuestión de las *vacaciones*, se establece como derecho laboral básico del trabajador recluso el descanso semanal y las vacaciones anuales¹³⁵². Pero no establece el cuánto ni el cómo, a lo que cabe responder que serán anuales y en ningún caso la duración será inferior a treinta días naturales, y que serán dentro del Centro penitenciario, puesto que se trata de un derecho afectado por el cumplimiento de la condena.

Además, interesa poner en evidencia que la Seguridad Social, debido a que no supone un derecho que pueda incidir en la reinserción de los reclusos, se advierte que los presos trabajadores sujetos a la relación laboral especial penitenciaria quedarán

¹³⁴⁹ STC 172/1989, de 19 de octubre, Fj. 3.

¹³⁵⁰ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Diez Años Después: el trabajo penitenciario”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, extra 1, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, p. 79.

¹³⁵¹ Pero, como normativa supletoria se aplica el art. 37.3 del ET.

¹³⁵² Art. 5.1 c) del RD 782/2001 y art. 38 del ET.

incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social y gozarán de la prestación de asistencia sanitaria, así como de la acción protectora del mismo en las situaciones de maternidad, riesgo durante el embarazo, incapacidad permanente, muerte y supervivencia derivadas de enfermedad común y accidente no laboral, jubilación y situaciones derivadas de las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional¹³⁵³. Este precepto omite la inclusión de la prestación de incapacidad temporal, lo cual significa la vulneración del artículo 26.f) de la LOGP -que establece que en el desarrollo del trabajo los penados gocen de la protección dispensada por la legislación vigente en materia de Seguridad Social-¹³⁵⁴.

En consecuencia, la Administración penitenciaria velará porque la retribución sea conforme al rendimiento, categoría profesional y clase de actividad desempeñada¹³⁵⁵. Pero el Decreto¹³⁵⁶ que desarrolla el RP no establece una categoría de la actividad laboral desempeñada, lo que en opinión de algunos “infringe el principio de jerarquía normativa y el de asimilación al trabajo en libertad”¹³⁵⁷. Pero, el que los liberados que se hayan inscrito en la oficina de empleo dentro de los quince días siguientes a su excarcelación y no hayan recibido una oferta de trabajo adecuada tendrán derecho a la prestación por desempleo en las condiciones que reglamentariamente se establezcan, genera confusión en el sentido de que si se entiende que el trabajador penitenciario ha cotizado en razón a un régimen general que acoge la situación por desempleo, deberá percibir la prestación de acuerdo con la normativa general. Pero, si lo que la norma pretende es que la perciba por el hecho de ser liberado, no encaja con la pretensión en las condiciones que establecen las disposiciones.

Ni la Ley ni el Reglamento penitenciarios habla de ciertos derechos que pueden acompañar al trabajo, como el realizar *horas extraordinarias*. Pese a ello, no significa que no sean reconocidas pero, tampoco, que las rechace. En suma, ante el silencio de la

¹³⁵³ Art. 19 del RD 782/2001, y art. 215.1.1.d) del RD Legislativo 1/1994, de 20 de Junio el cual acoge, dentro del ámbito protector del subsidio de desempleo, a los liberados de prisión, siempre que sea de una duración superior a los 6 meses y no tenga derecho a la prestación contributiva por desempleo.

¹³⁵⁴ La STS de 12 de noviembre de 1996. En el mismo sentido, el ATS 1161/1998, de 22 de septiembre y, la STSJ Sala de lo Social de Cataluña de 5 de febrero de 2002, Fj. 2.

¹³⁵⁵ Art. 33.1 c) de la LOGP.

¹³⁵⁶ Art. 15 del RD 782/2001, indica que la retribución se determinará en función del rendimiento normal de la actividad de que se trate y del horario de trabajo cumplido.

¹³⁵⁷ ELÍAS ORTEGA, A., “Aspectos de interés práctico en la regulación de la relación laboral especial penitenciaria”, *Cuadernos de Derecho penitenciario*, nº. 10, p. 9.

Ley y Reglamento penitenciarios, es aplicable la Ley de Relaciones Laborales, el ET, la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social y el RD 782/2001, siempre que no afecte al orden y la seguridad en los Centros penitenciarios y no sea incompatible con el cumplimiento de la condena. No obstante, no habrá ningún preso que realice horas extras debido a que la lista de espera para acceder a un puesto es numerosa, y si el trabajo es considerado como derecho, todos tienen derecho al acceso al mismo, y si es parte del tratamiento penitenciario, también.

En cuanto a *accidentes laborales*¹³⁵⁸, se trata de intensificar aquellos aspectos de prevención de riesgos laborales¹³⁵⁹. De otro lado, varias sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (como la de 5 de mayo de 2000, que se refiere al abandono del puesto de trabajo por parte de un recluso, argumentando que “[...] en esta especial relación no existe como causa de extinción la del despido del trabajador, en los términos del art. 54 y 55 ETT [...]” y la de 25 de septiembre de 2000) han resuelto que no existe la figura del despido en la relación laboral especial penitenciaria¹³⁶⁰.

Por último, el *derecho de sindicación* puede ser ejercido por los reclusos ya que no existe ninguna limitación expresa en la Ley o Reglamento penitenciarios¹³⁶¹, siendo la misma la más acertada a mi juicio y opinión, además, compartida por Lamarca¹³⁶² al considerar que no se trata de un derecho que pueda afectar a la seguridad nacional o la orden público, entendiendo que la sindicación es un derecho de los trabajadores en tanto que trabajadores, no en tanto reclusos. No encuentra obstáculo en el reconocimiento del mismo exponiendo las siguientes razones: defensa de los intereses laborales del recluso-trabajador; contactos permanentes con los compañeros de trabajo; posibilidades de ayuda para encontrar trabajo tras la liberación y, ayuda en el campo de la formación y

¹³⁵⁸ Partimos de la I 11/2001, de 22 de octubre, que viene a establecer la gestión de las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional a través de una Mutua.

¹³⁵⁹ Regla 26.14 de las RPE.

¹³⁶⁰ SOLER ARREBOLA, J.A., “El despido en la relación laboral especial penitenciaria (Comentario a la STS de 5 de mayo de 2000)”, *Tribunal social: Revista de Seguridad social y laboral*, n.º. 121, 2001, pp. 37-44; ELIAS ORTEGA, A., *Aspectos de interés práctico en la regulación de la relación laboral especial penitenciaria*, disponible en www.derecho.penitenciario.com, última consulta el 11 de marzo de 2010; STSJ Sala de lo Social, n.º. 338, de 31 de enero de 2006, argumentando que el despido disciplinario constituye una institución ajena a la relación especial de los penados en establecimientos penitenciarios, en el RD en ninguno de sus apartados se contempla el despido sino la extinción por las causas allí previstas.

¹³⁶¹ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., pp. 230 y ss.

¹³⁶² LAMARCA PÉREZ, C., “Los derechos de los presos”, cit., p. 97.

de la experiencia laboral¹³⁶³. En contraposición, se encuentra la postura de Bueno Arús¹³⁶⁴, aseverando que hay que rechazar el pretendido derecho a la luz de lo dispuesto en el artículo 8.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966, según el cual “El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos”, precepto, que a su juicio, resulta indudablemente aplicable a la situación de los Establecimientos penitenciarios, salvo, tal vez, las prisiones abiertas. Desde el punto de vista de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es siempre una proyección de la defensa y promoción del interés de los trabajadores¹³⁶⁵.

Pese a que teniendo en cuenta que la relación laboral, aunque especial, de los penados en las Instituciones penitenciarias, respetará los derechos básicos reconocidos por la Constitución, hay una serie de derechos que por razones de orden y seguridad en los Centros penitenciarios son limitados en cuanto a su ejercicio, además de las discrepancias doctrinales en cuanto a su aplicación o no en el ejercicio por un preso en la prisión.

En este sentido, se admite, de un lado, la defensa del trabajador mediante el *conflicto individual*¹³⁶⁶ pero, no mediante el colectivo. Por tanto, se excluye el derecho de huelga, el cual comprende el cese del trabajo persiguiendo unas condiciones. Pese a ello, el Tribunal Constitucional ha definido el derecho a la huelga como el derecho de los trabajadores a colocar el contrato de trabajo en una fase de suspensión y de ese modo limitar la libertad del empresario¹³⁶⁷. La cuestión a debatir en el ámbito penitenciario se traduce en que si entendemos que los presos tienen un contrato de

¹³⁶³ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., pp. 232-233.

¹³⁶⁴ BUENO ARÚS, F., “Derechos de los internos”, en COBO DEL ROSAL, M., (dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M., (coord.), *Comentarios a la legislación penal*, t. VI, vol. 1, cit., pp. 71-72.

¹³⁶⁵ STC 52/1992, de 8 de abril, Fj. 3.

¹³⁶⁶ Art. 34 de la LOGP.

¹³⁶⁷ GOIG MARTÍNEZ, J.M., “Los derechos económicos y sociales”, en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 442.

trabajo con la Administración penitenciaria, y ésta es considerada como empresario, y si trabajan para empresas de fuera del recinto penitenciario, tienen entonces derecho a la huelga.

En cuanto al *derecho a la negociación colectiva* regulado en el artículo 37.1 de la CE, resulta un tanto imposible de aplicación en las cárceles atendiendo a las exigencias del régimen de vida en la prisión, además, es la Administración la que tiene plena competencia en la dirección y control de la actividad laboral¹³⁶⁸ siendo la que fija las condiciones principales del trabajo penitenciario. También, se le es negado el derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo, pese a que, constitucionalmente, se encuentre declarado para los trabajadores y empresarios¹³⁶⁹.

Y, el *derecho de reunión laboral*, regulado en el artículo 21 de la CE, resulta ser un derecho que no se encuentra expresamente negado a los privados de libertad siendo necesario para la correcta participación en la empresa, salvo en los casos de régimen cerrado.

Por último, no debemos confundir el trabajo con las llamadas *prestaciones personales obligatorias* que son impuestas por la Administración penitenciaria¹³⁷⁰, consistente en prestaciones para el buen orden y limpieza de los Establecimientos, asimismo, se debe tener en cuenta la obligación de respetar el horario del Centro, cumplir y colaborar con las medidas de higiene y sanitarias que se adopten, procurando que las instalaciones se encuentren siempre limpias y haciendo un buen uso de las mismas. Para una adecuada diferenciación entre ambos conceptos hay que tener en cuenta la jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Cádiz en Auto de 11 de marzo de 2003, cuando afirma que: “[...] materialmente ambos trabajos o servicios se confunden; se trata, en definitiva, de la limpieza de las instalaciones bajo un título u otro. Pero es más, ante las obvias dificultades de la Administración penitenciaria para dar efectivo cumplimiento al derecho de todos los internos a acceder a alguno de los trabajos dispuestos como tales en el artículo 27 de la LOGP, tradicionalmente se ha optado por

¹³⁶⁸ Arts. 31 y 33 de la LOGP. Ver, AGULHON, M., “Présentation”, *L'impossible prison*, Editions du Seuil, París, 1980.

¹³⁶⁹ Art. 37.2 de la CE.

¹³⁷⁰ Art. 29.2 *in fine* de la LOGP, arts. 5.2 f) y 78 del RP.

proporcionar con carácter general destinos de limpiezas, que formalmente se integraban en el supuesto de “servicios auxiliares”, pero que, materialmente, no podían ser distinguidos de las prestaciones obligatorias personales. [...] desde otro punto de vista, el trabajo consistente en la limpieza de la celda y de las zonas comunes del módulo, no parece que quede fuera de las previsiones legales sobre redención [...]. Nada nos dice, por otra parte, ni el artículo 100 del CP de 1973, ni el Reglamento de los Servicios de Prisiones que lo desarrollaba, salvo la mención contenida en su artículo 68 que preveía que “el trabajo de los penados podrá ser retribuido o gratuito, intelectual o manual, dentro de los establecimientos o fuera de ellos, pero en todo caso habrá de ser de naturaleza útil” y útil es sin duda procurar la limpieza de las prisiones”.

4. ALGUNAS APROXIMACIONES DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

4.1 Cuestiones previas

El derecho a la educación es comprensible como libertad y como derecho. Como libertad existen instrumentos que intentan impedir que los poderes públicos se extralimiten en el ejercicio de sus competencias para que la educación no se fomente por causas ideológicas. Es aquí donde sobresale la libertad de enseñanza. Pero como derecho, que es el que venimos a analizar aquí, lo que se pretende es una formación en la que se conmina a los poderes públicos a proseguir una política activa que garantice la instrucción para todos los ciudadanos. El derecho a la educación es un derecho subjetivo tratando de conciliar los principios constitucionales de libertad e igualdad. Libertad, entendida como valor fundante del orden jurídico, que se concibe en el texto constitucional como una capacidad de acción y despliegue de la personalidad que se concreta en opciones reales de comportamiento cuya efectividad depende no sólo del reconocimiento y protección de la autonomía personal, sino también de la concreta situación social¹³⁷¹. En consecuencia, a la hora de analizar el derecho a la educación hay que tener presente los valores constitucionales de la libertad y la igualdad, lo que supone, además, la no discriminación que dictamina el artículo 14 de la CE, y la obligación, por parte de los poderes públicos, de hacer real y efectiva esa igualdad, asimismo ocurre con la remoción de los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud. En consecuencia, “la función de la dimensión educativa es una función socializadora que

¹³⁷¹ FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A. y SÁNCHEZ NAVARRO, A.J., “Artículo 27. Enseñanza”, en ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a la constitución*, cit., p. 164.

asegure la igualdad de oportunidades, de una tarea democrática que prepare para la participación en la vida social y el ejercicio de los derechos y libertades, y de una labor que salvaguarde el progreso de la sociedad”¹³⁷².

Con esta perspectiva, cabe subrayar que el derecho a la educación no es un derecho limitado por el contenido del fallo, igual que el derecho al trabajo, como veremos en el siguiente punto. Pudiendo consistir, en una obligación estatal de particular intensidad cuando se trata de personas privadas de la libertad, ya que por el sentido de la pena se ven especialmente dificultados los derechos de formación en la educación. Es necesario remarcar “la *oportunidad social* de la educación al ser un derecho garantizado puesto que aumenta el disfrute de todos los derechos y libertades individuales y, cuando se niega o viola ese derecho, priva a las poblaciones del disfrute de muchos derechos y libertades”¹³⁷³.

En relación a la educación debemos mencionar que será analizada en este Capítulo en lo que se refiere a sus contenidos básicos, sin especificaciones a la calidad de la misma. No obstante, en cuanto a la mencionada calidad del derecho a la educación no se debe olvidar unas características fundamentales¹³⁷⁴: *la accesibilidad*, supone el acceder sin restricción alguna, y la obligación por parte del Estado de eliminar todas las exclusiones fundadas en los criterios discriminatorios que impidan el disfrute del derecho a la educación, buscando superar la exclusión; *la asequibilidad*, es decir, que haya diversidad en la oferta educativa, en suma, asegurar que la educación gratuita y obligatoria esté disponible para todas las personas; *la adaptabilidad*, lo que supone que la educación sea de acuerdo a la persona que la recibe y al contexto que la rodea; y *la aceptabilidad* supone que los contenidos y métodos desarrollados sean conforme a unos principios éticos, controlando los procesos de enseñanza conforme a los valores de la sociedad.

4.2 Concepto y regulación del derecho a la educación

¹³⁷² ESTEBAN, J. DE. y GONZÁLEZ-TREVIJANO, P.J., *Curso de Derecho Constitucional Español*, vol. II, Universidad Complutense, Madrid, 1992-1994, pp. 211 y ss.; BALLION, R., *Les consommateurs d'école*, Stock, París, 1982, pp. 20 y ss.; REED, D.S., *On Equal Terms. The Constitutional Politics of Educational Opportunity*, Princeton University Press, Princeton, 2007, pp. 125 y ss.

¹³⁷³ KATHARINA, T., “Contenido y vigencia del derecho a la educación”, *Cuadernos Pedagógicos*, IIDH, San José de Costa Rica, 2003.

¹³⁷⁴ KATHARINA, T., “Indicadores del derecho a la educación”, *XXII Curso Interdisciplinario en DDHH*, IIDH, Costa Rica, 2004; SCARFÓ, F., *Indicadores sobre las condiciones de realización del derecho a la educación en las cárceles*, Universidad Nacional de La Plata, Argentina, 2008.

La educación consiste en un proceso de instrucción y de formación que determinados sujetos realizan sobre los educandos, y que conlleva una determinada orientación, un determinado grado de conocimiento y una autoridad reconocida institucionalmente (sistema de enseñanza)¹³⁷⁵. Es un elemento basilar “sobre el cual sustentar el reingreso con todas las garantías del penado en la sociedad con unos hábitos de convivencia adecuados” que dota de “verdadero sentido constitucional y humano a la pena privativa de libertad”¹³⁷⁶. Esta idea también apareció recogida en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 6/2003, de 30 de junio, de reforma de la LOGP, al indicar que el derecho a la educación de los internos en los Centros penitenciarios habría de tener una cobertura plenamente satisfactoria con las demandas sociales y con los postulados de nuestra Carta Magna¹³⁷⁷.

No es cuestión debatible si estamos ante un derecho de autonomía o ante un derecho de prestación, pero de forma resumida afirma Martínez de Pisón que la libertad de enseñanza se trata de un derecho de autonomía, y el derecho a la educación es un derecho de prestación. Afirma que es preciso que haya una educación en libertad y para la libertad¹³⁷⁸. A mi juicio, nos encontramos ante un derecho fundamental de prestación, en el que el Estado social lo debe de garantizar a todos. En este sentido, un sector doctrinal -Salguero-, afirma que un Estado social de Derecho ha de incorporar la calidad como elemento exigible de la prestación de la educación¹³⁷⁹, para tal calidad se necesita orientación profesional, apoyo pedagógico, tutores, acceso a las nuevas tecnologías, etc.

¹³⁷⁵ SALGUERO, M., “El Derecho a la educación”, en BETEGÓN, J., LAPORTA, F.J., DE PÁRAMO, J.R. y PRIETO SANCHÍS, L., *Constitución y derechos fundamentales*, cit., p. 799, afirma que la educación va indisolublemente unida al proceso de socialización para lograr la integración social, al tiempo que configura la identidad y propicia el libre desarrollo de la personalidad de los educandos; CÁMARA VILLAR, G., “Educación política, libertad y sistema de enseñanza: problemas y posibilidades” (I), *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad de Granada, n.º. 2, 1984; del mismo, “Sobre el concepto y los fines de la educación en la Constitución española”, Ministerio de Justicia (ed.), *Introducción a los derechos fundamentales. X Jornadas de Estudio*, vol. III, Secretaría General Técnica de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 1988, pp. 2181-2185; NEALE, K., “Policy and practice: international and comparative approaches to education and prison regimes”, *The Yearbook of Correctional Education*, 1989.

¹³⁷⁶ MARTÍN DIZ, F., *El Juez de Vigilancia Penitenciaria: Garante de los derechos de los recluso*, Comares, Granada, 2002, p. 158.

¹³⁷⁷ Fue reformado el art. 56 de la LOGP con motivo de irregularidades encontradas respecto de los estudios universitarios de algunos miembros pertenecientes a organizaciones terroristas.

¹³⁷⁸ MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 61 y ss., y 137; NAGELSEN, S., “Writing as a tool for constructive rehabilitation”, *Journal of Prisoners on Prisons*, vol. 17, n.º. 1, 2008; MORIN, L., “Prison education: the need for a declaration of basic principles for the treatment of prisoners”, *Yearbook of Correctional Education*, 1989; EMBID IRUJO, A., *Las libertades en la enseñanza*, Tecnos, Madrid, 1983.

¹³⁷⁹ SALGUERO, M., “El Derecho a la educación”, cit., p. 811.

Similarmente, Laporta¹³⁸⁰ indica que se trata de un derecho social consistente en la prestación de un servicio; y García Macho¹³⁸¹ un derecho de prestación exigible individualizadamente.

El Tribunal Constitucional¹³⁸² postula que se trata de un derecho que es imprescindible para la garantía de la dignidad humana conforme al artículo 10.1 y para el libre desarrollo de la personalidad, idea que queda subrayada en el artículo 26.2 de La Declaración Universal de los Derechos Humanos que establece: “la Educación tiene como objeto el pleno desarrollo de la persona humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos fundamentales; [...]”. Y, más detalladamente, el artículo 27.2 de la CE dictamina: “La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”, por lo que es preciso que haya una educación en libertad y para la libertad¹³⁸³.

Tal derecho también es aplicable a los extranjeros atendiendo a la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, en su redacción por la LO 2/2009, de 11 de diciembre, concretamente, en el artículo 9¹³⁸⁴. En la misma línea, Peces-Barba constata que este precepto constitucional impone un deber público general y, al mismo tiempo, un derecho irrenunciable de todos los ciudadanos¹³⁸⁵. Por su parte, Prieto Sanchís afirma una serie de exigencias para la

¹³⁸⁰ LAPORTA, F.J., “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema”, en BETEGÓN, J., LAPORTA, F.J., DE PÁRAMO, J.R. y PRIETO SANCHÍS, L., *Constitución y derechos fundamentales*, cit., p. 299.

¹³⁸¹ GARCÍA MACHO, R., *El derecho a una vivienda y su configuración en el contexto de los derechos fundamentales, sociales y del Estado de Derecho*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, p. 45.

¹³⁸² SSTC 107/1984, de 23 de noviembre; 94/1993, de 22 de marzo, y 249/1994, de 24 de marzo.

¹³⁸³ MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *El derecho a la educación y a la libertad de enseñanza*, cit., p. 137; BELFIELD, C.R., *Economic Principles for Education. Theory and Evidence*, E. Elgar, Cheltenham-Northampton, 2000; MCMAHON, J.A., *Education and Culture in European Community Law*, The Athlone Press, Londres, 1995.

¹³⁸⁴ Para un estudio más detenido de esta cuestión, CAMARA VILLAR, G., “El derecho a la educación”, en MONEREO PÉREZ, J.L. y otros, *Comentario a la Constitución socioeconómica de España*, Comares, Granada, 2000, pp. 983 y ss.; MACEDO, S., *Diversity and Distrust. Civic Education in a Multicultural Democracy*, Harvard University Press, Cambridge, 2000.

¹³⁸⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La Constitución española de 1978*, F. Torres, Valencia, 1981, p. 43.

efectividad del derecho a la educación que se traducen en igualdad, justicia distributiva y no discriminación¹³⁸⁶.

La LOGP, en su artículo 56.1 dictamina que la Administración organizará las actividades educativas, culturales y profesionales de acuerdo con el sistema oficial, de manera que los internos puedan alcanzar las titulaciones correspondientes. Considera a ambas como una forma de actividad del tratamiento individualizado, que parte de un juicio de personalidad para programar actividades que consigan modificar el comportamiento del sujeto, para la consecución del fin de la ejecución de la pena, que no es otro, como tantas veces hemos reiterado, la reinserción social del preso.

Además, el artículo 3 de la LOGP establece que “la actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y de los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otras circunstancias de análoga naturaleza” y, en consecuencia, “los internos podrán ejercitar los derechos civiles, políticos, sociales y culturales, [...], salvo que fuesen incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de la condena”.

4.3 El derecho a la educación en los Centros penitenciarios

a) Consideraciones generales

Sin hacer un recorrido exhaustivo por la historia de la educación en los Centros penitenciarios, sí se debe recordar que durante la Edad Media primaban las enseñanzas religiosas en las prisiones. Sin embargo, posteriormente, el Coronel Montesinos crearía una escuela en el Correccional de Valencia¹³⁸⁷, impartiendo educación intelectual junto con la religiosa. El trabajo llevado a cabo por Montesinos en el Presidio de San Agustín influyó para que se reformase la Ordenanza General de los Presidios del Reino, de 14 de

¹³⁸⁶ PRIETO SANCHÍS, L., “Los derechos sociales y el principio de igualdad”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1995, citado por SALGUERO, M., *El Derecho a la educación*, cit., p. 808.

¹³⁸⁷ Creada en la primera mitad del siglo XIX.

abril de 1834¹³⁸⁸, obligándose a todos los Presidios que contasen con una escuela para la alfabetización y la formación religiosa.

En 1872, se celebraría el Congreso Penitenciario en Londres¹³⁸⁹, en el que se declara, como obligación, el proporcionar una instrucción y educación tanto de carácter civil, industrial, moral como religiosa a los penados. Con posterioridad, surgirían números Decretos en nuestro sistema nacional¹³⁹⁰, donde se observa la importancia de la educación en las cárceles y en los sucesivos Reglamentos.

Como ya hemos indicado, lo que establece la legislación española es un mero desarrollo de declaraciones, pactos y convenios internacionales que protegen, unos, el derecho a la educación y, en el caso que nos ocupa, el derecho de los que se encuentran en prisión. Así, los textos internacionales que recogen tal derecho, son por ejemplo, el artículo 26.2 de La Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 13.1 del Pacto Internacional de Derechos Económico, Sociales y Culturales; los artículos 22 y 26 de La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, respectivamente establecen “toda persona tiene derecho a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales”, y “toda persona tiene derecho a la educación”; el artículo 3.e) de La Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza de 1960 habla de “Conceder, a los súbditos extranjeros residentes en su territorio, el acceso a la enseñanzas en las mismas en las mismas condiciones que a sus propios nacionales”; el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de 1966 indica que “el régimen penitenciario estará dirigido a la reforma y readaptación social de los penados”; el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 señala “el derecho de toda persona a la educación; y, en particular para los presos, las Reglas 59 a 60 de las Reglas Mínimas

¹³⁸⁸ Se hizo por el Reglamento de 5 de septiembre de 1844 y la Ordenanza de 25 de julio de 1852, que establecía la clasificación de los reclusos según la naturaleza de la condena y la edad, con un fin correccional, a base de trabajo en común en los talleres y en silencio.

¹³⁸⁹ Sobre Congresos Penitenciarios, BUENO ARÚS, F., “Los Congresos penitenciarios internacionales”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº. 160, 1963. Con posterioridad a este congreso se celebran más como son el de Estocolmo en 1878, Roma el 1885, París en 1895 o Washington en 1910. Tales Congresos sirven de influencia para el RD de 3 de junio de 1901 en cuya Exposición de Motivos se señala la enseñanza primaria, religiosa y la industrial.

¹³⁹⁰ RD de 18 de mayo de 1903; RD de 11 de noviembre de 1912; el RD de 5 de mayo de 1913 en el que destaca según Mapelli el progresivo asentamiento del principio de escolarización, MAPELLI CAFFARENA, B., “Educación y actividades culturales”, en *Comentarios a la Legislación penal*, t. VI, vol. 2, Edersa, Madrid, 1986, p. 870; RD de 24 de diciembre de 1928.

para el Tratamiento de los reclusos de 1977¹³⁹¹; las Reglas 65 y 66 de las RPE de 1987¹³⁹²; los Principios 3 y 28 del Conjunto de Principios para la Protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión de 1988¹³⁹³; La Recomendación N.º R (89) 12 del Comité de Ministros de los Estados miembros sobre Educación en prisiones; la Resolución 1990/20 del Consejo Económico y Social sobre Educación en los establecimientos penitenciarios; la Resolución 1990/24 del Consejo Social y Económico sobre Educación, capacitación y conciencia pública en la esfera de la prevención del delito; la Resolución 24/122 de la Asamblea General de UN sobre Educación en materia penal, de 1990; el artículo 17.7 de la Convención Internacional sobre Protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 1990¹³⁹⁴; el artículo 127 del Tratado de la Unión Europea de 1992¹³⁹⁵; La Declaración de Hamburgo sobre la educación de adultos (5ª Conferencia Internacional sobre Educación de Adultos) de 1997; el artículo 14 de La Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea de 2000¹³⁹⁶; el artículo II -74 de la Constitución Europea de 2004¹³⁹⁷; el apartado de “Educación” de las RPE de 2006¹³⁹⁸. El artículo 17.7 de La Convención Internacional sobre Protección de los derechos de todos los

¹³⁹¹ Vienen a decir que el régimen penitenciario debe emplear todos los medios curativos, educativos, morales, espirituales y de otra naturaleza, y de todas las formas de asistencia de que puede disponer, debe tratar de reducir las diferencias entre la vida en la prisión y la vida libre. En el tratamiento no se deberá recalcar el hecho de la exclusión de los reclusos de la sociedad, sino, por el contrario, el hecho de que continúan formando parte de ella.

¹³⁹² Dictaminan resumidamente que los esfuerzos deben dirigirse a asegurar que los regímenes de los establecimientos sean establecidos y gestionados de manera que ofrezcan a los detenidos la posibilidad de mejorar sus conocimientos, sus habilidades para acrecentar sus posibilidades de reinserción social, en esta perspectiva, hay que prever una ayuda espiritual y la posibilidad de trabajar, de beneficiarse de una orientación y una formación profesionales, estudiar, practicar ejercicios físicos, aprender a vivir en sociedad, participar en actividades de grupo y recreativas.

¹³⁹³ Indican que no se restringirá ninguno de los derechos humanos de las personas sometidas a detención o prisión y tienen derecho a materiales educacionales, culturales y de información.

¹³⁹⁴ Art. 17.7 “gozarán de los mismos derechos que los nacionales”.

¹³⁹⁵ Art. 127 Tratado EU, la Comunidad desarrollará una política de formación profesional para facilitar la inserción y reinserción profesional en el mercado laboral.

¹³⁹⁶ El art. 14 CDFEU viene a indicar que toda persona tiene derecho a la educación y al acceso a la formación profesional y continua, incluye la facultad de seguir gratuitamente la enseñanza obligatoria.

¹³⁹⁷ “Toda persona tiene derecho a la educación y al acceso a la formación profesional y permanente”.

¹³⁹⁸ RPE resumidamente dictamina que todas las prisiones deben esforzarse en ofertar el acceso a unos programas de enseñanza que sean completos y respondan a sus necesidades individuales. Debe tener prioridad la oferta a los que no sepan leer o contar y a aquellos que carezcan de instrucción elemental o de formación profesional. La instrucción debe ser considerada al mismo nivel que el trabajo y los detenidos no deben ser perjudicados por participar en estas actividades. Debe disponer de biblioteca. En la medida de lo posible la instrucción debe estar integrada en el sistema de educación y de formación profesional pública, y debe estar dispensada bajo el amparo de un establecimiento de enseñanza externa.

trabajadores migratorios y de sus familiares prevé que los extranjeros detenidos deben gozar de los mismos derechos que los nacionales. Pero no existe un texto jurídicamente vinculante especial sobre las personas privadas de libertad en materia de educación¹³⁹⁹.

En sentido amplio lo recoge el RD 1203/1999, de 9 de julio, por el que se integra en el Cuerpo de Maestros a los funcionarios pertenecientes al Cuerpo de Profesores de Educación General Básica de Instituciones Penitenciarias y se disponen normas de funcionamiento de las Unidades educativas de los Establecimientos penitenciarios, y en su Exposición de Motivos indica que “La atención al derecho fundamental a la educación, reconocido a todos los ciudadanos por el artículo 27 de la CE, así como al derecho de los reclusos al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad, constituye, en el ámbito penitenciario, un instrumento esencial para la reeducación y reinserción social a las que se orienta -por imperativo del artículo 25.2 de la Norma Fundamental- la ejecución de las penas privativas de libertad y medidas de seguridad”. Y, de forma reiterada, en la LO 6/2003, de 30 de junio, de modificación de la LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria¹⁴⁰⁰.

b) Factores a tener en cuenta por su importancia en el derecho a la educación

Siguiendo a Garrido Guzmán¹⁴⁰¹, y situándonos en el contexto penitenciario, existen una serie de factores de suma importancia para la consecución de la educación y de la cultura, así se señala, la escuela, la enseñanza, la biblioteca, la promoción cultural y el derecho a la información. En cuanto a las *escuelas*, el Reglamento habla de que en cada Centro penitenciario existirá una o varias Unidades Educativas para el desarrollo de los cursos obligatorios de formación básica¹⁴⁰². Igualmente se consideran las razones de carácter educativo o cultural, que lo hagan necesario o aconsejable, para el desarrollo

¹³⁹⁹ DISSEL, A., “Reintegration and reintegration in African prisons”, *Human Rights in African Prisons*, J. Sarkin, 2008.

¹⁴⁰⁰ En la Exposición de Motivos indica que las personas recluidas gozan del derecho a la educación garantizado por el art. 27 de la CE. No obstante, este derecho queda sujeto a las modulaciones y matices derivados de la situación de sujeción especial, que obliga a acatar las normas de régimen interior reguladoras de los establecimientos penitenciarios.

¹⁴⁰¹ GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de ciencia penitenciaria*, cit., pp. 409 y ss. Aclaremos que el autor se está refiriendo a la regulación del Reglamento penitenciario de 1981, pero en el actual Reglamento encontramos referencias.

¹⁴⁰² Art. 126.1 del RP.

de los correspondientes programas formativos se podrá autorizar que el interno disponga de un ordenador personal¹⁴⁰³.

En lo que se refiere a *la enseñanza*, se establece una enseñanza básica, la cual tendrá carácter prioritario y será impartida a los analfabetos, a los jóvenes, extranjeros y personas con problemas específicos para su acceso a la educación¹⁴⁰⁴. También se facilitará el acceso a programas educativos de enseñanzas regladas y no regladas que contribuyan a su desarrollo personal¹⁴⁰⁵ siendo un deber para la Administración penitenciaria. Destaca, también, la educación infantil para menores¹⁴⁰⁶, y la educación en formación profesional y ocupacional¹⁴⁰⁷.

Con respecto a la *biblioteca*, indica Garrido Guzmán que se establece como obligación que en cada Establecimiento exista una biblioteca y una sala de lecturas¹⁴⁰⁸. Sin olvidarse de los extranjeros ya que, en función del número de presos extranjeros existentes en el Centro penitenciario, la biblioteca podrá disponer de publicaciones editadas en los idiomas extranjeros más usuales. Siguiendo con el siguiente factor, *la promoción cultural*, se indica que se programarán actividades culturales, deportivas y de apoyo más adecuadas para conseguir el desarrollo integral de los internos¹⁴⁰⁹. Y, por último, en cuanto al *derecho a la información*¹⁴¹⁰, derecho fundamental recogido en el artículo 20 de la CE, en el ámbito penitenciario hace referencia a que tienen derecho a disponer de libros, periódicos y revistas de libre circulación en el exterior, con las limitaciones que, en casos concretos, aconsejen las exigencias del tratamiento individualizado¹⁴¹¹. En numerosas ocasiones, se ha estimado que la retención de revistas,

¹⁴⁰³ Art. 129.1 del RP. Ver la STC 140/2002, de 3 de junio, Fj. 5, que viene a indicar que la utilización del ordenador no autoriza a alterar las reglas de la vida del establecimiento debiendo estar en zonas habilitadas al efecto o en la Sala de Informática.

¹⁴⁰⁴ Art. 122 y 123.1 del RP; de la misma línea es la Orden Circular 15/96, de 21 de agosto, la Orden Circular 13/97, de 3 de septiembre y la I 10/99, de 2 de agosto.

¹⁴⁰⁵ Art. 124.1 del RP.

¹⁴⁰⁶ Art. 125 del RP.

¹⁴⁰⁷ Art. 130 del RP.

¹⁴⁰⁸ Art. 127 del RP.

¹⁴⁰⁹ Art. 131 del RP.

¹⁴¹⁰ Tal derecho, en opinión de Mapelli, sólo puede limitarse para aquellos presos que se hayan sometido, voluntariamente, a un determinado tratamiento, MAPELLI CAFFARENA, B., "Educación y actividades culturales", cit., p. 905; en sentido contrario, el AJVP de Ceuta de 16 de mayo de 1999 manifiesta que no puede limitarse por razones de tratamiento a internos de la banda terrorista ETA puesto que no están sometidos a ningún tratamiento.

¹⁴¹¹ Art. 128 del RP.

libros y prohibición de la televisión ha vulnerado el derecho de información¹⁴¹². También estarán informados a través de audiciones radiofónicas y televisivas¹⁴¹³, de suma importancia en cuanto a medios informativos, puesto que, como indica Mapelli¹⁴¹⁴, la información en la sociedad industrial moderna puede originarse a través de numerosos medios que hacen imposible su catalogación. El derecho a la información se trata de uno de los derechos reconocidos al recluso consistente en recibir información personal y actualizada de su situación procesal y penitenciaria¹⁴¹⁵, como se ha indicado con anterioridad.

A mayor abundamiento, en cuanto al *derecho a la educación*, Martínez de Pisón¹⁴¹⁶ señala que ha de tener algunas garantías que se traducen en la obligación de los poderes públicos de establecer una programación general de la enseñanza, de canalizar la participación en la gestión y control de los sectores involucrados y, finalmente, la obligación de inspeccionar y homologar el sistema educativo, en relación con el sistema penitenciario. Esto supone que el Estado y los poderes públicos están obligados en todos los ámbitos de aplicación de la educación, suponiendo un derecho de igualdad de oportunidades en base a que todos tienen acceso a la educación, es por lo que amparándonos en el artículo 27.5 de la CE se manifiesta que “los poderes públicos garantizarán el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza [...]”.

Se ha planteado cuál debe ser el contenido y la orientación de la formación en la cárcel, es decir, si debe ser escolar, o como opina Calliess¹⁴¹⁷, son parte de la actividad terapéutica y tienen como meta la compensación en el déficit de socialización. A la luz de lo examinado hasta ahora, la educación en el ámbito penitenciario debe consistir en

¹⁴¹² SSTC 119/1996, de 8 de julio; 2/2006, de 16 de enero y, 11/2006, de 16 de enero, ésta última, se refiere a la retención de la revista “Kale Gorria” -de libre circulación en el exterior y con depósito legal- no supone vulneración del derecho a recibir libremente información veraz. La retención encuentra cobertura legal en los arts. 58 LOGP y 128.2 RP, que aluden a la limitación de tal derecho por razones de seguridad y por exigencias del tratamiento.

¹⁴¹³ Reguladas a través de las Circulares de 23 de junio de 1988 y 26 de septiembre de 1988, respectivamente.

¹⁴¹⁴ MAPELLI CAFFARENA, B., “Educación y actividades culturales”, cit., p. 903.

¹⁴¹⁵ Art. 4.2 k) del RP.

¹⁴¹⁶ MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*, cit., p. 71.

¹⁴¹⁷ CALLIESS, R.P., *Strafvollzugsrecht*, p. 117, citado por MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 234.

una enseñanza escolarizada debido a que se trata de alumnos adultos y a que hay una diferenciación entre tratamiento y educación¹⁴¹⁸.

Podemos advertir, que lo que suele darse en los Centros penitenciarios son Animaciones Socioculturales, describiéndose de la siguiente manera: “es una parte integrante de un modelo de acción educativa propio y adecuado al medio penitenciario que consiste en un determinado método de intervención cultural y solamente es posible si se entiende que sus acciones y programas forman parte del tratamiento penitenciario, que corresponde a todo el colectivo profesional y que implica a la comunidad local donde se halle el establecimiento penitenciario”¹⁴¹⁹. El argumento que se defiende es, fundamentalmente, que el recluso afronte los problemas concretos que le han llevado a la situación de preso, de modo que no sólo va dirigido a los que proceden de zonas marginales y sin cultura, sino también a los de cultura elevada. Supone, en suma, un añadido a la enseñanza reglada sin pretender la transformación de la persona, pese a que no se puede ignorar el pasado del preso se trata de diseñar un futuro alternativo.

En los Centros penitenciarios dedican programas educativos de enseñanza reglada de formación básica, es decir, alfabetización, certificado de escolaridad y el graduado escolar, bachillerato y Universidad. Por otro lado, se encuentran los programas de formación profesional ocupacional, siendo los que más encaminados están hacia la reinserción socio-laboral. En cuanto a los programas de biblioteca¹⁴²⁰ y los programas de animación sociocultural, están destinados, en especial estos últimos, a

¹⁴¹⁸ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 234.

¹⁴¹⁹ ARANZ, E., *Cultura y prisión. Una experiencia y un proyecto de acción sociocultural penitenciaria*, Popular, Madrid 1988, p. 10. NAGELSEN, S., “Writing as a tool for constructive rehabilitation”, *Journal of Prisoners on Prisons*, vol. 17, nº. 1, 2008; COLLINS, M., “Shades of the prison house: adult literacy and the correctional ethos”, *Schooling in a Total Institution*, 1995; MORIN, L., “Prison education: the need for a declaration of basic principles for the treatment of prisoners”, *Yearbook of Correctional Education*, 1989.

¹⁴²⁰ Para saber más sobre el tema de las bibliotecas en los Centros penitenciarios, PÉREZ PULIDO, M. y SULÉ DUESA, A., “Las bibliotecas de prisión en España: una propuesta de mejora de la gestión y el aprovechamiento de los recursos”, disponible en www.anabad.org/archivo, última consulta el 26 de agosto de 2009; FABIANI, J.L., *Lire en prison: une étude sociologique*, Centre Georges Pompidou, París, 1995; MAYOL I FERNÁNDEZ, C. “Servicios bibliotecarios en las cárceles de Barcelona y provincia”, *Boletín de la Asociación Andaluza de Bibliotecarios*, nº. 23, 1991; LEHMANN, V. “Planning and implementing prison libraries: strategies and resources”, *IFLA journal*, vol. 29, nº. 4, 2003; RUBIN, R.J. *Planning process for Wisconsin Institution Libraries: A workbook*. Oakland, Rubin Consulting, 1997; RD 326/1995, de 3 de marzo, por el que se regula el Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias; Circular 92/2008 sobre funcionamiento de bibliotecas en Establecimientos penitenciarios.

crear hábitos y participar en actividades. Por último, los programas físico-deportivos, que a pesar que no guardan relación con el derecho a la educación propiamente dicha, sí lo hacen con la educación en cuanto a forma de hábitos y compañerismo. Todos engloban el tratamiento penitenciario en cuanto a la consecución del fin de reeducación y reinserción social.

Las actividades educativas programadas han de ajustarse, en los aspectos académicos, “a lo que dispongan las autoridades educativas bajo cuyo ámbito se encuentre el Establecimiento penitenciario. La Administración penitenciaria está obligada a facilitar el acceso de los internos a los programas educativos”¹⁴²¹. Estas actividades varían según las necesidades y abarcan: educación infantil para menores de tres años en las Unidades de Madres, sin olvidar que los niños deban tener contacto con el mundo exterior¹⁴²²; enseñanza básica, tiene como objetivo favorecer el acceso a la educación obligatoria, prestando especial atención a las personas analfabetas, a los jóvenes, a los extranjeros para que adquieran el idioma español y a las personas con problemas específicos. “Esta formación es obligatoria para los internos que carecen de los conocimientos propios de las enseñanzas básicas”¹⁴²³; enseñanza secundaria “mediante acuerdos con instituciones públicas o privadas”¹⁴²⁴. Lo mismo se predica en cuanto al bachillerato, formación profesional, “los cursos se organizarán con arreglo a los planes existentes para los restantes ciudadanos en materia de formación profesional y ocupacional y de inserción social y laboral, de acuerdo con las directrices de la Junta de Tratamiento, se les asignen”¹⁴²⁵ y programas educativos universitarios, con enseñanzas regladas y no regladas, que pueden abarcar hasta el Doctorado.

Estas actividades se desarrollan obligatoriamente en cada Establecimiento, debiendo de disponer de una escuela con maestros responsables de las actividades educativas, que impartirán las enseñanzas que se determinen y serán responsables de la educación presencial y a distancia que se programe en los diferentes niveles educativos. Las instalaciones educativas estarán acondicionadas y contarán con los medios

¹⁴²¹ Arts. 122.3 y 124 del RP.

¹⁴²² Art. 125 del RP.

¹⁴²³ Art. 122.2 del RP.

¹⁴²⁴ Art. 124.2 del RP.

¹⁴²⁵ Art. 130 del RP.

materiales necesarios para la realización de las actividades formativas bajo el control de la Unidad Educativa¹⁴²⁶, asimismo de una biblioteca¹⁴²⁷. En suma, el seguimiento con aprovechamiento de las actividades educativas y formativas y, en general, de todas, se estimulará mediante los beneficios penitenciarios y recompensas que procedan. Se expedirán, a solicitud del recluso, certificaciones acreditativas de las enseñanzas, cursos o actividades desarrollados, que no deberán contener indicación alguna relativa a su obtención en un Establecimiento penitenciario¹⁴²⁸.

Por último, y no por ello menos importante, mención especial merece la aplicación de lo visto hasta ahora al tema de los menores de edad que pasan su infancia con sus madres reclusas, caracterizados por ser un sector vulnerable en el ámbito educacional¹⁴²⁹. En el que es necesario llevar a cabo una adecuada organización y desarrollo de la educación infantil, de esa manera se puede paliar las posibles consecuencias negativas de la prisión y fomentar la integración socio-educativa y el desarrollo psico-evolutivo de esos niños. La etapa inicial de la educación de un niño en un Centro penitenciario es básica y fundamental para reafirmar su función pedagógica, socializadora y preparatoria para etapas educativas posteriores. Además, implica convertir en postulados educativos unas dimensiones básicas difíciles de crear y fomentar en la cárcel como la convivencia, la sociabilidad, la autonomía del niño y los aspectos sensoriales, y de lenguaje¹⁴³⁰.

c) Contexto de la educación en la privación de libertad

Debemos tener en cuenta que, en lo que se refiere a la educación en los Centros penitenciarios, ha recibido un trato secundario en los estudios doctrinales elaborados desde el ámbito jurídico, centrados habitualmente tanto en la propia configuración de la

¹⁴²⁶ Art. 126 del RP.

¹⁴²⁷ Art. 127 del RP.

¹⁴²⁸ Art. 119 del RP.

¹⁴²⁹ CARRANZA, E., *Criminalidad, Políticas Públicas y Edad de Ingreso a la Responsabilidad Penal*; Ponencia leída en el Congreso de Salamanca, 2004, disponible en www.oijj.org; JIMÉNEZ, J., "The quality of educational attention received by children living with their mothers in Spanish prison", *Psychology in Spain*, vol. 9, n.º. 1, 2005; SENAME, "Residencias para protección para lactantes de madres internas en recintos penitenciarios", 2008, disponible en www.sename.cl; GALERA, L., "Niños con sus madres en prisión: retos educativos", disponible en www.redlece.org/biblioteca.

¹⁴³⁰ BOUDIN, K., "Lessons from a Mother's Program in Prison: A Psychosocial Approach Supports Women and Their Children", *Women & Therapy*, vol. 21, n.º. 185, 1998; JIMÉNEZ, J. y PALACIOS, J., *Niños y madres en prisión. Desarrollo psicobiológico de los niños residentes en centros penitenciarios*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1997.

relación Administración-recluso, como en los derechos que específicamente han sido analizados con mayor frecuencia ante nuestro Alto Tribunal¹⁴³¹. En opinión de Zúñiga Rodríguez¹⁴³², la educación, que ocuparía parte fundamental de la actividad penitenciaria, se trataría de dotar a los internos de posibilidades para propiciar un desarrollo integral con una consideración conjunta de formación y adquisición de conocimientos, la práctica laboral y la formación social, cultural y deportiva. La educación es un proceso de asimilación de creencias, valores y normas, que opera de forma espontánea y como algo connatural a la estructura social de los grupos humanos. Consiste en una interiorización de actitudes, funciones, formas de relación y comportamientos que constituyen el entramado mismo de la vida social¹⁴³³. El sistema educativo ha quedado asociado a las nociones de adhesión, fidelidad y coherencia con el sistema político vigente¹⁴³⁴.

No faltan las críticas en torno a la educación carcelaria, así se indica por Ferrández Arenaz que “es difícil hablar de educación si no hay un clima de libertad, garantía de la autonomía, responsabilidad y proyección individual [...]. La privación de libertad repercute en toda la personalidad y supone una modificación de conducta por tener que interactuar con un medio que no es habitual al sujeto y porque debe acomodarse a nuevas situaciones”¹⁴³⁵. Así como no faltan las teorías de aquellos -Ruíz Giménez, Asís Roig- que consideran que hay similitud entre el concepto de pleno desarrollo de la personalidad del artículo 27.2 de la CE y el libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 de la CE; constituyendo, junto con la dignidad de la persona, uno de los fundamentos del orden político y de la paz social¹⁴³⁶.

¹⁴³¹ MAPELLI CAFFARENA, B., “Educación y actividades culturales”, *Comentarios a la legislación penal*, vol. VI, Edersa, Madrid, 1986; RODRÍGUEZ NUÑEZ, A., “Prisión y derecho a la educación”, *Anuario de la Escuela de Práctica Jurídica*, UNED, nº. 1, 2007.

¹⁴³² ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Trabajo, Educación y Cultura en las prisiones”, Iustel, citado por REVIRIEGO PICÓN, F., *Los derechos de los reclusos en la Jurisprudencia constitucional*, Universitas, Madrid, 2008, p. 139, nota nº. 230.

¹⁴³³ SALGUERO, M., “El Derecho a la educación”, en BETEGÓN, J., LAPORTA, F.J., DE PÁRAMO, J.R. y PRIETO SANCHÍS, L., *Constitución y derechos fundamentales*, cit., p. 795, afirma que el sistema educativo y la familia son las dos agencias tradicionales de socialización junto con los medios de comunicación y las nuevas tecnologías de la información, la escuela es el reflejo de la sociedad a escala reducida y un mecanismo de selección para la ocupación de roles y para el status social.

¹⁴³⁴ SALGUERO, M., “El Derecho a la educación”, cit., p. 796.

¹⁴³⁵ FERRÁNDEZ ARENAZ, A., “Reflexiones para una introducción”, en FERRÁNDEZ ARENAZ, A., (dir.), *Modelos de Educación en Centros Penitenciarios*, Humanitas, Barcelona, 1989, p. 8.

¹⁴³⁶ RUÍZ GIMÉNEZ, J., “Comentario al artículo 10”, en ALZAGA VILLAAMIL, O., (Dir.) *Comentarios a la Constitución*, t. II, Edersa, Madrid, 1996; ASÍS, R., “La apertura constitucional: la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de

De otro lado, nos encontramos con aquellos -como Ríos Martín- que consideran que las cárceles están diseñadas de tal modo que es imposible cualquier labor educativa¹⁴³⁷, pese a que se garantice que la población reclusa tenga acceso a la educación de adultos en todas las prisiones del territorio español¹⁴³⁸. Pese a ello, el derecho a la educación está incluido en el Reglamento penitenciario como una de las actividades del tratamiento penitenciario, por ello, todo Centro penitenciario y, en especial, la Junta de Tratamiento debe establecer programas educativos para los reclusos, variando según las necesidades de los mismos. Es decir, no serán los mismos programas para los reclusos que no sepan leer y escribir, que para el caso de las escuelas infantiles en las Unidades de madres.

En cuanto al desarrollo de tales actividades, según el RD 1203/1999, por el que se integran en el Cuerpo de Maestros a los funcionarios pertenecientes al Cuerpo de Profesores de Educación General Básica de Instituciones Penitenciarias, se disponen normas de funcionamiento de las unidades educativas de los Establecimientos penitenciarios disponiendo que “las Administraciones educativas prestarán el servicio educativo en los establecimientos penitenciarios radicados en su ámbito territorial de acuerdo con las necesidades y peculiaridades de la actividad educativa que se desarrolla en dichos centros”¹⁴³⁹. Con anterioridad, regía el RD de 18 de mayo de 1903, sobre el régimen de tutela y tratamiento correccional de los penados, firmado por el Ministro de Gracia y Justicia, cuyo artículo 14 indicaba que era el Capellán el que debía de practicar el examen referente a la cultura literaria del penado, así como el de su cultura profesional, mientras no existiera en las prisiones maestros de artes y oficios.

la paz social”, en MONEREO PÉREZ, J.L. y otros., *Comentario a la Constitución socioeconómica de España*, Comares, Granada, 2000, pp. 153 y ss.

¹⁴³⁷ RÍOS MARTÍN, J.C., *Manual de ejecución penitenciaria: defenderse de la cárcel*, Colex, Madrid, 2001, p. 289.

¹⁴³⁸ LO 1/1990 de Ordenación general del sistema educativo, en su art. 51.4. De otro lado, no es motivo de centrarme en las Comunidades Autónomas que se les tenga por cedidas las competencias en materia de educación, indicar por ejemplo que en Cataluña, se rige por la Ley 3/1991, de 18 de marzo, y el reglamento que la desarrolla. En lo que afecta al ámbito penitenciario destacamos la STC 140/2002, de 3 de junio, caso “Ordenador en celda”. Más recientemente, el AAP de Madrid 2011/2005, de 23 de junio donde se gestiona no ya el uso del ordenador por el recluso sino la posibilidad/imposibilidad de que sea de su propiedad o se adquiera a través de los servicios del centro penitenciario; y el AAP de Madrid 3328/2005, de 25 de octubre.

¹⁴³⁹ Art. 5.

Cuando hay población extranjera se procura tener publicaciones en las lenguas extranjeras más comunes¹⁴⁴⁰ y, para esto, se recurre a los servicios consulares correspondientes.

Además, la Institución penitenciaria firma convenios con Instituciones públicas o privadas para que los presos puedan cursar con aprovechamiento las enseñanzas de los diferentes niveles educativos¹⁴⁴¹. Si de lo que se trata es que el Centro penitenciario sea, en parte, un reflejo de la vida en libertad, sin perder derechos, ni vinculaciones familiares ni con su entorno, la educación debe estar garantizada en condiciones de igualdad con respecto al resto de los presos evitando mayor discriminación hacia un colectivo caracterizado por de problemas de marginación.

La educación debe basarse en el ejemplo, no basta con decirle al preso lo que tiene o no que hacer, sino que lo importante es que nos vean hacerlo. También hay una serie de valores sociales que no se pueden imponer, sino adoptar una serie de medidas en las que se plasme que dicho valor o que la concepción de sus valores no es la más adecuada por las repercusiones que conlleva en la sociedad.

Como indica la jurisprudencia constitucional “los internos en un Centro penitenciario gozan del derecho a la educación [...] Pero tal derecho queda sujeto a las «modulaciones y matices»”¹⁴⁴² derivadas de su situación de sujeción especial, que obliga a acatar las normas de régimen interior reguladoras de la vida del establecimiento, además el preso se integra en una institución 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 estatuto específico de individuos

¹⁴⁴⁰ En la biblioteca ha de haber libros en los idiomas más representativos. La Recomendación del Consejo de Europa R (84) 84 relativa a los reclusos extranjeros indicando que deberían tener las mismas posibilidades de acceso a la educación y para ello habría que prever medidas para que tuvieran facilidades especiales a tal fin. Frente a esto, la LO 8/2000 niega el derecho a la educación básica y obligatoria a los extranjeros, mayores de edad, que no residan regularmente en nuestro país.

¹⁴⁴¹ Algunos de estos Convenios son: la DGIP tiene Convenio, de 25 de enero de 2001, con la Comunidad de Madrid (Resolución de 28 de junio); Convenio de 1 de febrero de 2002 con la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (Resolución de 22 de marzo); Convenios con la UNED desde 1982. La Generalidad de Cataluña ha firmado Convenios con Institut Català d'Ensenyaments Secundari a Distància, Universidad Nacional de Educación a Distància, Universitat Autònoma de Barcelona, Universitat Oberta de Catalunya. El Ministerio de Defensa tiene un Convenio con la UNED; el Ministerio de Asuntos Exteriores con la UNED para atender peticiones de españoles que están cumpliendo condena en Centros penitenciarios extranjeros.

¹⁴⁴² STC 175/2000, de 26 de junio.

sujetos a un poder público, que no es el que, con carácter general, existe sobre el común de los ciudadanos, de suerte que la naturaleza especial de aquella relación de especial sujeción y la peculiaridad del marco normativo constitucional derivado del art. 25.2 CE supone que entre la Administración penitenciaria y el recluso se establezcan un conjunto de derechos y deberes recíprocos, que deben ser entendidos en un sentido reductivo y, a la vez, compatible con el valor preferente de los derechos fundamentales¹⁴⁴³. Por su parte, García Valdés¹⁴⁴⁴ entiende que es necesario tomar en cuenta, para trazar el plan educativo, la inferioridad en la inteligencia lógica frente a la útil y práctica de los delincuentes, lo que en modo alguno viene a privar de los derechos culturales a los reclusos, pero sí precisa programación específica y adecuada.

La educación es considerada de suma importancia¹⁴⁴⁵, siendo necesario su fomento en las prisiones debido al bajo nivel educativo que tienen los reclusos. En su mayoría, no obstante, la educación no debe abarcar exclusivamente la alfabetización o el acceso a estudios, sino también en ámbitos tan dispares como la higiene, la alimentación, la conducta en actividades laborales, conductas sociales, esta amplitud es aceptada por la doctrina¹⁴⁴⁶: para unos debe desarrollarse un modelo de educación pluralista y respetuosa con la dignidad¹⁴⁴⁷; y otros indican que no sólo el aprendizaje académico es lo que forma al individuo¹⁴⁴⁸, teniendo como propósito la reeducación y la reinserción.

5. DERECHO A LA VIVIENDA. LA CELDA COMO DOMICILIO O COMO VIVIENDA DEL RECLUSO

¹⁴⁴³ SSTC 2/1987, de 21 de enero, Ffj. 2 y 4; 120/1990, de 27 de junio, Fj. 6; 129/1995, de 11 de septiembre, Fj. 3; 35/1996, de 11 de marzo, Fj. 2; 60/1997, de 18 de marzo, Fj. 1; 140/2002, de 3 de junio, Fj. 5, entre otras.

¹⁴⁴⁴ GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios*, cit., p. 183.

¹⁴⁴⁵ Son de esta opinión, MAPELLI CAFFARENA, B., “Educación y actividades culturales”, *Comentarios a la Legislación penal*, t. VI, vol. 2, Edersa, Madrid, 1986, pp. 858 y ss.; CRUZ MÁRQUEZ, M.A., “Algunas consideraciones de la cultura en las prisiones españolas”, *Tratamiento penitenciario: su práctica*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, pp. 227 y ss.; VALVERDE MOLINA, J., *La cárcel y sus consecuencias. La intervención sobre la conducta desadaptada*, Popular, Madrid, 1991, pp. 81 y ss.; CUELLO CALÓN, E., *La moderna penología*, Bosch, Barcelona, 1974), pp. 381 y ss., entre otros.

¹⁴⁴⁶ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., pp. 234-235.

¹⁴⁴⁷ MAPELLI CAFFARENA, B., “Educación y actividades culturales”, cit., pp. 858 y ss.

¹⁴⁴⁸ GARCÍA RAMÍREZ, S., *La prisión*, Fondo de Cultura Económica, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1975, pp. 82-83.

La consideración de la celda como *posible* domicilio o vivienda del preso se produce con ocasión de que supone el lugar dentro del cual el preso debe ser reeducado y reinsertado en la sociedad. Supone, en consecuencia, el justificar y argumentar si la Administración penitenciaria debe garantizar determinados derechos que giran en torno a una celda. Al igual sucede con la regulación de la inviolabilidad del domicilio junto con la garantía de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen¹⁴⁴⁹.

5.1 La celda como domicilio

a) Concepto de domicilio y de celda

El domicilio se encuentra regulado en el artículo 18.2 de la CE, el motivo de detenerme en tal derecho fundamental, es por la posibilidad de considerar la celda como domicilio del preso, pudiéndosele entender como domicilio habitual durante el tiempo de cumplimiento de la condena.

La Constitución no señala qué debe entenderse por *domicilio*¹⁴⁵⁰, no obstante, constituye su protección debido a que es el ámbito en el que se desarrolla la vida privada de la persona. De otro lado, el artículo 554 de la LECrim. es el que establece qué construcciones se consideran como domicilio indicando que “se reputan domicilio, para los efectos de los artículos anteriores: los Palacios Reales, estén o no habitados por el Monarca al tiempo de la entrada o registro; el edificio o lugar cerrado, o la parte de él destinada principalmente a la habitación de cualquier español o extranjero residente en España y de su familia, y los buques nacionales mercantes”, pero tampoco establece un concepto del mismo.

Al hilo de esta argumentación, el Tribunal Constitucional refleja que la Constitución no ofrece una definición expresa del domicilio como objeto de protección del artículo 18.2. Sin embargo, ha ido perfilando una noción de domicilio de la persona física cuyo rasgo esencial reside en constituir un ámbito espacial apto para un destino

¹⁴⁴⁹ En este sentido, MARÍN MORALES, R., *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Cívitas, Madrid, 1994, pp. 35-44.

¹⁴⁵⁰ En este sentido, Vaquer Aloy asevera la necesidad de establecer un concepto constitucional de domicilio y no un concepto civil o administrativo, VAQUER ALOY, A., “Comentarios a la STS de 30 de diciembre de 1992”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, nº. 31, 1993, p. 157.

específico, el desarrollo de la vida privada¹⁴⁵¹. Con carácter general, hemos declarado que “el domicilio inviolable es un espacio en el que el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella”¹⁴⁵². Por su parte, Eneriz Olaechea¹⁴⁵³ entiende por *domicilio* el espacio en que el individuo desarrolla su esfera de vida privada al margen de las convenciones sociales. No coincide con el lugar de la vivienda ni tampoco con lo que establece el Código civil en su artículo 40¹⁴⁵⁴.

Otra cuestión importante que se debe abordar es que la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁴⁵⁵ analiza el concepto de *domicilio* en el marco del derecho fundamental a la intimidad personal (art. 18.1 de la CE) y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la CE). Este derecho se concreta en la posibilidad de que cada ciudadano pueda crear ámbitos privados que queden excluidos de la observación de los demás y de las autoridades del Estado. El domicilio es, a efectos de protección, cualquier lugar cerrado en el que transcurre la vida privada individual y familiar, sirviendo como residencia estable o transitoria. Tal derecho deriva directamente del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Por otro lado, el *domicilio* a efectos constitucionales es una entidad que integra dos elementos: espacio físico y privacidad¹⁴⁵⁶. Es el espacio físico donde la persona desarrolla su esfera privada o libertad más íntima¹⁴⁵⁷. El domicilio, en el sentido Constitucional, no es sólo el lugar donde se pernocta habitualmente, o donde se realizan otras actividades cotidianas habituales, sino también el ámbito erigido por una persona para desarrollar en él alguna actividad.

¹⁴⁵¹ SSTC 94/1999, de 31 de mayo, Fj. 4; 283/2000, de 27 de noviembre, Fj. 2; 10/2002, de 17 de enero, Fj. 6, entre otras.

¹⁴⁵² SSTC 22/1984, de 17 de febrero, Fj. 5; 137/1985, de 17 de octubre, Fj. 2; 69/1999, de 26 de abril, Fj. 2; 94/1999, de 31 de mayo, Fj. 5; 119/2001, de 24 de mayo, Fj. 5 y 6. Definición compartida por SEMPERE RODRÍGUEZ, C., “Artículo 18. Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen”, en ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a la Constitución*, cit., p. 428.

¹⁴⁵³ ENÉRIZ OLAECHEA, F.J., *La protección de los derechos fundamentales*, cit., p. 249.

¹⁴⁵⁴ Art. 40 del Código civil: “Para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual [...]”.

¹⁴⁵⁵ Ver las STS de 19 de enero de 1995 y 31 de enero de 1995.

¹⁴⁵⁶ STC 137/1985, de 17 de octubre.

¹⁴⁵⁷ FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 222.

En este sentido, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional¹⁴⁵⁸ considerando que el derecho a la inviolabilidad del domicilio constituye un auténtico derecho fundamental de la persona establecido para garantizar el ámbito de privacidad de ésta. En base a esta argumentación, un sector doctrinal afirma que la celda y la morada son domicilio habitual del ciudadano preso, por lo que deberá tener toda la protección que se dispensa al domicilio de las personas libres¹⁴⁵⁹. A mayor abundamiento, González-Trevijano¹⁴⁶⁰ lleva a cabo una acertada, a mi juicio, delimitación de los elementos esenciales que caracterizan al domicilio: existencia de un espacio aislado con respecto al mundo exterior, ya se encuentre cerrado o parcialmente abierto; su destino al desarrollo y desenvolvimiento de la vida privada, comprendiendo tanto la esfera física estricta como las no estrictamente domésticas, y que, sin embargo, se presentan como manifestaciones principales de la personalidad; la irrelevancia del título jurídico particular (propiedad, usufructo, arrendamiento, etc.) o de la naturaleza de la situación jurídica amparada (posesión o detentación), con tal de que sea legítimo y se halle tutelado o permitido por el ordenamiento jurídico, y la actualidad de su disfrute, lo que no se debe confundir con la exigencia de una presencia necesaria, *in loco*, del sujeto titular del derecho.

Ahora bien, como pieza clave de este entramado, se encuentra la celda¹⁴⁶¹, pues bien, a mi juicio, la celda no constituye domicilio a los efectos de proteger la intimidad¹⁴⁶², ya que teniendo en cuenta los distintos caracteres que ha de tener un domicilio para que sea considerado como tal no son atribuibles a la celda. Es decir, es un espacio físico, pero no privativo.

5.2 Celda individual: derecho no fundamental del recluso

¹⁴⁵⁸ STC 22/84, de 17 de febrero.

¹⁴⁵⁹ AJVP de A Coruña de 13 de marzo de 2000; ALONSO DE ANTONIO, A.L., *El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978*, Colex, Madrid, 1993.

¹⁴⁶⁰ En sentido más amplio, lo recoge, GONZÁLEZ-TREVIJANO, P.J., *La inviolabilidad del domicilio*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 146-156, citado por REBOLLO DELGADO, L., *El derecho fundamental a la intimidad*, cit., p. 289.

¹⁴⁶¹ Considerada como aposentos donde se encierra a los presos según el Diccionario de la RAE.

¹⁴⁶² De la misma opinión es ESCOBAR ROCA, G., (dir.), "V Informe sobre Derechos Humanos", *Sistema Penitenciario*, cit., p. 232.

a) Vulneración del principio celular

Lo que analizo es la vulneración del derecho fundamental a la intimidad como consecuencia de que los presos tienen que compartir la celda con otro recluso, a pesar de que la LOGP deje una puerta abierta para el caso de la masificación, es decir, en estos casos se convierte en *obligatorio* que en la celda haya más de un recluso. La celda, entendida como lugar de habitabilidad durante el tiempo de la condena y lugar donde se desarrolla su intimidad, es vulnerada como consecuencia del hacinamiento de las prisiones, lo que hace que esté ocupada por más de un recluso. El punto de partida es el artículo 19 de la LOGP al dictaminar que todos los reclusos se alojarán en celdas individuales. En caso de insuficiencia temporal de alojamiento o por indicación del médico o de los equipos de observación y tratamiento, se podrá recurrir a dependencias colectivas¹⁴⁶³. En las cárceles, se hace obligada la convivencia con otro recluso al que no se conoce de nada, sobre todo cuando partimos de que ningún preso, salvo excepciones, se encuentra en una celda individual, de manera que la mayoría de los reclusos se ven obligados a compartir situaciones y actuaciones.

Es la Regla 9 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, en relación con los locales destinados a los reclusos, la que establece que “1) Las celdas o cuartos destinados al aislamiento nocturno no deberán ser ocupados más que por un solo recluso. Si por razones especiales, tales como el exceso temporal de población carcelaria, resultara indispensable que la administración penitenciaria central hiciera excepciones a esta regla, se deberá evitar que se alojen dos reclusos en cada celda o cuarto individual. 2) Cuando se recurra a dormitorios, éstos deberán ser ocupados por reclusos cuidadosamente seleccionados y reconocidos como aptos para ser alojados en estas condiciones. Por la noche, estarán sometidos a una vigilancia regular, adaptada al tipo de establecimiento de que se trate”.

¹⁴⁶³ El que los presos ocupen celdas individuales se hace bajo el principio celular recogido en el art. 13 del RP, de manera que cada preso disponga de una celda, salvo que sus dimensiones y condiciones de habitabilidad permitan, preservando la intimidad, alojar a más de una persona, en cuyo caso se podrá autorizar compartir celda a petición del interno, siempre que no existan razones de tratamiento, médicas, de orden o seguridad que lo desaconsejen. No obstante, el art. también hace la suposición de falta de suficiente alojamiento. Ver el AJVP nº 4 de Madrid 1322/07, que recoge tal situación.

Lo que se quiere en este punto es establecer si las celdas ocupadas por más de un preso vulneran o no el derecho a la integridad y a la intimidad. Pues bien, atendiendo a lo que dice el Tribunal Constitucional en la Sentencia 195/1995, de 19 de diciembre, Fj. 3, que establece que no se vulneran la integridad ni la intimidad por carecer de celda individual, es decir, que ante la situación de que la Administración penitenciaria obligase a compartir su celda con otro recluso, no puede apreciarse vulneración del derecho a la intimidad, pues si bien es cierto que tanto el artículo 19.1 de la LOGP como el artículo 13 del RP establecen con carácter general que cada interno ocupará una celda individual, asimismo se admite la posibilidad de convivencia de varios internos en la misma celda por insuficiencia temporal de alojamiento u otras razones, sin que por ello hayan de considerarse vulnerados los mencionados preceptos de la legislación penitenciaria, que no consagran un derecho subjetivo a habitación o celda individual¹⁴⁶⁴. No obstante, la mayoría de la doctrina es partidaria en afirmar que el derecho a la intimidad personal de los reclusos no comporta un derecho subjetivo a una celda individual. Tal derecho tampoco puede extraerse directamente del artículo 18.1 de la CE, pues como ha declarado el Tribunal Constitucional, en referencia al 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 la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiera, 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.

A la luz de lo mencionado, Subijana¹⁴⁶⁵ entiende que 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. En este mismo sentido, Delgado Rincón asevera que la

¹⁴⁶⁴ En este mismo sentido, se pronuncia REVIRIEGO PICÓN, F., “Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales. Algunos apuntes sobre el derecho a la intimidad en los Centros penitenciarios”, *Panóptico*, Observatorio penitenciario, disponible en dialnet.unirioja.es/, última consulta el 30 de octubre de 2009, p. 93.

¹⁴⁶⁵ SUBIJANA ZUNZUENGUI, I.J., “Los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad y la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº. 12, 1998, p. 177.

celda es el reducto principal de la intimidad de los presos y, además, el principio celular encuentra su fundamento en la necesidad de respetar la personalidad y la dignidad humana de los reclusos¹⁴⁶⁶.

Pero frente a estas teorías se encuentra aquel sector doctrinal que entiende que no infiere en el contenido del derecho a la intimidad el derecho de los presos a alojarse en celdas individuales. En este sentido, Duque Villanueva¹⁴⁶⁷ estima que “[...] al igual que no cabe inferir del contenido del derecho a la intimidad [...] o de la garantía a la inviolabilidad del domicilio el derecho a poseer o disfrutar de un domicilio o espacio físico en el que desenvolver la vida privada y familiar, tampoco creo que pueda inferirse como contenido del citado derecho fundamental en el ámbito penitenciario el derecho de los internos a alojarse en celdas individuales [...]”. Y, en sentido crítico, Reviriego Picón¹⁴⁶⁸ afirma que el hecho de que el Tribunal Constitucional considere que no se vulnere la intimidad del recluso cuando se comparte celda y que la ley penitenciaria establece excepciones al principio celular permite negar la existencia de un derecho subjetivo al alojamiento en una celda individual.

A mi juicio, el hecho de que haya masificación se debe a la escasa infraestructura que sufren las prisiones, es decir, al escaso dinero que se destina a la creación o reforma de las mismas, junto al enorme porcentaje de delincuencia que existe en nuestra sociedad. En general, las prisiones albergan a un número de presos muy superior a aquel para el que fueron construidas, esto produce el fenómeno del *hacinamiento*. El Comité para la prevención de la tortura ha señalado en numerosas ocasiones que el hacinamiento o la superpoblación harán que se produzca un resentimiento en la vida de los presos y que la misma podría desembocar en un trato inhumano o degradante¹⁴⁶⁹. Señala, además, que las celdas de 6 metros cuadrados son consideradas como demasiado pequeñas, pero se consideran aceptables si sus ocupantes pasan una importante porción del día fuera de las mismas, las de cuatro metros son

¹⁴⁶⁶ DELGADO RINCÓN, L., “Algunas consideraciones sobre el derecho a la intimidad personal y familiar de los presos en los centros penitenciarios”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º. 18, 2006, citado por REVIRIEGO PICÓN, F., *Los derechos de los reclusos en la jurisprudencia constitucional*, cit., pp. 76-77.

¹⁴⁶⁷ DUQUE VILLANUEVA, J.C., “El derecho a la intimidad personal y familiar en el ámbito penitenciario”, cit., p. 122.

¹⁴⁶⁸ REVIRIEGO PICÓN, F., *Los derechos de los reclusos*, cit., p. 77.

¹⁴⁶⁹ CRUZ ROS, J., *El Comité para la prevención de la tortura*, cit., p. 63.

consideradas de cualquier forma como inaceptables, puesto que el umbral tolerado es de aproximadamente nueve metros cuadrados para dos personas¹⁴⁷⁰. No olvidemos que en las celdas no sólo hay condenados, se encuentran, además, los preventivos. Muchas prisiones están sobrepobladas, creándose problemas en relación con las condiciones higiénicas deficientes, la posibilidad de transmisión de enfermedades, el incremento de tensiones, incluyendo las sexuales, y el incremento desmesurado de la proximidad física, con imposibilidad de mantenimiento de distancias personales¹⁴⁷¹.

b) Hacinamiento

No es ocioso recordar aquí y ahora que no sólo existe la masificación en la celda, sino que, como consecuencia del hacinamiento, la masificación lo es en todas las partes de la prisión, en los comedores, talleres, patio, etc. A más presos menos espacio donde ubicarse. Incluso, en algunas prisiones, se da el caso de que los presos tienen que hacer largas colas no pudiendo acceder hasta que no salgan los que estén dentro. En lo que se refiere a los talleres, normalmente se realizan en un espacio reducido con cavidad para unas 15-20 personas. Si en una prisión, como regla general, hay cientos de presos, no todos pueden acceder a los talleres ocupacionales. Lo que hace imposible llevar a cabo el tratamiento penitenciario, en base a la reeducación y reinserción de los presos constitucionalmente recogido en el artículo 25.2, de modo que se hace imposible la posible reinserción del preso. Finalmente, existe la masificación en el patio, imaginémonos cientos de personas juntas en un espacio reducido, la vigilancia debería

¹⁴⁷⁰ Para más datos de cuántos presos deben ocupar una celda teniendo en cuenta los metros de la misma me remito a CRUZ ROS, J., *El Comité para la prevención de la tortura*, cit., pp. 64-65. Esta situación de masificación parece ser fruto de la política llevada a cabo por la DGIP, es decir, para determinar el número de presos que puede acoger una prisión dobla su capacidad máxima por dos, lo que viene a significar que si una prisión está construida para 300 presos puede llegar a tener hasta 600 sin que por la DGIP lo considere como hacinamiento.

¹⁴⁷¹ Pero el criterio que mejor nos sirve como parámetro del factor hacinamiento probablemente sea, como dice Altman, el de la “densidad”, es decir el número de individuos acumulados por unidad de superficie. Distingue dos criterios de densidad: uno de sentido molecular, reducido, como sería el caso de las personas que se aglomeran en una habitación; y otro molar, más amplio y de parámetros exteriores como sería el caso del vecindario de un barrio o la comunidad de una localidad. Estos parámetros de densidad interior o molecular y exterior o molar, pueden combinarse entre sí dando lugar a cuatro situaciones básicas: 1) Alta densidad interior y exterior, como sería el caso de muchos habitantes dentro de un piso situado en un barrio superpoblado. 2) Baja densidad interior y exterior, como representaría el caso de pocas personas habitando un chalet en zona poco habitada. 3) Alta densidad interior y baja exterior. Sería el mismo caso anterior, pero cuando los habitantes de la casa de campo fuesen muchos. 4) Baja densidad interior y alta exterior, que podría quedar representada por una espaciosa mansión enclavada en zona muy poblada.

extremarse, los corrillos se deberían evitar controlándose a todos al mismo tiempo, lo cual sería prácticamente imposible.

Altman¹⁴⁷² ha propugnado dentro de la Psicología Ambiental un modelo ecológico del hacinamiento configurado sobre los siguientes postulados básicos: a) enfoque microinterpersonal de la cuestión, ya que lo que más interesa es estudiar qué influencias desempeña el medio de hacinamiento sobre la interacción concreta entre las personas; b) los estudios sobre el hacinamiento deben ser realistas y pragmáticos por lo que deben estudiarse sobre el propio medio y no en experiencias de laboratorio; c) debe buscarse una coherencia en la interacción del sistema configurado por el ambiente y la conducta del individuo y, d) el estudio del comportamiento humano en situación saturada sobre el espacio debe efectuarse conforme a una serie de variables.

A su vez, se señalan una serie de variables atendiendo al comportamiento humano según la condición de la situación de privación, que se halla determinada por tres tipos de variables: a) variables situacionales, consistentes en la alta acumulación de personas por unidad de espacio durante un periodo de tiempo prolongado, con limitación de recursos disponibles y escasas opciones de conducta para eludirla; b) variables personales, las cuales radican en la falta de capacidad para interactuar con los demás en una situación de alta densidad, produciéndose un significativo descenso de las expectativas y deseos de tal interacción; y c) variables interpersonales, que son las que afectan a la mutua relación, como es la invasión del espacio personal disponible, la invasión de las metas propias por las intromisiones de los otros, etc. Así que se considera que hay una situación de estrés que viene determinada por un estado de tensión y perturbación desencadenante de reacciones efectivas de malestar. Las respuestas de este hacinamiento es que puede darse una agresividad verbal o de actividad que no posee eficacia para resolver la situación. Por último, se señalan unos costes de la situación en la que se engloban los deterioros que se derivan del hacinamiento físico, fisiológico y psicológico.

¹⁴⁷² Lo encontramos más extenso en ÍÑIGUEZ RUEDA, L., "Modelos teóricos de hacinamiento", *Documentos del Área de Psicología Social*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1987; SÁNCHEZ MATA, V., "Hacinamiento y prisión", *Cuadernos de Política*, nº. 48, 1992, pp. 921-930.

Frente al modelo de Altman hemos de citar el de Stokols que orienta su tesis sobre el esquema de que las respuestas que se derivan de la situación de hacinamiento tratan de compensar y reequilibrar los trastornos producidos por éste, tales respuestas dependen: a) de que los efectos del hacinamiento se produzcan en ambiente primario (el propio domicilio) o secundario (transporte público). El ambiente primario es aquel en el que el individuo pasa gran parte de su tiempo y mantiene en él relaciones personales que resultan de primordial importancia. En cambio, el ambiente secundario, se caracteriza por su menor perdurabilidad temporal, encuentros transitorios con los demás y, en gran parte, presididos por condiciones de anonimato o discontinuidad; b) del tipo de interferencias que represente la presencia de los demás frente a los propios objetivos o metas de nuestro comportamiento.

Tales interferencias, según Stokols, pueden ser neutrales o personales. Las interferencias neutrales son producto de la situación en sí y carecen de intencionalidad (habitación de hospital compartida por varios enfermos); las interferencias personales sí son intencionadas e impuestas por los demás. Por otra parte, junto a este doble esquema de variables, el modelo de Stokols contempla también cuatro dimensiones de la situación como son: 1. Las características del ambiente, tanto físicas (temperatura, ruido) como sociales (competitividad, actuaciones de los demás, etc.); 2. Características del individuo, como pueden ser sus capacidades o el locus de control; 3. La experiencia de hacinamiento, tanto a nivel psicológico (alteraciones cognitivas, etc.) como fisiológicas (mayor presión sanguínea, trastornos hormonales, etc.); y 4. Las respuestas adaptativas o no a la situación tanto a nivel perceptivo como conductual.

Stokols, viene a concluir que el hacinamiento personal es más intenso que el neutral y que los efectos producidos por el hacinamiento personal dentro de un ambiente primario poseen una mayor capacidad de generalización que cuando se trata de hacinamiento neutral en un ambiente secundario¹⁴⁷³. Para dicho autor, el estado de hacinamiento se da y se percibe como tal por los individuos cuando las ofertas de espacio resultan insuficientes para la demanda del individuo, produciéndose un desequilibrio entre las exigencias espaciales y la disponibilidad de las mismas. Por último, señala una serie de problemas que originan el hacinamiento: situaciones de

¹⁴⁷³ Todos los resultados obtenidos en ambos modelos son resultados de laboratorio.

estrés, con repercusiones biológicas, como pueden ser el incremento de estrógenos, la disminución de la reproducción, el decaimiento de la conducta maternal, la aparición de conductas sexuales atípicas e, incluso, fenómenos de canibalismo.

Después de este paréntesis, según Paulus¹⁴⁷⁴, los efectos de la masificación se centran en la relación existente entre espacio y número de internos. Siendo más importante, con carácter general, el número de internos en una unidad de vida que sus dimensiones espaciales. Sin embargo, exiguos espacios pueden tener efectos nocivos sobre la salud, tales como subidas de la presión sanguínea. El incremento en el número de internos ocupantes de una celda viene asociado con un aumento de sus reacciones negativas y sus quejas en torno a la salud. Por el contrario, el aumento de la privacidad en los dormitorios colectivos tiene efectos beneficiosos sobre la salud de los internos. Paulus ha sugerido algunas estrategias para la masificación, en primer lugar, sería de suma importancia mantener el volumen de población penitenciaria en unos niveles moderados, acorde con la capacidad prevista en los Centros. Las prisiones pequeñas (de menos de 500 internos) muestran efectos menos negativos sobre los problemas de salud de los internos. El impacto del tamaño de la prisión y el grado de masificación depende de una variedad de factores como los siguientes: las características de los internos, las relaciones internas-personales, el diseño de las zonas de residencia, la programación de los internos, y las normas que regulan los movimientos y la interacción de los internos. Cierta grado de masificación puede tolerarse mejor si reúne algunas características positivas, como que la población se encuentre en régimen de mínima seguridad, se dé un buen nivel de programación de la vida de los internos, y existan en el centro ciertos ámbitos de privacidad. En todo caso, sería conveniente reservar las prisiones grandes para albergar a internos no violentos o primarios. Es una buena medida para paliar los efectos negativos de la masificación dividir la prisión en distintas unidades de vida o pequeñas prisiones, así como alternar los tiempos de trabajo, ocio y comidas, -aquí existiría el conflicto de cómo se debe dividir a los reclusos: por delitos, por edades, por cultura, supondría una desigualdad y una discriminación-. Ayuda a minimizar los problemas derivados de la masificación limitar al mínimo posible la rotación de los internos en las unidades de residencia. Algunos internos muestran una mayor tolerancia

¹⁴⁷⁴ REDONDO, S., *Evaluar e intervenir en las prisiones Texto impreso: análisis de conducta aplicado*, PPU, Barcelona, 1992, pp. 39-40.

a la masificación y sus efectos negativos. Por ello, una evaluación de esta tolerancia podría ayudar a clasificar más adecuadamente a los internos a su ingreso.

En 1995, cuando se modifica el CP, aparece la tipificación de delitos nuevos lo que significó un aumento de la población reclusa¹⁴⁷⁵. El problema de las cárceles españolas es que cuentan con los mismos recursos que tiempo atrás para atender a un número mayor de presos. El sindicato mayoritario de funcionarios de prisiones (ACAIP), asegura que la masificación ha puesto al límite la convivencia en las prisiones españolas¹⁴⁷⁶.

5.3 Vivienda

a) Consideraciones generales

Es un derecho social, orientado a una determinada estructura y organización en el campo de la economía y social¹⁴⁷⁷. En este sentido amplio, Cascajo Castro¹⁴⁷⁸ manifiesta que los derechos sociales no postulan, como algunos derechos clásicos de libertad, una delimitación de la acción del Estado para no interferir en la esfera privada y autónoma del particular, sino más bien por el contrario requieren metas y programas de actuación por parte de los poderes públicos. Peces-Barba entiende que, los derechos sociales, junto con los económicos y los culturales, son derechos para los que

¹⁴⁷⁵ La población reclusa en 1995 fue de 35898, en 2001 de 40271, a junio de 2009 es de 76.488, y a febrero de 2011 es de 73.766. Datos facilitados por el Ministerio de Interior disponible en <http://www.mir.es>

¹⁴⁷⁶ Pero la realidad de las cárceles se impone y los datos son objetivos y reconocidos tanto por la DGIP como por la plataforma de sindicatos de funcionarios de prisiones: son ya unos 51.000 los reclusos que albergan las 77 prisiones españolas -11 de ellas en Cataluña-. Pero, son unas 31.000 las plazas funcionales disponibles en dichos centros, según Acaip. Habría, por tanto, un excedente de 20.000 reclusos. Entre las últimas noticias referentes a la masificación podemos encontrar la creación de la nueva cárcel en Madrid, denominada Madrid VII, una nueva cárcel que aliviará en parte la grave masificación Estrategias para la no masificación. La nueva cárcel Madrid VII, situada en el municipio de Estremera, casi en el límite con la provincia de Cuenca, es de grandes dimensiones -cuenta con 91.761 metros cuadrados- y está edificada en un páramo desolado a varios kilómetros de la población más cercana. el salón de actos, el pabellón de deportes, la piscina, los talleres o las aulas, pensadas -según sus impulsores- bajo una triple premisa: seguridad, funcionalidad y humanidad. Como última noticia, el sindicato Acaip ha denunciado hoy que existe masificación en la prisión de Topas (Salamanca) y que ha cifrado en un 170 por ciento, una situación a la que une la falta de personal y que constituye “una bomba de relojería”, ha agregado. Noticia del 14 de julio de 2008, de la Agencia EFE, disponible en <http://www.soitu.es>

¹⁴⁷⁷ MAZZIOTTI, M., “Diritti Sociali”, *Voz de la Enciclopedia del Diritto*, vol. XII, p. 804, citado por CASCAJO CASTRO, J.L., “La tutela constitucional de los derechos sociales”, *Cuadernos y Debates*, nº. 5, 1988, p. 48.

¹⁴⁷⁸ CASCAJO CASTRO, J.L., “La tutela constitucional de los derechos sociales”, cit., p.52.

carecen¹⁴⁷⁹. Afirma que actúan como una libertad, es decir, protegen al titular frente a interferencias de terceros, son derechos protectores o de no interferencia que crean un ámbito de autonomía para el titular en el que nadie, al menos *prima facie*, puede entrar. Se establece a favor de sus titulares una prestación normalmente a cargo de los poderes públicos, aunque, en ocasiones, pueden estar a cargo de otros particulares. Se les suele considerar como derechos de crédito, al otorgar a los titulares un título para exigir esa prestación de quién resulte obligado¹⁴⁸⁰.

Esto ha llevado a la configuración en entender a los derechos sociales como aquellos que favorecen en la organización de la vida social el protagonismo de la persona, pero no partiendo de la condición humana para ser titulares de los mismos, sino que intentan poner en manos de los desfavorecidos instrumentos para que, de hecho, en la realidad, puedan competir y convivir como personas con los que no tienen necesidad de esas ayudas. Retomando la teoría de Peces-Barba, es de tener en cuenta que los reclusos se encuentran en dicha situación de desfavorecidos en cuanto a prestaciones necesarias por parte del Estado o por entidades públicas, en este caso, lo que se trata es de favorecer el desarrollo humano generalizado, es lo que llama positivismo ético¹⁴⁸¹.

Los derechos sociales son derechos que se basan en la igualdad¹⁴⁸², así como se postula que las necesidades fundamentales de los derechos sociales se caracterizan por los siguientes rasgos: son básicos, es decir, necesarios y condición para llevar una vida digna; son objetivos, pues su privación es externa al individuo y, por tanto, constatable; son universales, en el sentido de que están presentes en toda la población, y son históricos, es decir, surgen en un momento determinado¹⁴⁸³. Se admite, por la mayoría de la doctrina, que los derechos sociales suponen obligaciones negativas y positivas por parte del Estado¹⁴⁸⁴; en lo que se refiere a las obligaciones negativas, el Estado debe

¹⁴⁷⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Derechos sociales y positivismo jurídico*, cit., p. 59.

¹⁴⁸⁰ *Ibidem*, p. 64.

¹⁴⁸¹ *Ibidem*, p. 65.

¹⁴⁸² Ver PRIETO SANCHÍS, L., “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, cit., 17. Esta consideración es un rasgo aceptado por la mayoría de la doctrina.

¹⁴⁸³ Para un desarrollo más exhaustivo, MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 102.

¹⁴⁸⁴ ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., pp. 27-37. Sobre las distintas posiciones, DANIELS, N. y SABIN, J., “Limits to Health Care: Fair

abstenerse de afectar indebidamente la salud, la educación, la vivienda. Es decir, todo derecho social supone, también, una dimensión de libertad o autonomía frente a la injerencia arbitraria del poder estatal, esto significa que, al igual que los derechos civiles, requieren en ciertos supuestos de la abstención de interferencia por parte del Estado¹⁴⁸⁵. En cuanto a la obligación positiva, el Estado tiene la obligación de regular los derechos para detallar el alcance y las condiciones de ejercicio¹⁴⁸⁶.

El derecho a una vivienda es un derecho social reconocido a todos los ciudadanos españoles recogido como derecho individual. Los documentos internacionales de protección de los Derechos Humanos han contemplado el derecho a la vivienda, así en La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en el párrafo 1 del artículo 25, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11, párrafo 1). Asimismo, La Observación General 4 sobre el derecho a una vivienda adecuada, adoptada el 12 de diciembre de 1991 por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, reconoció el derecho a la calidad de vida, que incluye la vivienda¹⁴⁸⁷.

En opinión de González Ordovás¹⁴⁸⁸, el derecho a la vivienda sigue en nuestro país un camino distinto al de otros derechos sociales, lo cual queda reflejado en la titularidad del mismo, mientras que todos tienen derecho a la educación, a la sanidad, al medio ambiente¹⁴⁸⁹, “sólo” los españoles tienen derecho a una vivienda digna y adecuada¹⁴⁹⁰. El derecho a la vivienda se trata de un derecho social que condiciona la

Procedures, Democratic Deliberation, and the Legitimacy Problem for Insurer”, *Philosophy and Public Affairs*, 26/4, 1997, pp. 303 y ss.; DWORKIN, R., “Justice in the Distribution of Health Care”, *McGill Law Journal*, 38/4, 1993, pp. 883 y ss.

¹⁴⁸⁵ ABRAMOVICH, V., y COURTIS, C., *Los derechos sociales en el debate democrático*, cit., p. 21.

¹⁴⁸⁶ SEPÚLVEDA, M., *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, Amberes, 2003.

¹⁴⁸⁷ WELDON, J., “Housing Design and Development”, en BALCHIN, P. y RHODEN, M., (eds.), *Housing. The Essential Foundations*, Routledge, Londres, 1998.

¹⁴⁸⁸ GONZÁLEZ ORDOVÁS, M^a J., “El derecho a una vivienda digna y adecuada”, en BETEGÓN, J., LAPORTA, F.J., DE PÁRAMO, J.R. y PRIETO SANCHÍS, L., *Constitución y derechos fundamentales*, cit., pp. 977 y ss.

¹⁴⁸⁹ El medio ambiente también tiene repercusión en el derecho a la protección a la salud, ya que debe ser adecuado para el desarrollo de la persona, de tal manera que los poderes públicos deben llevar a cabo una tarea que asegure la calidad de vida. Ver el estudio de BELL, S. y MCGILLIVRAY, D., *Environmental Law. The Law and Policy Relating to the Protection of the Environment*, Blackstone Press, Londres, 2000, pp. 62 y ss.

¹⁴⁹⁰ Ver MUÑOZ CASTILLO, J., *El derecho a una vivienda digna y adecuada. Eficacia y ordenación administrativa*, Colex, Madrid, 2000.

dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la intimidad o inviolabilidad del domicilio y la libertad de residencia¹⁴⁹¹. Para Laporta¹⁴⁹² el derecho a una vivienda se trata de un derecho de prestación consistente en la entrega de un bien.

La vivienda comprende la localización del hogar, de la vida de cada persona, y las actividades llevadas a cabo por los familiares girando todo ello en torno a la intimidad. Manfred Lurker¹⁴⁹³ ha afirmado que “la casa es el lugar de referencia más importante del hombre civilizado. En su casa el hombre se siente en el centro del mundo; más aún, la casa misma se convierte en imagen del mundo entero”. La vivienda debe de gozar de unas condiciones mínimas, ser un espacio cuyos límites se fijan en función de los usos y de los propios actos, habiendo de revisarse la superficie mínima de habitabilidad¹⁴⁹⁴. Todo ello bajo la dignidad de la persona y la adecuación material¹⁴⁹⁵, es decir, ha de contar con un “entorno ambiental” racional y sostenible¹⁴⁹⁶, eso hace que sea digna y adecuada. Bassols Coma y Muñoz Castillo¹⁴⁹⁷ señalan que la vivienda ha de ser un espacio para el desarrollo individual y familiar, imprescindible para la vida personal y social y mediante la cual podrán satisfacerse diversas necesidades, tales como defensa contra las inclemencias de la naturaleza y del clima, conservación de la salud física y mental e, igualmente, contará con la posibilidad de establecer relaciones de convivencia y de vecindad, o de acceder a bienes y servicios culturales, administrativos, recreativos, etc.

Por otro lado, existen algunas obligaciones que la Administración puede llevar a cabo para lograr el reconocimiento del derecho a la vivienda. Así, por ejemplo, tal como

¹⁴⁹¹ GONZÁLEZ ORDOVÁS, M^aJ., “El derecho a una vivienda digna y adecuada”, cit., p. 983, considera los derechos sociales como derechos de hacer y de conducta.

¹⁴⁹² LAPORTA, F.J., “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema”, en BETEGÓN, J., LAPORTA, F.J., DE PÁRAMO, J.R. y PRIETO SANCHÍS, L., *Constitución y derechos fundamentales*, cit., p. 299.

¹⁴⁹³ Citado por MUÑOZ CASTILLO, J., *Constitución y Vivienda*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 29.

¹⁴⁹⁴ GONZÁLEZ ORDOVÁS, M.J., “El derecho a una vivienda digna y adecuada”, cit., p. 974.

¹⁴⁹⁵ BASSOLS COMA, M., “Artículo 47. Derecho a la vivienda”, en ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, cit., t. IV, pp. 308 y ss.

¹⁴⁹⁶ RUÍZ-RICO RUÍZ, G., *El derecho constitucional a la vivienda. Un enfoque sustantivo y competencial*, Ministerio de Vivienda, Madrid, 2008, p. 30.

¹⁴⁹⁷ BASSOLS COMA, M., “Urbanismo, vivienda y medio ambiente. Consideraciones sobre el derecho a la vivienda”, *La Constitución Española de 1978*, Libro homenaje a J.A. García Trevijano Fos, Colegio Universitario de Estudios Financieros, Madrid, 1982, p. 775; MUÑOZ CASTILLO, J., *El derecho a una vivienda digna y adecuada*, cit., pp. 116 y 117.

indica Pisarello¹⁴⁹⁸, no impulsar políticas regresivas en materia habitacional; adoptar medidas de protección frente a abusos provenientes de otros particulares o de poderes privados; erradicar las discriminaciones arbitrarias; minimizar los desalojos forzosos o garantizar a los usuarios derechos de información y participación en los planes y programas públicos de vivienda.

Como acertadamente indica Garrido Gómez¹⁴⁹⁹, hasta ahora no se ha prestado la suficiente atención a la relación del individuo con su hábitat, y los poderes públicos no han valorado en su justa medida que el alojamiento sea proporcional a las modificaciones que gradualmente sufre la persona y el grupo familiar, causadas por las mutaciones demográficas y de las formas de vida, y por las alteraciones de la actividad de los ocupantes y su edad.

b) La celda como vivienda del preso

La vivienda no tiene nada que ver con lo que existe en el ámbito penitenciario, no es predicable de la misma, porque atendiendo a la definición de vivienda no encaja con lo que existe en los Centros penitenciarios; y, en segundo lugar, si tenemos en cuenta las características que ha de tener una vivienda para que sea habitable, pese a que se pueden trasladar a los Establecimientos penitenciarios, porque poseen unas condiciones mínimas para cualquier edificio, es decir, que haya agua potable, instalaciones eléctricas y sanitarias, capacidad de protección en cuanto a las adversidades de la naturaleza (frio, calor, etc.), no significa que se haya de considerar a los Establecimientos penitenciarios como las viviendas de los reclusos, sino, exclusivamente, como lugar de cumplimiento de la condena y lugar para la reeducación.

Pese a que la condición humana necesita un espacio físico en el que tenga la posibilidad de ejercitar todo cuanto necesite conforme a su libre albedrío, desarrollando en el mismo su personalidad sin injerencias de otras personas, no es factible en el ámbito penitenciario. La vivienda se configura como un presupuesto, requisito *sine qua*

¹⁴⁹⁸ PISARELLO, G., *Vivienda para todos, un derecho en (de) construcción el derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Icaria, Barcelona, 2003, p. 20.

¹⁴⁹⁹ GARRIDO GÓMEZ, M.I., *Derechos fundamentales y Estado social y democrático de derecho*, cit., p. 131, citando a IGLESIAS DE USSEL, J., “Vivienda familiar”, en GARRIDO MEDIAN, L. y GIL CALVO, E., (eds.), *Estrategias familiares*, Alianza, Madrid, 1997, pp. 339 y ss.; WELDON, J., “Housing Design and Development”, cit., pp. 207 y ss.

non para el ejercicio de los derechos humanos más elementales (vida, integridad física y moral, intimidad, libertad personal)¹⁵⁰⁰. A pesar de que estamos ante un derecho fundamental¹⁵⁰¹, es uno de los derechos que por la condición de recluso no puede ser ejercido y desarrollado.

Por último, indicar que domicilio y vivienda nada tiene que ver con la libertad de residencia, que pese a que es un derecho fundamental, en este caso, por razones más que obvias, es imposible la práctica del mismo, pero no por ello se entiende vulnerado. La celda al no ser considerada ni como domicilio ni como vivienda, nada tiene que ver con vivienda digna, el derecho a una vivienda digna puede definirse como el derecho de toda persona a acceder a un habitat en el que pueda desarrollar su vida habitual conforme a su dignidad personal. Es un derecho encuadrado dentro de los derechos económicos, sociales y culturales. Por ella debe entenderse un conjunto de bienes, considerados en un entorno urbano adecuado, que unitariamente toman significado y valor propios en cuanto que medios imprescindibles y necesarios para la realización de una vida digna.

Pero debe advertirse que, cuando se hable de la vivienda como un derecho, suele ser calificada como “adecuada, adaptada, digna, etc.”. Los materiales utilizados deben cumplir las exigencias del entorno medioambiental, y pueden representar un criterio para considerar si la vivienda es digna de tal nombre. Otro criterio podría inferirse del hecho de que las viviendas no sólo tienen la función de proteger de las inclemencias climáticas, sino también la de ofrecer una oportunidad para una convivencia armónica.

En el ordenamiento jurídico español está reconocido en el artículo 47 de la CE: “Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos removerán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación”. Debe suponer, en el caso que nos ocupa, que la celda tenga la adecuación necesaria y mínima exigible para la no

¹⁵⁰⁰ RUÍZ-RICO RUÍZ, G., *El derecho constitucional a la vivienda*, cit., p. 37.

¹⁵⁰¹ En opinión de RUÍZ-RICO RUÍZ, G., *El derecho constitucional a la vivienda*, cit., p. 37 y de GARRIDO, P., “El derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada”, en TAJADURA, J., (dir.), *Los principios rectores de la política social y económica*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004. Esta teoría de considerarlo como derecho fundamental no ha sido plenamente aceptada por la doctrina.

vulneración de la base de todo derecho fundamental como es la dignidad de la persona humana, no debiendo prestar atención a la relación entre el individuo y el hábitat y que los poderes públicos no hayan valorado en su justa medida que el alojamiento sea proporcional a las modificaciones que gradualmente sufre la persona y el grupo familiar, causadas por las mutaciones demográficas y de las formas de vida, y por las alteraciones de la actividad de los ocupante y su edad¹⁵⁰².

No se resocializa con los cambios arquitectónicos y estructurales de la cárcel. Éstos están muy bien por comodidad pero, lo que a mí me puede reinsertar son los cambios materiales, personales y la organización de la prisión. La solución no es crear nuevas galerías, más luminosas, mejores aulas y talleres, la solución es una buena utilización de las mismas y así obtener una convivencia ordenada¹⁵⁰³.

¹⁵⁰² GARRIDO GÓMEZ, I., *Derechos fundamentales y Estado social y democrático de Derecho*, cit., p. 131, citando a IGLESIAS DE USSEL, J., “Vivienda familiar”, cit., pp. 339 y ss.; WELDON, J., “Housing Design and Development”, cit., pp. 207 y ss.

¹⁵⁰³ REDONDO, S., *Evaluar e intervenir en las prisiones*, cit., pp. 60-61 afirma que esta idea puede ser argumentada hasta el punto de afirmar, incluso, que una institución penitenciaria de escasos recursos estructurales puede ser consistentemente mejorada mediante la introducción de sistemáticos cambios ambientales que reformen su funcionamiento. De este modo, puede ocurrir –y viene ocurriendo– que una prisión con una inadecuada estructura sea compensada con un elaborado nivel de organización, produciéndose un resultado de razonable eficacia de la institución en el logro de sus metas; y, al contrario, puede suceder –y viene sucediendo– que una prisión nueva, de extraordinaria estructura y medios, tenga un nivel de renovación organizativa muy bajo o nulo, produciéndose, consiguientemente, una escasa o nula eficacia institucional.

CAPÍTULO IX

LA REINSERCIÓN SOCIAL DE LOS RECLUSOS

1. EL CASTIGO Y LA SANCIÓN

El presente párrafo tiene por objeto el análisis de la disposición contenida en el artículo 25.2 de la CE en materia de penas privativas de libertad y medidas de seguridad y, en especial, del fin de reeducación y reinserción social de los reclusos, para, a partir de él, plantear la justificación del fin de la pena. El artículo 25 es una importante columna en el sistema de garantías de derechos fundamentales de los presos y de garantías penales, supone, además, un límite constitucional a la potestad

sancionadora de la Administración y constituye un postulado básico del Estado de Derecho.

El punto de partida es la figura del delincuente, que ha sido estudiada desde muchas doctrinas, no sólo desde la dogmática jurídico-penal, sino también por los criminólogos, para quienes el delincuente es un sujeto con anomalías y como alguien susceptible de un tratamiento. Ambas doctrinas hablan de la sanción penal como intervención y medio para la protección social frente a futuros delitos, supone la prevención tanto especial como general. Pero, también ha tratado de dar explicación a la justificación del delito, es decir, a la justificación moral de por qué se castiga a alguien¹⁵⁰⁴.

1.1 Objetivos generales y planteamientos

Para llegar al fin de la pena, debemos partir de su justificación y, en todo caso, del concepto de *pena, castigo y/o sanción*¹⁵⁰⁵. Estas distinciones las encontramos ya en Séneca¹⁵⁰⁶, manifestando que las justificaciones absolutas o retribucionistas¹⁵⁰⁷ son *quia*

¹⁵⁰⁴ LISLE, J., "The Justification of Punishment", *International Journal of Ethics*, nº. 25, 1914, pp. 346 y ss.; RASHDALL, H., "The Theory of Punishment", *International Journal of Ethics*, nº. 2, 1981, pp. 20-31; RABOSSI, E.A., "Sobre la justificación moral del castigo", *Problemas actuales de las Ciencias Penales y de la Filosofía del Derecho-Homenaje al profesor L. Jiménez de Asúa*, Pannedille, Buenos Aires, 1970.

¹⁵⁰⁵ Entre otros, COHEN, S., *Visiones de control social: delitos, castigos y clasificaciones*, PPU, Barcelona, 1988; BÈTHOUX, E., "La prison: recherches actuelles en sociologie (note critique)", *Terrains & travaux*, nº. 1, 2000, pp. 71-89; VALVERDE MOLINA, J., *El proceso de inadaptación social*, Popular, Madrid, 1993; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Delito y pena en la Jurisprudencia constitucional*, Cívitas, Madrid, 2002; CID MOLINÉ, J., *¿Pena justa o pena útil? El debate contemporáneo en la doctrina penal española*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994; EUSEBI, L., *La pena "in crisi". Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Morcelliana, Brescia, 1991; FRAILE, P., *Un espacio para castigar. La cárcel y la ciencia penitenciaria en España (siglos XVIII-XIX)*, Serbal, Barcelona, 1987; HULSMAN, L., "La criminología crítica y el concepto de delito", *Poder y Control*, nº. 0, 1986, pp. 119-135; MAPELLI CAFFARENA, B., "Los fines de la ejecución de la pena privativa de libertad", *I Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Sevilla, 1983, pp. 13 y ss.; MARÍ, E., *La problemática del castigo. El discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault*, Hachette, Buenos Aires, 1983; VON HIRSCH, A., *Censurar y castigar*, Trotta, Madrid, 1998.

¹⁵⁰⁶ SENECA, *De Ira*, libro I, Cap. XIX, trad. de E. Otón Sobrino, *De la cólera*, Alianza Editorial, Madrid, 1986, p. 63.

¹⁵⁰⁷ Sobre los retribucionistas, ARMSTRONG, K.G., "The retributivist his back", *Mind*, nº. 70, Oxford University Press, 1961, pp. 471-491; GENDIN, S., "A Plausible Theory of Retribution", *Analysis*, nº. 32, 1972, pp. 131-135.

peccatum (a quien está pecando), es decir, miran al pasado, y las justificaciones relativas o utilitaristas son *ne peccetur* (para que nadie peque), esto es, miran al futuro.

A la hora de definir el *castigo* partimos de la conceptualización del Diccionario de la RAE al entenderlo como la pena que se impone a quien ha cometido un delito o falta. En sentido similar, es definida la *sanción* como la pena que una ley o un reglamento establece para sus infractores. En consecuencia, la *pena* es definida como el castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o Tribunales a los responsables de un delito o falta. En éste sentido, me parecen muy ilustrativas las palabras de Flew al enunciar una serie de requisitos para la definición de castigo. Afirma que tiene que ser un mal o algo no placentero para la víctima del mismo, infligido con motivo de una ofensa, a la persona que se supone ofensor, en virtud de una autoridad conferida por las instituciones en contra de cuyas normas ha sido cometida la ofensa. A estos requisitos se le añadió, por parte de Benn, que el sufrimiento deberá ser parte esencial de lo propuesto y no algo incidental¹⁵⁰⁸.

En sentido muy distinto, está el castigo definido por Carrara¹⁵⁰⁹ como “un ente jurídico”, de modo que “queda establecido, de una vez para siempre, el límite perenne de lo prohibido, ya que no puede encontrarse un delito sino en aquellas acciones que ofenden o amenazan los derechos de los asociados”.

El término *sanción* es el más utilizado desde el mundo clásico, prácticamente desde Platón, pero, desde los postulados de Beccaria sobre la arbitrariedad y crueldad de las leyes penales, así como en las reformas de Howard en el ámbito penitenciario, se pretende una humanización de las penas. Como consecuencia de ello, surge el reconocimiento de los derechos fundamentales para los reclusos y alternativas a la prisión. En suma, se introduce como objetivos la reeducación y reinserción. De todo

¹⁵⁰⁸ BENN, S.I., “An Approach to the problems of Punishment”, *Philosophy*, 1958; FALCÓN Y TELLA, M^a. J. y FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 21-22; ver el estudio que hace Betegón al analizar la definición de castigo propuesta por los autores Hart y Flew, BETEGÓN, J., *La Justificación del Castigo*, Madrid, 1992, pp. 141 y ss.; BOTTOMS, A.E., “The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing”, en CLARK, C. y MORGAN, R., (eds.), *The Politics of Sentencing Reform*, Clarendon Press, Oxford, 1995; HIRST, P., “The Concept of Punishment”, en DUFF, R.A. y GARLAND, D., (eds.), *A Reader on Punishment*, Oxford University Press, Oxford, 1994.

¹⁵⁰⁹ CARRARA, F., *Programa de derecho criminal*, trad. de J.J. Ortega Torres y J. Guerrero, Temis, Bogotá, 1971, citado por BERGALLI, R., *Control social punitivo. Sistema penal e instancias de aplicación (policía, jurisdicción y cárcel)*, con la colaboración de RECASENS I BRUNET, A., DOMÍNGUEZ FIGUEIRIDO, J.L. y RIVERA BEIRAS, I., Bosch, Barcelona, 1996, p. 9.

ello, se deduce la necesidad de articular unas normas de convivencia que garanticen la estabilidad y el desarrollo de todo Centro penitenciario.

Por su parte, Durkheim distingue las sanciones negativas considerando que son los castigos, de las sanciones positivas que son las recompensas¹⁵¹⁰. Y Bobbio¹⁵¹¹ define la *sanción* como la respuesta o la reacción que el grupo social expresa con ocasión de un comportamiento de algún modo relevante de un miembro del grupo (poco importa si es relevante en sentido negativo o positivo) con el fin de ejercer un control sobre el conjunto de los comportamientos de grupo y dirigirlos hacia ciertos objetivos en vez de hacia otros. Además, mantiene la sanción como el medio a través del cual se trata, en un sistema normativo, de salvaguardar las leyes de la erosión de las acciones contrarias y es, por consiguiente, una consecuencia del hecho de que en un sistema normativo, a diferencia de lo que ocurre en un sistema científico, los principios dominan a los hechos antes que los hechos a los principios. Así pues, podemos definir la *sanción* como la respuesta a la violación¹⁵¹².

La conclusión del profesor Beristain¹⁵¹³ es que partiendo de Lessio, quien sostiene que una cosa es sancionar y otra es castigar, admite, pues, la sanción penal en la actualidad, pero rechaza el castigo por considerarlo nocivo. En lugar de ser necesario para la convivencia, es su destructor, pues siempre envilece al castigador y con frecuencia suscita en el castigado odio, desprecio propio y ajeno, y más violencia. Desde esta perspectiva, cabe subrayar que la pena queda fuera del fundamento jurídico de la misma, de manera que “sólo es legítima la pena *justa*, aunque no sea útil”¹⁵¹⁴, lo que viene a significar que no se puede sacrificar a un sujeto a favor de la generalidad, es

¹⁵¹⁰ CARRARA, F., *Programa de derecho criminal*, cit., p. 33. Según los iusnaturalistas, un castigo justo tiene más prioridad que la corrección del delincuente, ya que la misma se puede alcanzar sólo si el delincuente se da cuenta de que no le rectifican, sino que le castigan, y que las penas aplicadas son justas.

¹⁵¹¹ BOBBIO, N., “Las sanciones positivas”, *Contribución a la teoría del derecho*, trad., de RUÍZ MIGUEL, A., *Recopilación y estudio preliminar*, F. Torres, Valencia, 1980, p. 391.

¹⁵¹² BOBBIO, N., “Teoría de la norma jurídica”, *Teoría General del Derecho*, trad. de E. Rozo Acuña, Debate, Madrid, 1993, p. 119; del mismo, *Igualdad y libertad*, Paidós, Barcelona, 1993, pp. 97-100, distinguiendo entre libertad positiva y negativa.

¹⁵¹³ BERISTAIN IPIÑA, A., “Epistemología penal-criminológica hacia la sanción reparadora (Narcotráfico y alternativas de la cárcel)”, *Colección Archivo de Derecho penal*, nº. 4, Universidad Autónoma de Sinaloa, México, 1996, p. 254.

¹⁵¹⁴ BACIGALUPO, E., *Principios de derecho penal. Parte general*, Akal, Madrid, 1998, p. 19.

decir, de la sociedad. En este sentido, Cerezo Mir¹⁵¹⁵ sostiene, críticamente, que “si se justificase la pena por sus efectos preventivos [...] por razones de [utilidad](#), se utilizaría al delincuente como instrumento para la consecución de los fines sociales, lo cual implicaría un menoscabo en su dignidad humana”.

Para la justificación de la pena, partimos de las premisas utilitaristas al entender la pena útil como la pena legítima¹⁵¹⁶, esta teoría proviene del pensamiento ilustrado¹⁵¹⁷. Son partidarios de las teorías utilitaristas los que mantienen que la política está por encima de la moral y del Derecho, siendo el guía el Estado, a través de la máxima de que el fin justifica los medios, premisa que es el principio del modelo del Estado de Derecho como sistema de poder disciplinado y limitado por las reglas del juego¹⁵¹⁸. Frente a esto se encuentra el utilitarismo *ex parte populi*, el cual toma como referencia el bienestar o la utilidad de los gobernados, y supone una de las bases y fundamentos el mínimo sufrimiento necesario que hay que infligir a la minoría formada por los desviados. Ésta es considerada como la doctrina de los límites del Derecho penal, al que puede justificar sólo si su intervención se limita al mínimo necesario¹⁵¹⁹.

Las teorías de la prevención general y especial (Feuerbach, Günther Jakobs, Von Liszt, Lombroso, Ferri, Garófalo, Dorado Montero, Marc Ancel), pertenecientes a la doctrina utilitarista, que siempre ponen como fin único de la pena la prevención de los futuros delitos para la tutela de la mayoría no desviada, y no al mismo tiempo el de la prevención de las reacciones arbitrarias o excesivas para la tutela de la minoría de los desviados y de cuantos son considerados como tales¹⁵²⁰, han sido estimadas por un sector de la doctrina como “defensa social”¹⁵²¹. Las finalidades de la prevención según

¹⁵¹⁵ CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general*, t. I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 22 y ss.

¹⁵¹⁶ NINO, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, 1991, pp. 391 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, E., “¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?”, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1990, pp. 150 y ss.; FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 465. Critican el abuso del derecho en la imposición de la pena innecesaria.

¹⁵¹⁷ BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, trad. de J.A. de las Casas, Alianza Editorial, Madrid, 1982, pp. 47-48.

¹⁵¹⁸ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 260.

¹⁵¹⁹ *Ibidem*, p. 261.

¹⁵²⁰ *Ibidem*, p. 262.

¹⁵²¹ BARATTA, S., “Criminología crítica y Derecho penal”, *RIDP*, 1978, pp. 35 y ss.; del mismo, “Integración-prevención: una <<nueva>> fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica”, *Cuadernos de Política Criminal*, 1984; PAUL, W., “Esplendor y miseria de las teorías preventivas de la pena”, *Poder y Control*, n.º 0, 1986, pp. 59-72.

los utilitaristas son la enmienda o corrección del reo, su neutralización o puesta en condiciones de no causar perjuicios, la disuasión de todos los demás de la tentación de imitarle mediante el ejemplo del castigo o su amenaza legal, la integración disciplinar de unos y otros y el consiguiente reforzamiento del orden mediante la reafirmación penal de los valores jurídicos lesionados¹⁵²².

García-Pablos¹⁵²³ entiende que la pena es retribución proporcionada al mal culpable del delito, pero también se orienta a la realización de otros fines de prevención general y de prevención especial: a la prevención de futuros delitos y a la resocialización del autor. No obstante, hay autores -como Mapelli Caffarena- que definen la pena como la privación o restricción de bienes jurídicos, impuesta conforme a la ley por los órganos jurisdiccionales, al culpable de una infracción penal¹⁵²⁴, indicando que debe ser personal, necesaria y suficiente, pronta e ineludible, proporcionada e individualizada¹⁵²⁵.

La justificación de la pena es tratada principalmente por Kant¹⁵²⁶ como una necesidad o retribución ética en base al valor moral de la ley penal infringida y por el castigo que se le infringe. También diferencia el Derecho de la moral, indicando que el Derecho determina a cada uno lo suyo mientras que la moral tiene que prestarse a una cierta latitud para las excepciones. Y define el derecho a castigar como el derecho que tiene el soberano de afectar dolorosamente al súbdito como consecuencia de su transgresión de la ley, haciendo que el castigo tenga las características de la retribución, es decir, la existencia de algo ilícito y la culpabilidad del mismo. A su vez, defiende la ley penal como imperativo categórico, es decir, estima que la pena es retribución justa desprovista de todo fin (*poena absoluta ab effectu*), y representa la causación de un mal como compensación de la infracción jurídica culpablemente cometida (*malum passionis*

¹⁵²² FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., pp. 262-263.

¹⁵²³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho penal. Introducción*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, pp. 164 y ss.

¹⁵²⁴ MAPELLI CAFFARENA, B. y TERRADILLOS BASOCO, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Cívitas, Madrid, 1996, p. 29.

¹⁵²⁵ *Ibidem*, pp. 47 y ss.

¹⁵²⁶ KANT, I., *Principios metafísicos del derecho*, Escuela de Plata, 2004, p. 50; del mismo, *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 166-167, dice: “la pena judicial [...] ha de imponérsele sólo porque ha delinquido [...] la ley penal es un imperativo categórico y ¡ay de aquel que se arrastre por las sinuosidades de la doctrina de la felicidad para encontrar algo que le exonere del castigo [...]”. BYRD, S., “Kant’s Theory of Punishment: Deterrence in its Threat, Retribution in its Execution”, *Law and Philosophy*, vol. I, 1989.

propter malum actionis). Llegando a afirmar que si, incluso, en el caso extremo de disolución de la sociedad civil por consentimiento de sus miembros, una comunidad que habitase una isla decidiese abandonarla y dispersarla antes de proceder a tal disolución, hasta el último asesino que estuviera en prisión debería ser ejecutado, so riesgo de convertirse, si no, todo el pueblo en cómplice de una violación de la justicia¹⁵²⁷.

Frente a esta tesis se encuentra la de Hegel¹⁵²⁸ que, pese a ser también retributiva basada en la relación de igualdad que debe mediar en la reparación del delito, se diferencia en que el castigo supone una renuncia expresa a la necesidad de existencia de una equivalencia empírica entre delitos y penas¹⁵²⁹. Es decir, defiende la idea de que es una retribución jurídica justificada por la necesidad de reparar el derecho con una violencia contraria para restablecer el orden violado, es decir, que la violencia se elimina con violencia. Pero las tesis de Kant y Hegel, según Ferrajoli¹⁵³⁰, son insostenibles, alegando que hay un nexo necesario entre culpa y castigo, así como, compartiendo opinión con él, la pena no queda justificada mirando al pasado, es decir, como fin o valor en sí misma, sino mirando al futuro (y es ahí donde entra la reinserción de los presos). Siendo las doctrinas relativas las que abogan por una intimidación en general y una neutralización del delincuente en particular. Hegel junto a la pena o el castigo introduce el término de *recompensa*¹⁵³¹, es considerado como el fundador del denominado derecho premial, y entendió que es el conjunto de normas jurídicas que atribuye a un comportamiento una consecuencia positiva, en lugar de la negativa que la pena supone¹⁵³². De manera que la aceptación de la pena dependerá, por tanto, de si el

¹⁵²⁷ KANT, I., *Metafísica de las Costumbres*, cit., p.165; FALCÓN Y TELLA, M.A. y FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamento y finalidad de la sanción*, cit., p. 167.

¹⁵²⁸ HEGEL, G.W.F., *Filosofía del Derecho*, Dirección General de Publicaciones, México, 1975, p. 155.

¹⁵²⁹ FALCÓN Y TELLA, M.A. y FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamento y finalidad de la sanción*, cit., p. 171; KLUG, U., "Para una crítica de la filosofía penal de Kant y Hegel", *Problemas actuales de las Ciencias penales y de la Filosofía del Derecho*. Homenaje al Profesor L. Jiménez de Asúa, Pannedille, Buenos Aires, 1970; STAWELL, F.J., "Hegel's Theory of Crime and Punishment", *The Review of Politics*, Lang, 1980.

¹⁵³⁰ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit. p. 258. Teoría ya defendida por GROCCIO, H., *Del derecho de la guerra y de la paz*, Reus, Madrid, 1925, pp. 6 y ss., quien indica que la pena no es *tantum puniendi causa*, sino que debe perseguir utilidades futuras, como la *emendatio* del reo y la prevención de los delitos mediante el ejemplo, ver la cita de FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 259.

¹⁵³¹ Al respecto a BOBBIO, N., "Las sanciones positivas", *Contribución a la teoría del derecho*, trad. de RUÍZ MIGUEL, A., *Recopilación y estudio preliminar*, F. Torres, Valencia, 1980.

¹⁵³² PISANI, M., *Studi di diritto premiale*, Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, Milano, 2001, pp. 154-155; FACCHI, A., *Diritto e Ricompense. Ricostruzione storica di un'idea*, Giappichelli, Turín, 1995, p. XI, citado por SOLANES CORELLA, A., "Más allá de la pena: sobre la dualidad de la sanción", *Teoría y metodología del Derecho*, Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio

grado de su iniquidad intrínseca excede o no de la bondad de los efectos que surte sobre su destinatario o el conjunto de la sociedad¹⁵³³. Resulta evidente la contradicción entre el término de *apremio* de Bentham y que el derecho debe ser coercitivo.

Posteriormente, Locke¹⁵³⁴ define la *pena* como un mal negocio para el ofensor, como para darle motivo para arrepentirse y disuadir a los demás de hacer lo mismo. Son numerosas las teorías sobre que la forma de impedir el delito son las penas, así Montesquieu¹⁵³⁵ estima que “hay medios para impedir los delitos: son las penas”. Este autor había asegurado que la libertad consiste en “poder hacer lo que se debe querer y no estar obligado a hacer lo que no se debe querer”, definiéndola como “el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten”. Beccaria¹⁵³⁶ mantuvo que “el fin de las penas no es atormentar y afligir a un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido [...] no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a los ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales”. Pero sería Bentham¹⁵³⁷ quien aseveraría que “el objeto principal de las penas es prevenir delitos semejantes. El negocio pasado no es más que un punto; pero lo futuro es infinito; el delito pasado no afecta más que a un individuo, pero los delitos semejantes pueden afectarlos a todos. En muchos casos es imposible remediar el mal cometido; pero siempre se puede quitar la voluntad de hacer mal; porque por grande que sea el provecho del delito siempre puede ser mayor el mal que la pena”¹⁵³⁸.

Peces-Barba, vol. II, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2008, p. 1079.

¹⁵³³ BETEGÓN, J., “Sanción y coacción”, en GARZÓN, E. y LAPORTA, F.J., (ed.) *El derecho y la justicia*, Trotta, Madrid, 2000, p. 362.

¹⁵³⁴ LOCKE, J., *Second Treatise of Government*, trad. de C. Mellizo, Alianza Editorial, Madrid, 1990, p. 42.

¹⁵³⁵ MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las leyes*, trad. de M. Blázquez y P. de Vega, Tecnos, Madrid, 1985, p. 252; EHRARD, J., “Montesquieu”, *Nueva historia de las ideas políticas*, Ory, P., Mondadori, Madrid, 1992, p. 71.

¹⁵³⁶ BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, cit., pp. 45-46.

¹⁵³⁷ Formuló la doctrina utilitarista como la base para emprender las reformas sociales, BENTHAM, J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Clarendon Press, Oxford, 1789, presenta la *teoría del cálculo entre el dolor y el placer* que está basada en el efecto que la respuesta del acto produce y podría ser calculado. Dice “La naturaleza ha situado a la humanidad bajo el gobierno de dos dueños soberanos: el dolor y el placer. Sólo ellos nos indican lo que debemos hacer y determinan lo que haremos”; COLOMER, J.M., *Bentham*, Península, Barcelona, 1991, pp. 45-46. J.S. Mill modificó algunos de los principios de Bentham, excepto su método para calcular las cantidades de felicidad.

¹⁵³⁸ BENTHAM, J., “Principios del Código Penal”, *Tratados de legislación civil y penal*, Nacional, Madrid, 1981, p. 252, y *Teoría de las penas y de las recompensas*, cit., pp. 17 y ss., indica que “la prevención general que es el objeto principal de las penas, es también la razón que las justifica [...] la pena, se eleva a la primera clase de servicios públicos cuando se la mira no como un acto de ira o de venganza contra un criminal o un desgraciado que cede a inclinaciones funestas, sino como un sacrificio indispensable para la seguridad general”.

Después de todo lo visto, cabe subrayar que la pena sirve para prevenir delitos y castigos injustos. El hecho de considerar la pena como un mal para quien la recibe es como se pronuncia la mayoría de la doctrina -Lardizabal, Mapelli, García-Pablos, Zugaldía¹⁵³⁹-, ya que entiende que la privación impuesta de bienes jurídicos es percibida como un mal por el sujeto a quien se impone, y no como un bien¹⁵⁴⁰, siendo ésta la tesis que mantuvieron los correccionalistas¹⁵⁴¹. Con la pena lo que se trata es de dar respuesta al principio *nulla poena sine crimina*, es decir, aplicar la pena cuando se ha cometido un hecho delictivo. En otro sentido, aparecen las teorías abolicionistas, (son seguidores de esta teoría, Hulsman, Godwin, Molinari, entre otros), que lo que tratan es de abolir el propio Derecho penal y proponen un sistema más humanitario. Y, por otro lado, están los justificacionistas, (Kropotkin analiza principalmente algunas de las teorías justificacionistas más importantes y en especial la de la rehabilitación y la prevención general) que admiten que la pena es un mal útil y menor, engloba a las teorías absolutas, (el retribucionismo se inspira en Kant, quien concibió la retribución como un principio jurídico, aseverando que “El castigo judicial no puede nunca ser usado como mero medio para promover otro bien, ya sea en favor del criminal mismo o de la sociedad civil, sino en cambio debe en todos los casos imponérsele bajo el sustento de que se ha cometido un crimen”¹⁵⁴²), como penalistas contemporáneos encontramos a Von Hirsch, y Kindhäuser; las relativas (en su versión de preventiva general negativa fue impulsada por Feuerbach, la positiva es defendida por Jakobs, en la prevención especial, uno de los principales autores es Von Liszt); y las unitarias, donde encontramos a Schmidhäuser y Roxin.

¹⁵³⁹ LARDIZABAL, M., *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*, Comares, Granada, 1997, p. 18 define la pena como el mal que uno padece contra su voluntad y por superior precepto; MAPELLI CAFFARENA, B. y TERRADILLOS BASOCO, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Cívitas, Madrid, 1996, pp. 29 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho Penal. Introducción*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, p. 123; ZUGALDIA ESPINAR, J. y PÉREZ ALONSO, E., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 57, entre otros.

¹⁵⁴⁰ FERNÁNDEZ ARTIACH, P., *El trabajo de los internos en establecimientos penitenciarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 28-29.

¹⁵⁴¹ Entre ellos, RÖDER, C.D.A., *Las doctrinas fundamentales reinantes. Sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones. Ensayo crítico preparatorio para la renovación del Derecho penal*, trad. de F. Giner de los Ríos, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1876, p. 239 “la pena correccional es la más favorable al delincuente [...]”. En este sentido, Giner de los Ríos, Röeder, C. Arenal, Dorado Montero, Sainz Cantero, entre otros, darán un giro nuevo al correccionalismo, acercándolo al positivismo criminológico, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *El trabajo penitenciario resocializador. Teoría y regulación positiva*, Caja de Ahorros Provincial de Guipúzcoa, San Sebastián, 1982, p. 134.

¹⁵⁴² MARTÍN, J., *The English Legal System*, Hodder Arnol, Londres, 2005, p. 174.

Dentro de las teorías mixtas o eclécticas se encuentran las teorías aditivas o unificadoras teniendo como esencia la pena, la retribución y conseguir fines preventivos, de manera que tienen ideas contrapuestas. La *teoría unificadora dialéctica* propuesta por Roxin¹⁵⁴³, están caracterizadas porque el autor lo que hace es diferenciar tres momentos de la pena: la amenaza, la aplicación y la ejecución, teniendo cada una de ellas fines distintos. Conjuga, por tanto, la prevención general y la especial, es decir, la amenaza se refiere a las normas legislativas que plasman la pena atendiendo al hecho delictivo; la aplicación supone el poder judicial y la ejecución es el cumplimiento de la pena, de manera que en los dos primeros momentos supone la prevención general, porque en el primer lugar aún no hay delincuente y en el segundo supone la confirmación de esa amenaza y en el último momento se aplica la teoría de la prevención especial ya que pretende con su aplicación la reinserción del delincuente.

En conclusión, los retribucionistas¹⁵⁴⁴ defienden la idea de que el castigo que se inflige a un individuo se encuentra moralmente justificado por el hecho de que dicho individuo merece ser castigado, cuando es culpable de haber cometido una ofensa¹⁵⁴⁵. El castigo se encuentra justificado por el hecho de que el sujeto que ha cometido el delito debe ser castigado; para los utilitaristas, el castigo es un daño, se castiga porque moralmente se atiende a las consecuencias que puede llegar a producir, a la finalidad, mirando más al futuro que al pasado¹⁵⁴⁶. Para los utilitaristas¹⁵⁴⁷, el castigo es un daño, en consecuencia, sólo se justifica moralmente cuando existen consecuencias ventajosas

¹⁵⁴³ Teoría que ha sido aceptada por Luzón Peña, Mir o Muñoz Conde, entre otros.

¹⁵⁴⁴ A las que Ferrajoli llama “teorías absolutas”, conciben la pena como fin en sí mismo, es decir, como castigo, compensación, reacción, reparación o retribución del delito, justificada por su valor axiológico intrínseco, FERRAJOLI, L, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 253.

¹⁵⁴⁵ HOEKEMA, D.A., “The Right to Punish and the Right to Be Punished”, en BLOCKER, H.G. y SMITH, E.H., (eds.), *John Rawls Theory of Social Justice: An Introduction*, Ohio University Press, Athens, 1980.

¹⁵⁴⁶ RABOSSI, E.A., “Sobre la justificación moral del castigo”, *Problemas actuales de las Ciencias Penales y de la Filosofía del Derecho*, Homenaje al profesor L. Jiménez de Asúa, Pannedille, Buenos Aires, 1970.

¹⁵⁴⁷ Ferrajoli las llama “teorías relativas”, consideran la pena y justifican la pena sólo como un medio para la realización del fin utilitario de la prevención de futuros delitos, se divide a su vez en doctrinas de prevención general y especial. FERRAJOLI, L, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit. p. 253. Por otro lado, son interesantes las versiones del utilitarismo acompañadas de los modelos de derecho penal máximo, así señala el utilitarismo *ex parte principis* a la utilidad de los gobernantes, señalando como principal antecedente la obra *La República* de Platón: “cada gobierno establece las leyes según su conveniencia: la democracia, leyes democráticas; la tiranía, tiránicas [...] al establecerlas, muestran los que mandan que es justo para los gobernados lo que a ellos conviene, y al que se sale de esto lo castigan como violador de las leyes y de la justicia [...]”. PLATÓN, *La República*, trad. de J. M. Pavón y M. Fernández Galiano, cit., p. 24.

en el futuro¹⁵⁴⁸. Y para los abolicionistas -entre otros, Mathiesen y Christie-, abogan por no reconocer ninguna justificación al Derecho penal, se debe propugnar su eliminación, ya que no admiten moralmente ningún posible fin como justificador de los sufrimientos que ocasiona, bien porque consideran ventajosa la abolición de la forma jurídico-penal de la sanción punitiva y su sustitución por medios pedagógicos o instrumentos de control de tipo informal e inmediatamente social¹⁵⁴⁹.

1.2 Principales tipos de sanciones penales

Encontramos dos tipos de sanciones penales en nuestro ordenamiento jurídico, de un lado, la pena la cual tiene como base la privación de derechos fundamentales: la pena privativa de la vida, que es el caso de la pena capital¹⁵⁵⁰ -analizada en el Capítulo IV-; y la pena privativa del derecho a la libertad, caso de la prisión¹⁵⁵¹ que, a la luz de lo examinado hasta ahora, es la que nos interesa aquí analizar. Asimismo, se encuentra la sanción de las medidas de seguridad.

De otro lado, debemos diferenciar penas y medidas de seguridad, que según Landrove Díaz¹⁵⁵² son: la pena se ordena fundamentalmente a la prevención general; la medida de seguridad a la prevención especial. La pena es siempre postdelictual, exige la comisión de un delito previo; la medida de seguridad en sus orígenes podía ser también predelictual. La pena debe ser proporcionada a la gravedad del delito; la medida es proporcionada a la peligrosidad del sujeto. La pena se impone sólo a sujetos imputables; la medida se impone tanto a imputables como a inimputables, y en base a un criterio de utilidad social. La pena se aplica de un modo determinado; la medida tiene una duración indeterminada, subordinada a su propia ejecución. La privación de bienes jurídicos, común a ambas, es el contenido de la pena y un simple fenómeno acompañante de las medidas de seguridad.

¹⁵⁴⁸ Ver a RABOSSA, E.A., "Sobre la justificación moral del castigo", *Problemas actuales de las Ciencias Penales y de la Filosofía del Derecho-Homenaje al profesor L. Jiménez de Asúa*, Pannedille, Buenos Aires, 1970, pp. 185-202; del mismo, "Sobre la justificación moral de las acciones. El tema del castigo", *Crítica*, nº. IV, 1972, pp. 3-46.

¹⁵⁴⁹ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 248.

¹⁵⁵⁰ Para algunos es la pena más utilizada en algunos países, pese a que es considerada como una pena antinatural y antihumana, de esta opinión es LEGANÉS GÓMEZ, S., *Clasificación penitenciaria, permisos de salida y extranjeros en prisión*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 17.

¹⁵⁵¹ Así lo establece el art. 35 del CP.

¹⁵⁵² LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 111-121.

Con esta perspectiva, se debe subrayar que nuestro ordenamiento jurídico se acoge a un sistema dualista, es decir, junto a las penas prevé medidas de seguridad, esta dualidad se debe a que si faltaba el principio de culpabilidad para los delincuentes peligrosos no había manera de implantarles una pena, pero sí una medida de seguridad. En conclusión, las libertades encierran a su vez otras libertades, es lo que Iván C. Iban¹⁵⁵³ denomina *concreciones sucesivas*, es decir, que partiendo de la base de la proclamación genérica de libertad resulta un conjunto de libertades que se dotan de una mayor eficacia práctica. No obstante, considera que, a su vez, estas concreciones sucesivas son concreciones limitadoras, explicándolo en el sentido de que la suma de todos los derechos fundamentales no agota la idea de libertad. Asimismo, si alguna parcela de la *libertad* quedase fuera del catálogo de derechos fundamentales, también, disfrutarían de cierta protección porque la libertad es proclamada como valor superior del ordenamiento jurídico.

La libertad individual tiene dos aspectos, el positivo y el negativo, siendo el fundamento de la organización política del Estado, es decir, desde el aspecto positivo la ley es concebida como expresión de la voluntad soberana del pueblo, y en su aspecto negativo, supone el reconocimiento de la inviolabilidad de los derechos fundamentales de las personas. La doctrina ha reiterado en numerosas ocasiones que un aspecto es independiente del otro de manera que puede existir una libertad positiva y no negativa y viceversa¹⁵⁵⁴. El derecho penal surge para proteger al débil contra el más fuerte, la ley penal se justifica en tanto que ley del más débil, orientada a la tutela de sus derechos contra la violencia arbitraria del más fuerte, que para Ferrajoli¹⁵⁵⁵, en los juicios y la imposición de la pena protegen a los reos contra las venganzas u otras reacciones más severas.

A efectos de nuestro estudio, interesa concretar el fundamento, la justificación y la función de la sanción penal en los Centros penitenciarios. El fundamento y la

¹⁵⁵³ C. IBAN, I., (coord.) VV.AA., *Libertad y Derecho fundamental de libertad religiosa*, Edersa, Madrid, 1989, p. 12.

¹⁵⁵⁴ Ver BERLIN, I., "Dos conceptos de libertad", *Filosofía política*, recopilación de QUINTÓN, A., México, 1974, pp. 216 y ss., citado por VIVES ANTÓN, T.S., "Introducción: Estado de Derecho y derecho penal", en COBO DEL ROSAL, M. (dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M., (coord.), *Comentarios a la Legislación penal*, t. I, Edersa, Madrid, 1982, p. 2.

¹⁵⁵⁵ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit. p. 335.

justificación en la pena se debe a que es el principal medio del que dispone el Estado como reacción a un delito cometido, en el sentido de suponer restricción de derechos del responsable del mismo. Por consiguiente, la justificación no es una cuestión filosófica sino una necesidad. En suma, lo prioritario parece ser la pena privativa de libertad y las denominadas medidas de seguridad destinadas a paliar aquellas situaciones en las que el uso de la pena no resulta factible. Por lo que respecta a la función, suponen sistemas de reacción penal, discutiéndose, desde la antigüedad el fin de la pena. El por qué o para qué se impone la pena ha sido una cuestión de debate doctrinal a lo largo de la historia, opera como un medio de control social que debe ser aplicado de forma proporcional y legal¹⁵⁵⁶.

1.3 Fin de la pena, y especial estudio de la pena privativa de libertad

Para establecer el fin de la pena, en general, nos tenemos que remitir a las teorías absolutas y relativas, las absolutas son aquellas que se fundamentan en criterios éticos y responden de forma estática a la hora de cuestionar la pena y las teorías relativas, aquellas que se fundamentan en criterios utilitaristas y el enfoque es dinámico¹⁵⁵⁷. Como indica Zugaldía¹⁵⁵⁸, “la opción a favor de alguna de las teorías de la pena es libre ya que desde el punto de vista metodológico ninguna de ellas está en condiciones de fundamentar de forma última sus puntos de partida: por eso, como en todos los problemas últimos, se podría admitir la solución de cualquier teoría de la pena siempre y cuando con ello no se pretenda cerrar la discusión sobre las mismas [...]”.

¹⁵⁵⁶ Al respecto, BLACK, D., “Crime as Social Control”, *American Sociological Review*, n.º. 48, 1983; REDONDO, S., *Desviació, delinquència i control social*, Centre de studis Jurídics i Formació Especialitzada, 1998; CAFFREY, S., *How far can citizens perform the role of Social Control?* Ponencia para el Seminario de Howard League, Oxford, 1999.

¹⁵⁵⁷ Para un mayor estudio de las teorías mencionadas, ver VON LISZT, F., *La idea del fin en el Derecho penal*, Comares, Granada, 1995; CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996; JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General I*, Bosch, Barcelona, 1981; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho Penal. Introducción*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000; MANTOVANI, F., “Sanzioni alternative alla pena detentiva e prevenzione generale”, en ROMANO, M. y STELLA, F., *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, Il Mulino, 1980; POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho Penal. Parte General*, t. I, Bosch, Barcelona, 2001; CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas. (Análisis crítico sobre los fines de la pena)*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, n.º. 44, Dykinson, Madrid, 2008.

¹⁵⁵⁸ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “¿Otra vez la vuelta a von Liszt?”, en VON LISZT, F., *La idea del fin en el Derecho penal*, Comares, Granada, 1995, p. 27.

a) Teorías absolutas

También reconocidas como retributivas, se caracterizan porque se impone una pena por el hecho de que se ha delinquido, por una exigencia de la justicia (*punitur quia peccatum est*), es decir, se impone una pena sin tener en cuenta los fines a perseguir con la misma. Los principales teóricos de las teorías absolutas, se suele citar a Platón, Fichte, Sthal, Spindel, Weber, Wegner, Hälschner, Binding y más recientemente, Schmitt, Freisler, Mezger, Maurach o Fletcher. En España, citamos a San Agustín, Sto. Tomás de Aquino, Alfonso de Castro, Joaquín Francisco Pacheco, Rodríguez Devesa o Cuello Calón. Pero, sin duda, de entre todos destacan Kant y Hegel¹⁵⁵⁹. Estas teorías tienen su origen en planteamientos religiosos, son numerosos los autores que han planteado la vinculación entre lo religioso y la expiación-retribución¹⁵⁶⁰, afirmándose, incluso, que la pena retributiva es la expresión de los Estados de base teocrática¹⁵⁶¹. Muchos han sido los seguidores, como ya he indicado, pero los más destacados son Kant, dando origen a la retribución moral¹⁵⁶², y Hegel, a la retribución jurídica¹⁵⁶³.

¹⁵⁵⁹ Ver RÖDER, C.D.A., *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones. Ensayo crítico preparatorio para la renovación del Derecho penal*, trad. de Giner de los Ríos, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1876; JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. I, Bosch, Barcelona, 1981. En otro sentido, ALBIN ESSER, M.C.J., “*Menschengerechte*” *Strafjustiz. Vision eines am Menschen als Einzel- und Sozialwesen orientierten Straf- und Verfahrenssystems*, trad. de J.M. LANDA GOROSTIZA, “Una justicia penal a la medida del ser humano”, *Revista de Derecho penal y criminología*, nº. I, 1998, pp. 131-151; ARNOSO, A., “Representación del delito y demandas de seguridad de la población”, *Congreso servicios sociales y cárcel. Alternativas a la actual cultura unitiva*, Salhaketa, Vitoria-Gasteiz, 2004.

¹⁵⁶⁰ Se cita por muchos autores textos donde aparece el principio de retribución, así en el Mensaje del Papa Pío XII, en el VI Congreso Internacional de Derecho Penal en 1954; la Ley del Talión reconocido como expresión de justicia, en la Biblia tanto en el Génesis, Cap. 9, versículo 6 como en el Éxodo, Cap. 21, versículo 23 y ss., en San Mateo, San Lucas, etc. MILITELLO, V., *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Guffrè, Milano, 1982, p. 47.

¹⁵⁶¹ MIR PUIG, S., “El sistema de Derecho penal en la Europa actual”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin, Bosch, Barcelona, 1995, p. 28, ver la cita que hace CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas. (Análisis crítico sobre los fines de la pena)*, cit., pp. 16-17.

¹⁵⁶² Para un mayor estudio, entre otros, a BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, cit.; ANTÓN ONECA, J., *Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración*, Instituto de Ciencias Jurídicas, Madrid, 1965; GARCÍA VALDÉS, C., *Teoría de la pena*; FLETCHER, G., *Conceptos Básicos de Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997; RÖDER, C.D.A., *Sobre el delito y la pena*, cit., p. 50; BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., “Pena y Estado”, *Papers*, nº. 13, 1980, pp. 102-103; ROXIN, C., *Iniciación al Derecho penal de hoy*, cit., pp. 34 y 138-139; HASSEMER, W., *Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 21-22; CATTANEO, M.A., *Pena, diritto e dignità umana*, cit., pp. 58-59; NAUCKE, W., “Le droit penal retributif selon Kant”, *Retribution et Justice Penale, Travaux et Recherches de l’Université de Droit, d’Economie et des Sciences Sociales de Paris*, PUF, París, 1983.

¹⁵⁶³ Para un mayor estudio, RÖDER, C.D.A., *Sobre el delito y la pena*, cit., p. 50; JESCHECK, H.H., *Parte General*, t. I, cit., p. 97; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Fundamentos de Derecho penal*, cit., p. 67; del mismo, “¿Otra vez la vuelta de von Liszt?”, cit., pp. 12-13; SERRANO BUTRAGUEÑO, I., “Introducción al Discurso sobre las penas de Manuel de Lardizábal”, cit., p. XXVII; DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1999, pp. 58-59; MILITELLO, V., *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, cit., p.

En cuanto a la *retribución moral*, se ampara en el principio de culpabilidad siendo límite para no imponer una pena inhumana. La mayor parte de la doctrina entiende que la Ley del Talión (*lex talionis*) es la máxima ley donde se refleja la medida retributiva o la teoría absoluta de la pena, es decir, castigo igualado a crimen¹⁵⁶⁴. En sentido crítico, Kant¹⁵⁶⁵ aseveró que la pena judicial “no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo “porque ha delinquido”. Kant¹⁵⁶⁶ consideraría que “si todos los miembros de una comunidad acordaran por unanimidad disolverla, antes de ello se llevara a cabo, debería ejecutarse al último asesino que estuviera en prisión, para que todo el mundo supiera el trato que merece sus hechos”. Para Kant la pena es una necesidad ética¹⁵⁶⁷.

Por lo que se refiere a la *retribución jurídica* de Hegel, se fundamenta en un procedimiento dialéctico, la tesis es que el delito supone la negación del Derecho y la antítesis supone que la pena es la negación del delito. Luego, la síntesis (negación de la negación) indica que la pena es la afirmación del Derecho¹⁵⁶⁸, o también la pena es la reafirmación del ordenamiento porque niega la negación del Derecho que supone el delito¹⁵⁶⁹. O, como indica el propio Hegel¹⁵⁷⁰, “la superación del delito se realiza, en

51; BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., “Pena y Estado”, cit., p. 103; de los mismos, *Lecciones de Derecho Penal*, t. I, cit., p. 45; HINCHMAN, L., “Hegel’s Theory of Crime and Punishment”, *Review of Politics*, n.º. 44, 1982, pp. 523-545.

¹⁵⁶⁴ En la obra de FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar*, cit., también encontramos numerosas sanciones en función del delito cometido. Pero también están aquellos que desvinculan la Ley del Talión de las teorías retributivas, así CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, cit., p. 66, para quien el fin garantista limitador de la retribución supone una desautorización de la idea cristiana de retribución basada en el talión; GRACIA MARTÍN, L., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 55, indica que la moderna retribución, entendida como reafirmación del Ordenamiento y no como compensación de un mal moral, no puede identificarse con el principio talional.

¹⁵⁶⁵ KANT, I., *Metafísica de las costumbres*, cit., p. 166.

¹⁵⁶⁶ *Ibidem*, p.165.

¹⁵⁶⁷ BYRD, S., “Kant’s Theory of Punishment: Deterrence in its Threat, Retribution in its Execution”, cit., pp. 151-200; NAUCKE, W., “Le droit penal retributive selon Kant”, *Retribution et Justice Penale*, Travaux et Recherches de l’Université de Droit, d’Economie et des Sciences Sociales de Paris, París, 1983, pp. 80 y ss.

¹⁵⁶⁸ RIVERA BEIRAS, I. y ALMEDA, E., *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Ayuntamiento de Barcelona, Barcelona, p. 50, para Rivera Beiras la doctrina retributiva típica es siempre una doctrina de la retribución moral.

¹⁵⁶⁹ CASTRO MORENO, A., “El por qué y el para qué de las penas”, cit., pp. 23-24.

¹⁵⁷⁰ HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Recht*, 1821, pp. 99 y 101. Sobre el tema, ROXIN, C., ARZT, G. y TIEDEMANN, K., *Introducción del Derecho penal y al Derecho penal procesal*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 56. La teoría de Hegel se caracteriza porque exigía una igualdad valorativa, HINCHMAN, L., “Hegel’s Theory of Crime and Punishment”, *Review of Politics*, n.º. 44, 1982, pp. 523-

consecuencia, mediante la retribución, en tanto que vulneración de la vulneración del Derecho y, de este modo, la esencia del delito, que tiene una dimensión cualitativa y cuantitativa determinada, encuentra su correlativa negación”.

Los defensores de las teorías absolutas manifiestan que éstas proclaman y defienden la dignidad de la persona humana¹⁵⁷¹, no obstante, frente a ellos están los autores que consideran que las teorías absolutas de la pena no respetan la dignidad humana. Así, Bustos Ramírez¹⁵⁷² entiende que “no parece racional ni tampoco apropiado a la dignidad de la persona humana que la pena solo consista en un mal”. En sentido similar, Röder¹⁵⁷³ afirma que la unión de la idea retributiva con la venganza hace que se incurra en un trato indigno, indica que la dignidad humana resulta incompatible con la imposición de una pena carente de finalidad.

Afinando un poco más la cuestión, Klung¹⁵⁷⁴ considera que “la represalia que no persigue ningún fin, con la que no se persigue alcanzar algún bien [...] lesiona la dignidad del hombre y, en verdad, no sólo en el sentido de las normas morales, sino en el sentido de la Constitución [...]. Precisamente el respeto a la dignidad del hombre exige que la sociedad no devuelva los golpes como un mero criterio de represalia, sin objetivo alguno [...]”. También se ha criticado la falta de demostración empírica de su presupuesto, que la compensación de la culpabilidad formulada sólo puede admitirse mediante un acto de fe¹⁵⁷⁵. Por su parte, Zugaldía¹⁵⁷⁶ manifiesta que supone una concepción moralizante del Derecho penal y que, realmente, no son aptas para responder a la cuestión de la necesidad de la pena, dado que se limitan a presuponer su necesidad, pero no la fundamentan.

545; STAWELL, F.J., “Hegel’s Theory of Punishment”, *International Journal of Ethics*, nº. 7, 1986-87, pp. 95-96.

¹⁵⁷¹ Uno de los que lo afirma es Welzel, al establecer la distinción entre el hombre y el animal siendo la principal diferencia la libertad respecto de las normas innatas e instintivas de conducta y por la capacidad y misión de descubrir y establecer por sí mismo la rectitud de la conducta por medio de actos inteligentes; WELZEL, H., *Derecho penal alemán. Parte general*, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 1976, p. 203, citado por CASTRO MORENO, A., “El por qué y el para qué de las penas”, cit., p. 25.

¹⁵⁷² BUSTOS RAMÍREZ, J., *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987, p. 94.

¹⁵⁷³ RÖDER, C.D.A., *Las doctrinas fundamentales reinantes*, cit., p. 57.

¹⁵⁷⁴ KLUNG, citado por SERRANO BUTRAGUEÑO, I., “Las penas en el Código Penal de 1995”, *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, nº. 1, 1996, p. 106.

¹⁵⁷⁵ CASTRO MORENO, A., “El por qué y el para qué de las penas”, cit., pp. 26-27.

¹⁵⁷⁶ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Fundamentos de Derecho Penal: parte general, las teorías de la pena y de la ley penal*, Universidad de Granada, Granada, 1990, p. 70, del mismo, “¿Otra vez la vuelta a von Liszt?”, cit., p. 14.

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

En suma, si las teorías absolutas parten de la culpabilidad del sujeto por el hecho de haber cometido un delito, pudiendo haber actuado de otra manera y, por ello merece tal castigo; la mayoría de la doctrina, entre ellos, Quintero Olivares, Zugaldía Espinar, Bajo Fernández, Dolcini, Luzón Peña, De la Cuesta Arzamendi¹⁵⁷⁷ mantienen que no es posible determinar la libertad de voluntad por la que ha actuado el sujeto. También se critica a las teorías absolutas alegando que un mal no puede borrarse con otro mal, es decir, la pena impuesta no compensa al delito cometido¹⁵⁷⁸. En este mismo sentido, Kant¹⁵⁷⁹ indicaría que “la pena judicial [...] no puede nunca servir simplemente como

¹⁵⁷⁷ Ver QUINTERO OLIVARES, G., “Determinación de la pena y política criminal”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 4, 1978, p. 595; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Fundamentos de Derecho penal*, cit., p. 69; BAJO FERNÁNDEZ, M., “Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma”, en FERNÁNDEZ ALBOR, A., *Estudios penales*, t. I, Universidad de Santiago de Compostela, 1977, p. 38; DOLCINI, E., “Appunti sul limite della colpevolezza nella commisurazione della pena”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fascículo 4, 1975; LUZÓN PEÑA, D.M., “Antinomias penales y medición de la pena”, *Doctrina Penal*, nº. 7, 1979, p. 595; JORGE BARREIRO, A., “La motivación en la individualización judicial de la pena”, en AA.VV., *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 52; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Imputabilidad y nuevo Derecho Penal”, en AA.VV., *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamento*. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López, Comares, Granada, 2000, p. 300; MORALES PRATS, F., “Precisiones conceptuales en torno a la culpabilidad: convenciones normativas y función individualizadora”, en AA.VV., *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamento*, cit., p. 173; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho penal. Introducción*, cit., p. 134.

¹⁵⁷⁸ En este sentido, BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, cit., p. 45, afirma que el fin de las penas no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadano y retraer a los demás de la comisión de otros iguales.

¹⁵⁷⁹ KANT, I., *La metafísica de las costumbres*, cit., p. 166. Incluso admitía que cuando estuviese en juego la sociedad se renunciase a la pena justa y fuese sustituida por otra (pp. 170-171).

medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo porque ha delinquido [...]”.

Estas teorías, en la actualidad no tienen cabida, han sido rechazadas por la mayoría de la doctrina, aunque se sigue dando importancia al principio de culpabilidad, a su capacidad para limitar el *ius puniendi* y la idea de proporcionalidad que gira en torno a la concepción retributiva¹⁵⁸⁰. Esta doctrina se justifica en la máxima de “devolver mal por mal”¹⁵⁸¹.

b) Teorías relativas

Las teorías relativas están basadas en la configuración del hecho delictivo como fenómeno individual y susceptible de tratamiento individualizado, defendiendo la meta resocializadora como el objetivo primordial del tratamiento penitenciario y objetivo principal de la pena privativa de libertad¹⁵⁸².

Dichas teorías, también llamadas prevencionistas, se caracterizan porque, al establecer la pena, lo que buscan es una utilidad social o individual, es decir, la prevención general¹⁵⁸³ o especial. En consecuencia, tratar de evitar la comisión de

¹⁵⁸⁰ CASTRO MORENO, A., “El por qué y el para qué de las penas”, cit., p. 31.

¹⁵⁸¹ FERRAJOLI, L, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., pp. 253-254; FALLS, M., “Retribution, Reciprocity and Respect for Persons”, *Law and Philosophy*, nº. 6, 1987, pp. 25-51; OLDENQUIST, A., “An Explanation to Retribution”, *Journal of Philosophy*, nº. 9, 1988, pp. 464 y ss.

¹⁵⁸² DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria”, *Papers d'estudis i formació*, nº. 12, 1993, p. 16; ANIYAR DE C., *Criminología de la Reacción Social*, Maracaibo, 1977, considera al delito más que un fenómeno individual, un producto de las estructuras sociales. Así desde perspectivas como el “*labelling approach*” la condición “criminal” aparece no como una característica natural de ciertos comportamientos, sino más bien como un rótulo o etiqueta que se aplica a ciertos actos (o sujetos) mediante unos procesos de interacción de las instancias de control social, procesos de criminalización que, como demostrará la Criminología crítica infringen gravemente el principio de igualdad generalmente proclamado, afectando de manera mucho más incisiva a los pertenecientes a los sectores más desfavorecidos de nuestros grupos sociales, sigue afirmando que si la criminalidad es el resultado de los procesos de interacción sociales, difícilmente el instrumento resocializador ha de resultar idóneo para su prevención. Es más, a la vista del modo de funcionamiento de las instancias penales, son muchos los que califican de ilegítimo tratar de resocializar a los “pobres diablos” que pueblan nuestras prisiones sin atacar primero a la raíz y resocializar por tanto, en primer término, a la propia sociedad; BARATTA, A., “Criminología crítica y política penal alternativa”, *Revista Internacional de Derecho Penal*, nº. 1, 1978, pp. 43 y ss.

¹⁵⁸³ Seguidores como Bentham, Howard, Lardizabal y Von Feuerbach, éste desde el punto de vista teórico fue el primero que distinguió entre general y especial. Para Mir Puig, por ejemplo, la función preventiva general es una derivación del carácter social y democrático del modelo de Estado de Derecho. *Función de la pena y teoría del delito en un Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1982, pp. 21 y ss. En un sentido diferente, el de llevar a cabo una finalidad preventiva más allá de la proporcionalidad entre el delito y la pena se encuentra JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, trad. de Mir Puig, Barcelona, 1981, vol. 1, pp. 103 y ss., y GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., “La idea moderna de la proporcionalidad de las penas”, *El pensamiento penal de Beccaría*, Bilbao, 1991, pp.

delitos futuros (*punitur ut ne peccetu*), no tiene cabida la pena inútil, son seguidores de esta postura, entre otros, Montesquieu, Rousseau y Voltaire. El objetivo de la prevención se puede conseguir a través de la reeducación del delincuente, es la llamada prevención especial positiva, o a través de un mayor fortalecimiento del derecho de los ciudadanos, es la llamada prevención general positiva¹⁵⁸⁴, sus principales teóricos son Roxin¹⁵⁸⁵, Hassemer¹⁵⁸⁶ y Jakobs¹⁵⁸⁷. Frente a esto se encuentra la prevención negativa, es decir, mediante la intimidación a la sociedad para que no cometan delitos y la prevención general negativa, o intimidación al sujeto que ha cometido el hecho delictivo¹⁵⁸⁸, sus principales teóricos son Beccaria, Feuerbach, Bentham o Lardizábal,

55 y ss. Un interesante estudio desde la perspectiva filosófico-jurídica en BETEGÓN, J., *La justificación del castigo*, Madrid, 1992.

¹⁵⁸⁴ Sobre la prevención general positiva, pueden verse, GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española (Proyecto de 1980 de Código Penal)”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, nº. 3, Madrid, 1980, pp. 143-145; ROXIN, C., “La Parte General del Derecho Penal sustantivo”, en ROXIN, C., ARZT, G. y TIEDEMANN, K., *Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 26; HASSEMER, W., “Prevenzione generale e commisurazione della pena”, cit., pp. 134-135; GARCÍA ARÁN, M., “La prevención general en la determinación de la pena”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fascículos II y III, 1981, p. 514; BARATTA, A., “Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica”, cit., p. 535; EUSEBI, L., *La pena <<in crisi>>. Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, Morcelliana, 1990, p. 27; CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, cit., p. 64; DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, cit., p. 109; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho Penal. Introducción*, cit., pp. 141-147.

¹⁵⁸⁵ ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, Reus, Madrid, 1991, pp. 43-46, 48-50, 133-134, 182-183; del mismo, *Iniciación al Derecho penal de hoy*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1981, pp. 48-49; del mismo, *Dogmática penal y Política Criminal*, Idemsa, Lima, 1998, pp. 34-43; del mismo, “¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho Penal?”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 30, 1986, pp. 671-692.

¹⁵⁸⁶ HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho Penal*, cit., pp. 391-394.

¹⁵⁸⁷ JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 9-19, nº. margs. 4-16; del mismo, “El principio de culpabilidad”, *Estudios de Derecho Penal*, Cívitas, Madrid, 1997, pp. 365-393; del mismo, “Culpabilidad y prevención”, *Estudios de Derecho Penal*, Cívitas, Madrid, 1997, pp. 73-79. No obstante, para este autor, la función de la pena no estriba en la protección de bienes jurídicos sino en la mera afirmación de la vigencia de las normas penales; CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas (Análisis crítico sobre los fines de la pena)*, cit., p. 65; HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho. (El objeto protegido por la norma penal)*, PPU, Barcelona, 1991, pp. 104-105, quien afirma que para Jakobs, la función de la pena es preventiva. Por eso, la pena va dirigida a todos, no sólo a los delincuentes potenciales, y tiene por fin la prevención general positiva. La posición de Jakobs es criticada, entre otros, por Roxin, ya que al prescindir de la protección de bienes jurídicos, la tesis dejaría de ser una verdadera teoría relativa (preventiva) de la pena, ROXIN, C., “¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho Penal?”, cit., pp. 680-683.

¹⁵⁸⁸ Sobre el significado de la teoría de la prevención general de intimidación pueden verse, CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, cit., p. 64; CATTANEO, M. A., *Pena, diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, cit., pp. 105-107; MANTOVANI, F., “Sanzioni alternative alla pena detentiva e prevenzione generale”, cit., p. 73; SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, J.R., *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho penal*, Gráfico Horizonte, Lima-Perú, 1999, p. 61; POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 118-121; ANDENAES, J., “La prevenzione generale nella fase della minnanccia, dell’irrogazione e dell’esecuzione della pena” en ROMANO, M. y STELLA F., *Teoria e presi della*

además antes han mantenido esta teoría de la pena, Hobbes, Grotius Pufendorf, Locke, Thomasius, Filangieri, Romagnosi, Wolff, Schopenhauer. Walker¹⁵⁸⁹ lo resume diciendo que la única diferencia es que, mientras que la prevención general actúa sobre la imaginación (haciendo presente al potencial delincuente el mal que supone la pena), la prevención especial actúa sobre la memoria de quien ya la ha sufrido.

Históricamente, como refiere Platón¹⁵⁹⁰, ya encontramos indicios de la teoría relativa en un diálogo entre Protágoras y Sócrates que sostiene: “Si quieres, Sócrates, toma en consideración qué se gana con castigar a los injustos; esto te enseñará que los hombres consideran que la virtud puede proveerse, puesto que nadie castiga a los injustos teniendo en mente que cometieron injusticia o por haberla cometido, a no ser que se esté vengando irracionalmente como un animal. El que se dispone a castigar con razón no toma venganza por la injusticia pasada -ya que no desharía el hecho-, sino por el futuro, para que no vuelva a cometer injusticia ni éste ni otro que vea al castigado. Y al tener esta intención también piensa que la virtud es enseñable, dado que castiga en prevención”. Por su parte, Feuerbach planteó que el “impulso sensual será eliminado en cuanto cada uno sepa que inevitablemente seguirá un mal a su hecho, que es mayor que el desagrado que surja del impulso no satisfecho hacia el hecho”¹⁵⁹¹.

Para Luzón Peña¹⁵⁹², la prevención general significa intentar evitar la comisión de delitos por parte de la generalidad de los ciudadanos, es decir, con independencia de si en concreto han delinquido ya alguna vez o no. Por la doctrina penal es considerada como fin de la pena. Este autor considera que “pese a que debe haber una conciliación entre la prevención general y la especial, se debe dar preferencia a las exigencias preventivo-generales: pues aunque una pena sea preventivo-especialmente innecesaria, en caso de delitos muy graves los peligros para la sociedad serían mucho mayores, dada la indicada falta de estabilidad de las conciencias y de los mecanismos inhibidores y represivos de las tendencias agresivas y antisociales latentes en la sociedad [...]”.

prevenzione generale dei reati, Il Mulino, Bologna, 1980, p. 33.

¹⁵⁸⁹ WALKER, N., “La eficacia y la justificación moral de la prevención”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 11, 1980, p. 131.

¹⁵⁹⁰ PLATON, *Protágoras*, 424.a y b, en *Protágoras, Georgias*, Alianza, Madrid, 1998, pp. 61-62.

¹⁵⁹¹ BUSTOS RAMÍREZ, J., *Introducción al Derecho Penal*, Tervns, Bogotá, 1986, p. 75.

¹⁵⁹² LUZÓN PEÑA, D.M., “Prevención general, sociedad y psicoanálisis”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 16, 1982, pp. 93-96.

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

En cuanto a la prevención general negativa, caracterizadas porque es la única que no confunde el derecho con la moral, he indicado con anterioridad que se basa en la intimidación de la sociedad para que no cometa hechos delictivos. Se trata de evitar determinados comportamientos que pueden llevar aparejada la comisión de alguno de los delitos tipificados, de tal manera que, atendiendo a dicha premisa, la pena no es considerada como un bien, sino que es el mal por el delito cometido. Para que la sociedad sepa que determinados actos son delictivos, todo delito tiene que fundamentarse en el principio de legalidad para su conocimiento; su actual formulación es *nullum crimen nulla poena sine lege scripta, stricta, praevia i certa*¹⁵⁹³.

Por lo que se refiere a los principales teóricos debemos destacar la tesis de Beccaria¹⁵⁹⁴, quien indica: “¿queréis evitar los delitos? [...] Haced que los hombres los teman, y no teman más que a ellos. El temor de las leyes es saludable”. Además, Feuerbach es quien desarrolló la teoría de la coacción psicológica, siendo característico de las teorías preventivas generales que, a través de la pena, la intimidación a los individuos se abstengan de cometer hechos delictivos. Para este autor la pena es un imperativo categórico.

Hobbes, Locke, Thomasius, Filangieri, Schopenhauer, tratan el tema de la teoría relativa de la pena, y como uno de los principales textos *Las Partidas*¹⁵⁹⁵, en las que se indicaba que “las penas se imponen por dos razones: la primera, porque reciban

¹⁵⁹³ Atribuido a Feuerbach. Rechaza el correccionalismo penal.

¹⁵⁹⁴ BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, cit., Cap. 41, “Cómo se evitan los delitos”, pp. 105-106 y el Cap. 12 “fin de las penas”.

¹⁵⁹⁵ *Las Partidas*, Partida VII, Título XXXI, Ley 1. *La Nueva Recopilación*, Libro II, Título II, Cap. 2; y la *Novísima Recopilación*, Libro III, Título II, Ley 2.

escarmiento de los delitos cometidos. La segunda, para que todos los que oyeren o vieren tomen ejemplo o apercibimiento para guardarse de no delinquir por miedo a las penas”. En sentido amplio, Bentham¹⁵⁹⁶ lo resumía indicando que “la prevención general es efecto de la denuncia de la pena y de su aplicación, la que según la expresión común y justa, sirve de ejemplo; porque la pena padecida por el delincuente ofrece a los demás un ejemplo de lo que sufrirían si cometiesen el mismo delito. La prevención general es el objeto principal de las penas, es también la razón que las justifica”. Lardizabal¹⁵⁹⁷ para quien el primero y principal fin de la pena es la protección de la sociedad y la seguridad de los ciudadanos, considera que “las buenas leyes procuran por todos los medios posibles evitar los delitos para no verse en la necesidad de castigarlos; y cuando se vean precisados a ello, hacen que el mismo castigo, que ya no pueden excusar, sirva por su aparato y publicidad de prevención a los demás”.

Por su parte, para Ferrajoli¹⁵⁹⁸ la teoría de la prevención general negativa o intimidatoria, es la única que no confunde el derecho con la moral o la naturaleza frente a las positivas que son de integración¹⁵⁹⁹. Ferrajoli¹⁶⁰⁰ defiende que el fin de la prevención general, mediante la amenaza legal, es necesario para justificar las penas respecto a los delitos previstos, no es suficiente como criterio de limitación de las penas dentro de un modelo de Derecho penal mínimo y garantista¹⁶⁰¹. Por otro lado, se alega

¹⁵⁹⁶ BENTHAM, J., *Teoría de las penas y de las recompensas*, trad. de J. López Bustamante, Libro I, Cap. III “Del objeto de las penas”, París, 1826, p. 17. Ver el Libro I, Cap. IV “Coste de las penas” en el que distingue entre valor aparente de las penas (es el mal probable que se presentaría a la imaginación del común de los hombres, por la vista o descripción de la pena, o por la vista de su ejecución), y valor real (es el mal completo de la pena, se sufriría siendo impuesta), (p. 21); del mismo, *Tratados de Legislación Civil y Penal*, trad. de B. Arduaga Espinosa, t. IV, Madrid, 1842, pp. 154-155 en donde se detalla cómo ha de ser la ejecución de la pena para el público asistente.

¹⁵⁹⁷ LARDIZABAL, M., *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*, Cap. III “del objeto y fines de las penas”, Ararteko, Vitoria, 2001, p. 47 y el Cap. II “De las cualidades y circunstancias que deban concurrir en las penas para ser útiles y convenientes”, en el que detalla que el conocimiento de los hechos que han llevado al criminal a cometer un delito sean conocidos por la sociedad para que se abstengan de realizar en el futuro por miedo a la pena impuesta. Además entendía que el poder de castigar tiene un origen divino por lo que trató de unir su teoría junto con el contrato social.

¹⁵⁹⁸ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit. pp. 275-276.

¹⁵⁹⁹ Ver STELLA, F., “Il problema della prevenzione della criminalità”, *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Il Mulino, Bolonia, 1980.

¹⁶⁰⁰ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit. p. 280.

¹⁶⁰¹ En este sentido, BARATTA, A., “Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale”, *Dei Delitti e Delle Pene*, n.º 3, 1985, pp. 443-474; FERRAJOLI, L., “El Derecho Penal Mínimo”, *Poder y Control, Revista Hispano-latinoamericana de disciplinas sobre el control social*, n.º 0, PPU, Barcelona, 1986, pp. 25-48.

por Ferrajoli¹⁶⁰² que hay otro fin añadido a la pena mínima y es la prevención no del delito sino de otro mal, la mayor reacción que a falta de penas podría provenir de la parte ofendida o de fuerzas sociales o institucionales solidarias con ella, la cual tutela no sólo a la persona ofendida por el delito, sino también al delincuente frente a las reacciones informales, públicas o privadas. De modo que la pena “mínima necesaria” de la que hablaban los ilustrados no sólo es un medio, sino que es ella misma un fin: el fin de la minimización de la reacción violenta al delito.

Ambas finalidades preventivas (la de los delitos y la de las penas arbitrarias) están conectadas sobre la base de que legitiman conjuntamente la “necesidad política” del Derecho penal como instrumento de tutela de los derechos fundamentales, definiendo éstos normativamente los ámbitos y límites de aquél en cuanto bienes que no está justificado lesionar ni con los delitos ni con los castigos¹⁶⁰³. Afirma Ferrajoli que esta legitimidad es *garantista*¹⁶⁰⁴, residiendo en los vínculos impuestos por la ley a la función punitiva para la tutela de los derechos de todos. Orientar el Derecho penal hacia el fin único de la prevención general negativa excluye la confusión del Derecho penal con la moral que caracteriza a las doctrinas retribucionistas. Por último, este autor nos indica que no debemos olvidarnos de la prevención de los delitos, indicando que la prevención de los castigos es excesiva e incontrolada. El daño de los delitos prevenido por las penas no debe hacernos olvidar el daño de las penas por prevenir los delitos¹⁶⁰⁵.

A la luz de lo examinado hasta ahora, cabe concretar que dichas teorías han sido criticadas por falta de legitimación empírica, moral, desproporcionalidad, y su posible incapacidad para justificar determinadas instituciones penales como la inimputabilidad

¹⁶⁰² FERRAJOLI, L, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit. p. 332. Ese fin del que habla Ferrajoli también es idóneo para indicar el límite máximo de la pena por encima del cual no se justifica el que sustituya a las penas informales. Afirma que según la idea de los iusnaturalista y contractualistas, la pena es el producto en primer lugar de la socialización y luego de la estatalización de la venganza privada, concebida a su vez como expresión del derecho natural “de defensa” que en el estado de naturaleza corresponde a cada hombre para su conservación (p. 333).

¹⁶⁰³ *Ibidem*, pp. 335-336.

¹⁶⁰⁴ Define el *garantismo* como lo que tutela a los valores o derechos fundamentales cuya satisfacción, aun contra los intereses de la mayoría, es el fin justificador del derecho penal: la inmunidad de los ciudadanos contra la arbitrariedad de las prohibiciones y de los castigos, la defensa de los débiles mediante reglas del juego iguales para todos, la dignidad de la persona del imputado y por consiguiente la garantía de su libertad mediante el respeto también de su verdad. *Ibidem*, pp. 335-336; designa un modelo normativo de derecho (p. 851).

¹⁶⁰⁵ *Ibidem*, pp. 277-281.

o el error de prohibición¹⁶⁰⁶. Es Mapelli¹⁶⁰⁷ quien equipara la resocialización preventiva al tratamiento penitenciario cuando “se pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la ley penal [...]”. Considerando que no se trata de la resocialización tipificada en el artículo 25.2 de la CE, sino que “es un principio fundamental de humanización de la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad en virtud del cual éstas deben adaptarse a las condiciones generales de la vida en sociedad (principio de atenuación) y contrarrestar las consecuencias dañinas de la privación de libertad (principio de *nil nocere*)”.

En cuanto a la prevención general positiva, lo que se pretende es evitar la comisión de delitos concienciando a los ciudadanos a través de mandatos y prohibiciones legales. En este sentido, Castro Moreno¹⁶⁰⁸ indica que “se trata de robustecer la confianza de los ciudadanos en la inquebrantabilidad del ordenamiento jurídico, que se impone, a través de la pena, frente al delito” o, como asevera Bustos Ramírez¹⁶⁰⁹ “la prevención general positiva no deja de ser una reformulación de la prevención general intimidatoria ya que motivaría, no a través del miedo, sino a través del Derecho que cumpliría un función comunicativa de los valores jurídicos [...]”. No obstante, como bien afirma Cervelló¹⁶¹⁰, la prevención general positiva o integradora supone de alguna manera una vuelta a las ideas retributivas al considerar que la pena sirve como afirmación del Derecho en la colectividad creando una conciencia social de tranquilidad y confianza jurídica.

Su principal teórico ha sido Roxin¹⁶¹¹ con su *teoría de la prevención general integradora o compensadora*¹⁶¹², quien manifiesta que la imposición de la pena se debe

¹⁶⁰⁶ CASTRO MORENO, A., “El por qué y el para qué de las penas”, cit., p. 47. En pp. 47 a 62 hace el autor un estudio más detallado de las críticas a dichas teorías.

¹⁶⁰⁷ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 99.

¹⁶⁰⁸ *Ibidem*, p. 63.

¹⁶⁰⁹ BUSTOS RAMIREZ, J. y HORMAZABAL MALAREE, H., *Lecciones de Derecho penal*, t. I, Trotta, Madrid, 1997, p. 50.

¹⁶¹⁰ CERVELLÓ DONDERIS, V., “El sentido actual del principio constitucional de reeducación y reinserción social”, *Presente y futuro de la Constitución española de 1978*, Universidad de Valencia, Valencia, 2005, pp. 217-233; PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y Prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1986.

¹⁶¹¹ ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, cit., pp. 43 y ss.

¹⁶¹² Es la teoría más seguida por la doctrina, CASTRO MORENO, A., “El por qué y el para qué de las penas”, cit., p. 67.

a la culpabilidad del sujeto, así como empieza a utilizar el término *responsabilidad* en sustitución de *culpabilidad*, pero debe constatar la capacidad de culpabilidad y la necesidad de prevención de la pena, entendiendo que la culpabilidad no fundamenta la pena, aunque sea un presupuesto necesario y límite máximo de la pena. Este autor mantiene una teoría mixta¹⁶¹³.

En un sentido más crítico, Jakobs¹⁶¹⁴ considera que la culpabilidad consiste en caracterizar la motivación no conforme a Derecho del autor como motivo de conflicto, [...] el concepto de culpabilidad no ha de orientarse hacia el futuro, sino que de hecho está orientado hacia el presente, en la medida en que el Derecho penal funciona, es decir, contribuye a estabilizar el ordenamiento”. Pero, fue Von Liszt¹⁶¹⁵ quien señaló que “la pena es prevención mediante represión, o como podría decirse también, represión por medio de prevención, [...] la pena de protección es la pena de retribución”.

También, las teorías relativas han sido criticadas por un sector de la doctrina. Así, unos -Serrano Maíllo- manifiestan que el delito, por regla general, es un fenómeno normal e inevitable de toda sociedad sana¹⁶¹⁶ o -como Baratta- que representa una visión aséptica, tecnocrática y acrítica de la sociedad, pero no una valoración ni una crítica al fundamento del sistema social¹⁶¹⁷. Asimismo, una pena que mire prioritariamente a la autoafirmación del poder punitivo del Estado deviene necesariamente en un puro retribucionismo, al acoger una concepción autoritaria y expansiva *ius puniendi* que deja sin respuesta el fin fundamental que persigue¹⁶¹⁸.

¹⁶¹³ Según Castro Moreno, no es de extrañar que se mencione al mismo autor dentro de la prevención general positiva y como partidario de una teoría mixta de la pena, si se admite como hace ALCÁCER GUIRAO, R., “Los fines del Derecho penal: Una aproximación desde la filosofía política”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, t. 51, 1998, p. 361, que “la teoría de la prevención general positiva se presenta en la doctrina como una teoría unitaria”, CASTRO MORENO, A., “El por qué y el para qué de las penas”, cit., p. 68, nota n. 197.

¹⁶¹⁴ JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, cit., p. 580; del mismo, “El principio de culpabilidad”, *Estudios de Derecho Penal*, Cívitas, Madrid, 1997, y “Culpabilidad y prevención”, *Estudios de Derecho Penal*, Cívitas, Madrid, 1997.

¹⁶¹⁵ VON LISZT, F., *La idea del fin en el Derecho penal*, cit., p. 50 y pp. 92 y ss.

¹⁶¹⁶ SERRANO MAÍLLO, A., *Ensayo sobre el derecho penal como Ciencia. Acerca de su construcción*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 167.

¹⁶¹⁷ BARATTA, A., “Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 24, 1984, p. 544.

¹⁶¹⁸ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “¿Otra vez la vuelta a von Liszt?”, cit., p. 25; del mismo, *Fundamentos de Derecho Penal: parte general*, cit., p. 78. Ver las críticas realizadas por ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte general*, cit.; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 95; PÉREZ MANZANO, M., “Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Política Criminal y nuevo derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 78.

Pero, en sentido amplio, Feuerbach¹⁶¹⁹ cree que la ley es general y necesaria: rige para todos los ciudadanos, amenaza con pena a todo el que se haga punible, y establece esa pena precisamente porque hay una ley como consecuencia jurídica necesaria del delito. Quien realiza esa acción tiene que sufrir la pena; nadie que realice la acción debe librarse de ella. La pena y el delito se encuentran condicionados mutuamente: nadie puede querer una cosa sin la otra; nadie puede determinarse para el hecho contrario a la legalidad sin querer a la vez someterse al mal. El fin de la ley y de la amenaza contenida en ésta es, por tanto, el efecto intimidatorio del hecho que está conminado con el mal. Habla de la prevención general caracterizada porque vincula el fundamento y el fin de la pena a la seguridad del Estado.

Parte de la doctrina, entre los que cabe citar a Roxin o García-Pablos¹⁶²⁰, es partidaria de estas teorías ya que suponen una garantía del ciudadano frente a los posibles abusos del Estado, basadas en el principio de proporcionalidad entre culpabilidad-pena. Encontrando una postura contraria como la de Jescheck¹⁶²¹, quien mantiene que el principio de libre albedrío resulta científicamente indemostrable, la misión del Estado es recurrir a la pena para mantener la convivencia social.

1.4 Privación y restricción del derecho a la libertad

a) Reconocimiento del derecho

El reconocimiento del genérico derecho a la libertad figura en los siguientes textos internacionales de derechos humanos: el artículo 1 de La Declaración Americana de Derechos del Hombre de 1948 establece que: “Todo ser humano tiene derecho a [...] la libertad [...]”; el artículo 3 de La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 afirma que “Todo individuo tiene derecho a la [...] libertad”; el artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 establece que “Toda persona tiene derecho a la libertad [...]”; el párrafo 1º del Preámbulo de La Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas

¹⁶¹⁹ FEUERBACH, J.P.A., *Anti-Hobbes*, Huyesen, 1797, p. 49, citado por FALCÓN Y TELLA, M^a. J. y FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, cit., p. 187.

¹⁶²⁰ ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, t. I, cit., p. 84, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho Penal. Introducción*, cit., p. 132.

¹⁶²¹ JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 76-77.

Análogas a la Esclavitud, adoptada por la Conferencia de plenipotenciarios en el seno de las Naciones Unidas el 7 de septiembre de 1956 establece que: “[...] la libertad es un derecho innato de todo ser humano”; el artículo 1 del Protocolo n.º 4 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1963 establece la prohibición de la prisión por deudas: “Nadie puede ser privado de su libertad por la única razón de no poder ejecutar una obligación contractual”; el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 dice que “Todo individuo tiene derecho a la libertad [...]”; el artículo 2 de La Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales, aprobada en virtud de la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de mayo de 1989, mantiene que “Todo individuo tiene derecho [...] a la libertad [...]”, entre otros, y en cuanto al ámbito nacional no sólo es el mencionado artículo 17 de la CE, sino el artículo 17 de la LOGP: “la libertad [...] será acordada por la autoridad competente; también serán puestos en libertad cuando pasadas las 72 horas desde su ingreso no se hubiera recibido mandamiento u orden de prisión”, así como los artículos 22 y ss. del RP.

En resumen, atendiendo al artículo 5.1 del Convenio Europeo, el derecho a la libertad y a la seguridad exigen que este derecho sea concebido como un todo, es decir, una protección contra todo atentado arbitrario¹⁶²². Atendiendo al artículo 17 de la CE¹⁶²³ el derecho a la libertad va necesariamente unido a la seguridad, entendiendo la libertad frente a la seguridad personal, y afirmando, pues, que nadie puede ser detenido ni preso sino con arreglo a la ley, es decir, en la garantía contra las privaciones arbitrarias de libertad por obra del poder público¹⁶²⁴. Como no estamos ante un derecho absoluto e ilimitado no hay total libertad, de otro lado, tanto la libertad como la seguridad pueden generar tensiones.

La época anterior a la cárcel se caracteriza porque no se consideraba a la libertad como un valor, ni que la privación de la misma fuese un mal. Antes de la época capitalista la cárcel no existía tal como la concebimos hoy día como ejecución de las

¹⁶²² STEDH de 18 de diciembre de 1986, citado por SANGUINÉ, O., *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 372.

¹⁶²³ La STC 2/1981, de 30 de enero, manifiesta que, el art. 17.1, se refiere a la genérica libertad individual.

¹⁶²⁴ BANACLOCHE PALAO, J., *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el Derecho español*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 54.

penas, es con el nuevo sistema de producción cuando la libertad adquirió un valor económico¹⁶²⁵. Se crea, por tanto, un sistema represivo como defensa social¹⁶²⁶, “una represión que se legitima como una acción dirigida a neutralizar a quien es socialmente peligroso [...] como privado de racionalidad”¹⁶²⁷.

b) Cuestiones doctrinales

b.1) Una aproximación a la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico español

Tras el artículo 1 de la CE se esconden numerosas teorías sobre si se trata de un precepto con connotaciones iusnaturalistas o no, incluso, insinuando su naturaleza intangible¹⁶²⁸. En este sentido, creo que es acertada la posición de Peces-Barba al decir que el artículo 1 de la CE suprime al idealismo iusnaturalista y vincula el derecho al poder del Estado¹⁶²⁹. Estamos ante un Estado de Derecho, tratando de dar soluciones a lo que ya se planteaba en el *Contrato social* de Rousseau, es decir, encontrar una fórmula que, a la vez, defienda y proteja a la persona y a los bienes de la misma, estableciéndose la unión entre Estado de Derecho y derechos fundamentales, organizándose con la finalidad de hacer del hombre un ser libre, y amparándose bajo los derechos fundamentales, que constituyen la articulación jurídica de la libertad y la igualdad. Es la libertad, junto con la igualdad, una de las dos referencias cruciales del constitucionalismo¹⁶³⁰, aparecen ambas como valores superiores del ordenamiento jurídico¹⁶³¹, siendo criterio inspirador para el orden político y la paz social, así como derecho fundamental individual y civil.

¹⁶²⁵ *Ibidem*, pp. 36-37, desarrolla cuándo se reconoce el trabajo como asalariado, y como medio en el tiempo, se concibe una pena que privase al culpable de un quantum de libertad, es decir, de un quantum de trabajo asalariado, siendo desde este momento la cárcel la sanción penal más difundida, la pena por excelencia en la sociedad productora de mercancías.

¹⁶²⁶ La defensa social tiene una ideología cuya función es justificar y racionalizar el sistema de control social en general y el represivo en particular, PAVARINI, M., *Control y dominación*, cit., pp. 49-50.

¹⁶²⁷ *Ibidem*, pp. 50-51, manifiesta que el positivismo criminológico era capaz de negar toda racionalidad a la acción criminal interpretando ésta como patológicamente necesitada.

¹⁶²⁸ En este sentido, DE ESTEBAN, J., *El régimen constitucional español*, vol. I, Labor, Barcelona, 1984; VARELA, S., “La Constitución española en el marco del derecho constitucional comparado”, *Lecturas sobre la Constitución española*, vol. I, UNED, Madrid, 1978, pp. 13 y ss.; PRIETO SANCHÍS, L., *Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1981.

¹⁶²⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “La nueva Constitución española desde la Filosofía del Derecho”, *Documentación administrativa*, nº. 180, 1978, pp. 23 y ss.

¹⁶³⁰ BALAGUER CALLEJÓN, F., y otros, *Derechos Constitucional*, vol. 2, Tecnos, Madrid, 1999, p. 115.

¹⁶³¹ Así lo indica la STC 147/2000, de 29 de mayo.

Teniendo en cuenta los significados que poseen los valores superiores, y de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, ni el derecho a la libertad ni la seguridad deben ser confundidos con el principio general de libertad como valor superior, ya que éste supone hacer todo lo que la ley no prohíbe¹⁶³². No obstante, no hay ningún derecho que sea ilimitado y absoluto. En consecuencia, el Tribunal Constitucional estima que hay que entenderla como principio de autodeterminación vital de la persona¹⁶³³. Como se encarga de poner de manifiesto Liborio Hierro al proponer la libertad, la igualdad y la seguridad como “candidatos a una nómina completa de derechos humanos”, y entender que los derechos humanos se fundamentan en estos tres valores, en el sentido de que son mecanismos jurídicos que sirven a su realización y matizando que los tres valores incluyen al resto de los derechos¹⁶³⁴.

Para la mayor parte de la doctrina, entre ellos Peces-Barba, la libertad es la bóveda de la fundamentación de los derechos, llegándose a la conclusión de que la libertad es una condición imprescindible para la acción, que permite alcanzar a cada individuo los objetivos y fines morales que persiga y que son la expresión de la dignidad humana, de su consideración como fin en sí, como algo valioso¹⁶³⁵. Se mantiene, por Peces-Barba, que la libertad, como fundamento de los derechos humanos, es consecuencia de la existencia de mecanismos de organización en la vida social que permiten al hombre buscar y, en su caso, alcanzar la autonomía, independencia o libertad moral, conseguir la comunicación que desee a través del lenguaje, y reflexionar sin trabas en la construcción de conceptos generales¹⁶³⁶.

¹⁶³² STC 341/1993, de 18 de noviembre.

¹⁶³³ STC 132/1989, de 18 de julio.

¹⁶³⁴ Compartiendo esta misma idea con GARCÍA MANRIQUE, R., “Entorno a la libertad, igualdad y la seguridad como derechos humanos básicos, acotaciones a Liborio Hierro”, disponible en www.cervantesvirtual.com, pp. 377 y ss.; FERNÁNDEZ GARCÍA, E., *Teoría de la justicia y derechos humanos*, cit., p. 120; ORZA LINARES, R.M., *Fundamentos de la democracia constitucional: los valores superiores del ordenamiento jurídico*, Comares, Granada, 2003.

¹⁶³⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 215. Este autor manifiesta que la libertad no se puede entender sin la igualdad, y tampoco la igualdad sin la libertad, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Los valores superiores*, cit., p. 149.

¹⁶³⁶ *Ibidem*, p. 216.

Ya señaló Bueno Arús¹⁶³⁷, en su momento, que la pena de prisión (o privación de libertad) es el resultado histórico de una serie de ideas y creencias: el instinto de venganza contra el ofensor, el sentido expiatorio del castigo, el sentido ético cristiano que fundamenta el castigo en la libertad del hombre, el humanismo de la Ilustración que se opone a las penas crueles, la concepción burguesa de la sociedad en la que la pena de prisión representa la disponibilidad de una mano de obra barata, el correccionalismo krausista que concibe la pena como un procedimiento pedagógico de integrar en la sociedad a quienes se hallen desviados de la misma, el método de dominación de la clase dominante siendo la pena de prisión un procedimiento más. Considerando que el tema de las prisiones ha cobrado un interés general por una serie de razones, como son la mayor sensibilización del país hacia el problema de los derechos humanos, el movimiento de lucha de los reclusos por la defensa de sus derechos ante la sensación de discriminación, la politización del tema por parte de sectores más radicalizados como son ETA o GRAPO, la conciencia general de desvalorización de las prisiones y de su pretendida eficacia positiva entre los filósofos y juristas europeos, y la creciente sensación de inseguridad que domina a la sociedad debido al incremento de la delincuencia.

El sistema penitenciario español se caracterizaba por ser un sistema progresivo, cuyos fundadores fueron Maconochie, Crofton y Montesinos. Este sistema tenía como base la duración de la pena privativa de libertad, dividiéndose en períodos con beneficios, así la reeducación se lleva a cabo en prisiones cerradas o de máxima seguridad con una disciplina severa; la readaptación social que se cumple en prisiones intermedias en la que se permitía las comunicaciones y una cierta movilidad dentro del Centro penitenciario; y la prelibertad, que se realiza en prisiones abiertas caracterizada porque el preso podía salir al exterior a trabajar y por la libertad condicional¹⁶³⁸.

Es la STEDH, de 28 de junio de 1984 (Caso *Campbell y Fell*), la que asienta la doctrina recogida con anterioridad admitiendo la existencia de un régimen disciplinario especial en materia carcelaria, y ello por consideraciones de seguridad, del interés del orden, de la necesidad de pronta represión de la mala conducta de los detenidos, y por

¹⁶³⁷ BUENO ARÚS, F., “Aspectos positivos y negativos de la legislación penitenciaria española”, *Cuadernos de Política criminal*, 1979, pp. 3-4.

¹⁶³⁸ *Ibidem*, p. 12.

la responsabilidad que las autoridades deben tener sobre la disciplina dentro de sus establecimientos. Dicha sentencia trata de establecer el límite entre lo penal y lo disciplinario dando importancia a la naturaleza de la sanción¹⁶³⁹. La cárcel que tenemos en la actualidad se entiende como una “cárcel democrática”, como toda la sociedad, ya que la cárcel también ha de adaptarse al Estado social y democrático de Derecho¹⁶⁴⁰, en suma, se entiende que el delito es un hecho del hombre, un aspecto de la conducta humana, tal vez el más grave desde el punto de vista social¹⁶⁴¹.

Como acertadamente afirma García Pelayo, los dos valores fundamentales del Estado de Derecho, que condicionan el “cómo” y el “quién” del ejercicio del poder, son la libertad y la igualdad¹⁶⁴², a estos dos habría que añadir, la seguridad y la solidaridad. La libertad debe ser entendida como forma de convivencia social diversificada en principios de organización y de interpretación o producción normativa y en derechos fundamentales¹⁶⁴³, esta es la libertad social, política y jurídica de la que habla Peces-Barba para alcanzar la moralidad, pero sólo en ese sentido se puede hablar de “derechos morales”. Dicha libertad parte de la moral para el pleno desarrollo de la dignidad¹⁶⁴⁴.

En un sentido que aquí no interesa, nos encontramos con la distinción que Peces-Barba hace distinguiendo entre libertad social, política y jurídica para diferenciarla de la libertad psicológica y libertad moral¹⁶⁴⁵, siendo todas imprescindibles para entender el fundamento de los derechos. Afirma que la libertad es el referente central para fundamentar los derechos, así como la igualdad, la seguridad y la solidaridad, tienen

¹⁶³⁹ STC 2/1987, de 21 de enero, Fj. 4.

¹⁶⁴⁰ Consecuencia de ello aparecen los ficheros especiales (FIES), las cárceles de máxima seguridad o las macro-cárceles. Es entonces cuando se construye el “ciudadano de segunda categoría”, llegando a ser la legislación penal “una cultura de emergencia”, frente a la misma se crea la “cultura de resistencia”, es decir, luchas y reivindicaciones por la reforma de las normas penitenciarias en cuanto a reconocimiento de derechos fundamentales, RIVERA BEIRAS, I., “Sociología de la cárcel”, en BERGALLI, R., *Control social punitivo. Sistema penal e instancias de aplicación (policía, jurisdicción y cárcel)*, con la colaboración de RECASÉNS I BRUNET, A., DOMÍNGUEZ FIGUEIRIDO, J.L. y RIVERA BEIRAS, I., Bosch, Barcelona, 1996, p. 110; del mismo, *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos: la cárcel, los movimientos sociales y una cultura de la resistencia*, Bosch, Barcelona, 1993.

¹⁶⁴¹ NEUMAN, E., “Aspectos penológicos”, en NEUMAN, E. y IRURZUN, V.J., *La sociedad carcelaria. Aspectos penológicos y sociológicos*, Dalmata, Buenos Aires, 1977, p. 18.

¹⁶⁴² GARCÍA PELAYO, M., *Derecho Constitucional comparado*, Madrid, 1950, p. 142.

¹⁶⁴³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos fundamentales*, cit., p. 217.

¹⁶⁴⁴ *Ibidem*, p. 218.

¹⁶⁴⁵ Manifiesta que la libertad, sin su dimensión moral, carecería de legitimidad, sin su dimensión política no podría imponerse y arraigar en la vida social, y sin su dimensión jurídica carecería de validez y de eficacia para organizar la convivencia. Los derechos fundamentales son el producto de la libertad. *Ibidem*, p. 220.

que identificarse y definirse en relación con la libertad¹⁶⁴⁶. Todas las libertades están unidas para el pleno desarrollo de la dignidad. Peces-Barba señala que el derecho a la libertad se trata de un ámbito de autonomía donde la persona se puede desarrollar sin interferencias del Estado y, en general, de los poderes públicos, de los grupos de presión o de los demás individuos y, por otra parte, un ámbito de participación en la vida política y social que supere el dualismo representante-representado y fortalezca la acción directa de los ciudadanos en los organismos públicos y sociales¹⁶⁴⁷. Así pues, son muy ilustrativas las palabras de Peces-Barba¹⁶⁴⁸ al sustentar que, si decimos que el hombre necesita de los derechos, expresión y desarrollo de la libertad que aquí estamos identificando y que es su raíz y fundamento, no podemos hacer excepción con ningún ser humano y lógicamente tenemos que defender su generalidad y su universalidad, es decir, la igualdad de destinatarios de la libertad y de los derechos humanos.

Considera que la libertad es el referente central para fundamentar los derechos y, tanto la igualdad como la seguridad y la solidaridad, tienen que identificarse y definirse en relación con ella, señalando que esa libertad, como forma de convivencias sociales, se diversifica en principios de organización y de interpretación o producción normativa y en derechos fundamentales¹⁶⁴⁹, es el referente central de los derechos humanos y complementa otros valores como la igualdad, seguridad jurídica y solidaridad. Es un derecho universal por lo que son titulares todos los hombres¹⁶⁵⁰. Se trata de un valor

¹⁶⁴⁶ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Lecciones de Derechos fundamentales*, cit., p. 137. Indica que esa libertad, como forma de convivencia social, se diversifica en principios de organización y en derechos fundamentales; del mismo, *Los valores superiores, Temas clave de Constitución española*, cit., pp. 128 y ss., asevera que “la libertad social, es decir, la libertad del hombre en sociedad, se sitúa en el pensamiento moderno entre los dos conceptos de libertad que la encuadran: libertad psicológica y libertad moral. La primera es un mero dato previo de la persona. La segunda explica la meta de la vida humana, la realización de las virtualidades de la condición humana, como libertad de desarrollo de la vida humana”. Afirma que el valor libertad una de sus dimensiones es la organizativa y la otra es en función del estatus de la persona en la organización social, así habla de “libertad-autonomía” llevada a la práctica en función de la libertad de los demás, “libertad-participación” es la libertad subjetiva en función de la organización del Estado y, “libertad-prestación” en la que se vinculan los valores libertad-igualdad; lo resume todo manifestando que “estamos ante unos valores éticos, convertidos en valores políticos que el Estado democrático convierte en valores jurídicos, y desarrolla así como derechos fundamentales”.

¹⁶⁴⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “Reflexiones sobre la Constitución española desde la Filosofía del Derecho”, *RFDUC*, nº. 61, 1980, p. 125.

¹⁶⁴⁸ *Ibidem*, pp. 218-219. SARTORI, G., *Teoría de la democracia*, trad. de S. Sánchez González, Alianza Editorial, Madrid, 1987, hace una distinción entre libertad política y jurídica, libertad moral y de opción.

¹⁶⁴⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos Fundamentales*, cit., p. 217.

¹⁶⁵⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Los valores superiores*, cit., pp. 128 y ss.; CONSTANT, B., *Escritos políticos*, CEC, Madrid, 1989, pp. 260 y ss., indica que la libertad es el derecho de cada uno.

supremo, cualidad o propiedad de la persona, bien y fin a perseguir¹⁶⁵¹. Como se afirma, “estamos ante la clave de bóveda de la fundamentación de los derechos, indicando que la libertad como fundamento de los derechos fundamentales es consecuencia de la existencia de mecanismos de organización en la vida social, la libertad es el referente central para fundamentar los derechos y, tanto la igualdad, como la seguridad y la solidaridad, tienen que identificarse y definirse en relación con ella”¹⁶⁵².

b.2) La libertad en las Instituciones Penitenciarias

Tomando como referencia, como hemos venido haciendo en todos y cada uno de los derechos, el artículo 25.2 de la CE se sustenta que la pena privativa de libertad estará orientada a la reeducación y reinserción social. Pese a ello, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional señala que dicho precepto no contiene un derecho fundamental, sino un mandato del constituyente al legislador de orientar la política penal y penitenciaria¹⁶⁵³. Son los artículos 22 al 25 del RP los que regulan la libertad tanto del detenido como del preso, siendo de interés en lo referente a la libertad de los presos, otorgándose la misma por medio de la aprobación de la libertad definitiva por el Tribunal sentenciador o del expediente de libertad condicional por el Juez de Vigilancia, o la libertad por aplicación de medidas de gracia, los penados extranjeros sometidos a medida de expulsión posterior al cumplimiento de la condena y, por último, la sustitución de penas impuestas a extranjeros por medidas de expulsión¹⁶⁵⁴.

Desde este punto de vista, Mapelli¹⁶⁵⁵ mantiene que “la privación de libertad sólo adquiere sentido como pena moderna cuando precisamente deja de ser una aflicción y se

¹⁶⁵¹ BOBBIO, N., *Igualdad y libertad*, Paidós, Barcelona, 1993, trata la igualdad y la libertad como valores morales, políticos y jurídicos, valores de la vida social bajo el criterio de derechos fundamentales como límite del poder político y situando esos valores como criterios de legitimidad.

¹⁶⁵² PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Lecciones de Derechos Fundamentales*, cit., pp. 135-137. De otro lado, hay autores que han distinguido entre libertad de hecho y libertad normativa, la primera se caracteriza negativamente como la cualidad del que no está sometido a sujeción física, subjetiva o mora; la segunda supone tener el derecho o el poder de realizar tal o cual acto, siendo la palabra “libre” sinónima de “lícito” o “permitido”; ROBERT, J., *Libertés publiques*, París, 1977, pp. 15-16.

¹⁶⁵³ AATC 15/1984, de 11 de enero; 486/1985, de 10 de julio; SSTC 2/1987, de 21 de enero; 19/1988, de 16 de febrero; 1112/1988, de 10 de octubre, entre otras.

¹⁶⁵⁴ Sobre la libertad de los extranjeros, GOIG MARTÍNEZ, J.M., *Derechos y libertades de los inmigrantes en España. Una visión constitucional, jurisprudencial y legislativa*, Universitas Internacional, Madrid, 2004.

¹⁶⁵⁵ MAPELLI CAFFARENA, B., “Cárcel y Derechos Humanos”, *Revista 7*, disponible en www.cienciaspenales.org, Barcelona, 21 de febrero de 1991.

convierte en una privación -privación de un derecho de libertad personal [...]”-, mas la realidad demuestra que la cárcel no es tan humanitaria¹⁶⁵⁶.

Tomamos como base y principio, por tanto, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977 y las RPE de 1973, reformadas en 1987, ambas con la finalidad de respetar los derechos humanos de los reclusos y reforzar el cumplimiento del principio de legalidad en la ejecución penitenciaria. Es decir, considerar al preso como sujeto perteneciente a la sociedad y no como sujeto excluido, titular de derechos reconocidos constitucionalmente y de derechos que nacen de la relación penitenciaria, como es el caso del tratamiento penitenciario. Los derechos de los presos vienen reconocidos en las principales Declaraciones internacionales de Derechos Humanos mediante un reconocimiento implícito de una serie de derechos, los cuales son también aplicables a las personas que están en situación de prisión, que son los que venimos analizando; el reconocimiento explícito de derechos adquiridos por la condición de preso diferenciándose de los derechos fundamentales, todo ello bajo el reconocimiento del genérico derecho a la igualdad.

A la pregunta que todos se hacen en cuanto a por qué los individuos tienen derechos y cuáles derechos tienen, es Kant el que da la respuesta diciendo que “la libertad en la medida en que puede existir conjuntamente con la libertad de cualquier otro de acuerdo con la ley universal es el derecho único, originario, que pertenece a toda persona en virtud de su humanidad”¹⁶⁵⁷.

Esta situación en la que se encuentra la persona y respecto a la que no puede *escapar* está íntimamente relacionada o repercute directamente en calidad de vida humana y tienen una característica fundamental que hace que podamos hablar de

¹⁶⁵⁶ En este sentido, BANACLOCHE PALAO, J., *La libertad personal y sus limitaciones*, McGraw Hill, Madrid, 1996.

¹⁶⁵⁷ Es decir, es propiedad de la persona como ser racional. KANT, *La metafísica de las costumbres*, cit., p. 237.

necesidad: el perjuicio o grave detrimento va a mantenerse exactamente en las mismas condiciones, salvo, que esa situación se vea satisfecha, cumplida o realizada y no hay ninguna posibilidad alternativa de salir de ella¹⁶⁵⁸.

1.5 La sanción penal privativa de libertad

a) Antecedentes generales de la pena privativa de libertad: la prisión.

Desde la antigüedad, se ha debatido sobre la libertad ya que se ha considerado que el hombre tiene capacidad de elegir, así Platón en *La República* habla de la libertad¹⁶⁵⁹ y Aristóteles¹⁶⁶⁰ tampoco se olvida de ella. Más adelante, Tomás de Aquino la trató como valor primordial¹⁶⁶¹, Descartes sostuvo la evidencia de la libertad¹⁶⁶², Locke¹⁶⁶³ y Rousseau¹⁶⁶⁴ también la analizaron. Kant se mostró partidario de la libertad como el poder empezar por sí mismo una serie de modificaciones; en su obra *Crítica de la razón práctica* considera que la libertad es la clave de bóveda del entero edificio de un sistema de la razón pura, defiende que la libertad es el único derecho innato, originario, que corresponde a todo hombre en virtud de su humanidad¹⁶⁶⁵, en sus palabras “no hay más que un derecho innato. Libertad, siempre que se concilie con la libertad de los demás según una ley general”, manifestando que es el único derecho originario, que corresponde a todo hombre por virtud de su propia humanidad¹⁶⁶⁶.

En los distintos sistemas penales, han existido tipos de penas privativas de libertad, si en España era la reclusión mayor y la reclusión menor, en otros países como Francia, Alemania, Inglaterra era la pena de reclusión perpetua, o en Italia, la pena *ergastolo*¹⁶⁶⁷. La privación de libertad en ningún momento puede comprometer el

¹⁶⁵⁸ AÑÓN ROIG, M. J., *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 252.

¹⁶⁵⁹ PLATÓN, *La República*, cit., Libro VIII, “El exceso de libertad engendra la tiranía”.

¹⁶⁶⁰ ARISTÓTELES, *La gran moral*, Libro I, Cap. XI, “Teoría de la libertad en el hombre”, Patricio de Azcarate, t. II, Madrid, 1874, pp. 26-27.

¹⁶⁶¹ TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, Parte I, cuestión 83 sobre el libre albedrío.

¹⁶⁶² DESCARTES, R., *Cuarta Meditación Metafísica*, trad. Vidal Peña, Alfaguara, Madrid, 1977, pp. 463 y ss., parte de la hipótesis de que él mismo es libre.

¹⁶⁶³ LOCKE, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Cap. II, “Sobre el estado de naturaleza”, indica que se trata de un estado de perfecta libertad para que cada uno ordene sus acciones.

¹⁶⁶⁴ ROUSSEAU, *El Contrato Social*, Libro I, Cap. I.

¹⁶⁶⁵ KANT, *Crítica de la razón pura*, cit., pp. 12 y ss.

¹⁶⁶⁶ KANT, I., *Introducción a la Teoría del Derecho*, trad. de F. González Vicen, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1978, p. 98.

¹⁶⁶⁷ DE LEÓN VILLALVA, F.J., “La pena privativa de libertad en el Derecho comparado”, *Derecho y prisiones hoy*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2003 (también publicado en la

derecho a la vida, la integridad física y moral, y desde otra perspectiva, y como consecuencia de los anteriores, la posibilidad de ser sometido a tratos inhumanos y degradantes, como ya se ha indicado. Exige de la Administración penitenciaria algo más que una actitud de no injerencia¹⁶⁶⁸.

En Capítulos anteriores, una vez señalado el nacimiento de la prisión, quedó reflejado la evolución de la libertad siendo, en el siglo XVI cuando aparecen las penas privativas de libertad, prácticamente tal y como las entendemos hoy día¹⁶⁶⁹. Por su parte, A. Schopenhaver¹⁶⁷⁰ sostuvo que el concepto de libertad es negativo. Representa para nosotros la falta de todo impedimento y de todo obstáculo, y como todo obstáculo es una manifestación de fuerza, debe responder a una noción positiva. Habla de tres géneros de libertad: libertad física, que supone la ausencia de obstáculos materiales de cualquier naturaleza; la libertad intelectual, lo que Aristóteles entiende por lo voluntario y lo no voluntario y, la libertad moral, que constituye el libre albedrío.

En sentido más amplio y crítico, se encuentra Beccaria quien afirmaría que, “para cualquier criminal pasar la vida en la cárcel con privación de libertad era peor que una condena a muerte, mientras que la ejecución no sirve como disuasorio para el criminal, dado que las personas tienden a olvidar y borrar completamente los recuerdos de un acto traumático y lleno de sangre [...], así como también trata el tema de la situación en la que el hombre ha consentido perder su libertad”¹⁶⁷¹. Como se encarga de poner de manifiesto Mapelli dictamina que se puede hablar de la pena de prisión desde el siglo XVIII, ya que desde ese momento concurren en ella tres de sus características definitorias: se concibe en sí misma como una pena, su imposición corresponde a los Tribunales públicos sometidos al principio de legalidad y, por último, preocupa el

Revista General de Derecho Penal, n.º. 1, Iustel, 2004, p. 4). La pena *ergastolo* nace como pena de prisión perpetua en sustitución de la pena de muerte, y se incluye en los diferentes Códigos penales italianos desde el siglo XVIII, siendo criticada ya en aquella época por autores como Beccaria, que la consideró incluso más aflictiva que la pena de muerte. Aún hoy su aplicación implica, como consecuencia automática (art. 32 CP italiano), la inhabilitación legal en cuanto supone la pérdida del condenado de la capacidad de disponer de sus bienes y de la patria potestad.

¹⁶⁶⁸ MAPELLI CAFFARENA, B., “Contenido y límites de la privación de libertad”, *Poder Judicial*, n.º. 52, 1998, p. 217.

¹⁶⁶⁹ GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de Ciencia penitenciaria*, Edersa, Madrid, 1983, detalla la evolución histórica y legislativa de las penas privativas de libertad.

¹⁶⁷⁰ SCHOPENHAVER, A., *La nave de los locos*, Premiá, México, 1981, p. 7.

¹⁶⁷¹ BECCARIA, C., *Tratado de los delitos y de las penas*, cit., p. 209.

modelo ejecutivo bien para humanizarlo, bien para alcanzar a través de él otros fines¹⁶⁷². Para T. Sumalla, la prisión destaca como la columna vertebral del nuevo régimen punitivo¹⁶⁷³.

b) La libertad individual entendida como libertad mínima

Me remito a la definición dada por el Diccionario de la Real Academia que dictamina que *libertad* es la facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera u otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos, así como también la define como el estado del que no está preso¹⁶⁷⁴.

Pese a que, si observamos nuestra Norma Suprema, podemos encontrar numerosos artículos referentes a la libertad, no sólo en su excepción a la privación de la misma, sino en cuanto al reconocimiento de ciertas libertades públicas, esto es, libertad de expresión, de pensamiento, de cultos, de asociación, de reunión, etc., me centraré exclusivamente en este apartado al derecho a la libertad en cuanto a derecho de los privados de libertad. Es por lo que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en su Sentencia 120/1990, de 27 de junio, declara que el derecho a la libertad personal no protege la libertad general de actuación o una libertad general de autodeterminación individual, sino al individuo frente a la detención, condena o internamiento arbitrarios. Atendiendo al artículo 1.1 de la CE, no solo se trata de un valor superior del ordenamiento jurídico, sino además, de un derecho fundamental basándonos en el artículo 17 de la CE, siendo presupuesto de otras libertades y otros derechos fundamentales. Se trata de un derecho que le corresponde tanto a los españoles como a los extranjeros por igual¹⁶⁷⁵.

Analizo, pues, el derecho a la libertad, atendiendo a la metodología de Freixes Sanjuán al establecer como derecho base el derecho a la libertad personal, y el derecho-garantía. Esto es, que por expresa disposición constitucional acompañan necesariamente a la libertad personal garantizando su ejercicio confeccionado como un derecho

¹⁶⁷² MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Cívitas, Madrid, 1996, p. 75. Para este autor la pena privativa de libertad es la pérdida temporal de libertad de un penado, (p. 67).

¹⁶⁷³ TAMARIT SUMALLA, J.M., *Curso de Derecho Penitenciario. Adaptado al Nuevo Reglamento Penitenciario de 1996*, Cedecs, Barcelona, 1996, p. 28.

¹⁶⁷⁴ Esta acepción es la tomada por la STC 15/1986, de 31 de enero.

¹⁶⁷⁵ Así lo determina la STC 115/1987, de 7 de julio.

autónomo, pero sin cuestionar el resto de derechos-garantías que regula el artículo 17 de la CE. Estos son: el derecho a ser informado de los motivos de la detención, derecho a no declarar, derecho a la asistencia letrada en las diligencias policiales y judiciales, y el control judicial de la detención a través del procedimiento de *habeas corpus*, evidentemente, desde el ámbito penitenciario. Por otro lado, el artículo 17 de la CE, también regula la detención preventiva y medidas restrictivas que en relación con la detención puedan tomarse, como la incomunicación o la ampliación del plazo de duración, los cuales deberán partir desde una perspectiva constitucional del derecho fundamental a la libertad que la detención preventiva viene a negar, y del derecho fundamental a la seguridad, esto es, como un supuesto excepcional al derecho fundamental a la libertad garantizado constitucionalmente pero el citado precepto no contiene una definición de lo que se debe de entender por libertad y seguridad¹⁶⁷⁶.

En la actualidad, la generalización y el proceso de internacionalización experimentado por los derechos civiles y políticos han permitido el establecimiento de un cierto consenso normativo acerca de las dimensiones de la libertad, que han quedado fijadas en diversos textos internacionales y constitucionales en forma de principios generales y, sobre todo, de derechos fundamentales de carácter subjetivo, lo cual puede servir en último término como referente más o menos consensuado acerca de los tipos o las dimensiones de la libertad¹⁶⁷⁷. Por lo tanto, a nadie se le escapa que los derechos fundamentales cuentan con limitaciones.

La primera proyección de que una persona se encuentre en un Centro penitenciario recae, en este sentido, como indica Aba Catoira, sobre uno de los derechos más esenciales de las personas, como es la libertad individual, entendida como libertad

¹⁶⁷⁶ FREIXES SANJUAN, T. y REMOTTI, J.C., *El Derecho a la Libertad personal. Análisis de Constitución, legislación, Tratados internacionales y jurisprudencia (Tribunal europeo y Tribunal Constitucional)*, PPU, Barcelona, 1993, p. 10. STC 7/2004, de 9 de febrero; SSTs de 3 de diciembre de 1990; de 15 de enero de 1991; de 2 de julio de 1993; de 26 de abril de 1994, en las que se observa algunos pronunciamientos jurisprudenciales significativos. VEGA ALONSO, J., *Consideraciones en torno a la ejecución de las penas de libertad*, Madrid, 2001, pp. 41 y ss.; MUÑAGORRI, I., "Privación de libertad y derechos fundamentales", *Privación de Libertad y Derechos Humanos. La tortura y otras formas de violencia institucional*, Icaria, Barcelona, 2008, p. 99.

¹⁶⁷⁷ SANTAMARÍA IBEAS, J.J., *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Libertad, justicia, igualdad y pluralismo político*, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 211-212. Es interesante el trabajo de RUÍZ MIGUEL, A., "Sobre los conceptos de la libertad", *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 2, Madrid, 1983, pp. 513-550, en el que hace distinción entre libertad positiva y negativa, libertad formal y real, libertad material y moral, libertad jurídica, social, práctica.

mínima e indispensable que permite la autodeterminación y realización personal dentro de la sociedad¹⁶⁷⁸. No obstante, la privación de libertad no es considerada como un supuesto de tortura o pena inhumana o degradante según la STC 64/1983, de 21 de julio. Lo que viene a afirmar que, como consecuencia, la privación de libertad lleva unida la privación de otros derechos y libertades pero, no se trata de una privación absoluta, sino de una limitación en orden a la necesidad constitucional de armonizar los derechos de libertad y seguridad. Encontrándose vulnerado el artículo 19 de la CE en cuanto establece “Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional”. Por tanto, lo preceptuado en el artículo 17 de la CE aparece estrechamente ligado al principio de legalidad penal que se expresa en el artículo 25 y que, en el caso de penas privativas de libertad, precisará de ley orgánica (art. 81 de la CE). En este sentido, se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹⁶⁷⁹.

Reiterando lo anteriormente manifestado, la Exposición de Motivos de la LOGP establece que la prisión es un mal necesario, y siguiendo a Gudín Rodríguez-Magariños, el hecho de que sea un mal nos obliga a adoptar una postura dinámica y reformista renuente a resignarse con el *statu quo* existente¹⁶⁸⁰. En el mismo sentido ya se manifestaba Bentham¹⁶⁸¹ al afirmar que “es un mal, siendo preciso que exista el mal para que se aplique el remedio: el remedio consiste en la aplicación de la pena, y cada pena que se impone es una prueba más de su poca eficacia”, lo cual produce siempre cierto grado de alarma y de peligro; afirmaría que “la pena misma es un mal, aunque necesaria para prevenir un mal mayor: el procedimiento criminal en todo el curso de su operación [...]”.

Por otro lado, el artículo 9.2 de la CE, denominado por Lucas Verdú “clausula de transformación social”, nos obliga a un perpetuo proceso en el que hay que luchar para

¹⁶⁷⁸ ABA CATOIRA, A., *La limitación de los derechos fundamentales por razón de sujeto. Temas clave de la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 239-240.

¹⁶⁷⁹ SSTC [160/1986](#), de 16 de diciembre o [118/1992](#), de 16 de septiembre, entre otras.

¹⁶⁸⁰ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones? Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado*, Slovento, Madrid, 2005, p. 9, siendo esta postura más clara atendiendo al art. 10.1 de la CE cuando indica que hay que respetar la dignidad del individuo, en palabras de Gudín, nos exige involucrarnos en un proceso continuo de humanización del mundo penitenciario.

¹⁶⁸¹ NÚÑEZ, T., *Ciencia social según los principios de Bentham*, cit., p. 219.

conseguir la inalcanzable plenitud de los derechos fundamentales en todos los órdenes de la vida”¹⁶⁸².

La libertad está reconocida a toda persona, sin distinción de si han de ser nacional o extranjero. Y, siguiendo a Peces-Barba¹⁶⁸³ si decidimos que el ser humano necesita de los derechos, expresión y desarrollo de la libertad, no podemos hacer excepción con ningún individuo, lo que supone que tenemos que defender su generalidad y su universalidad, es decir, la igualdad de destinatarios de la libertad y de los derechos fundamentales.

A la luz de lo examinado hasta ahora el ingreso de un individuo en una Institución penitenciaria se traduce en la deposición forzada de su propia determinación; en adelante, serán otras personas las que dispondrán de cada minuto de su vida. Los internos de tal tipo de establecimientos comienzan por sufrir un aislamiento psíquico y social de las personas de su relación; luego pierden la posibilidad de ejercer cualquier rol social. Finalmente, todas las alternativas de satisfacer sus necesidades sociales y materiales, como la movilidad psíquica y social, son reglamentadas y minimizadas¹⁶⁸⁴.

La ejecución de las penas de privación de libertad debe ser de signo liberal, lo no prohibido expresamente por la Ley ha de estar permitido¹⁶⁸⁵. Por tanto, son acertadas las palabras de Bueno Arús al indicar que el sujeto pasivo del ordenamiento punitivo no pierde su condición de miembro de la comunidad cuando la amenaza potencial del legislador se concreta para él en la aplicación efectiva de la pena. No pierde, en consecuencia, la titularidad de los derechos que las Constituciones o Leyes fundamentales reconocen y proclaman, salvo en cuanto sea precisamente el objeto

¹⁶⁸² GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Sistema penitenciario y revolución telemática*, cit., p. 10, partiendo de nuestra constitución la cárcel es enfocada desde un punto de vista positivo por cuanto implanta la reinserción como único valor, recogido como fin de la pena, si la libertad se constituye (con el derecho a la vida) como la clave de la bóveda sobre la que se estructura nuestro orden social, parece necesario restringir al máximo los supuestos de limitación de la misma (p. 21).

¹⁶⁸³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Lecciones de Derechos Fundamentales*, cit., p. 138.

¹⁶⁸⁴ BERGALLI, R., *La Recaída en el Delito. Modos de reaccionar contra ella*, Sertesa, Barcelona, 1980, p. 276, citado por RIVERA BEIRAS, I., *Cárcel y derechos humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los Derechos Fundamentales de los reclusos*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 27.

¹⁶⁸⁵ BUENO ARÚS, F., *Estudios penales y penitenciarios*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1981, p. 126.

intrínseco de la pena impuesta¹⁶⁸⁶. Como demostró Foucault¹⁶⁸⁷ en el interior de la cárcel interesa fundamentalmente la disciplina del individuo, la sumisión del cuerpo y del alma de los internos. Tal como Bustos Ramírez señala, “el punto de partida mínimo es, justamente, impedir que se convierta en la total negación de la libertad y la dignidad de la persona humana. Y si hay una utilidad individual y social que buscar, ella es garantizar que la pena no destruya al individuo y con ello al tejido social”¹⁶⁸⁸.

c) Privación de libertad como pena y no como medida de seguridad

Entendiendo por *pena* una especie del género sanción jurídica, es la más grave de las sanciones del Ordenamiento Jurídico. La pena encuentra su justificación en el delito cometido y en la necesidad de evitar la comisión de nuevos delitos en el futuro. La pena ha de ser justa, adecuada a la gravedad del delito, pero además ha de ser necesaria para el mantenimiento del orden social, pues se trata de la justificación de la pena estatal¹⁶⁸⁹. Desde estas coordenadas, es plausible afirmar que, lo que la caracteriza es la proporcionalidad y protección de los bienes jurídicos. Siguiendo a Molina Blázquez, “la protección se consigue utilizando penas que sean proporcionales al mal causado (penas retributivas). Penas que intimiden al ciudadano motivándole a actuar de acuerdo con el ordenamiento jurídico (penas preventivas generales), o penas que logren la rehabilitación del delincuente (penas preventivas especiales) [...]. Dotar a la pena de un fin exclusivo de prevención general choca con la dignidad de la persona, [...], por ello la función de la pena se consigue atendiendo a los tres fines”¹⁶⁹⁰.

Para mayor abundamiento, Roca Agapito¹⁶⁹¹ habla de medidas privativas de libertad y de penas privativas de libertad, manifestando que las medidas privativas de libertad, igual que las penas privativas de libertad, suponen el sometimiento del sujeto a un régimen determinado de vida y a una disciplina, lo que hace que las diferencias

¹⁶⁸⁶ *Ibidem*, p. 126.

¹⁶⁸⁷ FOUCAULT, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Siglo XXI, Madrid, 1986.

¹⁶⁸⁸ BUSTOS RAMÍREZ, J., “Introducción”, *Poder y Control*, nº. 0, PPU, Barcelona, 1986, p. 23; del mismo, “Pena Privativa de Libertad y Política Criminal: los establecimientos de máxima seguridad”, *Privaciones de Libertad y Derechos Humanos*, Hacer, Barcelona, 1987.

¹⁶⁸⁹ CERESO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 26.

¹⁶⁹⁰ MOLINA BLÁZQUEZ, M^a C., *La aplicación de la pena*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 16.

¹⁶⁹¹ ROCA AGAPITO, L., *El sistema de sanciones*, cit., p. 519. Ver la Sección Segunda del Cap. I del Título III del Libro I del Código Penal, titulado “De las Penas privativas de Libertad”) y, por su parte, RACIONERO CARMONA, F., *Derecho Penitenciario y privación de libertad. Una perspectiva judicial*, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 99 y ss., lo considera como medida de seguridad.

formales con la ejecución de aquéllas sean mínimas. Pero la disciplina no debe tener un sentido exclusivamente negativo, represivo: el mantenimiento del orden por procedimientos coactivos. Por el contrario, ha de tener un sentido ejemplar creando, con los premios y castigos, una actitud de respeto hacia los valores esenciales para la convivencia social¹⁶⁹².

La jurisprudencia constitucional entiende que parece que la libertad es un derecho contradictorio con los privados de libertad, no siendo así, ya que, se le ha privado de libertad con la observancia de lo establecido en el artículo 17 de la CE y en los casos y en las formas previstas en la Ley¹⁶⁹³. Así pues, la jurisprudencia declara que estamos ante un derecho de configuración constitucional y no legal, ya que puede ser tan ilegítima la prisión decretada cuando se actúa bajo la cobertura improcedente de una ley, como contra lo que ésta dispone¹⁶⁹⁴. Es decir, el derecho de toda persona a la libertad lo que comporta es que no sea detenida arbitraria ni ilegítimamente, no se trata de un derecho absoluto como otros derechos fundamentales, por ejemplo, del derecho a la vida. Dicho derecho se refiere tanto a las detenciones penales, como a los arrestos domiciliarios, el internamiento en Centros psiquiátricos o de extranjeros, etc. El derecho se refiere a los supuestos de privación antes de la condena y los derivados de ésta, exigiéndose, por tanto, la misma garantía que cualquier medida privativa de libertad¹⁶⁹⁵.

Atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al manifestar, en la Sentencia 98/1986, de 10 de julio, que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura decisión fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad; debemos advertir que, pese a esas decisiones fácticas, son escasas las teorías doctrinales que se han dedicado a esta materia. La atención doctrinal a la protección constitucional de la libertad personal es ciertamente escasa¹⁶⁹⁶.

¹⁶⁹² BUENO ARÚS, F., “Aspectos positivos y negativos de la legislación penitenciaria española”, cit., p. 9.

¹⁶⁹³ SSTC 140/1986, de 11 de noviembre, Fj. 5; 160/1986, de 16 de diciembre, Fj. 4; 128/1990, Fj.11 y, 147/2000, de 29 de mayo.

¹⁶⁹⁴ STC 82/2003, de 5 de mayo, Fj. 3.

¹⁶⁹⁵ Así lo establece la STC 61/1995, de 29 de marzo.

¹⁶⁹⁶ GARCÍA MORILLO, J., *El derecho a la libertad personal (detención, privación y restricción de libertad)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 19.

La sanción penal de privación de libertad, constituye un medio para la obtención del fin, que no es otro que prevenir más delitos¹⁶⁹⁷, pese a ello, no olvidemos que se trata de una medida preventiva como principio de protección a las víctimas¹⁶⁹⁸. En éste sentido, en muchos de los casos se comienza con el aislamiento social y la reclusión del delincuente al fracaso de la sociedad en la resocialización de sus desviados¹⁶⁹⁹.

A la luz de lo examinado hasta ahora es el artículo 25 de la CE el que consagra el principio de legalidad penal *nullum crimen, nulla poena, sine previa lege penale*¹⁷⁰⁰. La privación de libertad supone separar al delincuente del mundo exterior, privarle de su derecho de libertad, actuando el sistema penitenciario sobre él, pasando de ser ciudadano libre a ciudadano recluso con otras normas, otros principios, valores, otras actividades, en definitiva, otro régimen de vida no siendo titular de la misma. Es por lo que, ante la pregunta de cuál es el fin de la medida de privación de libertad, responderemos que consiste en proteger a la sociedad contra el crimen y contra esa persona en concreto, con el fin de resocialización. Es decir, que se trabaja durante ese periodo de privación de libertad a través de los tratamientos específicos otorgados en los Centros penitenciarios. El régimen del Establecimiento debe tratar de reducir las diferencias que puedan existir entre la vida en prisión y la vida libre, en cuanto éstas contribuyan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a la dignidad de su persona.

Igualmente resulta conveniente que, antes de la ejecución de una pena o medida, se adopten los medios necesarios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad. Este propósito puede alcanzarse, según los casos, con un régimen

¹⁶⁹⁷ En este sentido, MORILLAS CUEVA, L., *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 15 y ss.; del mismo, “Valoración Político-criminal sobre el sistema de penas en el Código Penal español”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, t. XVII, 2003, pp. 44 y ss.; JORGE BARREIRO, A., “Directrices político-criminales y aspectos básicos del sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995”, *Actualidad Penal*, nº. 23, 2000, pp. 487 y ss.

¹⁶⁹⁸ En sentido similar ya se pronunció Santo Tomás aseverando que la pena tiene una función preventiva y pedagógica, DE AQUINO, T., *Suma Teológica*, cit., Ia, IIae, XXI, artículo 3; BOULAN, F., “Les droits de la victime: un choix de politique criminelle”, en BOULAN, F., (*et al.*), *Problèmes actuels de science criminelle*, Presses Universitaires d’Aix Marseill, Aix en Provence, 1985.

¹⁶⁹⁹ Ver SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., “El juez en la ejecución de las penas privativas de libertad”, *Revista electrónica de Ciencia penal y criminología*, nº. 07-11, 2005, pp. 11-20; DIEZ RIPOLLÉS, J.L., “El nuevo modelo de la seguridad ciudadana”, *Revista Jueces para la Democracia*, nº. 49, 2004, p. 32; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J., “Mundialización y Justicia Penal”, *Anales Internacionales de Criminología*, vol. 41, 2003, pp. 75 y 76.

¹⁷⁰⁰ No obstante, a lo largo de las Constituciones españolas ha sido reflejado hasta la de 1845 respecto a los españoles únicamente, y a partir de la Constitución de 1869 se amplió a los extranjeros.

preparatorio para la liberación, organizándolo dentro del mismo Establecimiento o en otra Institución apropiada, o mediante una liberación condicional bajo una vigilancia que no deberá ser confiada a la policía, sino que comprenderá una asistencia social eficaz¹⁷⁰¹. No se trata de establecer las distintas teorías sobre si es conveniente o no y las consecuencias en cuanto al tiempo de la privación de libertad. Es decir, en cuanto a la prisionización de las penas privativas de libertad de larga duración frente a la ineficacia de las penas privativas de libertad de muy corta duración¹⁷⁰².

1.6 La prisión como restricción de la libertad

a) Fin común y principal de toda persona y, en especial, de los presos: la libertad

Partiendo de que una restricción a la libertad es la prisión, Hulsman¹⁷⁰³ indica que “[...] no es poca cosa privar a alguien de su libertad. El encarcelamiento es esto desde luego, pero es también un “castigo corporal”. Se dice que los castigos corporales han sido abolidos, pero no es verdad. He ahí la prisión que degrada la incolumidad corporal: la privación de aire, de sol, de luz, de espacio, el confinamiento en cuatro muros estrechos, el paseo entre rejas, la promiscuidad con compañeros no deseados, en condiciones sanitarias humillantes, el olor, el calor de la prisión, las comidas siempre frías en las que predominan las féculas hervidas (no es por casualidad que las caries dentales y las molestias digestivas se suceden entre todos los detenidos). Tales sufrimientos físicos implican una lesión corporal que deteriora lentamente”. Podemos afirmar, pues, que, en cuanto a la finalidad de la pena privativa de libertad, nos encontramos con diversas posturas doctrinales, como ya hemos analizado. Así para las teorías absolutas o clásicas, la reacción retributiva es la finalidad esencial que se le puede asignar a la pena privativa de libertad, es decir, el castigo por el delito cometido; las teorías retribucionistas parten de la idea de compensación de la culpa mediante la pena¹⁷⁰⁴; las teorías relativas consideran que la pena no es el castigo por el delito sino el

¹⁷⁰¹ DE LEÓN VILLALVA, F.J., *La pena privativa de libertad en el Derecho comparado*, cit., p. 9.

¹⁷⁰² ROCA AGAPITO, L., *El sistema de sanciones en el derecho penal español*, cit., pp. 133 y ss., trata el tema.

¹⁷⁰³ HULSMAN, L., *Sistema penal y seguridad ciudadana. Hacia una alternativa*, Ariel, Barcelona, 1984, citado por MARZAL, A., *Derechos humanos del incapaz, del extranjero y del delincuente y complejidad del sujeto*, Bosch, Madrid, 1997, p. 224.

¹⁷⁰⁴ ROXIN, C., *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*, Ariel Derecho, Barcelona, 1989, p. 24.

instrumento para prevenir futuros comportamientos delictivos, bien como prevención general o especial. Esto es, amenaza para que se abstengan de cualquier comportamiento delictivo, surgiendo aquí el planteamiento de la resocialización.

Las teorías mixtas o de unión (también llamadas eclécticas) analizan la función de la pena privativa de libertad a través de unas fases o etapas como son la de conminación, imposición y ejecución¹⁷⁰⁵. Proponen que se aplique la medida de seguridad en primer lugar y que el tiempo de ejecución de la misma se tome en consideración para la duración de la pena, de ser necesaria la aplicación de ésta, puesto que si la autoridad cree que, una vez cumplida la medida de seguridad, ya no es necesaria la pena podrá determinar que se suspenda la ejecución de la misma, habiendo así sustituido la medida de seguridad a la pena¹⁷⁰⁶.

Hay parte de la doctrina que sustenta que la prevención especial sólo se refiere a la pena de privación de libertad. La misma solución ofrecen aquellos que piensan que resocialización y prevención especial son una misma cosa, al respecto, Mir Puig¹⁷⁰⁷ afirma que, las penas no privativas de libertad no tienen prevista, en nuestro Derecho, una forma de ejecución inspirada de forma particular en la prevención especial: ninguna de ellas se ajusta a un programa resocializador. Mapelli¹⁷⁰⁸ comenta en relación al tema que cuando por su propia naturaleza una pena no pueda ejecutar un programa resocializador, ésta no orienta su ejecución hacia la prevención especial. Sin embargo, esta solución no corresponde a la idea originaria de prevención especial que abarca tres elementos de los cuales al menos uno -la intimidación- es imaginable en cualquier modalidad de pena. Desde esta óptica la prevención especial afecta a cualquier pena, lo jurídico que puede suceder es que frente a algunas de ellas la prevención especial no se muestre más que en su aspecto intimidatorio. Afinando un poco más la cuestión, el

¹⁷⁰⁵ Ver SCHMIDHAUSER, E., *Von Sinn der Strafe*, Gottingen, 1971, y ROXIN, C., “Sentido y límites de la pena estatal”, *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. de Luzón Peña, Cívitas, Madrid, 1997; del mismo, “Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht”, *Fest. Bockelmann*, 1978, trad. “Culpabilidad, prevención y responsabilidad en Derecho Penal”, *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, Madrid, 1981.

¹⁷⁰⁶ FALCÓN Y TELLA, M.A. y FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamento y finalidad de la sanción*, cit., p. 95. Se funda en las ideas de Positivismo de Ferri. Ver al respecto, MAPELLI CAFFARENA, B. y TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Cívitas, Madrid, 1990.

¹⁷⁰⁷ MIR PUIG, S., *Introducción*, cit., p. 103.

¹⁷⁰⁸ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., pp. 142-143.

internamiento penal impide al condenado la libertad de movimientos que resulta normal en la forma de vivir propia de nuestra sociedad y nuestra época, al penado se le señala coactivamente el edificio en que ha de alojarse y el plan de actividades a que ha de someterse. Plan de actividades concebido en la medida estrictamente necesaria y suficiente para el cumplimiento de la finalidad propuesta por la pena misma. Por ello, el negarles derechos a los presos no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico, salvo que la negación venga impuesta por la sentencia misma¹⁷⁰⁹.

En suma, a efectos de nuestro estudio, interesa concretar que el fin primordial de todos los presos, por tanto, es la libertad, ningún preso quiere estar en la cárcel. Sí es cierto que la privación de libertad lleva como consecuencia la privación de otros derechos como el de circulación, es impensable que el preso privado de libertad pueda moverse libremente ni dentro de la prisión ni fuera de ella, por razones de seguridad, o el derecho de residencia, salvo que se esté en tercer grado en el que durante el día puede residir donde se quiera, con limitaciones, por mandato judicial el preso tiene que cumplir condena en un Centro penitenciario lo que supone un traslado del lugar de residencia, habitación nueva, amigos nuevos.

Por todo ello, el derecho a la libertad personal supone una protección frente a la privación de libertad, supone una privación de un derecho fundamental, el cual varía atendiendo al titular. Es uno de los derechos que, pese a que es genérico para toda persona, es sometido a la condición de recluso, siendo un tanto ardua la delimitación de su contenido¹⁷¹⁰.

Ahora bien, de lo dicho se deduce que no es lo mismo *privación* de libertad que *restricción* de libertad, así un recluso a pesar de estar privado de libertad también tiene restringidas ciertas libertades reconocidas constitucionalmente. La restricción de libertad es un concepto genérico, del que una de sus modalidades es la prisión en razón de un hecho punible¹⁷¹¹. Se puede entender, por tanto, que la libertad tiene como

¹⁷⁰⁹ BUENO ARÚS, F., *Estudios penales*, cit., p. 126.

¹⁷¹⁰ Para un profundo estudio, FREIXES SANJUÁN, T., *El derecho a la libertad personal: análisis de Constitución, legislación, tratados internacionales y jurisprudencia (Tribunal Europeo y Tribunal Constitucional)*, PPU, Barcelona, 1993; GARCÍA MORILLO, J., *El derecho a la libertad personal: (detención, privación y restricción de libertad)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

¹⁷¹¹ GARCÍA MORILLO, J., *El derecho a la libertad personal*, cit., p. 96 cita la STC 341/1993, de 18 de noviembre.

finalidad la protección al individuo, protege la posibilidad que tiene el ser humano en la ordenación de su vida, tanto individual como social, siendo presupuesto para el goce del resto de las libertades como la intimidad personal y familiar, entre otras.

Siguiendo al Tribunal Constitucional, se ha indicado que la privación de libertad ha de regirse por el principio de excepcionalidad, el hecho de que por ley se haya que determinar los casos de privación de libertad, ello en modo alguno supone que quede el legislador apoderado para establecer, libre de todo vínculo, cualesquiera supuestos de detención, arresto, etc. No se pueden configurar supuestos de privación de libertad que no correspondan a la finalidad de protección de derecho, tampoco pueden incurrir en falta de proporcionalidad, estimándose que tan ilegítima es la prisión decretada cuando se actúa bajo la cobertura improcedente de la Ley como contra lo que la ley dispone. La privación debe ser objeto de control de constitucionalidad para asegurar dichas garantías¹⁷¹².

b) Acceso de los presos a la libertad

Brevemente, recordar que, según las normas penitenciarias, existen tres tipos de libertad a las que los reclusos pueden acceder y tienen derecho a las mismas: libertad provisional, libertad condicional y libertad definitiva. En lo que se refiere a la *libertad provisional*, se supone la suspensión de la relación penitenciaria para un preventivo contra el que se sustancia por la Administración de Justicia un procedimiento judicial en el que previamente, como medida cautelar de aseguramiento de la resolución judicial futura, se ha decretado la prisión provisional¹⁷¹³. Su condición consiste en que el sujeto en cuestión será obligado a comparecer en los días que le fuesen señalados o cuantas veces fuese llamado ante el Juez o Tribunal que conoce de su causa. La situación de libertad provisional es decretada por resolución judicial del Juez o Tribunal que conoce del procedimiento judicial en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

¹⁷¹² SSTC 41/1982, de 2 de julio; 127/1984, de 26 de diciembre; 118/1987, de 8 de julio; 341/1993, de 18 de noviembre; 13/1994, de 17 de enero, entre otras tantas.

¹⁷¹³ Ver el estudio, entre otros, de RODRÍGUEZ RAMOS, L., "El derecho a la libertad: régimen de la prisión provisional", *Poder Judicial*, nº. especial 1, 1986, pp. 63-66; SANGUINÉ, O., *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

En cuanto a la *libertad condicional*¹⁷¹⁴, el artículo 90 del CP dispone que se establece la libertad condicional en las penas privativas de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurren las siguientes circunstancias: a) que se encuentre en 3.º grado de tratamiento penitenciario; b) que se hayan extinguido las 3/4 partes de la condena; c) que se haya observado buena conducta y exista respecto de los mismos un pronóstico individualizado y flexible de reinserción social emitido por los expertos que el Juez de Vigilancia Penitenciaria estime convenientes.

El propio Código Penal contempla tres supuestos especiales en los que cabe la concesión de la libertad condicional antes del transcurso de las 3/4 partes de la condena: clasificación en 3º grado, obtener buena conducta y pronóstico favorable de reinserción social, esto es, concesión de libertad condicional a los sentenciados a penas privativas de libertad que hayan extinguido las 2/3 partes de su condena siempre que merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales; concesión de libertad condicional a sentenciados que hubiesen cumplido la edad de 70 años o la cumplan durante la extinción de la condena, y reúnan los requisitos establecidos salvo la extinción de 3/4 partes de la condena, o en su caso, las 2/3 partes de la misma. No obstante, el Código Penal también regula no sólo cuando cesa la privación de libertad sino también los casos en los que se puede suspender¹⁷¹⁵. Los presos, que atendiendo a informe médico sean enfermos muy graves, con padecimientos incurables, y reúnan los requisitos establecidos salvo la extinción de las 2/3 partes de su condena, o en su caso las 2/3 partes de la misma y, por último, la libertad definitiva, supone la extinción de la relación penitenciaria del preso con la Administración al concluir la ejecución de las penas privativas de libertad y medidas de

¹⁷¹⁴ Ver los estudios de MORENO ARRARÁS, P., *Libertad condicional*, Curso Formación Colegio Abogados Guipúzcoa, 2004; VEGA ALOCÉN, M., “Supuestos excepcionales de la Libertad condicional. Septuagenarios y enfermos incurables. Una solución legal equivocada”, *Cuadernos de Derecho Penitenciario*, nº. 6, 1999; AGUILERA REIJA, M., “Libertad Condicional anticipada por enfermedad incurable o grave”, *Cuadernos de Derecho Penitenciario*, nº. 6, 1999.

¹⁷¹⁵ Arts. 80 y ss. del CP, así como los estudios de MARÍN DE ESPINOSA CEVALLOS, E., “Las novedades de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad en el Código Penal de 1995”, *Actualidad Penal*, nº. 35, 2000, pp. 762 y ss.; POZA CISNEROS, M., “Suspensión, sustitución y libertad condicional: estudio teórico-práctico de los artículos 80 a 94 del Código Penal”, *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal, Manuales de Formación Continuada*, nº. 4, 1999, pp. 256 y ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad en el Código Penal español de 1995”, *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, p. 131.

seguridad. El Director del Establecimiento penitenciario formulará al tribunal sentenciador propuesta de libertad definitiva para el día en que el penado deje previsiblemente extinguida su condena, reinsertándose 15 días antes de no existir respuesta del tribunal sentenciador. Lo que significa que, de no existir orden expresa en contrario, se procederá a liberar al recluso en la fecha propuesta.

Finalmente, está la sustitución de la pena privativa de libertad, medida buscada por la mayoría de los presos, y por gran parte de la sociedad, ya que se puede considerar que determinados delitos no son constitutivos de privación de libertad, sino de otras sanciones que no tienen por qué suponer una reinserción en la sociedad, siendo los artículos 88 y 89 del CP los que regulen tal situación, y en los artículos 105 y ss. del mismo texto legal se regulan medidas no privativas de libertad. Lo que me lleva a afirmar que antes de llevar a una persona a la privación de libertad se ha procedido al estudio de si cabe alguna medida de las mencionadas y si los postulados básicos del Estado de Derecho son o no eficaces en función de la realidad social sobre la que se aplica. Para el caso de los extranjeros, el sustitutivo de la pena sería la expulsión del país¹⁷¹⁶. Sobre los sustitutivos de la pena de prisión ya se pronunciaba Beccaria al sostener que “no por ser más crueles son más eficaces las penas; hay que moderarlas; importa más y es más útil una pena moderada y de segura aplicación que otra cruel, pero incierta. Hay que imponer la pena más suave entre las eficaces; sólo ésa es una pena justa, además de útil. Hay, pues, que combinar la utilidad y la justicia”¹⁷¹⁷.

Históricamente, T. Moro refiere como precedente de los sustitutivos de la prisión, ya que criticaba la severidad del sistema penal de su época (1478-1535), la dureza y desproporción de los castigos. La filosofía de T. Moro se basaba en la

¹⁷¹⁶ Para saber más, ASÚA BATARRITA, A., “La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del derecho penal a las políticas de control de la inmigración”, en COPELLO, L., (coord.), *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; GALÁN, H., “El extranjero en el sistema penitenciario español”. *El Extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal (adaptado a la nueva LO 4/2000)*, *Manuales de Formación Continuada*, nº. 5, Madrid, 1999; MAPELLI CAFFARENA, B., “Perspectivas actuales de la pena privativa de libertad con especial referencia a la población reclusa extranjera”, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, t. III, 2001; TERRADILLOS BASOCO, J., “Marginalidad social, inmigración, criminalización”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C. y DÍAZ SANTOS, R.D., *El derecho penal ante la globalización*, Colex, Madrid, 2002, entre otros tantos.

¹⁷¹⁷ BECCARIA, C., *De los delitos y las penas*, cit., p. 33; LANDROVE DÍAZ, G., “Prisión y sustitutivos penales”, en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F., (coords.) *El Nuevo Derecho Penal español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi Editorial, Navarra, 2001, pp. 425 y ss.

corrección considerando que la pena desproporcionada conllevaba un factor criminógeno¹⁷¹⁸. Posteriormente, se defendió la idea de que “asistimos a un progresivo empobrecimiento de la eficacia de la sanción como momento de restauración del orden violado y a una correspondiente recuperación de la finalidad de prevención y de intimidación”¹⁷¹⁹. Sobre este tema, Garrido Guzmán¹⁷²⁰ sostiene que habría que sustituir las penas privativas de libertad por medidas más acordes, sobre todo para la pequeña y mediana criminalidad.

En sentido más crítico, Bacigalupo¹⁷²¹ asevera que el sistema de la pena privativa de libertad en nuestra legislación imperial es la gran mentira oficial. Y me parecen muy ilustrativas las palabras de Cid Moliné¹⁷²² cuando reseña que cualquier sistema alternativo de penas requiere la colaboración del interno, ya sea activa o, cuando menos, pasiva. Esto es así, pues al ser un sistema más humanizado se busca no doblegar la voluntad del condenado, construyendo programas positivos de reinserción. Y, por último, como refiere Jescheck¹⁷²³ ante la situación de crisis de la pena privativa de libertad, las propuestas de reforma se sitúan en cuatro planos: la descriminalización, el régimen de prueba, las penas pecuniarias y las nuevas formas de sanción, mas no podemos olvidar que, hasta ahora, las alternativas a la prisión se configuran como alternativas a la puesta en libertad y no a la cárcel¹⁷²⁴.

¹⁷¹⁸ LÓPEZ CABRERO, G., “Penas cortas de prisión. Medidas sustitutivas”, *Poder Judicial*, n.º. 40, 1995.

¹⁷¹⁹ NOBILI, M., “La disciplina costituzionale del processo (I)”, *Appunti di procedura penale*, Ciclostilada, Bolonia-Perugia, 1976, p. 249, citado por GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Cárcel electrónica. Bases para la creación del sistema penitenciario del Siglo XXI*, cit., p. 92.

¹⁷²⁰ GARRIDO GUZMÁN, L., *Estudios penales y penitenciarios*, Edersa, Madrid, 1988, p. 85.

¹⁷²¹ BACIGALUPO ZAPATER, E., “Alternativas a la pena privativa de libertad en Derecho Penal Europeo actual”, *Poder Judicial*, n.º. 43-44, Madrid, 1996, p. 119; frente a esta teoría está la de aquellos que defiende la preeminencia de la pena privativa de libertad entre las sanciones penales, es de BARQUÍN SÁNZ, J., “Alternativas a las penas privativas de libertad. Algunas quebras del principio de legalidad en la regulación de los sustitutivos penales”, *X Jornadas Penitenciarias de Andalucía*, Jaén, 2002, p. 114.

¹⁷²² CID MOLINÉ, J., “El sistema de penas desde una perspectiva reduccionista: alternativas a la pena de prisión”, *Revista Política Criminal, Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º. IV, Madrid, 1999, p. 136.

¹⁷²³ JESCHECK, H.H., *Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del Derecho penal*, Bellaterra, Barcelona, 1980, pp. 15 y ss., citado por GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑAS, F., *Sistema penitenciario y revolución telemática*, cit., p. 29.

¹⁷²⁴ LARRAURI PIJOAN, E., “Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el derecho penal español”, *ADPCP*, 1993, p. 45; PAVARINI, M., “¿Menos cárcel y más medidas alternativas? La vía italiana a la limitación de la cárcel reconsiderada a la vista de la experiencia histórica y comparada”, *Delito y Sociedad*, 1992, pp. 75-86.

Se han presentado como alternativa, las pulseras electrónicas, recibiendo críticas en cuanto al elevado coste que supone para el Estado y el poco éxito que puede tener para evitar futuros delitos¹⁷²⁵. La primera referencia doctrinal que encontramos en relación con la vigilancia electrónica fue en 1994 por González Rus¹⁷²⁶, en cuanto a la prohibición de residir en un determinado lugar. Frente a éste autor, Mapelli¹⁷²⁷, entre otros, opina que la pena de prohibición de residir en determinados lugares sólo se puede llevar a cabo si se realiza con medios de vigilancia y control electrónico. Señala una serie de críticas en cuanto a los riesgos de intromisión que suponen en la esfera íntima de la persona que se pueden producir cuando la vigilancia se confía a una máquina que no encuentra los obstáculos de distancia, de oscuridad y de barreras físicas características, y que, entre otros problemas, está obligando a reformular los contenidos de la privacidad.

Como acertadamente afirma Gudín “la apertura de la Administración penitenciaria a los medios informáticos ha venido motivada por la necesidad de realizar un esfuerzo de adaptación a los requerimientos de la sociedad actual, tras la vigilancia

¹⁷²⁵ Para saber más del tema, LEGANÉS GÓMEZ, S., *Clasificación penitenciaria, permisos de salida y extranjeros en prisión*, Dykinson, Madrid, 2002; SARTOR, G., “Inteligencia artificial y Derecho”, *La crisis del Derecho y sus alternativas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑAS, F., *Sistema penitenciario y revolución telemática*, cit., es partidario del sistema de las pulseras aunque lo considera como un mal para el hombre el estar controlado las 24 horas al día; LUZÓN PEÑA, D.M., “Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión”, *VIII Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Dirección General de Administración Local y Justicia, Sevilla, 1994, pp. 63 y ss., viene a decir, que tal control pondría en entredicho la intimidad, la libertad y su propia dignidad personal, trata de establecer si tal sistema es compatible con los derechos fundamentales, con los principios constitucionales y los político-criminales inherentes a nuestro Estado de Derecho, CAMPBELL, D. y CONNOR, S., *On the record, Surveillance, Computers and Privacy*, M. Joseph, Londres, 1986; FLAHERTY, D., *Protecting Privacy in Surveillance Societies*, University of North Carolina Press, 1989; MAPELLI CAFFARENA, B., “Medidas de seguridad no privativas de libertad”, *Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte general)*, n.º. 2, Madrid, 1996; POZA CISNEROS, M., “Las nuevas tecnologías en el ámbito penal”, *Revista del Poder Judicial*, n.º. 65, Madrid, 2002, pp. 59 y ss.; GIL HERNÁNDEZ, A., “Protección de la intimidad corporal. Aspectos penales y procesales”, *Delitos contra la libertad y la seguridad*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º. 3, Madrid, 1996, pp. 96 y ss.; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑAS, F., *Sistema penitenciario y revolución telemática*, cit., pp. 131 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, E., “Alternativas a la pena privativa de libertad”, cit. No debemos olvidar que el modelo de vigilancia electrónica ya se reflejaba en Bentham con *El Panóptico*, donde los presos estaban situados de cierta manera que eran expuestos a la constante mirada de los inspectores del centro, criticado por Foucault, cuando describe las consecuencias del sistema; FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, cit., p. 204; del mismo, *El ojo del Poder*, cit., p. 19; del mismo, *Hay que defender a la sociedad*, trad. de H. Pons, Akal, Madrid, 2003, p. 32; por último, la LO 5/1992, de 29 de octubre, sobre Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, en la que diferencia la privación y la intimidad.

¹⁷²⁶ GONZÁLEZ RUS, J.J., “Control electrónico y sistema penitenciario”, *VIII Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Sevilla, 1994, p. 82.

¹⁷²⁷ MAPELLI CAFFARENA, B., “Medidas de seguridad no privativas de libertad”, cit., pp. 415 y ss.

electrónica subyace un interés por crear un nuevo modelo organizativo, que ansía replantearse, una vez más, el problema carcelario”. Afirma que “no es posible aplicar las nuevas tecnologías sin una planificación y financiación adecuadas al momento y sin una mínima visión de futuro”¹⁷²⁸. Es por lo que estamos ante una auténtica laguna jurídica. Dicho sistema se encuentra bajo el artículo 86.4 del RP cuando se prevé aplicar a los presos otros mecanismos de control suficiente, en cuyo caso, sólo tendrán que permanecer en el Establecimiento durante el tiempo fijado en su programa de tratamiento para la realización de diversas actividades, entrevistas y controles presenciales. Precepto que se ampara en el artículo 71.1 del RP, en el que se establece que los sistemas de control y vigilancia deben estar presididos por el respeto a la dignidad de la persona y desarrollado por la Instrucción 13/2001, de 10 de diciembre¹⁷²⁹.

Quizás, el mencionado método sería adecuado para evitar la masificación de las cárceles, como sostiene Lilly¹⁷³⁰, la idea de mantener en casa a los delincuentes poco peligrosos etiquetados telemáticamente con un brazaletes electrónico cobra tintes de ser un negocio redondo. No obstante, no debemos olvidar que afecta a los derechos fundamentales, algunos tan esenciales como la intimidad personal del preso llegando a afectar, incluso, a las personas que con él conviven. Surgiendo asimismo la cuestión de a cuáles reclusos se les pone la pulsera electrónica. Pues bien, se entiende que a los que están en tercer grado, de manera que, mientras que antes tan sólo eran vigilados por la noche, que es cuando tenían que volver al Centro penitenciario. Con dicho sistema están controlados las veinticuatro horas al día, la localización pasa a ser, por tanto, permanente. Pero, esto puede ser entendido como un atentado al artículo 15 de la CE argumentándose que la aplicación supone un tratamiento inhumano y degradante. Frente a este sistema de sustitución, se encuentran otros como los trabajos en beneficio de la comunidad¹⁷³¹, arresto domiciliario¹⁷³², etc.

¹⁷²⁸ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Sistema penitenciario y revolución telemática*, cit., pp. 132-133.

¹⁷²⁹ Frente a esto nos encontramos con la XI y XII Reunión de JVP del 2002 y 2003, respectivamente, en el criterio 89 en el que por unanimidad de los magistrados no rechazan el régimen existente. De otro lado, Bueno Arús tampoco se opone al método de control, BUENO ARÚS, F., “Conclusiones encuentro de Vigilancia penitenciaria”, *Revista del Poder Judicial*, nº. 68, Madrid, 2002, p. 462; Boletín de Instituciones Penitenciarias, de noviembre-diciembre de 2002, nº. 15, p. 2, en el que se proclama que podía ser el futuro de las prisiones, citado por GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Sistema penitenciario y revolución telemática*, cit., p. 138, nota a pie; Instrucción 1/2005, de 21 de febrero, de control de agresores y las SSTC 128/1995, 37/1996, de 11 de marzo y, 47/2000, entre otras.

¹⁷³⁰ LILLY, R. y BALL, R., “A brief history of house arrest and electronic monitoring”, *Northern Dentucky Law Rewuevm*, nº. 17, 1987, pp. 343-374.

¹⁷³¹ En relación, la LO 15/2003, de 25 de noviembre y el RD 515/2005, de 6 de mayo.

¹⁷³² En relación, el RD 515/2005, ya mencionado.

En lo que respecta a Estados Unidos, el sector privado, es decir, los que se interesan porque la prisión sea privatizada para evitar o disminuir el gasto estatal, se interesan porque se instalen los sistemas de vigilancia electrónica de los presos en régimen de prueba (*probation*) o liberados anticipados (*parole*). En relación a todos los sistemas que han surgido como sustitutivos, cabe preguntarse si, efectivamente, se trata de sustitutivos de la pena privativa de libertad o es una medida de seguridad añadida. Por último, existe una contradicción entre la necesidad de mantener el buen orden de la prisión y el mundo real que está marcado por el avance tecnológico y por las exigencias de la libertad, autorresponsabilidad y seguridad.

Frente a las penas privativas de libertad están las penas privativas de derechos, recogidas en el artículo 39 del CP, al cual me remito por no ser privaciones que le afecten al preso. Se trata de penas consideradas por muchos como aquellas que afectan a un derecho distinto de la libertad ambulatoria. Se ha rechazado su consideración de penas por entender que constituyen consecuencias accesorias y porque, en ocasiones, se imponen como sanción única. La crítica efectuada, en una dimensión político-criminal, a las penas privativas de derechos se basa en la contradicción de las mismas con el principio de resocialización proclamado en el art. 25 de la CE. Ello arranca del carácter estigmatizador de algunas de estas sanciones, constatación que unánimemente ha sido reconocida como fundamento de la supresión en 1983 de la pena de interdicción civil, cuya sombra se ha proyectado sobre el resto de las penas de esta sección, vistas por algunos como manifestaciones de la antigua ida de la muerte civil¹⁷³³.

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

¹⁷³³ Comentarios al nuevo Código Penal, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 346.

CAPÍTULO X

EL TRATAMIENTO PENITENCIARIO

1. CONSIDERACIONES GENERALES Y UNA BREVE RESEÑA HISTÓRICA

El tratamiento penitenciario es el tema principal a desarrollar al tener como finalidad la reinserción de los reclusos. Todos los derechos reconocidos en el artículo 4 del RP tienen como meta la reinserción y reeducación o, al menos, respetando esos derechos fundamentales se puede conseguir un avance en la persona del recluso.

Antes de entrar en el fondo de la cuestión y en la necesidad del mismo, se debe recordar que el tratamiento penitenciario existe, y debe existir, por un imperativo legal. Este imperativo se encuentra recogido en el artículo 25.2 de la CE, teniendo su continuidad en el artículo 1 de la LOGP al subrayar que “las Instituciones Penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la

retención y custodia de detenidos, presos y penados. Igualmente tiene a su cargo una labor asistencial y de ayuda para internos y liberados”¹⁷³⁴. El tratamiento penitenciario, en suma, consiste en la preparación para la reinserción.

El estudio exhaustivo de estos dos preceptos sirve para entender qué es el tratamiento penitenciario, cuál es su contenido y su finalidad. Para ello, hay que tener en cuenta las aportaciones de diferentes autores a la hora de establecer un concepto adecuado, así como para explicar aquellas doctrinas que tienen por objeto las críticas hacia el mismo. Llegando al planteamiento de si, verdaderamente, existe un tratamiento y, en el caso de que así sea, si es eficaz, es decir, si consigue los objetivos, fines y metas con el que ha sido creado. Es por ello por lo que cabe hacerse la pregunta de si verdaderamente se consigue este fin en las cárceles o, quizás, la prisión no es sitio adecuado para conseguir la rehabilitación del delincuente.

Hay que señalar que, por su situación procesal, a los presos preventivos se les niega el tratamiento o, por lo menos, pasan a un segundo plano, teniendo preferencia los sentenciados, en base a la masificación que existe, un preso preventivo raramente podrá beneficiarse de este derecho. Ahora bien, teniendo en cuenta que gozan del principio de presunción de inocencia, principio recogido en el artículo 5 *in fine* de la LOGP “El principio de la presunción de inocencia presidirá el régimen penitenciario de los preventivos”, parece factible que el tratamiento sólo es para los penados con penas largas, y, además, es voluntario e, incluso, en algunos casos no es necesario, plantea que en estos casos la imposición de la pena no tendría sentido¹⁷³⁵.

El tratamiento penitenciario aparece regulado en la Regla 65 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los reclusos, bajo los principios de voluntad, aptitud, fomento y desarrollo. Pero, como conjunto de técnicas dirigidas a la reeducación y reinserción, aparece por primera vez en el Decreto 162/1968, de 25 de enero, que modificaba algunos artículos del vigente Reglamento de los Servicios de Prisiones de 2

¹⁷³⁴ En el mismo sentido, se pronuncia el art. 2 del RP, y el art. 4 lo regula como derecho.

¹⁷³⁵ BAJO FERNÁNDEZ, “Tratamiento penitenciario y concepción de la pena”, *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez Vitoria*, t. I, Bosch, Barcelona, 1983, pp. 39-40.

de febrero de 1956¹⁷³⁶. Con posterioridad, la LOGP de 1979 sustituye el sistema progresivo del cumplimiento de las penas por el de individualización científica, separada en grados. Así, en su artículo 59.2, pretende hacer del preso una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, al igual que de subvenir a sus necesidades. A tal fin, se procurará, en la medida de lo posible, desarrollar en ellos una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general.

En el ámbito penitenciario lo que se practica es un *tratamiento reeducador*. En este sentido, Muñoz Conde¹⁷³⁷ puntualiza que tanto el sujeto pasivo (individuo a resocializar) como el activo (el que va a llevar a cabo la tarea resocializadora) deben aceptar el mismo fundamento moral que la norma social de referencia. Afirmando que una resocialización que no cuente con esta coincidencia va a traducirse en un dominio y sometimiento de individuo al grupo.

Mas, sería el RD de 3 de junio de 1901 el que regula el tratamiento individual de los presos, siendo, definitivamente, el RD de 22 de abril de 1903 el que utilice el término “tratamiento correccional de los internos”. Con posterioridad, el RD de 18 de mayo de 1903, regula el régimen de tutela y tratamiento correccional de los penados, firmado por el Ministro de Gracia y Justicia¹⁷³⁸. En el ámbito constitucional nos remontamos al artículo 295 de la Constitución de 1812 al dictaminar que “Las cárceles se dispondrían de tal manera que sirvan para asegurar y no para molestar a los presos: así el alcalde tendrá a éstos en buena custodia y separados lo que el juez mande tener sin comunicación: pero nunca en calabozos subterráneos ni malsanos [...]” y el art. 8 de la Constitución de 1873 (no promulgada): “Toda persona tiene derecho, en caso de caer en culpa o delito a la corrección y a la purificación por medio de la pena”.

¹⁷³⁶ Se encontraba regulado en los arts. 48-50, “colocando como eje del aún denominado sistema progresivo la noción de tratamiento”, MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *El sistema de individualización científica y libertad condicional*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1984, p. 13.

¹⁷³⁷ MUÑOZ CONDE, F., “Resocialización y tratamiento del delincuente en los establecimientos penitenciarios españoles”, *La Reforma Penal, cuatro cuestiones fundamentales*, Universidad de Madrid, 1982, p. 109. Las teorías más radicales como las psicoanalistas y las marxistas defienden que la resocialización que hay que realizar no es la del delincuente sino de la sociedad ya que produce el delito.

¹⁷³⁸ Es de especial importancia la RO de 9 de octubre de 1919 por la que se crea la Institución Concepción Arenal encaminada al tratamiento corrector y educativo de los menores delincuentes. GAES, G., “Correctional Treatment”, en TONRY, M., (ed.), *The Handbook of Crime and Punishment*, Oxford University Press, Nueva York, 1998.

2. UNA DEFINICIÓN PARA EL TRATAMIENTO PENITENCIARIO

Al abordar el tema, se vislumbra un problema fundamental consistente en la multiplicidad de definiciones, dificultando, en consecuencia, el concepto exacto de *tratamiento penitenciario*. Las discusiones entre las doctrinas criminológicas, es decir, entre la criminología clínica, la criminología crítica, la teoría organizacional, etc., y en la psicología y sociología han dado lugar a conceptualizaciones diversas.

Partiendo de la normativa penitenciaria, se define el *tratamiento* en el artículo 59 de la LOGP como “el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados”, fines que suponen una concepción restrictiva del tratamiento, según Alarcón Bravo¹⁷³⁹. Para este autor, dichos fines son peligrosamente amplios y van más allá del concepto de resocialización legal. Indica que el tratamiento es una ayuda, basada en las Ciencias de la conducta, aceptada de forma voluntaria para que pueda elegir o conducirse con mayor libertad¹⁷⁴⁰. Además, la normativa penitenciaria señala que el tratamiento está regido bajo el principio de especialización y debidamente coordinadas¹⁷⁴¹. Pero hace que haya sido considerado como “el eje y esencia de toda ortopedia penitenciaria”¹⁷⁴² o “como el eje de abscisas y ordenadas de nuestro sistema penitenciario”¹⁷⁴³. En un sentido similar, García Valdés¹⁷⁴⁴ concibe la prisión bajo la idea de cárcel procesal y modo utilitario de cumplimiento de condena para pasar a la idea de que las penas privativas de libertad han de servir para que el sujeto busque y encuentre la corrección, a través del arrepentimiento, para luego mudar al objetivo institucional del tratamiento con el fin de conseguir que el penado sea capaz de vivir con posterioridad respetando la ley penal.

¹⁷³⁹ ALARCÓN BRAVO, J., “El tratamiento penitenciario”, *Estudios Penales II, La Reforma Penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1978, pp. 21, 28 y 38.

¹⁷⁴⁰ Igualmente, GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la Ley General Penitenciaria*, Madrid, 1980, p. 154.

¹⁷⁴¹ Art. 71.2 de la LOGP.

¹⁷⁴² MAPELLI CAFFARENA, B. y TERRADILLOS BASOCO, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Cívitas, Madrid, 1996, p. 128.

¹⁷⁴³ MANZANARES CODESAL, J.R., “El Tratamiento Penitenciario”, *Comunicación presentada a la VII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria*, CGPJ, Madrid, 1994, p. 195.

¹⁷⁴⁴ GARCÍA VALDÉS, C., *La ideología correccional de la reforma penitenciaria española del siglo XIX*, Edisofer, Madrid, 2006, p. 7. Obra a tener en cuenta para quienes quieran ampliar conocimientos sobre la historia de la corrección, LIPTON, D., MARTINSON, R. y WILKS, J., *The effectiveness of correctional treatment. A survey of treatment evaluation studies*, Praeger Publishers, Nueva York, 1975.

Además, Alarcón Bravo¹⁷⁴⁵ también la define como “la acción individualizada, tendente a modificar favorablemente aquel sector de la personalidad del interno que influye, facilitando o provocando, su delincuencia o estado peligroso; él asevera que, atendiendo al lenguaje cotidiano penitenciario”. Subrayando que otra definición sería la de “acción individualizada de tipo médico-biológica, psiquiátrica, psicológica, pedagógica o social que tiene el fin de evitar la reincidencia del sujeto considerado y conseguir su readaptación social o su reinserción social”, con esta definición se parte de un modelo de sociedad previamente aceptado o impuesto, con respecto al cual se intenta la readaptación o la reinserción, de esta manera el tema de tratamiento se sitúa en un nivel de planteamiento político del que no es necesario caer.

Sin embargo, se habla del *tratamiento* como “tipo o clase de ámbito (o medio) y modo de vida o régimen de vida en que va a tener lugar la ejecución de la pena o de la medida” o “como ambiente general de un establecimiento penitenciario, regulado por las correspondientes normas -en principio, administrativas-, resultantes de la conjugación de la disciplina, el trabajo, la instrucción, el mayor o menor control personal, la mayor o menor relación con el exterior, etc.”, así como que se contraponen régimen y tratamiento, entendiendo que estas definiciones sirven para el régimen no para el tratamiento¹⁷⁴⁶.

De modo que el régimen debe ser el adecuado para que el tratamiento se desarrolle como es debido en los Establecimiento penitenciarios, en realidad lo que se pretende es que el preso acepte los valores impuestos por la sociedad, válidos para el resto de los ciudadanos no reclusos¹⁷⁴⁷. En este sentido el pronóstico final debe emitirse

¹⁷⁴⁵ ALARCÓN BRAVO, J., “Tratamiento penitenciario”, en GARRIDO GENOVÉS, V. y VIDAL DEL CERRO, M^aB., *Lecturas de pedagogía correccional*, NAU llibres, Valencia, 1987, pp. 203-204. De definición similar es García Valdés, citado por GARRIDO GENOVÉS, V., *Psicología y Tratamiento Penitenciario: una aproximación*, Derechos Reunidos, Madrid, 1982, p. 14, también citado por Garrido es Bergalli, quien asevera que “se puede hablar hoy de tratamiento como del objeto general de la corrección o readaptación para crear un sistema de influencias sobre la personalidad del condenado en orden a modificar esto y en un modo particular sus manifestaciones externas de conducta” (p. 14).

¹⁷⁴⁶ ALARCÓN BRAVO, J., “Tratamiento penitenciario”, en GARRIDO GENOVÉS, V. y VIDAL DEL CERRO, M^aB., *Lecturas de pedagogía*, cit., p. 205.

¹⁷⁴⁷ Asociación Pro Derechos Humanos, “¿Reinserción social del ex-recluso?, Madrid, 1985, p. 106, establece que “se consigue por un lado con la “vida regimental”, es decir, disciplina, trabajo, escuela, horarios, actividades comunes, se intenta que vayan impregnando sus mentes de la elemental noción de que más les vale conducirse con docilidad y mostrarse “unánimes”, desechando cualquier permiciosa tentación de ser distintos. También se consigue con lo que técnicamente llamamos *tratamiento*, se parte

para los internos a los que se haya aplicado el tratamiento y a los que estén próximos a la libertad y no se les haya aplicado. El pronóstico y el juicio de probabilidad deben ser tenidos en cuenta, en puridad técnica, dado que los esquemas de predicción criminológicos y las tablas de pronóstico son mucho más científicos que el “ojo de buen cubero”¹⁷⁴⁸.

De otro lado, Garrido Guzmán¹⁷⁴⁹ lo define como “el trabajo en equipo de especialistas, ejercido individualizadamente sobre el delincuente, con el fin de anular o modificar los factores negativos de su personalidad y dotarle de una formación general idónea, para así apartarle de la reincidencia y lograr su readaptación en la vida social”, idea que es compartida por la mayoría de la doctrina, es decir, Mapelli Caffarena, García Valdés, Manzanares Samaniego, Rivera Beiras o Bueno Arús, etc.¹⁷⁵⁰ En definitiva, el tratamiento se ha venido considerando el núcleo de toda actividad penitenciaria, existiendo siempre el peligro de que las prisiones se terminen convirtiendo en clínicas terapéuticas¹⁷⁵¹.

Matizando más, Bergalli¹⁷⁵² entiende por *tratamiento* la creación de influencias sobre la personalidad del condenado. Hay que tratar al delincuente como persona, y tratarle como responsable social y legal por el delito cometido¹⁷⁵³. Frente a esta posición, se desarrolla la teoría de las expectativas, en la que se entiende que es el

de la vieja historia judeo-cristiana del pecado y el arrepentimiento: el delincuente ha de reformarse, <regenerarse>”. FERNÁNDEZ ALBOR, A., “La evolución del tratamiento (III)”, en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios a la legislación penal*, t. VI, vol. 2, Edersa, Madrid, 1982, pp. 979-980.

¹⁷⁴⁸ GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios*, cit., p. 212.

¹⁷⁴⁹ GARRIDO GUZMÁN, *Manual de ciencia penitenciaria*, cit., p. 291.

¹⁷⁵⁰ RIVERA BEIRAS, I., *La devaluación de los Derechos Fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de 2ª categoría*, cit., p. 215; BUENO ARÚS, F., “Panorama comparativo de los modernos sistemas penitenciarios”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, Madrid, 1969, p. 293, establece que por su finalidad reeducadora, por su carácter individualizado, [...] el sistema penitenciario se ha convertido en tratamiento penitenciario, dada su analogía con los tratamientos médicos, psicológicos, pedagógicos; del mismo, “La legitimidad jurídica”, cit.; MAPELLI, B., *Principios fundamentales*, cit., p. 248; ALARCÓN BRAVO, J., “El tratamiento penitenciario”, cit.; FRAILE, P., “Aspectos generales del tratamiento penitenciario en España”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº. 192, 1971; GARCÍA VALDÉS, C., “Reflexiones sobre el tratamiento penitenciario”, *Arbor*, nº. 364, 1976, pp. 591 y ss.; GÓMEZ PÉREZ, J. M., “El ámbito del tratamiento penitenciario”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 8, 1979, pp. 65 y ss.

¹⁷⁵¹ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, Bosch, Barcelona, 1983, p. 249.

¹⁷⁵² BERGALLI, R., *¿Readaptación social por medio de la ejecución de la pena?*, Instituto de Criminología, Madrid, 1976, p. 63.

¹⁷⁵³ Ver DOLCINI, E., “La rieducazione del condannato tra mito e realta”, *Revista de Dirección Procesale Penale*, 1979, pp. 469-521.

propio sujeto el que tiene que determinar el fin del proceso resocializador¹⁷⁵⁴. Esta teoría hace que se confunda el término de *resocialización* con el de *socialización*, es decir, el hombre desde su nacimiento necesita someterse a un proceso gradual de conocimientos y aprendizajes para ser sujetos socialmente activos, para Muñoz Conde esto hace que haya enfrentamiento entre intereses particulares y colectivos¹⁷⁵⁵. En otro sentido, Baratta¹⁷⁵⁶ piensa que hay que reconstruir integralmente como derechos los contenidos posibles de toda actividad que puede ser ejercida, aún en las condiciones negativas de la cárcel, por ello piensa que el concepto de tratamiento debe ser redefinido como *servicio*.

Por último se debe señalar como definición de *tratamiento penitenciario* la que realiza el Defensor del Pueblo¹⁷⁵⁷, por acercarse más a la realidad, ella es la de “la oferta de unas condiciones materiales suficientes que permitan la adquisición o mantenimiento de unas pautas de aseo personal y limpieza de la propia celda y demás espacio habitable, o la oferta de unas condiciones materiales que posibilitan la toma del desayuno, comida y cena en unos dignos comedores y con utensilios adecuados, o la oferta suficiente de actividades, de índole formativa, laboral y ocupacional. Tratamiento es, en definitiva, toda aquella oferta de instrumentos para la formación de la voluntad del interno y para la asunción responsable de su propio destino. Instrumentos que, voluntariamente aceptados, le permitan el reingreso en la sociedad tras el cumplimiento de la condena”.

El hecho de que el tratamiento pretenda hacer del preso una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, además de subvenir a sus necesidades; habiendo de procurar, en lo posible, desarrollar en ellos una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general¹⁷⁵⁸, ha sido objeto de discrepancias doctrinales. Así, Cobo del Rosal y Vives¹⁷⁵⁹ entienden que este precepto (se refiere al art. 59 de la LOGP) excede del ámbito propio del Derecho al dirigirse no sólo al aspecto externo de la

¹⁷⁵⁴ Se basan en terapias sociales y pedagogía de autodeterminación.

¹⁷⁵⁵ MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1975, p. 1.

¹⁷⁵⁶ BARATTA, A., “Resocialización o control social: por un concepto crítico de “reintegración social” del condenado”, Ponencia presentada en el Seminario “Criminología crítica y sistema penal”, Lima, 1990.

¹⁷⁵⁷ Defensor del Pueblo. Estudio sobre la situación penitenciaria y los depósitos municipales de detenidos, 1988-1996, Boletín Oficial de las Cortes Generales, nº. A-91 de 12 junio de 1997, p. 132.

¹⁷⁵⁸ Art. 59.2 de la LOGP.

¹⁷⁵⁹ COBO DEL ROSAL, M. y VIVES, L., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 48.

conducta sino a la intención, lo que supone un quebranto inadmisibles de los principios limitadores de un Derecho penal del hecho propio del Estado democrático. De otro lado, nos encontramos con los que opinan -como Bergalli o García Valdés- que es suficiente con la conducta en su aspecto externo consistente en que el sujeto no vuelva a delinquir¹⁷⁶⁰. Otro sector doctrinal -Mapelli, Zúñiga, Cervelló Donderis- mantiene que el que se refiera a términos como *intención* o *capacidad de vivir* parece aludir al fuero interno, argumentando que la normativa penitenciaria no es un Código de moral¹⁷⁶¹. Contrariamente a lo manifestado por los autores antes citados, Bueno Arús¹⁷⁶² sostiene que es válido defender la finalidad resocializadora de la pena, por razones morales y utilitarias.

3. SISTEMA PENITENCIARIO, RÉGIMEN PENITENCIARIO O TRATAMIENTO PENITENCIARIO

El *sistema penitenciario* consiste en una serie de principios y directrices creados para la ejecución de las penas privativas de libertad. Hace de la prisión el sistema punitivo actual, esto significa que la prisión sólo se ha de utilizar en aquellos casos en que no sea posible imponer un castigo más humano (prisión como *ultima ratio*) y limitar su duración de acuerdo con los estándares de humanidad (*limitación del uso de la prisión*). Otro de los aspectos es el de hacer que las condiciones de vida en prisión se acerquen lo más posible a las de las personas en libertad (*normalización de la vida en prisión*) y, por último, posibilitar que durante la ejecución de la pena de prisión la persona participe en programas de tratamiento que puedan dar lugar a su liberación, total, parcial o anticipada (*rehabilitación en prisión*)¹⁷⁶³.

¹⁷⁶⁰ BERGALLI, R., *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?*, Publicaciones del Instituto de Criminología, Madrid, 1976; GARCÍA VALDÉS, C., “Reforma penitenciaria”, *Derecho Penitenciario, escritos, 1982-1989*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989; GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de ciencia penitenciaria*, Edersa, Madrid, 1983.

¹⁷⁶¹ MAPELLI CAFFARENA, B., “La crisis de nuestro modelo legal de tratamiento penitenciario”, *Eguzkilore*, n.º. Extraordinario 2, 1989, pp. 103-104; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “El tratamiento penitenciario”, en VV.AA., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (coords.), *Manual de Derecho Penitenciario*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001, p. 314; CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho Penitenciario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 179.

¹⁷⁶² BUENO ARÚS, F., “¿Tratamiento?” *Eguzkilore*, n.º. Extraordinario 2, 1989, p. 90.

¹⁷⁶³ CID MOLINÉ, J., “El sistema penitenciario en España”, disponible en dialnet.unirioja.es, última consulta el 10 de mayo de 2010, artículo cuyo origen consta bajo el título “Le système pénitentiare en Espagne” al número monográfico sobre “Administration et politiques pénitentiaries”, *Revue française d'administration publique*, n.º. 99, 2001, pp. 501-511.

Estos tres aspectos han sido recogidos en el precepto 25.2 de la CE al prescribir que la persona condenada a pena de prisión goce de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos y que la pena esté orientada a la reeducación y reinserción social. Y por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional cuando en diversas resoluciones enuncia que el sacrificio de la libertad personal debe reservarse a aquellos casos en que no sea posible utilizar vías menos gravosas, aludiendo al principio de proporcionalidad como límite de la duración de la sanción¹⁷⁶⁴. En síntesis, es donde se desarrolla el tratamiento penitenciario, con la condición de que se debe fomentar al recluso para que participe en la planificación y ejecución de su tratamiento, debiendo colaborar y ser estimulado¹⁷⁶⁵.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en las Sentencias 2/1987, de 21 de enero y 120/1990, 27 de junio, ha asentado su tesis tratando de teorizar sobre el compromiso del sistema penitenciario con los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución. Se acude a la teoría de las relaciones especiales de sujeción para justificar una grave reducción de los derechos fundamentales de los internos¹⁷⁶⁶.

El *régimen penitenciario* opera como un conjunto de normas originadas por el Estado para regular la vida de los condenados a penas privativas de libertad y medidas de seguridad en los Establecimientos penitenciarios. Un sector de la doctrina -entre

¹⁷⁶⁴ SSTC 161/1997, de 2 octubre, Fj. 11; 136/1999, de 20 de julio, Ffj. 20 y 26.

¹⁷⁶⁵ Art. 61 de la LOGP. Al respecto, GARCÍA VALDÉS, C., *Teoría de la pena*, cit., p. 144; RACIONERO CARMONA, F., *Derecho Penitenciario y privación de libertad. Una perspectiva judicial*, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 245-246; CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho Penitenciario*, cit., pp. 180-181; TAMARIT SUMALLA, J.M., “El tratamiento penitenciario”, en VV.AA., *Curso de Derecho Penitenciario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 258-260; GARRIDO GUZMÁN, L., “La participación del recluso en la vida prisional”, en COBO DEL ROSAL, M., (dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M., (coord.), *Comentarios a la Legislación penal*, t. VI, vol. I, Edersa, Madrid, 1986, pp. 371 y ss., según este autor, la participación del recluso puede ser incluida dentro del Derecho a la libertad de información, expresión y actuación, uno de los derechos humanos fundamentales; MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 242, mantiene que la participación se hace más necesaria puesto que los presos hacen más intensa la vida en comunidad.

¹⁷⁶⁶ RIVERA BEIRAS, I., *Tratamiento Penitenciario*, cit., pp. 17 y ss., nota n. 4 dice que “la ejecución penal constituye una especial relación de poder, en cuyo ámbito la administración está justificada para tomar o regular, en forma general o especial, todas las medidas necesarias para la realización de la ejecución de la pena, en el sentido de sus finalidades jurídicamente reconocidas”, p. 45 de Schüler-Springorum en el libro *Strafvollzug im Übergang. Studien zum Stand der Vollzugsrechtslehre*.

ellos, De la Cuesta Arzamendi¹⁷⁶⁷ - considera que, si la pena privativa de libertad debe orientarse a la reeducación y reinserción social, la resocialización no puede ser sólo meta del tratamiento (que entendido en un sentido estricto sólo afecta a una parte reducida de la población penitenciaria), sino que también ha de afectar al resto de aspectos no terapéuticos de la prisión, también el régimen penitenciario debe ser un régimen penitenciario resocializador. Desde esta perspectiva, López Rey¹⁷⁶⁸ postula que el régimen es el tipo de vida resultante de la aplicación del sistema que se traduce en el tratamiento.

En un sentido crítico, Bueno Arús¹⁷⁶⁹ opina que se ha confundido el régimen penitenciario, consistente en el trabajo, disciplina, visitas y comunicaciones, asistencia sanitaria y religiosa, instrucción y educación, etc., con las actividades científicas que configuran el tratamiento, argumentando que un tratamiento terapéutico-asistencial es aquel en el que la Administración penitenciaria está obligada a establecer los medios necesarios para evitar la reincidencia. Y De La Morena Vicente¹⁷⁷⁰ se pronuncia argumentando que el régimen debe crear un ambiente y utilizar los medios para dirigir la actividad, de modo que el tratamiento debe utilizar este ambiente.

Ahora bien, interesa concretar que el régimen penitenciario tiene que tener como base unos principios¹⁷⁷¹, principios exigibles en un Estado social y democrático de Derecho. A título ilustrativo, ellos son el de legalidad, deduciéndose del artículo 2 de la LOGP cuando dicta que “la actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Ley, los reglamentos y las sentencias

¹⁷⁶⁷ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El trabajo penitenciario resocializador. Teoría y regulación positiva*, Caja de Ahorros Provincial de Guipúzcoa, San Sebastián, 1982, pp. 152 y ss.; y “Reflexiones acerca de la relación entre régimen penitenciario y resocialización”, *Eguzkilore*, n.º. Extraordinario 2, 1989, pp. 59 y ss.

¹⁷⁶⁸ LÓPEZ REY, M., *Criminología, teoría, delincuencia juvenil, prevención, predicción y tratamiento*, t. I, Aguilar, Madrid, 1981, p. 491.

¹⁷⁶⁹ BUENO ARÚS, F., “La legitimidad jurídica de los métodos de la Criminología Clínica aplicada al tratamiento penitenciario”, *Estudios penales y penitenciarios*, Instituto de Criminología, Madrid, 1981, pp. 195 y ss., citado por GARCÍA VALDÉS, C., “Derecho Penitenciario español: notas sistemáticas”, cit., p. 45.

¹⁷⁷⁰ DE LA MORENA VICENTE, E., “Situación y desarrollo de la normativa laboral penitenciaria”, *La normativa laboral penitenciaria. Situación y desarrollo*, Primeras Jornadas de Trabajo del Organismo Autónomo Trabajos Penitenciarios, Madrid, 1982, p. 67.

¹⁷⁷¹ Para saber más sobre los principios, NISTAL BURÓN, J., “El régimen penitenciario: diferencias por su objeto. La retención y custodia/la reeducación y reinserción”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1995, pp. 135 y ss.

judiciales”, y el de que se está legitimado por ley para tratar a los presos; el principio de subordinación, en el sentido de que la finalidad de reeducación y reinserción tiene carácter preferente sobre el régimen, cosa que se deduce del artículo 25 de la CE; el principio de coordinación entre el régimen y el tratamiento penitenciario; y el principio diferencial entre presos condenados y presos preventivos.

En consecuencia, interesa concretar que por *régimen penitenciario* se entiende el conjunto de normas o medidas que persiguen la consecución de una convivencia ordenada y pacífica que permita alcanzar el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento y la retención y custodia de los reclusos. Las funciones regimentales de seguridad, orden y disciplina son medios para alcanzar los fines indicados, debiendo ser siempre proporcionadas al fin que persiguen, y no podrán significar un obstáculo para la ejecución de los programas de tratamiento e intervención de los reclusos. Y, por último, las actividades integrantes del tratamiento y del régimen, aunque regidas por un principio de especialización, deben estar debidamente coordinadas¹⁷⁷².

Por último, en cuanto al *tratamiento penitenciario*, teniendo en cuenta las numerosas definiciones, él consiste en un trabajo de especialistas, ejercido individualmente sobre el delincuente con el fin de reeducarle y reinsertarle socialmente.

Frente al tratamiento, nos encontramos con el término *intervenir*, siendo Gómez Pérez quien formuló, por vez primera en España, la intervención en las prisiones clasificándolo en tres niveles¹⁷⁷³: a) intervención profiláctica, destinada a preservar a los internos de la adquisición de nuevas conductas delictivas; b) intervención sobre el comportamiento actual dentro del Establecimiento que pretendía unos cambios ambientales más favorables; y c) intervención para incidir sobre la conducta fuera de los reclusos diseñando programas específicos de tratamiento¹⁷⁷⁴. Además, De la Cuesta

¹⁷⁷² Art. 73 del RP. En este sentido, ALARCÓN BRAVO, J, “Tratamiento Penitenciario. Su práctica”, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, p. 74.

¹⁷⁷³ Citado por REDONDO, S., “Evaluar e intervenir en las Prisiones. Análisis de la conducta aplicado”, PPU, Barcelona, 1992, p. 32.

¹⁷⁷⁴ No han faltado los autores que consideran que es conveniente olvidar los términos de *régimen* y *tratamiento* y hablar de *intervención*, así García (1987), Corrochano (1984), López Tajuelo (1986) el cual realza los componentes políticos e ideológicos que subyacen a la intervención y ha sugerido como objetivo de la misma la humanización de la pena. De otro lado, se encuentran aquellos en

Arzamendi¹⁷⁷⁵ indica que, entendiendo el tratamiento desde un punto de vista amplio, al no poderse separar con facilidad el régimen del tratamiento, hace que toda intervención penitenciaria haya de considerarse por sí misma tratamiento, con independencia de que se oriente directamente o no a la reeducación y reinserción. En la doctrina no se sigue tal sentido amplio, sino el estricto, es decir, la distinción entre régimen y tratamiento, que incluso aparece en los textos legales, lo que en ningún caso significa una renuncia a la relación entre régimen penitenciario y resocialización.

Este autor considera que la relación entre régimen y tratamiento no excluye la relación entre régimen y resocialización, ya que la resocialización no es sólo la meta, el objetivo al que han de tender las actividades terapéuticas, sino que legalmente constituye también el fin primordial de las Instituciones penitenciarias en su conjunto. Ahora si las Instituciones penitenciarias tienen ese fin primordial, no cabe duda de que difícilmente podrán tender a él sin el apoyo de un régimen penitenciario, de una ordenación de la vida en prisión, plenamente volcada al servicio del mismo postulado resocializador. En resumen, como redacta el artículo 3 del RP, “principio inspirador del cumplimiento de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad será la consideración de que el interno es sujeto de derecho y no se haya excluido de la sociedad, sino que continúa formando parte de la misma”.

Desde este punto de vista, si se entiende el tratamiento en un sentido amplio, se confunde con el régimen penitenciario. De otro lado, mientras que en la doctrina italiana se establece una distinción entre tratamiento penitenciario y tratamiento reeducador, en la doctrina española se habla de tratamiento reeducativo como tratamiento rehabilitador¹⁷⁷⁶.

los que afirman que el término a utilizar más conveniente es el de *tratar* (tratamiento), argumentando que no toda intervención penitenciaria constituye un tratamiento, entre otros, De La Cuesta Arzamendi, citado por REDONDO, S., “Evaluar e intervenir en las Prisiones. Análisis de la conducta aplicado”, cit., pp. 35 y ss.

¹⁷⁷⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Reflexiones acerca de la relación entre régimen penitenciario y resocialización”, *Eguzkilo*, nº. Extraordinario 2, 1989, p. 59.

¹⁷⁷⁶ TAMARIT SUMALLA J.M. y OTROS “Curso de Derecho Penitenciario (adaptado al nuevo Reglamento Penitenciario de 1996), Cedecs, Barcelona, 1996, p. 209.

A efectos de nuestro estudio, interesa concretar que *sistema, régimen o tratamiento*, todos ellos, se basan en la figura del recluso, en evitar su reincidencia¹⁷⁷⁷ anulando o modificando de forma individualizada la personalidad del mismo¹⁷⁷⁸. Supone una ayuda en cuanto a la concepción de valores, de responsabilidades, de respeto, encaminado a superar situaciones individuales. Con esta perspectiva, cabe subrayar que el *tratamiento penitenciario* consiste en aportaciones externas propias del sistema penitenciario hacia el preso, de manera que con la actividad de profesionales y la práctica en la prisión de esas actividades es suficiente, en principio, para concluir que el recluso se ha reeducado y puede ser reinsertado, siendo garante de nuevos valores, valores predominantes en la vida social.

Ya hemos mencionado que el tratamiento de los condenados a una pena privativa de libertad debe tener por objeto inculcarles la voluntad de vivir conforme a la ley, tesis seguida por la Asociación Diferencial, expuesta por el sociólogo norteamericano Southerland (1966). Encaminado a fomentar el respeto de sí mismos y desarrollar el sentido de responsabilidad. De otro lado, se recuerda que para lograr este fin, se deberá recurrir, en particular, a la asistencia religiosa, a la instrucción, a la orientación y la formación profesionales, a los métodos de asistencia social individual, al asesoramiento relativo al empleo, al desarrollo físico y a la educación del carácter moral¹⁷⁷⁹. En la actualidad la asistencia religiosa no es, en particular, el contenido del tratamiento, pero sí la educación y el trabajo.

Pese a ello, no faltan las distintas posturas doctrinales sobre el contenido del tratamiento y su papel en el sistema penitenciario. Por ejemplo, de una parte, Mapelli sustenta que el tratamiento es un auténtico espejismo, y que es simbólico no siendo muchos los reclusos que han finalizado un sistema diseñado en la ley. Afirma que, “el tratamiento, como proceso terapéutico, habrá fracasado cuando no logre la pacífica reincorporación social y jurídica del delincuente, [...], la reincorporación a la sociedad

¹⁷⁷⁷ En este sentido, MAPELLI, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 249.

¹⁷⁷⁸ En este sentido, se pronuncia Garrido Guzmán, afirmando que “el tratamiento [...], con el fin de anular o modificar los factores negativos de su personalidad y dotarle de una formación general idónea para así apartarle de la reincidencia y lograr su readaptación a la vida social, GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de Ciencia Penitenciaria*, cit., p. 291.

¹⁷⁷⁹ Reglas 65 y 66 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los reclusos.

no es una meta ni un objetivo, sino una consecuencia deseada como respuesta a un trato más humanizado”¹⁷⁸⁰.

Ahora bien, a la luz de lo examinado, un tratamiento penitenciario consiste en un cambio de aptitud por parte del recluso, en un proceso terapéutico encaminado a la consecución de valores sociales. De manera que, con independencia del delito que se haya cometido, se incidirá en la personalidad del mismo y en vista de que el tratamiento ha de ser individualizado teniendo en cuenta la diversidad de condicionantes que a un sujeto le rodea para cometer un delito, existen tratamientos por ejemplo para los maltratadores¹⁷⁸¹ consistentes en programas pro-feministas cognitivo-conductuales que se basan en el entendimiento de que la forma de violencia llevada a cabo se encuentra relacionada con las diferencias de poder y autoridad en la pareja.

Muchos de estos programas que eran voluntarios han pasado a formar parte del sistema penal, así ocurre en Estados Unidos. Hoy día, en España, se siguen estudiando y buscando posibilidades de tratamiento penitenciario para que los reclusos no vuelvan a delinquir. Para el tratamiento y reinserción de los presos con salud mental desequilibrada¹⁷⁸², en cuanto al internamiento de enajenados¹⁷⁸³, etc. Por lo que se refiere al tratamiento con drogodependientes¹⁷⁸⁴, destacan los que se orientan a modificar el

¹⁷⁸⁰ MAPELLI CAFFARENA, B., “Sistema progresivo y tratamiento”, en BUENO ARÚS, F., GARCÍA VALDÉS, C. y otros, *Lecciones de Derecho Penitenciario*, Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá- ICE, Madrid, 1989, pp. 144 y 170.

¹⁷⁸¹ Ver DOBASH, R.P. y DOBASH, R.E., “Efectividad de los programas penales de tratamiento de maltratadores”, CID, J. y LARRAURI, E., (coord.), *La delincuencia violenta, ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 147 y ss.; de los mismos, *Woman, violence and social change*, Londres y Nueva York, Routledge, 1992; de los mismos, “Criminal justice programmes for men who assault their partners”, HOLLIN, C.R., (ed.), *Handbook of Offender Assessment and Treatment*, Chichester, John Wiley and Sons, 2000; PENCE, E. y PAYMAR, M., *Education Groups for men who batter*, Nueva York, 1993; ASHWORTH, A., “Criminal Justice, Rights and Sentencing”, *Paper to the Australian Institute of Criminology Sentencing Conference*, Canberra, 1986.

¹⁷⁸² Ver VICÉNS PONS, E., “Oportunidades y límites de la reinserción comunitaria en salud mental desde el ámbito penitenciario”, en DE CASTRO ANTONIO, J.L. y SEGOVIA BERNABÉ, J.L., (dirs.), *El juez de vigilancia penitenciaria y el tratamiento penitenciario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 47 y ss., aseverando que el fundamento es la peligrosidad social. Ver los arts. 95 y 20 del CP. De otro lado, históricamente la imputabilidad era considerada como la capacidad de entender y querer, en este sentido BALAGUER SANTAMARÍA, J., *Régimen jurídico de los enfermos mentales en el sistema penitenciario español. Psiquiatría forense*, Jornadas sobre psiquiatría forense, vol. 3, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994.

¹⁷⁸³ Art. 5 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales; GARRIDO GUZMÁN, L., *Tratamiento penitenciario de la enajenación mental. Psiquiatría legal y forense*, vol. II, S. Delgado Bueno, Madrid, 1994.

¹⁷⁸⁴ Ver GAÑÁN DURÁN, A., “El tratamiento de la drogodependencia en el medio penitenciario”, en DE CASTRO ANTONIO, J.L. y SEGOVIA BERNABÉ, J.L., (dirs.), *El juez de*

pensamiento impulsivo, egocéntrico y rígido, así como a fomentar la enseñanza de valores y normas prosociales, el desarrollo del autocontrol y estrategias de afrontamiento eficaces. Lo que significa que la figura del médico juega un papel importante. Se utiliza el modelo transteórico del cambio propuesto por Prochaska y Diclemente¹⁷⁸⁵, utilizando un proceso motivacional por el cual una persona decide iniciar el cambio de conducta respecto a las drogas y posteriormente trabajar en el mantenimiento del cambio. Para el tratamiento de los delitos de agresión sexual, muchos Centros siguen las pautas de Garrido y Beneyto¹⁷⁸⁶. Por último, los programas para los psicopáticos son escasos¹⁷⁸⁷, normalmente se remite a psiquiatría donde se le suministra medicamentos. En suma, supone el conocimiento de la personalidad y entorno social del preso.

En otro sentido se pronuncia Haffke¹⁷⁸⁸, postulando que cuando se establecen los fines del tratamiento, que se trata de una relación de dominio respecto del sujeto que es él el que debe fijar los límites y aspiraciones del proceso resocializador, hay que respetar la libre autonomía individual junto al ofrecimiento al recluso de toda la ayuda necesaria para superar los problemas que le condujeron a delinquir.

A la luz de lo examinado se desprende que lo pretendido es la superación de la subcultura carcelaria, haciéndoles entender el concepto de reinserción. Lo que hay que

vigilancia penitenciaria y el tratamiento penitenciario, CGPJ, Madrid, 2006, pp. 61 y ss.; Circular 5/95, de 15 de febrero, donde se señala las estrategias de ejecución de programas dirigidos a presos drogodependientes.

¹⁷⁸⁵ PROCHASKA, J.O. y PROCHASKA, J.M., “Modelo transteórico de cambio para conductas adictivas”, en BRUGUÉ, M.C. y GOSSOP, M., (eds.) *Tratamientos Psicológicos en Drogodependencias: Recaida y Prevención de Recaidas*, Neurociencias, Barcelona, 1993, pp. 85-136; PROCHASKA, J.O., VELICER, W.F., ROSSI, J.S., GOLDSTEIN, M.G., MARCUS, B.H., RAKOWSKI, W., FIORE, CH., HARLOW, L.L., REDDING, C.A., ROSENBLOOM, D. y ROSSI, S.R., “Stages of change and decisional balance for 12 problem behaviors”, *Health Psychology*, nº. 13, 1994, pp. 39-46.

¹⁷⁸⁶ GARRIDO, V. y BENEYTO, M.J., *El control de la agresión sexual. Un programa de tratamiento par delinquentes sexuales en prisión y en la comunidad*, Ministerio Interior, Madrid, 2006; LÖSEL, F., “¿Sirve el tratamiento para reducir la reincidencia de los delinquentes sexuales?”, trad. de REDONDO ILLESCAS, S., *Delincuencia sexual y sociedad*, Ariel, Barcelona, 2002.

¹⁷⁸⁷ GARRIDO GENOVÉS, V., “Delinquentes con trastorno de psicopatía”, *El tratamiento Penitenciario: posibilidades de intervención*, I Jornadas de la Asociación de Técnicos de Instituciones Penitenciarias, 2000, p. 15. La psicopatía se constituye en la actualidad como una de las materias olvidadas del sistema de justicia español, tanto en su detección, diagnóstico como en su tratamiento.

¹⁷⁸⁸ Citado por MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, cit.; HAFFKE, “Ubre den Widerspruch von Therapie und Herrschaft, exempliziert an grundlegenden Bestimmungen des neuen Strafvollzugsgesetzes”, *ZSTW*, nº. 88, 1976, pp. 645-646; RUNDE, P., “Resozialisierung als wissenschaftliches und sozialpolitisches Problem”, en KAUFMANN, A., *Die Strafvollzugsreform*, Karlsruhe, 1971, p. 119.

cuestionar es la cárcel en sí misma como una realidad inevitable, ya que, como alega Muñoz Conde¹⁷⁸⁹, “por muy humana que sea -que no lo es-, y muy bien organizado que esté el sistema carcelario -que no lo está-, mal se puede ofrecer solucionar los problemas del recluso, cuando el primero y el principal problema que tiene es estar precisamente en la cárcel”. No olvidemos que se trata de una convivencia obligada, dentro de un espacio reducido y hacinado¹⁷⁹⁰.

4. PRINCIPIOS POR LOS QUE OPERA EL TRATAMIENTO PENITENCIARIO

4.1 Principio de objetividad en la personalidad del preso

El tratamiento estará basado en el estudio científico de la constitución, el temperamento, el carácter, las aptitudes y las actitudes del sujeto a tratar, así como por su sistema dinámico-motivacional y por el aspecto evolutivo de su personalidad, conducente a un enjuiciamiento global de la misma que se recogerá en el protocolo del recluso. En palabras de Alarcón Bravo¹⁷⁹¹, este principio se refiere a la observación o estudio científico de la personalidad, tarea previa a todo tratamiento. La concepción de personalidad que pergeña es amplísima, pues abarca la totalidad del ser psíquico individual, va desde lo constitucional a lo social, lo que facilita la tarea penitenciaria. Llevó a cabo una organización tipológica para el estudio de la personalidad, así estableció cuatro tipos: leptosomático, eran delgados y muy altos; pícnico, bajos y corpulentos, con el tronco redondeado; atlético, eran en cuanto al esqueleto fuertes, con mucha musculatura; y, displásico, se trataba de aquellos que tiene una mezcla de todos los anteriores. Aquí destacan numerosos estudios en torno a la personalidad del individuo, los más conocidos son los de Kretschmer¹⁷⁹² y Sheldon¹⁷⁹³ mediante técnicas

¹⁷⁸⁹ MUÑOZ CONDE, F., “La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 7, 1979, pp. 98 y ss.

¹⁷⁹⁰ RIOS MARTÍN, J.C., “El principio de oportunidad en el procedimiento disciplinario: la mediación penitenciaria”, en DE CASTRO ANTONIO, J.L. y SEGOVIA BERNABÉ, J.L., (dir.) *El juez de vigilancia penitenciaria y el tratamiento penitenciario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, p. 111; SEGOVIA BERNABÉ, J. L., *El Derecho penal práctico al alcance de todos. Régimen Penitenciario*, Popular, Madrid, 1987.

¹⁷⁹¹ ALARCÓN BRAVO, J., “El tratamiento penitenciario: regulación jurídica y práctica actual en España”, en JIMÉNEZ BURILLO, F. y CLEMENTE, M., *Psicología social y sistema penal*, Alianza Editorial, Madrid, 1986, p. 240.

¹⁷⁹² Ver SANDÍN, B., “Biología y personalidad: tipologías somáticas y hormonales”, en BERMÚDEZ MORENO, J., *Psicología de la personalidad*, t. I, Cap. XII, UNED, Madrid, 1994, pp. 272-273.

¹⁷⁹³ A través del estudio de fotografías llega a la conclusión de la existencia de tres diferencias: endomorfía, forma redondeada y blanda; mesomorfía, robustez; y, ectomorfía, frágil y delicada.

biotipológicas basadas en la constitución de los sujetos, en los años 60 en la Central de Observación¹⁷⁹⁴. Junto a estos estudios, destacan otros por su importancia como los que indican que el temperamento¹⁷⁹⁵ se encuentra íntimamente unido a la constitución de la persona; aquellos que estudian en los Centros penitenciarios el carácter del delincuente¹⁷⁹⁶. Es decir, su conducta o comportamiento; los que investigan la aptitud, la disposición del sujeto bien para hacer una tarea o aptitudes mentales¹⁷⁹⁷; o bien los que se centran en los sistemas de captación de los motivos, la evolución de la personalidad, etc.

4.2 Diagnóstico de la personalidad criminal

El tratamiento penitenciario guardará relación directa con un diagnóstico de personalidad criminal y con un juicio pronóstico inicial, que serán emitidos tomando como base una consideración ponderada del enjuiciamiento global al que se refiere el apartado anterior, lo que también ocurre con el resumen de su actividad delictiva y de todos los datos ambientales, ya sean individuales, familiares o sociales, del sujeto¹⁷⁹⁸. Para llevar a cabo tal prospección, se basan en los esquemas de personalidad criminal de Pinatel¹⁷⁹⁹, considerando que el estado de peligrosidad es originado por la capacidad criminal y la inadaptación social¹⁸⁰⁰. Sin entrar en profundidad en el estudio psicológico de la inadaptación social, lo que hace la Ley y el Reglamento penitenciarios son juicios

¹⁷⁹⁴ Esta Central fue creada por OM de 22 de septiembre de 1967, se ubicó dentro de la Prisión Provincial de Carabanchel, a través de un laboratorio fotográfico y antropométrico se hacía un examen médico-biológico, es decir, un informe tipológico de Kretschmer incluyendo antecedentes familiares, orígenes, salud, constitución endocrina, estado actual y exploraciones, estructura corporal, sistema piloso, talla, peso, medidas del cráneo, medidas de todas las extremidades, y una calificación numérica según el componente morfológico de Sheldon donde se incluía la displasia, textura, hirsutismo, ginandromorfia y ginandromorfia. Para saber más ver ALARCÓN BRAVO, J., *Un sistema de trabajo en el estudio de la personalidad criminal, Central Penitenciaria de Carabanchel*, Artes Gráficas, Madrid, 1970.

¹⁷⁹⁵ Ver MISCHEL, W., *Introducción a la personalidad*, trad. de J.C. Pecina, Interamericana, México, 1979.

¹⁷⁹⁶ VIGNOLA, J., *Los test psicológicos*, De Vecchi, Barcelona, 1972.

¹⁷⁹⁷ ZIMMERMAN, I.L., *Interpretación clínica de la escala de inteligencia de Wechsler para adultos*, trad. de S. Cubero, TEA, Madrid, 1979.

¹⁷⁹⁸ En opinión de García Valdés, fue un acierto mantener el término “personalidad criminal” puesto que es el empleado por la doctrina dominante en Criminología clínica, GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la legislación penitenciaria*, cit., p. 198.

¹⁷⁹⁹ PINATEL, J., *La sociedad criminógena*, trad. de L. Rodríguez Ramos, Aguilar, Madrid, 1979. Manifiesta que tanto la capacidad criminal como la inadaptabilidad social son factores anormales, es la acción e interacción lo que hay que considerar, pues el núcleo de la personalidad criminal es una resultante y no un dato, pp. 80-81.

¹⁸⁰⁰ ALARCÓN BRAVO, J., *Un sistema de trabajo en el estudio de la personalidad criminal*, cit., p. 60, y GARRIDO GENOVÉS, V., *Psicología y tratamiento penitenciario: una aproximación*, Edersa, Madrid, 1982, p. 50.

de valores sobre el comportamiento del recluso amparándose, además, en informes por la Junta de Tratamiento. No obstante, no hace referencia al tipo criminológico pero sí al diagnóstico de personalidad criminal, en palabras de Garrido Genovés¹⁸⁰¹, por su poca fiabilidad.

En consecuencia, existe alguna Circular¹⁸⁰², como la Orden Circular 5/95, de la Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios del Ministerio de Justicia e Interior, en la que se presentaba el perfil del delincuente drogodependiente o, con posterioridad, la Instrucción 20/96, de 16 de diciembre, de la DGIP incorpora un modelo de propuesta de clasificación y destino, basados en identificación, datos penales, datos penitenciarios, datos objetivos de comportamiento, motivación y documentación anexa del acuerdo.

4.3 Principio de individualidad en el tratamiento

El diagnóstico será individualizado, consistiendo en la variable utilización de métodos médico-biológicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales en relación a la personalidad del interno¹⁸⁰³. Uno de los fundamentos de que el tratamiento sea individualizado no es, exclusivamente, que los sujetos no son iguales, ni viven las mismas circunstancias, sino que la normativa penitenciaria establece claramente una distinción para el caso del tratamiento penitenciario de los sentenciados respecto de los presos preventivos.

Fue Alarcón Bravo¹⁸⁰⁴ el que presentó un cuadro con los métodos de tratamiento. Así, en cuanto a la utilización de métodos médico-biológicos, incluye los quirúrgicos y los farmacológicos, esto es, los antidepresivos, ansiolíticos y neurolépticos o antipsicóticos. No olvidemos que no se pueden utilizar como métodos de tratamiento penitenciario los quirúrgicos, como la castración, o los estéticos, los cuales son frecuentemente utilizados en los Centros penitenciarios para aliviar situaciones de

¹⁸⁰¹ GARRIDO GENOVÉS, V., *Psicología y tratamiento penitenciario*, cit., pp. 62-63.

¹⁸⁰² Recordemos que las circulares o instrucciones dictadas por la Administración penitenciaria al carecer de la naturaleza y de las garantías de las normas jurídicas o disposiciones de carácter general, no son medio idóneo para regular derechos y deberes de los reclusos en los Centros penitenciarios. Al respecto, la STS 17/3/2009, de 17 de marzo, sobre FIES.

¹⁸⁰³ Encuentra como antecedentes el art. 49 del Reglamento de Servicios de Prisiones en la reforma de 1968, y en el art. 240 del RP de 1981.

¹⁸⁰⁴ ALARCÓN BRAVO, J., *El tratamiento penitenciario*, cit., p. 27.

deficiencias físicas o de complejos producidos por las mismas¹⁸⁰⁵. En cuanto a los métodos psiquiátricos y psicológicos, Alarcón habla de psicoterapia individual y de grupo, el psicodrama-sociodrama¹⁸⁰⁶, la orientación o asesoramiento en grupo (*group counselling*¹⁸⁰⁷), el asesoramiento psicológico, técnicas de modificación de actitudes, terapia de comportamiento o modificación de conducta y orientación escolar y profesional¹⁸⁰⁸. Los métodos pedagógicos pueden ser generales, es decir, dirigidos a cualquier preso y, especiales, dirigidos a aquellos que presentan alguna deficiencia o discapacidad. Y, por último, están los métodos sociológicos consistentes en la labor asistencial que, según indica el artículo 1 de la LOGP, constituyen una finalidad de las Instituciones Penitenciarias, una labor asistencial y de ayuda para internos y liberados. Igualmente, se pronuncia el artículo 2 *in fine* del RP “[...] la asistencia social de los internos, liberados y de sus familiares”.

Para García Valdés¹⁸⁰⁹, “[...] grupos determinados de internos, cuyo tratamiento lo requiera, se podrá organizar en los Centros correspondientes programas basados en el principio de comunidad terapéutica”. En cuanto al principio de que ha de ser individualizado, la doctrina -Alarcón Bravo, García Valdés y Zúñiga Rodríguez- entiende que es la consecuencia de que en los regímenes penitenciarios exista la clasificación en grados¹⁸¹⁰.

¹⁸⁰⁵ Para un estudio más detallado, PABLO RABASSÓ, J., *Psicofarmacología y terapia de conducta*, Fundación Universidad-Empresa y Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1996; ARANDA CARBONEL, M^a.J., *Reeducación y reinserción social. Tratamiento Penitenciario. Análisis teórico y aproximación práctica*, Ministerio del Interior, Madrid, 2007, p. 82.

¹⁸⁰⁶ Es un método mediante el cual se penetra en la verdad de la psique a través de ciertas actitudes. MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 253. En cuanto al tratamiento individualizado para aquellos presos que no quieran sujetarse al mismo, Mapelli propone un sistema progresivo tradicional, MAPELLI CAFFARENA, B., “Sistema progresivo y tratamiento”, en BUENO ARÚS, F. y OTROS, *Lecciones de Derecho Penitenciario*, Alcalá de Henares, 1989, pp. 137 y ss. De opinión similar es Quintero Ripolles, ver BAEZA AVALLONE, V., *La rehabilitación*, Edersa, Madrid, 1983, p. 146, cita de comentarios al código penal en p. 456.

¹⁸⁰⁷ Este sistema consiste en resolver los problemas más inmediatos.

¹⁸⁰⁸ Al respecto, CABALLERO, J.J., “Terapia de grupo en prisiones”, *Cuadernos penitenciarios*, n^o. 7, 1979, p. 29; MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 253; SANCHA MATA, V., “Modelos de tratamiento”, *Ponencia de I Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía, Jerez de la Frontera, 1982, pp. 65-66; GARRIDO GENOVÉS, V., *Técnicas de tratamiento para delincuentes*, Cap. V “Proceso y habilidades de “counselling”. El modelo de Egan”, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, pp. 123 y ss.

¹⁸⁰⁹ GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la legislación penitenciaria*, cit., p. 207; SANCHA MATA, V. y GARCÍA GARCÍA, J., “Tratamiento psicológico-penitenciario”, *Papeles del Psicólogo*, n^o. 30, 1987.

¹⁸¹⁰ En este sentido, Alarcón Bravo comenta que con la clasificación se completa la trilogía, observación-clasificación-tratamiento, ALARCÓN BRAVO, J., *El tratamiento penitenciario*, cit., p. 33. Contrariamente, MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “La clasificación”, en VV.AA., *Comentarios a la legislación penal*, t. VI, vol. 2, Edersa, Madrid, 1986, pp. 952-953; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “El

De otro lado, se encuentra la individualización científica¹⁸¹¹, es decir, como hemos venido reiterando, no existe diferenciación en el método del tratamiento según los grados de clasificación ya que el tratamiento se efectúa en función de las circunstancias personales de los reclusos y no en función de los grados. No obstante, la individualización científica no constituye una alternativa en base a presupuestos subjetivos frente al sistema progresivo clásico¹⁸¹², ya que se produce tanto la progresión como la regresión en grados. Además se habla de *sistema de dominación*, entendiendo que los grados de clasificación del recluso lo vinculan a un régimen de vida concreto dentro de la cárcel que va desde regímenes cerrados en primer grado, a ordinarios en segundo grado y a semiabiertos y abiertos en tercer grado y libertad condicional. Ahora bien, el objetivo principal es mantener el equilibrio regimental del propio sistema penitenciario y no resocializar al preso.

4.4 Principio de integración de métodos

En general, será complejo, exigiendo la integración de varios de los métodos citados en una dirección de conjunto y en el marco del régimen adecuado. En opinión de Mapelli¹⁸¹³ se trata de un precepto “carente casi absolutamente de significación”. No obstante, la doctrina considera que el tratamiento ha de darse en condiciones idóneas para conseguir el fin resocializador, para ello en la prisión se tiene que dar, además, la condición del ambiente adecuado, no sólo los medios.

4.5 Principio de programación

tratamiento penitenciario”, en VV.AA., *Manual de Derecho Penitenciario*, Salamanca, 2001, p. 316. GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la Ley General Penitenciaria*, Cívitas, Madrid, 1982, p. 160, considera que la clasificación penitenciaria es clave en el tratamiento. Por otro lado, el art. 102.2 del RP indica “Para determinar la clasificación, las Juntas de Tratamiento ponderarán la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de las penas, el medio social al que retorne el recluso y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento”.

¹⁸¹¹ Art. 72.1 de la LOGP.

¹⁸¹² MAPELLI CAFFARENA, B., “La crisis de nuestro modelo legal de tratamiento penitenciario”, cit., p. 108.

¹⁸¹³ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 266.

El tratamiento será programado, fijándose el plan general que deberá seguirse en su ejecución, la intensidad mayor o menor en la aplicación de cada método y la distribución de los quehaceres concretos integrantes del mismo entre los diversos especialistas y educadores¹⁸¹⁴. Esta programación se hace con apoyo en los principios de seguridad y orden para una convivencia ordenada, es por ello por lo que se procede a la clasificación penitenciaria, siendo la programación de un tratamiento diferente atendiendo al grado de reclusión. El Equipo Técnico es el encargado de ejecutar los programas de tratamiento o los modelos individualizados de intervención penitenciarios¹⁸¹⁵.

4.6 Principio de continuidad y dinamicidad

Y será de carácter continuo y dinámico, no obstante, hay que tener en cuenta la evolución de la personalidad del preso durante el cumplimiento de la condena. Para Manzanares Samaniego¹⁸¹⁶ constituye una variante del principio de individualidad. No obstante, pese a que la dirección del programa de tratamiento señalado ha de ser, en principio, continuado, tendrá aquél que ir evolucionando y adaptándose a las diversas facetas por las que vaya atravesando la personalidad del interno¹⁸¹⁷. Esta continuidad la observamos cuando cada seis meses, como máximo, los internos deban ser estudiados individualmente para evaluar y reconsiderar, en su caso, todos los aspectos establecidos en el modelo individualizado de tratamiento al formular su propuesta de clasificación inicial¹⁸¹⁸.

4.7 Principio de voluntariedad

¹⁸¹⁴ Tal precepto también tiene sus antecedentes en la Regla 69 de las Naciones Unidas, Reglas 103-104 de la Recomendación (2006) 2 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre RPE.

¹⁸¹⁵ Art. 275 a) del RP.

¹⁸¹⁶ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “Principios inspiradores del tratamiento (valoración de la personalidad y del ambiente”, *Comentarios a la legislación penal*, t. VI, vol. 2, Edersa, Madrid, 1986, p. 945.

¹⁸¹⁷ GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de ciencia penitenciaria*, cit., p. 298. Con anterioridad ya había sido reflejado por Pinatel, PINATEL, J., “Investigación científica y tratamiento”, *Revista de Estudios penitenciarios*, nº. 182, 1968, p. 539.

¹⁸¹⁸ Art. 105.1 RP y 273f) del RP en cuanto a la posibilidad que tienen los reclusos de formular peticiones y quejas sobre su clasificación, tratamiento o programa de intervención.

No se establece, dentro de este listado, como principio, que es voluntario¹⁸¹⁹. En un sentido crítico, Muñoz Conde¹⁸²⁰ cree que un tratamiento impuesto no es tratamiento, es una imposición y una limitación de los derechos del interno. Un tratamiento aceptado voluntariamente es una simple oferta que la Administración penitenciaria debe hacer al recluso para que éste la acepte si le interesa. El problema que plantean los métodos de tratamiento no es, pues, el de su eficacia en la modificación del comportamiento o la personalidad del interno, sino su propia licitud o compatibilidad con los derechos fundamentales”. La doctrina mayoritaria es de la opinión de que el tratamiento no ha de ser obligatorio, entre ellos Mapelli Caffarena, García Valdés, Muñoz Conde, etc.¹⁸²¹.

Ahora bien, como pieza clave de este entramado, un sector doctrinal -entre ellos Tamarit Sumalla, Zúñiga Rodríguez o Rodríguez Alonso- manifiesta que los principios mencionados inciden en dos momentos del tratamiento: en la fase de estudio de la personalidad del preso y en la fase de ejecución del tratamiento¹⁸²².

Diferentes son los principios básicos para el tratamiento de los reclusos adoptados y proclamados por la Asamblea General en la Resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1990, sirviendo de apoyo a las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los

¹⁸¹⁹ Con anterioridad, el tratamiento era de carácter obligatorio, tanto por el Decreto 162/1968, de 25 de enero, que reformaba el Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1956, como en la posterior reforma por el Decreto 2273/1977, de 29 de julio. El Proyecto de la LOGP actual indicó la obligatoriedad en términos similares, suprimiéndose como uno de los deberes del preso de participar en el tratamiento pasando a ser voluntario. Actualmente aparece recogido en el art. 112 del RP.

¹⁸²⁰ MUÑOZ CONDE, F., “El Tratamiento Penitenciario”, en *Derecho Penitenciario y Democracia*, Fundación El Monte, Sevilla, 1994, pp. 202-203.

¹⁸²¹ Entre otros, MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 267, indicando que el recluso debe consentir y colaborar en su propio tratamiento; GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la legislación penitenciaria*, cit., p. 194; MUÑOZ CONDE, M., “La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito”, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º. 7, 1979, p. 12, manifiesta que el deber de someterse a un tratamiento implica una especie de manipulación de la persona, tanto más cuanto ese tratamiento afecte a su conciencia y a su escala de valores; GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 575, asevera que si el tratamiento se llevase a cabo de manera coactiva se confundiría la pena con la medida de seguridad. Por su parte Garrido Guzmán habla de que al recluso hay que hacerle corresponsable de su propio tratamiento, GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de ciencia penitenciaria*, cit., pp. 296-297. En un sentido más crítico, Morris asevera que debe ser obligatorio hasta que es conocido por el recluso, momento en el cual puede ser rechazado; MORRIS, N., *El futuro de las prisiones. Estudios sobre crimen y justicia*, Siglo XXI, Madrid, 1978, p. 41.

¹⁸²² TAMARIT SUMMALLA, J.M., “El tratamiento penitenciario”, cit., p. 260. Rodríguez Alonso alude a tres fases en el ejercicio del tratamiento penitenciario como proceso de resocialización: Fase previa, intermedia, y de ejecución, RODRÍGUEZ ALONSO, A., *Lecciones de Derecho Penitenciario*, Comares, Granada, 2003, pp. 318-320; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “El tratamiento penitenciario”, cit., p. 315.

reclusos, aprobadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, que nada tienen que ver con el tratamiento penitenciario, pero sí con el sistema¹⁸²³.

5 . TRATAMIENTO PENITENCIARIO: DERECHO FUNDAMENTAL O MANDATO PENITENCIARIO

Por un lado, se asevera que el tratamiento es incompatible con los objetivos de reeducar y reinserir porque, en realidad, desvirtúan el sentido de la pena, es decir, que si la pena es concebida como forma de castigo, con el tratamiento no se consigue la prevención general. De otro lado, atendiendo al artículo 10 de la CE que garantiza el libre desarrollo de la personalidad y teniendo en cuenta que con la reeducación lo que se pretende es obtener nuevos valores sociales, puede suponer, en suma, una vulneración de la raíz de todo derecho fundamental. A estas críticas se añaden aquellas que bajo la fundamentación anarquista rechazan totalmente el tratamiento, ya que se repudia la prisión y todo lo que ella conlleva. Y, desde la posición crítico-marxista, se piensa que la pena de prisión es un invento burgués. Se atribuye al tratamiento el ser una manipulación ilegal antidemocrática de la personalidad. Sin embargo, el sistema marxista acaba utilizando la prisión para este fin¹⁸²⁴.

La tesis más defendida es aquella que argumenta que la prisión no es el medio más adecuado para llevar a cabo una reeducación y una reinserción y, que el tratamiento es ineficaz deduciéndose de la reincidencia, hablándose de “crisis del tratamiento penitenciario”¹⁸²⁵. Incluso se declara la inutilidad del tratamiento penitenciario *a*

¹⁸²³ Son, de forma resumida: “todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen; no existirá discriminación; es necesario respetar las creencias religiosas y los preceptos culturales, siempre que así lo exijan las condiciones en el lugar; seguirán gozando de los derechos humanos y las libertades fundamentales consagrados; todos tendrán derecho a participar en actividades culturales y educativas; se tratará de abolir o restringir el uso del aislamiento en celda de castigo como sanción disciplinaria; se crearán condiciones que permitan realizar actividades laborales remuneradas y útiles que faciliten su reinserción en el mercado laboral; tendrán acceso a los servicios de salud; se crearán condiciones favorables para la reincorporación del ex recluso a la sociedad en las mejores condiciones posibles.

¹⁸²⁴ LEGANÉS GÓMEZ, S., “La crisis del tratamiento penitenciario”, disponible en www.personal5.iddeo.es/, última consulta el 15 de enero de 2007; MARTINSON, *What works? Questions and answers about prisons reform*, 1974 en cuanto a programas de tratamiento.

¹⁸²⁵ MAPELLI CAFFARENA, B., “La crisis de nuestro modelo legal de tratamiento penitenciario”, cit., pp. 99-112.

*priori*¹⁸²⁶. Mapelli¹⁸²⁷ aborda la crisis del tratamiento argumentando que, si se parte del artículo 59.1 de la LOGP, el cual dictamina que “El tratamiento penitenciario consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados”, en cuanto al término *directamente* parece dejar claro que no toda actividad penitenciaria dirigida a dichas metas forme parte de éste (se refiere al tratamiento). De manera que ni el trabajo ni la formación son tratamiento lo que no quiere decir que determinadas ocupaciones de una y otra naturaleza no constituyan elementos imprescindibles para la actividad tratamental. Por ello, considera que deben entenderse por tratamiento las actividades que, en un sentido estricto, se orientan hacia la resocialización a partir de las investigaciones de los técnicos y dentro de una estrategia y planificación general.

Se observa como el tratamiento rehabilitador no es un derecho fundamental de los presos sino un mandato de orientación de la política penal y penitenciaria. Mandato del que no se derivan derechos subjetivos, aunque, como es obvio, puede servir como parámetro para resolver sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las Leyes Penales¹⁸²⁸.

Para los que no aceptan el tratamiento penitenciario supone, prácticamente, una renuncia a la progresión de grado, a los permisos de salida, a la libertad condicional, etc., supone una retención en cuanto al tiempo fijado en su sentencia como condena a cumplir. Bueno Arús, siguiendo esta línea, además, plantea que la consideración de los beneficios son los instrumentos con que cuenta el sistema penitenciario para desarrollar o estimular el proceso resocializador, comprendido como incorporación pacífica del interno a la sociedad¹⁸²⁹.

¹⁸²⁶ CLEMENTE, M. y SANCHA MATA, V., *Psicología social y penitenciaria, Manuales de Estudios Penitenciarios*, nº. 2, 1995, pp. 81-82.

¹⁸²⁷ MAPELLI CAFFARENA, B., “La crisis de nuestro modelo legal de tratamiento penitenciario”, cit., p. 102. Es de la opinión de que el tratamiento está condenado al fracaso, con independencia del consentimiento.

¹⁸²⁸ TAMARIT SUMALLA J.M., *Curso de Derecho Penitenciario (adaptado al nuevo Reglamento Penitenciario de 1996)*, Cedecs, Barcelona, 1996, STC 2/87, de 21 de enero y Auto 486/85, de 10 de julio, p. 39.

¹⁸²⁹ BUENO ARÚS, F., *Lecciones de derecho penitenciario*, Facultad de Derecho de la Universidad Alcalá-ICE, 1984, p. 155. Diferente es la opinión de García Valdés ya que afirma que la legislación penitenciaria contiene dos tipos de deberes diferenciados en sus consecuencias. Los deberes que podemos calificar de propios, relacionados por lo general con cuestiones regiminales, cuya inobservancia conlleva la aplicación de una sanción disciplinaria y los deberes impropios –como sería el caso del deber de colaborar en el tratamiento– que no afectan ni tienen consecuencias inmediatas

La mayoría de los autores creen que el tratamiento real es muy escaso en los Centros penitenciarios, es el caso de Ríos Martín, Cervelló Donderis, García-Pablos, Martínez Escamilla, etc.¹⁸³⁰. En opinión de Rivera Beiras¹⁸³¹, “la cárcel se encuentra diseñada desde el exclusivo punto de vista de la seguridad tanto por lo que se refiere a la dotación presupuestaria, como a la arquitectura o al régimen. En el tratamiento, afirmado pomposamente como principio, resulta inexistente en la práctica, y queda condicionado y supeditado a la seguridad y al régimen”.

Ahora bien, como pieza clave de este entramado normativo, se hace la pregunta de que si la prisión no reinserta o el tratamiento penitenciario aplicado no reeduca y, por tanto, no reinserta, cuál es la función exacta de la prisión, y se responde que sigue siendo, a pesar de los intentos de un tratamiento reinsertador, el de retribución y castigo. Además, el rechazo del tratamiento también proviene de las teorías del etiquetamiento¹⁸³² o *labeling approach*, que surgen en Estados Unidos en los años 1960¹⁸³³, basándose en el rechazo que sufre el preso una vez es puesto en libertad. El fundamento es la consideración de la resocialización como ineficaz para prevenir delitos, ya que se configura al mismo de una manera individual y dependiente de un

regimentales, ni disciplinarias.

¹⁸³⁰ RÍOS MARTÍN, J., *Manual de ejecución penitenciaria*, cit., p. 63; CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho penitenciario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 187 y ss., según determina el art. 122 RP, la imposición del tratamiento por parte de la Administración penitenciaria es una violación de los derechos del recluso; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *Los permisos ordinarios de salida: régimen jurídico y realidad*, Edisofer, Madrid, 2002, pp. 14 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 984, opina que “el ideal resocializador sigue siendo aún muy ambiguo e impreciso” pero que puede dejar de ser un mito cuando se alcance un consenso en el debate científico entorno a los “objetivos concretos que se pueden perseguir con relación a cada grupo o subgrupo de infractores”, a los medios y técnicas de intervención idóneos y eficaces en cada caso y a los límites que no debe superar jamás cualquier clase de intervención; GARCÍA VALDÉS, C., *Estudios de derecho penitenciario*, Tecnos, Madrid, 1982, p. 86, plantea que la Administración penitenciaria no puede imponer la reeducación al recluso; por el contrario, GARRIDO GENOVÉS, V., *Psicología y tratamiento penitenciario: una aproximación*, Edersa, Madrid, 1982, pp. 18 y ss., opina, siguiendo a Alarcón, que “el fin de la pena privativa de libertad radica en la resocialización del delincuente [...] si prescindimos del tratamiento a voluntad del penado (cuando éste lo necesita), ¿no estamos condenando a la sociedad a sufrir los ataques de esa personalidad antisocial no corregida?”.

¹⁸³¹ RIVERA BEIRAS, I., “La cárcel y el sistema penal (en España y en Europa)”, en BERGALLI, R. y OTROS, *Sistema penal y problemas sociales*, cit., p. 381.

¹⁸³² CID MOLINÉ, J. y LARRAURI PIJOAN, E., *Teorías criminológicas. Explicación y prevención de la delincuencia*, Bosch, Barcelona, 2001, pp. 199 y ss.; MANZANOS BILBAO, C., *El sistema de dominación carcelario y sus efectos desocializadores*, Instituto internacional de Sociología Jurídica de Oñati, *Sociology of Penal Control Within the Framework of the Sociology of Law*, Oñati, I.I.S.L., Vitoria-Gasteiz, 1991, pp. 195-231.

¹⁸³³ LEMERT, E., *Social Pathology*, S. Traub y C. Little *Theories of Deviance*, Itasca, F.E. Peacock, 1985; ERIKSON, K.T., *Notes on the sociology of deviance*, 1962; SCHUR, E.M., *Labeling Deviant Behavior*, Its sociological implications, Nueva York, 1971.

tratamiento individualizado. Los defensores piensan que el proceso resocializador habría que centrarlo en las estructuras sociales¹⁸³⁴, rechazando la reinserción social como medio de prevención del delito, puesto que lo que hay que modificar es la sociedad generadora de la delincuencia.

Grosso, defensor de la teoría del etiquetado, lo argumenta en función de que ofrecen cierta alternatividad respecto a las teorías etiológicas de la conducta desviada en tanto que se enfrenta a sus métodos estrictamente analítico-descriptivos¹⁸³⁵. Y, por su parte, Mapelli¹⁸³⁶ habla, además, de crisis de la resocialización no del tratamiento, así “la crisis del concepto de resocialización no debe entenderse como la crisis de las posibilidades de modificar el sentido de la pena de prisión, sino que se trata únicamente de una sobreestimación errónea de los medios y las condiciones en que se desarrolla aquella”.

Se podría hablar de tres espacios estructurales que configuran el tratamiento disciplinario: los lugares de aislamiento (la celda), los espacios de trabajo, actividades y rituales de vida en común (galerías, comedor, taller, etc.) y las actividades de “tratamiento penitenciario” (patio, escuela, sala de estar, etc.). Indicando que, dentro de esta estructura, el tratamiento penitenciario hace referencia a lo que hemos denominado actividades de tratamiento correccional. Desde estas coordenadas, habría que resocializar¹⁸³⁷, pero la resocialización de la administración carcelaria tiene más que ver con nuevos modelos de integración social y política de la misma, para ello nos deberíamos apoyar en varios pilares básicos:

Principio de adecuación de la realidad a la legalidad: con lo que se pretende evitar un conflicto con respecto a las garantías de los derechos y libertades

¹⁸³⁴ Es el caso de SANCHA MATA, V., GARRIDO GENOVÉS, V. y OTROS, *Tratamiento Penitenciario; su práctica*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, p. 220.

¹⁸³⁵ GROSSO GALVÁN, M., “Nueva criminología y dogmática jurídico penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 10, 1980, pp. 47-74; BARATTA, A., “Criminología crítica y Derecho Penal”, *Revue Int. De Droit Pénal*, nº. 1, 1978, pp. 43-55.

¹⁸³⁶ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 59. En un sentido muy similar, Eser entiende que se produce un paradójico acotamiento del pensamiento resocializador, pues, si resocialización significa capacidad para la autoafirmación y autodirección propia, difícilmente podrá conseguirse este fin cuando se satisface por medio de un proceso fundado exclusivamente en la adaptación represiva.

¹⁸³⁷ MANZANOS BILBAO, C., “Reproducción de lo carcelario: el caso de las ideologías resocializadoras”, cit., pp. 129,135-136.

fundamentales, como son el derecho a la intimidad, a un trato digno, la salud, etc.; el principio de territorialidad en la adecuación de la respuesta penal al contexto social donde se producen las realidades delictivas, esto es, que el sistema español se caracteriza porque no ha tenido en cuenta la realidad social de cada territorio, al tipo de plazas carcelarias, o las modalidades de Centros; el principio de participación social democrática en los criterios y estructuras a desarrollar para la prevención y lucha contra el delito; y el principio de diversificación de la respuesta penal y penitenciaria, adecuada para cada situación y persona infractora de normas penales, esto es, programas laborales, sustitución de pena privativa de libertad por otras formas rehabilitadoras, etc.¹⁸³⁸ Lo dicho me lleva a concluir que el tratamiento no va dirigido al cambio de la personalidad del recluso, sino a garantizar unas condiciones para la posterior reintegración, y la crisis está motivada, fundamentalmente, por la imposibilidad de seguir aceptando otros criterios más amplios dentro de un sistema penal que se asienta sobre el principio del respeto a la libertad de la persona. El delincuente aparece como un elemento negativo y disfuncional para el sistema social y el tratamiento es el crisol que produce el milagro de la readaptación¹⁸³⁹.

Ahora bien, también concurre el problema de la peligrosidad, es decir, si el tratamiento llevado a cabo en los Centros penitenciarios actualmente no cumple el objetivo deseado, ¿qué tratamiento se ha de imponer a aquellos delincuentes que por su peligrosidad requieren una pena superior saltándose los límites de la proporcionalidad y sobre los que se desea una pena de duración indeterminada? Consistiría en educar para la legalidad, pero no en educar para la moralidad¹⁸⁴⁰. A mi juicio, tiene que haber un equilibrio entre la legalidad y la moralidad, ya que de nada sirve que se educase a un recluso en las normas de la sociedad y no en los valores que encierran esas normas.

En consecuencia, parece adecuado que el tratamiento, para que sea eficaz, deba ser llevado a cabo por un organismo diferente e independiente de la Dirección General de Prisiones. Si el tratamiento está basado en el principio de voluntariedad del recluso, nunca va a haber reeducación si el preso no lo desea. Debe comprenderse como la única

¹⁸³⁸ *Ibidem*, pp. 136-139.

¹⁸³⁹ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 63, del mismo, *Lecciones de Derecho Penitenciario*, cit., pp. 141 y ss.

¹⁸⁴⁰ SERRANO-PIEDCASAS FERNÁNDEZ, J.R., *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho penal*, Gráfico Horizonte, Lima-Perú, 1999, pp. 73 y ss.

alternativa de labor en la prisión con ofrecimiento de servicios semejantes a los que disponen los demás ciudadanos en libertad y no como voluntario u obligatorio atendiendo al caso concreto. Siguiendo con la tesis de Baratta¹⁸⁴¹ hay que dar una serie de servicios que van desde la instrucción general y profesional hasta los sanitarios y psicológicos, como una oportunidad de reintegración y no como aspectos de la disciplina carcelaria, incluyéndose el trabajo tanto dentro como fuera de la cárcel.

6. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL TRATAMIENTO PENITENCIARIO A TRAVÉS DEL TRABAJO

6.1 Cuestiones previas

Históricamente, en 1945, se hizo una reforma de los principios fundamentales de la buena condición penitenciaria, estableciéndose como principio que el trabajo sea una obligación y un derecho, e indicando que debe ser uno de los elementos esenciales de la transformación y de la socialización progresiva de los detenidos. El trabajo penal no debe ser considerado como el complemento y, por decirlo así, como una agravación de la pena, sino, realmente, como una dulcificación cuya privación ya no sería posible¹⁸⁴².

En síntesis, era comprendido como corrección del delincuente. Pero es a partir de la Guerra Civil española cuando el trabajo penitenciario, sea por cauces puramente penitenciarios o por cauces económicos o políticos, empezaría a adquirir tal consistencia en la estructura del sistema penitenciario español utilizado como elemento jurídico de modificación temporal de las penas impuestas, con la idea de la redención de penas por trabajo.

Entre los siglos XVI y XVIII, los sistemas penitenciarios utilizan la ocupación laboral como motor de los sistemas penitenciarios¹⁸⁴³. A partir del siglo XVIII, las cárceles pasan de ser Centros de trabajo a convertirse en Centros de detención,

¹⁸⁴¹ BARATTA, A., "Resocialización o control social: por un concepto crítico de "reintegración social" del condenado", *Ponencia presentada en el Seminario "Criminología crítica y sistema penal"*, Comisión Andina Juristas y Comisión Episcopal de Acción Social, Lima, 1990.

¹⁸⁴² FOUCAULT, M., *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*, trad. de A. Garzón del Camino, Siglo XXI, Madrid, 2002, p. 170.

desapareciendo el carácter laboral de las prisiones. El pensamiento iluminista tiene gran influencia en los modelos penitenciarios¹⁸⁴⁴. Como ya he indicado en la parte de la historia de las prisiones, las ideas de Howard, Beccaria o Bentham, entre otros, quedaron plasmadas y protagonizadas por los principios de legalidad, proporcionalidad y humanidad en la ejecución de la pena privativa de libertad. En esta dirección, Bentham¹⁸⁴⁵ aseveró que la cárcel puede ser *útil* para la *reforma* del trasgresor, a través de una precisa dieta, el aislamiento y el trabajo. Para el pensamiento ilustrado, la racionalidad del hombre es capaz de procurar su rehabilitación cuando la pena se diseña como una estrategia preventiva y racional adaptada a la propia condición humana¹⁸⁴⁶. Según Mapelli y Terradillos¹⁸⁴⁷, lo novedoso de este sistema es la utilización en la segunda fase de técnicas muy progresistas para la época como la disciplina atenuada, los trabajos exteriores preferentemente agrícolas, la remuneración por el trabajo y comunicación y el trato con la población libre.

En las sucesivas Constituciones se hace referencia al trabajo, implantándose un sistema progresivo a partir del RD de 3 de junio de 1901¹⁸⁴⁸. En consecuencia, hay que afirmar que, históricamente, el trabajo ha estado unido a utilidades públicas. Fue durante la época del correccionalismo cuando se intentó conciliar el trabajo como medio de corrección, en resumen, el trabajo siempre estaba unido a la figura del delincuente y,

¹⁸⁴³ En este sentido, MAPELLI CAFFARENA, B. y TERRADILLOS BASOCO, J., *Sistema de sanciones en el derecho penal*, Gráficas Minerva, Sevilla, 1989, p. 46, quienes establecen: “el fundamento de estos centros evoca más una acción político-económica que el desarrollo del concepto de mejora o educación. Pero no fue sólo la necesidad de aprovechar una mano de obra en la fase temprana de la industrialización la que favoreció los sistemas penitenciarios diseñados sobre la ocupación laboral, la práctica monótona del rasping, los trabajos duros y de escasa cualificación y el instrumental laboral anticuado; incluso en aquellos momentos, respondían mejor a lo que ya desde entonces aparece como la función fundamental de la institución correccional: el aprendizaje de la disciplina laboral o social”.

¹⁸⁴⁴ Recordemos que en España representa este movimiento Manuel de Lardizabal.

¹⁸⁴⁵ BENTHAM, J., *Principles of Penal Lay*, 1802, p. 404.

¹⁸⁴⁶ MAPELLI CAFFARENA, B. y TERRADILLOS BASOCO, J., *Sistema de sanciones en el derecho penal*, cit., pp. 46-47.

¹⁸⁴⁷ *Ibidem*, p. 50.

¹⁸⁴⁸ Siendo el sistema progresivo irlandés de Crofton. Es el que se implantaría, incluso así lo recogió la Exposición de Motivos. Reglamento provisional para el régimen interior de los batallones de trabajadores de 1938, el Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1956, el Decreto 2705/1964, de 27 de julio, sobre régimen y funcionamiento de Trabajos Penitenciarios, caracterizado porque se crea una empresa penitenciaria fuera del ámbito de la Administración, la Ley de Relaciones Laborales de 1976, Decreto 162/1968, de 25 de enero crea los Equipos de Observación y tratamiento, Decreto 2273/1977, de 29 de julio trató de crear un estatuto jurídico del recluso con derechos y deberes.

por tanto, como una actividad de la organización de los Establecimientos penitenciarios, siendo la finalidad de esa actividad distinta a la concebida en la actualidad¹⁸⁴⁹.

Desde la perspectiva de la filosofía, encontramos breves notas de Platón en su obra *La República*, planteándose que con la ciudad surge la división del trabajo. Por su parte, Aristóteles hablaba del trabajo manual realizado por los esclavos. Pero este trabajo no es considerado como derecho.

Salillas¹⁸⁵⁰ sostuvo que, en relación con el interior de los Establecimientos penitenciarios, “se organizaron los talleres presidiales logrando al principio un extraordinario desarrollo, languideciendo periódicamente sin adquirir nunca estabilidad, y luchando constantemente con inconvenientes de organización, protestas de la industria libre, falta de garantías y todo género de rozamientos. El taller establecido [...] puede ser un medio muy útil en la organización de las prisiones, pero no la solución al problema de emplear eficazmente la enorme población ociosa hacinada en los patios de los presidios”.

De otro lado, se debe recordar aquí, por ser ya parte de la historia, el tema de la redención de penas por trabajo¹⁸⁵¹, no obstante, fue un sistema fundamental en el

¹⁸⁴⁹ En este sentido, DE LA MORENA VICENTE, E., “Situación y desarrollo de la normativa laboral penitenciaria”, *La normativa laboral penitenciaria. Situación y desarrollo*, Primeras Jornadas de Trabajo del Organismo Autónomo Trabajos Penitenciarios, Madrid, 1982, p. 36. Además, encontramos numerosa normativa como antecedente histórico en cuanto al trabajo penitenciario español, así la Ley de Bases de 21 de octubre de 1869 para la reforma y mejora de los Establecimientos y para la implantación de un buen sistema penitenciario, se prohíbe la cesión de los reclusos a los contratistas o empresarios privados; el art. 12 de la CE de 1876; el RD de 29 de abril de 1886, por el que se reguló el trabajo como medio para alcanzar la finalidad de la pena caracterizado por ser la enmienda o corrección, así como se empieza a incluir los gastos en los presupuestos estatales pero, no para todos los Establecimientos Penitenciarios. La Ley de Bases para la organización del trabajo en las prisiones de 14 de diciembre de 1896 reguló la obligatoriedad del trabajo para los penados, y no para los preventivos. En 1946, el Decreto de 8 de febrero, aprueba el Reglamento del Trabajo Penitenciario realizado en el interior de los Establecimientos, en cuyo art. 8 disponía “el trabajo penitenciario tendrá como finalidad primordial la educación moral y profesional de los reclusos trabajadores [...]”. Con posterioridad, el RD 326/1995, de 3 de marzo, tiene por objeto la promoción, organización y desarrollo de la educación, cultura, deporte y trabajo en los Centros penitenciarios. Surge la I 9/99, de 20 de julio, sobre organización del Organismo autónomo “Trabajo y Prestaciones penitenciarias”, mediante el RD 1599/2004, de 2 de julio, se produce un cambio en la denominación y en las funciones del Organismo, pasa a denominarse “Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo”, actualmente, el que regula es el RD 868/2005, de 15 de julio. Por último, el RD 782/2001, de 6 de julio, regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad complementando tanto la Ley como el Reglamento penitenciarios.

¹⁸⁵⁰ SALILLAS, R., *La vida penal en España*, 1888, Madrid, pp. XXI-XXII.

¹⁸⁵¹ Con el Decreto de 14 de junio de 1962 nace la redención de penas por trabajo, creada por la Orden de 7 de octubre de 1938.

régimen penitenciario hasta hace poco¹⁸⁵². Sin embargo, es Bueno Arús¹⁸⁵³ quien establece un concepto de redención de penas por trabajo, al afirmar que “estamos ante una causa de extinción (parcial) de la responsabilidad criminal, que consiste en una valoración jurídica del tiempo de cumplimiento de las penas privativas de libertad superior a la medida cronológica, siempre que el penado desarrolle en ese tiempo una actividad laboral”. Hasta 1948 se consideró como un derecho del recluso, tesis defendida por Bueno Arús,¹⁸⁵⁴ al manifestar: “nos encontramos ante un derecho subjetivo del penado que reúne los requisitos legales”. Mas, frente a tal afirmación, se consideraría como un beneficio y no como un derecho. Para García Arán y Sanz Delgado¹⁸⁵⁵ la derogación en el nuevo Código Penal de la redención es lo más acertado, ya que su mismo nombre *redención*, posiblemente, sea el que con mayor razón puede

¹⁸⁵² A modo de información este sistema se encontraba desde el CP de 1822, en los art. 144 y ss., en la Ordenanza General de Presidios del Reino de 1834 (art. 303 y ss.). En el RD de 5 de mayo de 1913, art. 252; art. 174 del CP de 1928; el Decreto 281 de 28 de mayo de 1937 establece el sistema de trabajo de los presos de guerra y presos por delitos no comunes; la OM de Justicia de 7 de octubre de 1938 desarrolló la estructura y la organización tras crear el Patronato Central para la Redención de Penas por el Trabajo. Con posterioridad surgen numerosos Decretos, Órdenes Ministeriales y Circulares que dan explicación al recorrido histórico de tal figura, así el Decreto de 9 de junio de 1939, establece una conexión entre libertad condicional y redención de penas por el trabajo; OM de 11 de septiembre de 1940, redención para las madres lactantes; CP de 1944 en el art. 100 determinando qué tipo de delinquentes eran los que podían beneficiarse, ampliándose la lista en el CP de 1963. El art. 66 del Reglamento de los Servicios de Prisiones determinaba que todo recluso podrá redimir su pena por el trabajo. Posteriormente, el RP de 1981, en su art. 184. El art. 100 del actual CP, reformado por LO 8/1983, de 25 de junio, estipulaba que: “Podrán redimir su pena con el trabajo, desde que sea firme la sentencia respectiva, los reclusos condenados a penas de reclusión. El mismo beneficio se aplicará, a efectos de la liquidación de su condena a los reclusos que hayan estado privados provisionalmente de libertad [...]”. La redención es derogada con el CP de 1995 en su Disposición Transitoria Segunda. Frente a toda esta legislación, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *Lecciones de Derecho Penitenciario*, en colaboración con BUENO ARÚS, F., GARCÍA VALDÉS, C., GARRIDO GUZMÁN, L., MAPELLI CAFFARENA, B. y MANZANARES SAMANIEGO, J.L., ICE, Alcalá de Henares, 1985, p. 98, critica el exceso de la terapia laboral que llegó a ser considerada como la única base del tratamiento penitenciario.

¹⁸⁵³ BUENO ARÚS, F., *Estudios penales y penitenciarios*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1981, pp. 163; del mismo, “Los beneficios penitenciarios a la luz del Código penal y de la legislación penitenciaria vigentes”, en CEREZO MIR, J., SUÁREZ MONTES, R.F., BERISTAIN IPIÑA, A. y ROMEO CASABONA, C.M., (eds.), *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos*, Comares, Granada, 1999, p. 570; LÓPEZ CERRADA, V.M., “La acumulación jurídica de penas”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 250, 2004, pp. 45 y ss.

¹⁸⁵⁴ BUENO ARÚS, F., *Estudios penales y penitenciarios*, cit., p. 167. Tesis, también, defendida por los JVP en su reunión de noviembre de 1994, en el criterio 40 viene a decir que la redención de penas por el trabajo se configura como un derecho del interno, y en el 45 al indicar que al tratarse de un derecho subjetivo es admisible la renuncia del interno a la redención de penas; ZURITA GARCÍA, J., “La redención de penas por el trabajo: controvertido origen y dudosa justificación actual”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 241, 1989, pp. 51-61; MOLINERO, C., SALA, M. y SOBREQUÉS, J., (eds.), *Una inmensa prisión. Los campos de concentración y las prisiones durante la guerra civil y el franquismo*, Planeta, Barcelona, 2006.

¹⁸⁵⁵ GARCÍA ARÁN, M., “Los nuevos beneficios penitenciarios. Una reforma inadvertida”, *Revista Jurídica de Cataluña*, n.º 1, Barcelona, 1983, p. 112, nota 9; en sentido similar, SANZ DELGADO, E., *Regresar antes: los beneficios penitenciarios*, Ministerio del Interior, Madrid, 2007, p. 138.

calificarse de anacronismo si se compara con el sentido moderno en el que se emplea el término *tratamiento* en la LGP.

Recientemente, aún se dicta alguna sentencia referida al tema de la redención de penas. Así la STC 35/2009, de 9 de febrero, argumenta que la cuestión relativa a la procedencia de la redención de penas por el trabajo afecta al derecho fundamental a la libertad personal consagrado en el art. 17.1 CE, ya que el periodo de privación de libertad depende, entre otros factores, de su aplicación conforme a lo establecido en el art. 100 del CP de 1973 en relación con lo dispuesto en el art. 25.2 CE, por cuanto se conecta con la orientación reeducadora de la pena privativa de libertad.

Actualmente, en el sistema penitenciario, el trabajo es considerado como la base del tratamiento para la reeducación y reinserción social, y como un derecho y un deber.

6.2 El trabajo como derecho y deber constitucionalmente reconocido

a) El trabajo como un derecho

Nuestra legislación considera, en base al artículo 25 de la CE, al trabajo como la vía para resocializar a los reclusos, tomando en consideración, de otro lado, el artículo 35 de la CE en el que se reconoce el derecho al trabajo, el deber de trabajar y a la libre elección de profesión u oficio¹⁸⁵⁶. Pudiendo girar estos tres conceptos en torno a la noción central del derecho al trabajo en sentido amplio. Derecho que, la mayor

¹⁸⁵⁶ De otro lado, debemos tener en cuenta el art. 40 de la CE que viene a indicar que los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, realizarán una política orientada al pleno empleo. Asimismo, fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario. Además, De la Villa indica que “En cierto modo, el «trabajo penitenciario» se superpone al de redención de penas. Las notas diferenciadoras son: a) El cálculo del trabajo a efectos de retribución y de redención no siempre es análogo; b) también ciertos acontecimientos rompen la continuidad del trabajo penitenciario y no la continuidad del régimen de redención de penas, en el supuesto de las presas trabajadoras no se tenían en cuenta los 40 días antes y 40 después del alumbramiento; c) por último, el caso de los días de trabajos perdidos por fuerza mayor como puede ser por enfermedad. En síntesis, el régimen de redención de penas por el trabajo es un premio. Sustenta este autor que el trabajo penitenciario, en el sentido anteriormente delimitado, es un trabajo productivo, por cuenta ajena y dependiente”. Pese a lo anteriormente indicado, la doctrina se plantea si esta manifestación de trabajo es o no una manifestación de trabajo libre DE LA VILLA, L.E., “La inclusión de los penados en el derecho del trabajo”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º. 178-179, 1967, p. 196.

parte de la doctrina, considera propio de todos los ciudadanos por igual, no afectando, por tanto, la privación de libertad como pena o cualquier medida de seguridad¹⁸⁵⁷.

No son muchos los textos constitucionales los que regulan en su articulado el derecho al trabajo, y los que lo hacen lo acompañan del deber de trabajar¹⁸⁵⁸. El derecho al trabajo ha sido una de las instituciones centrales sobre las que se asentó el Estado de bienestar¹⁸⁵⁹, entendiéndose que la crisis del trabajo como forma de integración social es un aspecto concreto de la fractura del Estado de bienestar entendida como crisis de legitimidad¹⁸⁶⁰. El derecho al trabajo, en el Estado de bienestar, funcionó como un mecanismo de integración social, lo que había que garantizar era la inserción social por vía del mundo laboral¹⁸⁶¹, pasando a ser el principal elemento que fractura la sociedad y condena a muchas personas a la exclusión¹⁸⁶². Tienen una posición tan precaria que no poseen el tiempo y la estabilidad como para alcanzar patrones de identidad que no se vayan a ver modificados en un futuro más o menos inmediato¹⁸⁶³.

Por tanto, se entiende el derecho al trabajo no como el derecho al empleo, porque el valor que institucionaliza no es que todos los miembros de la comunidad dispongan de un puesto de trabajo, sino que todos tengan un lugar, un espacio y un reconocimiento en la sociedad a la que pertenecen, entendiéndose así como el derecho a la inserción social, en suma, a la no exclusión¹⁸⁶⁴. Es decir, supone la igual participación, igualdad entendida como igualdad material, como señala Peces-Barba¹⁸⁶⁵, que las

¹⁸⁵⁷ ALARCÓN CARACUEL, M.R., “Derecho al trabajo, libertad profesional y deber de trabajar”, *Revista de Política Social*, nº. 121, 1979, pp. 5 y ss.

¹⁸⁵⁸ STANDING, G., *Beyond the New Paternalism. Basic Security as Equality*, Verso, Londres, 2002, p. 249.

¹⁸⁵⁹ REY PÉREZ, J.L., *El Derecho al trabajo y el ingreso básico. ¿Cómo garantizar el derecho al trabajo?*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2007, p. 123.

¹⁸⁶⁰ *Ibidem*, p. 143.

¹⁸⁶¹ *Ibidem*, p. 198.

¹⁸⁶² REY PÉREZ, J.L., *El Derecho al trabajo y el ingreso básico*, cit., pp. 201-202, define la *exclusión* como la desaparición de la participación en la sociedad a la que se pertenece, una posición en la que la autonomía de la persona se ve muy mermada, en la que su ejercicio deviene imposible. Autonomía, entendida como la capacidad que tienen los agentes morales para darse fines a sí mismos y obrar, en consecuencia, necesita de una estructura social en la que pueda ser ejercitada. La autonomía como capacidad de elección entre diversos planes de vida que se le presenten a un sujeto, exige la pertenencia a una sociedad en la que desarrollar los proyectos, en la que ejercer y tener el reconocimiento que esos planes le otorgan. Teniendo en cuenta lo mencionado, los reclusos se encuentran en exclusión social.

¹⁸⁶³ *Ibidem*, pp. 199-200.

¹⁸⁶⁴ REY PÉREZ, J.L., *El Derecho al trabajo y el ingreso básico*, cit. p. 467.

¹⁸⁶⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos Fundamentales (I). Teoría general*, Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 289.

personas estén en posición efectiva de poder participar para lo cual han de tener las necesidades fundamentales y básicas cubiertas.

No obstante, hoy día el derecho al trabajo no es considerado como garantía para la inserción social en lo que se refiere a los ciudadanos libres, a diferencia de cómo quiere hacerse entender el trabajo de los presos para su reinserción social. No puede ser entendido como tal en base a considerar al trabajo como miembro activo de la sociedad facultado a tomar parte no sólo en la toma de decisiones sino también en los resultados¹⁸⁶⁶.

b) El trabajo como un deber

Por lo que respecta al deber de trabajar supone la articulación individual del genérico deber de “promover el progreso de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida”¹⁸⁶⁷. Para un sector doctrinal -Sagardoy Bengoechea y Sagardoy de Simón¹⁸⁶⁸-, el deber de trabajar tiene una doble vertiente, la social, siendo la que consagra la Constitución, es la versión moderna de la libertad de elección y la contractual. El deber de trabajar no constituye una obligación estricta, sino un valor metajurídico que ha de interpretarse de acuerdo con la vigencia del Estado de Derecho, dependiendo las normas reguladoras de la coyuntura económica¹⁸⁶⁹. Que el trabajo sea, además, de un derecho un deber es aceptado por la gran mayoría de la doctrina española pero, como plasmación de una obligación social genérica, como un deber moral, y no como un deber frente al Estado que permita a éste sancionar a las personas que lo incumplan¹⁸⁷⁰.

¹⁸⁶⁶ Así es como considera el derecho al trabajo AÑÓN ROIG, M.J., “El test de la inclusión: los derechos sociales”, en ANTÓN, A., (coord.), *Trabajo, derechos sociales y globalización. Algunos retos para el siglo XXI*, Talasa, Madrid, 2000, p. 159.

¹⁸⁶⁷ Así lo establece el Preámbulo de la Constitución de 1978.

¹⁸⁶⁸ Entre ellos, SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. y SAGARDOY DE SIMÓN, I., “Artículo 35. Derechos laborales”, en ALZAGA VILLAAMIL, O., (dir.), *Comentarios a la Constitución de 1978*, t. II, Edersa, Madrid, 1996, p. 577. Ver las SSTC 83/1984, de 24 de julio; 45/1991, de 1 de julio.

¹⁸⁶⁹ GARRIDO GÓMEZ, M.I., *Derechos fundamentales y Estado social y democrático de derecho*, Dilex, Madrid, 2007, p. 126.

¹⁸⁷⁰ FERNÁNDEZ ARTIACH, P., *El trabajo de los internos en establecimientos penitenciarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 229; PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Derecho y Derechos Fundamentales*, CEC, Madrid, 1993, pp. 363 y ss., señala las características que debe tener el deber jurídico.

La doctrina señala una serie de matizaciones para considerar la no obligatoriedad del trabajo¹⁸⁷¹, en primer lugar la obligatoriedad no debe significar, necesariamente, la falta de voluntariedad de la relación especial, en segundo lugar los artículos 26 de la LOGP y 133.2 del RP recogen unas excepciones a la obligación de trabajar, en tercer lugar manifiestan que si el trabajo por parte del penado se puede suspender o extinguir no es trabajo obligatorio ya que esto es propio de la voluntariedad. Para De la Cuesta Arzamendi¹⁸⁷², el trabajo es un deber, indicando que el deber de trabajar, recogido por el artículo 26 de la LOGP, debe leerse como una pura reproducción en el ámbito penitenciario de lo dispuesto por el artículo 35.1 de la CE para todos los ciudadanos.

6.3 Modalidades o tipos de actividades que se realizan en la cárcel como tratamiento

En este apartado, me centraré en las opciones de las que dispone el preso para trabajar en la prisión. De manera que podemos advertir que los presos podrán salir del Establecimiento para desarrollar las actividades laborales, formativas, familiares, de tratamiento o de otro tipo, que faciliten su integración social¹⁸⁷³, con la matización en caso de mujeres penadas clasificadas en tercer grado, cuando se acredite que existe imposibilidad de desempeñar un trabajo remunerado en el exterior, pero conste, previo informe de los servicios sociales correspondientes, que va a desempeñar efectivamente las labores de trabajo doméstico en su domicilio familiar, siendo consideradas, estas labores, como trabajo en el exterior¹⁸⁷⁴.

La mayor parte de la doctrina considera que el trabajo más adecuado es aquel realizado por los reclusos y que es la propia Administración penitenciaria la que lo organiza y lo explota, aportando el material necesario. Esto significa que tiene que estar a cargo de personal profesional en la materia a impartir, siendo el que organice y dirija el trabajo entendido como tratamiento penitenciario además de mantener el orden,

¹⁸⁷¹ Más extendido, FERNÁNDEZ ARTIACH, P., *El trabajo de los internos*, cit., pp. 237-242.

¹⁸⁷² DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “El trabajo. Derecho y deber del interno y medio de tratamiento. Características (comentario al artículo 26 de la LOGP)”, cit., p. 424; del mismo, “Un deber (no obligación) y derecho de los privados de libertad: el trabajo penitenciario”, cit., pp. 93 y ss. En sentido similar se pronuncia DE LA MORENA VICENTE, E., “Aspectos del derecho, el deber y la obligación de trabajar en lo penitenciario”, *Actividad Laboral Penitenciaria*, nº. 8, 1982, pp. 3 y ss.

¹⁸⁷³ Art. 86.1 del RP.

¹⁸⁷⁴ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El trabajo penitenciario resocializador. Teoría y regulación positiva*, Caja de Ahorros Provincial de Guipúzcoa, 1982, p. 79; BELAUSTEGUI MÁS, C., *Fundamentos del trabajo penitenciario*, Talleres Penitenciarios, Madrid, 1952.

seguridad y disciplina en los talleres, así como supervisar el trabajo y si es posible buscarle una salida, esto ha supuesto numerosas críticas por parte de la doctrina. Pero la otra parte de la doctrina considera que dichos inconvenientes no son tales puesto que toda persona que se encuentre a cargo de uno de los talleres debe ser un profesional, debe ser responsable, realizar actividades encaminadas a la resocialización de todo recluso, etc.

Frente a este sistema se encuentra el trabajo penitenciario en colaboración con empresas, denominado *sistemas privados*, entendiéndose que son aquellos en los que la manutención y disciplina de los presos, el control de la actividad productiva, el control y venta de los productos, o todos o algunos de estos aspectos son competencia no de la Administración penitenciaria, sino de alguna empresa ajena a la misma. La doctrina distingue tres tipos según sea la empresa del exterior quien se responsabilice de los tres aspectos, así el *sistema de arrendamiento o lease system*, que tenga a su cargo el control del trabajo y la venta de los productos llamándose *sistema de contrata o contract system*, o solamente se ocupe de esta última tarea denominándolo *sistema de trabajo a destajo o piece-price system*¹⁸⁷⁵. En opinión de De la Cuesta, los tres sistemas se reducen a dos puestos que los dos últimos constituyen la misma figura jurídica, y la ventaja es la organización y la producción adecuadas; mientras que, como inconveniente, se señala que pone en peligro el fin resocializador que tiene el trabajo penitenciario. Por último, se encuentra el trabajo penitenciario llevado a cabo en empresas del exterior del Centro penitenciario, siendo un *sistema de colaboración* pero llevado a cabo fuera del Establecimiento, regulado en el derogado artículo 139 del RP, pasando a ser regulado por el RD 782/2001, de 6 de julio.

La modalidad de vida a que se refiere este artículo 86 del RP tendrá como objetivo ayudar al preso a que inicie la búsqueda de un medio de subsistencia para el futuro o, en su defecto, encontrar alguna asociación o institución pública o privada para su apoyo o acogida en el momento de su salida en libertad¹⁸⁷⁶, lo que viene a contemplar que tal supuesto supone una discriminación ya que son las mujeres las que se encuentran en tal situación¹⁸⁷⁷.

¹⁸⁷⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El trabajo penitenciario resocializador*, cit., pp. 95-99.

¹⁸⁷⁶ Arts. 82.2 y 3 del RP.

¹⁸⁷⁷ En la página www.emakunde.euskadi.net, podemos encontrar numerosas sentencias del Tribunal Constitucional en materia antidiscriminatoria por sexo-género.

De otro lado, la LOGP¹⁸⁷⁸ clasifica el trabajo, aunque lo llama *actividad*, en formación profesional. Las dedicadas al estudio y formación académica; las de producción de régimen laboral o mediante fórmulas cooperativas o similares de acuerdo con la legislación vigente; las ocupacionales que formen parte de un tratamiento; las prestaciones personales en servicios auxiliares comunes del Establecimiento, y las artesanales, intelectuales y artísticas¹⁸⁷⁹. Frente a esta clasificación, se ha planteado otra¹⁸⁸⁰, el trabajo realizado por los presos a empresas privadas o públicas dentro o fuera del Establecimiento, para una determinada empresa así como las actividades que se llevan a cabo en los talleres del Centro que se contratan a través de la Administración; a la Administración penitenciaria; al Establecimiento penitenciario, y, por último, las actividades de formación, de estudio o artísticas.

Una observación exhaustiva del precepto hace que veamos que no determina con claridad qué trabajos son sino que, más bien, hace referencia a los sujetos que realicen tales trabajos¹⁸⁸¹. De la lista indicada, en el artículo 27, no todo lo mencionado puede ser estimado como trabajo estrictamente, así las actividades dedicadas al estudio y formación académica no es un trabajo, el aprender y obtener una educación y formación no es trabajar. Como mantiene De la Cuesta, es considerado como trabajo, pero puede dar lugar a la confusión entre dos elementos del régimen, por un lado la necesidad de que el estudio y la formación académica se lleven a cabo en horas de trabajo y no durante el descanso o en su utilidad para los beneficios penitenciarios no justifica lo anterior¹⁸⁸². Un planteamiento similar se puede argumentar en cuanto a las actividades

¹⁸⁷⁸ En los últimos años se dicta el RD 631/1993, de 3 de mayo, que regula el Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional; la Orden de 13 de abril de 1994, modificada el 20 de septiembre de 1995 y el 14 de octubre de 1998. Posteriormente surgen la Instrucciones como la 5/1994, de 2 de junio, sobre cursos del INEM, modificada por la I 10/1995, de 23 de marzo, y posteriormente la I 6/96, la I 2/99, de 29 de enero sobre Cursos de Formación Profesional; la I 10/99, de 2 de agosto sobre inserción laboral; la I 9/2000, de 28 de junio sobre criterios para la elaboración de programas de actividades en los Centros penitenciario; la I 2/2001, de 14 de febrero fija criterios para la inserción laboral de los reclusos; surgen programas coordinados por el Fondo Social Europeo, siendo la última y que rige actualmente la I 10/2003, de 31 de julio.

¹⁸⁷⁹ Art. 27 de la LOGP. Un análisis exhaustivo de las distintas modalidades lo podemos encontrar en FERNÁNDEZ ARTIACH, P., *El trabajo de los internos*, cit., pp. 138- 157.

¹⁸⁸⁰ BUENO ARÚS, F., "Algunas cuestiones fundamentales sobre el trabajo penitenciario", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n.º. 1159, 1979, p. 262; MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 221.

¹⁸⁸¹ En este sentido, FERNÁNDEZ ARTIACH, P., *El trabajo de los internos*, cit., pp. 131 y ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., "Trabajo. Introducción al Capítulo II", en VV.AA., *Comentarios a la legislación penal*, t. IV, vol. I, Edersa, Madrid, 1986, pp. 402 y ss.

¹⁸⁸² DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., "Clases de Trabajo Penitenciario. Régimen jurídico", en COBO DEL ROSAL, M., (dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M., (coord.), *Comentarios a la Legislación penal*, t. VI, vol. I, Edersa, Madrid, 1986, p. 442. En este sentido, MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 237.

de formación profesional, su imposición obligatoria a los penados se demostrará ineficaz, a las que la Administración dará carácter preferente. Esto es, son los presos que poseen una baja cualificación profesional los que realizarán los cursos de formación profesional y ocupacional que, de acuerdo con las directrices de la Junta de Tratamiento, se les asignen¹⁸⁸³.

Tampoco es considerado trabajo las actividades ocupacionales que formen parte de un tratamiento. Atendiendo al artículo 153 del RP, los reclusos que desarrollen trabajos ocupacionales podrán recibir incentivos, recompensas o beneficios penitenciarios por la realización de su trabajo, y los beneficios económicos que pudieran existir por la venta de los productos elaborados en los talleres ocupacionales, pero se destinarán a la reposición de los materiales necesarios para la elaboración de los productos, así como al pago de incentivos a los internos. Lo que se entiende como la remuneración obtenida será destinada preferentemente a la reposición de materiales y, en último lugar, si sobra algo, lo podrán recibir los presos no siendo segura su percepción. Más bien el ser considerados como trabajo forma parte del tratamiento penitenciario, incluso así lo estima parte de la doctrina¹⁸⁸⁴, a diferencia de lo que ocurre con la producción de régimen laboral o mediante fórmulas cooperativas o similares¹⁸⁸⁵ que sí pueden ser valorados como actividad laboral en sentido estricto, siempre que haya un contrato entre recluso y quien aporta el trabajo.

La remisión a las prestaciones personales en servicios auxiliares comunes del Establecimiento se refiere a que todo preso deberá contribuir al buen orden, limpieza e higiene del Establecimiento, siendo reglamentariamente determinados los trabajos organizados a dichos fines¹⁸⁸⁶ y a realizar las prestaciones personales obligatorias impuestas por la Administración penitenciaria consistentes en la misma actividad. Es decir, para el buen orden y limpieza de los Establecimientos¹⁸⁸⁷, se caracteriza por ser

¹⁸⁸³ Art. 130.1 del RP.

¹⁸⁸⁴ Entre ellos, MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 216.

¹⁸⁸⁵ Ver los trabajos de ZAPATERO SAGRADO, R., “El cooperativismo penitenciario: una opción de futuro”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º. 220-223, 1978, pp. 207 y ss.; del mismo, “El cooperativismo penitenciario”, *Actividad laboral penitenciaria*, n.º. 6, 1986, pp. 17 y ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Sistema cooperativo”, en COBO DEL ROSAL, M., (dir.) y BAJO FERNANDEZ, M., (coord.), *Comentarios a la Legislación penal*, t. VI, vol. I, cit., pp. 493 y ss.

¹⁸⁸⁶ Art. 29.2 *in fine* de la LOGP.

¹⁸⁸⁷ Art. 5.2 f) del RP, reiterado en el art. 78.2.

una prestación personal obligatoria, pero no remunerada, aunque sí recompensada¹⁸⁸⁸, por lo que no se entiende como trabajo en sentido estricto.

Resta señalar que en el Reglamento penitenciario se indica que, en cuanto a los servicios de economato, de cocina y de cafetería, podrán ser gestionados por el Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias, pero tendrán la consideración no de trabajo productivo, sino de taller productivo¹⁸⁸⁹. Por lo que se refiere a *taller productivo*, no existe una definición legal del mismo y puede ser equiparado a taller ocupacional, ya que la legislación penitenciaria no establece distinción entre ellos. Sin embargo, es Fernández Artiach quien establece la distinción entre ambos acogiendo a la normativa de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos, distinguiendo la ocupación entre los Centros Especiales de Empleo que se encuentran regulados por el RD 2273/1985, de 4 de diciembre y la ocupación en los Centros Ocupacionales regulado por el RD 2274/1985, de 4 de diciembre¹⁸⁹⁰. Los beneficios obtenidos corresponderán al citado organismo autónomo¹⁸⁹¹, por lo que tampoco se entiende como trabajo, en sentido estricto. Aclarándose, por otro lado, que cuando el economato, la cafetería o la cocina sean gestionados por la propia Administración Penitenciaria, las prestaciones que deban realizar los internos en servicios auxiliares o mecánicos de los mismos no tendrán, en ningún caso, la naturaleza de relación laboral especial penitenciaria¹⁸⁹², pero si son gestionados por el Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias mediante la fórmula de taller productivo, los servicios auxiliares o mecánicos de los mismos desempeñados por los reclusos tendrán la naturaleza de relación laboral especial penitenciaria¹⁸⁹³. Ello supone una contradicción con las funciones de la OATPP, debiendo recordar que el artículo 26.e) de la LOGP impone a la Administración penitenciaria la obligación de facilitar el trabajo productivo.

En consecuencia, qué trabajo realizado por los presos es estimado como tal y, por tanto, remunerado. Exclusivamente, las de producción de régimen laboral o

¹⁸⁸⁸ Art. 263 del RP.

¹⁸⁸⁹ Art. 300 del RP. Regulándose por la I de 16 de enero de 1998.

¹⁸⁹⁰ FERNÁNDEZ ARTIACH, P., *El trabajo de los internos*, cit., pp. 207 y ss.

¹⁸⁹¹ Art. 300.2 del RP.

¹⁸⁹² Art. 305.1 del RP.

¹⁸⁹³ Art. 305.2 del RP.

mediante fórmulas cooperativas o similares de acuerdo con la legislación vigente, ya que son las únicas que no están gestionadas por la Administración penitenciaria, sino por el Organismo Autónomo de trabajo penitenciario, el argumento que se defiende para ello es que son las únicas que tienen carácter productivo.

Por último, son consideradas como trabajo las actividades artesanales, intelectuales y artísticas. En opinión de Aranda Carbonel¹⁸⁹⁴, hacen referencia a la formación de los penados y preventivos respectivamente; y serán obligatorias para los penados que las requieran, procurando concretar la actividad a unos determinados Establecimientos para conseguir experiencia y efectividad en el desarrollo de la actividad docente y aminorar los costos. Serán voluntarias para los preventivos, aunque se tendrá en cuenta la posibilidad de permanencia en la prisión y la consumación de los periodos formativos orientándose, en estos supuestos, hacia cursos acelerados o intensivos. En el caso de que obtenga la libertad y se hubiera superado la mitad de la formación podrá continuar, puesto que se le permitirá acceder al interior del Establecimiento.

La práctica laboral de los talleres productivos se encuentra relacionada con la formación profesional ocupacional que se imparte en los Centros, con las acciones para favorecer la inserción social y laboral y con las actividades educativas y formativas en general, para promover el desarrollo integral de los individuos. Los maestros de taller, son empleados públicos que, se encargan de las tareas concretas de organización, supervisión y control de los trabajos. Cuando colaboran empresarios privados, éstos organizan y supervisan el trabajo, aportando su propia maquinaria, encargándose también de la comercialización de la producción y de la retribución a los internos trabajadores. Las empresas abonan a la Administración los costes que ésta ha tenido que soportar¹⁸⁹⁵.

¹⁸⁹⁴ ARANDA CARBONEL, M^o.J., *Reeducación y reinserción social*, cit., pp. 126-127.

¹⁸⁹⁵ En cuanto a la Capacitación de los presos, se hace a través de cursos de alfabetización de enseñanza primaria, secundaria y la preparatoria, a través de un convenio firmado con la Secretaría de Educación Pública, y con INEA.

Por lo que se refiere al trabajo por cuenta ajena también se predica para los reclusos, así lo indica el artículo 2.1 del RD 782/2001¹⁸⁹⁶. No es mi intención analizar aquí y ahora qué caracteres debe tener el trabajo por cuenta ajena de un preso, pero sí manifestar que al tratarse de una relación entre preso y un sector ajeno a la cárcel puede suponer una visión y una ampliación en valores del preso pudiendo reincidir en la resocialización del mismo.

En suma, esta pluralidad de criterios ha llevado a la doctrina a establecer diversas clasificaciones, pero la mayoría está de acuerdo en que la participación de los reclusos en la organización y planificación del trabajo¹⁸⁹⁷ es de suma importancia¹⁸⁹⁸. Es un derecho pleno en la formulación y variable en su contenido¹⁸⁹⁹. Estamos, por tanto, ante un derecho subjetivo público tanto frente a los poderes públicos como frente a los particulares.

Parece, exclusivamente, que son los reclusos de tercer grado, que hacen vida en el exterior, los que, durante el día, pueden dedicarse al trabajo pero, no es así. Los que estén en el segundo grado pueden salir al exterior del Establecimiento penitenciario por motivos de trabajo como fundamento del tratamiento¹⁹⁰⁰, estamos, por tanto, ante el llamado *sistema de individualización científica*¹⁹⁰¹, en este sistema, se incluye tanto a los penados como a los preventivos puesto que la normativa penitenciaria no establece ninguna limitación. Supone la posibilidad de realizar actividades de tratamiento tanto en el interior como en el exterior de los Centros penitenciarios, en función de las

¹⁸⁹⁶ Para saber más sobre las posiciones doctrinales, BORRAJO DACRUZ, E., *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, t. I, Edersa, Madrid, 1990.

¹⁸⁹⁷ Esta organización y planificación la encontrábamos en los arts. 135 y 140 del RP, artículos que fueron derogados por el RD 782/2001, de 6 de julio.

¹⁸⁹⁸ En este sentido, MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., pp. 240 y ss.; GARRIDO GUZMÁN, L., “La participación del recluso en la vida prisional”, *Comentarios a la legislación penal*, cit., pp. 371 y ss., entre otros.

¹⁸⁹⁹ SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. y SAGARDOY DE SIMÓN, I., “Artículo 35. Derechos laborales”, cit., p. 575.

¹⁹⁰⁰ La posibilidad aparece regulada en el art. 117 del RP como medidas regiminales para la ejecución de programas especializados, siempre que éste sea necesario para su tratamiento y reinserción social. Situación absurda para ARMENTA-GONZÁLEZ PALENZUELA, F.J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., *Reglamento penitenciario comentado*, Mad, Sevilla, 2004, p. 221, citado por SÁNZ DELGADO, E., “El trabajo penitenciario y el principio de flexibilidad”, en GARCÍA VALDÉS, C., CUERDA RIEZU, A., MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., ALCACER GUIRAO, R. y VALLE MARISCAL DE GANTE, M., (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, Edisofer, Madrid, 2008, p. 2422.

¹⁹⁰¹ Regulado en el art. 72.1 de la LOGP, “Las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados [...]”.

condiciones adecuadas para la consecución de los fines constitucionales y legales de la pena privativa de libertad, pudiéndose organizar, para ello, salidas programadas¹⁹⁰². Dichas salidas programadas suponen el tránsito de un sistema clasificatorio fundamentalmente estático a uno de individualización en el que el parámetro dinamizador es la reinserción, referencia externa al sistema, que debe tener un carácter de preparación y prevención.

En definitiva, a efectos de nuestro estudio interesa concretar que lo que se busca es el pleno empleo para los reclusos, no concibiéndose de igual forma como una realidad a cumplir en la sociedad libre¹⁹⁰³.

Igualmente, debemos observar, de otro lado, que la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 24 de julio de 1997, manifiesta que dicha prestación se configura con independencia de que el recluso tenga o no responsabilidades familiares. Además, no exige la tenencia de la nacionalidad española, ni la existencia de un trabajo previo, sino que atiende, exclusivamente, a la excarcelación, no persiguiendo otra finalidad que la reinserción social, implícita en toda pena privativa de libertad. Además, tendrán también este derecho los parados que se hallen en situación legal de desempleo y no tengan derecho a la prestación contributiva, por no haber cubierto el período mínimo de cotización.

La forma para beneficiarse de este derecho consiste en que, previo a la excarcelación, debe solicitarse una certificación del tiempo que ha estado en prisión, acompañada de la solicitud de desempleo. Es decir, nada más ser excarcelado hay que inscribirse en la oficina de empleo correspondiente, naciendo el derecho al día siguiente del plazo de un mes inscrito¹⁹⁰⁴. Esta situación es criticada por la doctrina ya que se considera la emergencia en la situación de necesidad de estas personas, lo que puede

¹⁹⁰² Arts. 113 y 114 del RP y, sobre salidas programadas, la I 3/2008, de 6 de marzo.

¹⁹⁰³ Rompe con la idea de la Ley 7/2003, de 30 de junio, de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, opinión de SÁNZ DELGADO, E., “El trabajo penitenciario y el principio de flexibilidad”, cit., p. 2425. A mayor abundamiento, en opinión de Neuman, el trabajo constituye la panacea terapéutica y redentora que se pretende en la cárcel, ya que supone generar o robustecer un hábito útil a la sociedad, pero se plantea la cuestión de qué ocurre con los que durante toda su vida han trabajado. La cuestión termina con la expresión de O’Connor en torno de los que cumplen “una parte inútil de condena”, NEUMAN, E., “Aspectos penológicos”, en NEUMAN, E. y IRURZUN, V.J., *La sociedad carcelaria. Aspectos penológicos y sociológicos*, Dalmata, Buenos Aires, 1977, pp. 25-26.

¹⁹⁰⁴ Plazo que señala el art. 215.1 del RDL 1/1994, de 20 de junio; art. 207 señala unos requisitos para obtener una prestación de desempleo de nivel contributivo.

suponer que si durante un mes no tienen ningún tipo de salario pueden reincidir y, por tanto, de nada habrá servido el tratamiento penitenciario.

El objeto de la presente investigación no es otro que fundamentar el derecho al trabajo para una reeducación y reinserción social del recluso. Siendo por ello que temas como los supuestos de suspensión del derecho a percibir una prestación por desempleo en el ámbito penitenciario no tengan interés¹⁹⁰⁵. Así como los temas referentes a la duración, promoción y suspensión de la relación laboral especial, señalando al respecto que la duración de la relación laboral puede ser determinada, puesto que determinada es la estancia del recluso en la cárcel si tenemos en cuenta no sólo el cumplimiento de la condena sino además los posibles traslados que puede sufrir, de manera que esta determinación puede romper el principio de estabilidad en el empleo. Por su parte, cuestiones como la promoción en el empleo y la suspensión de la relación laboral especial poseen igualmente relevancia, en cuanto a esta última, la jurisprudencia del Tribunal Supremo -SSTS de 7 de mayo de 1984, RJ/2971; 12 de noviembre de 1986, RJ/6191; y 3 de marzo de 1998, RJ/34089-, y la doctrina -Vida Soria, Montoya Melgar, Galiana Moreno, entre otros- manifiesta que la suspensión hace referencia a aquellos supuestos de imposibilidad temporal sobrevenida de la prestación de trabajo que, en lugar de provocar la extinción de la relación, funcionan bajo un régimen jurídico peculiar, en la medida en que se interrumpen o suspenden los efectos del contrato de trabajo.

Esto es, las obligaciones básicas de prestar trabajo y pagar salario -subsistiendo, sin embargo, ciertos deberes recíprocos-, con la finalidad de garantizar o proteger el empleo¹⁹⁰⁶. Este concepto de suspensión es perfectamente trasladable a la relación laboral penitenciaria¹⁹⁰⁷. Además, el artículo 19 del RD que manifiesta “Los internos trabajadores sujetos a la relación laboral especial penitenciaria quedarán incluidos en el

¹⁹⁰⁵ Ver el art. 212 del RDL 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

¹⁹⁰⁶ FERNÁNDEZ ARTIACH, P., “El trabajo de los internos en establecimientos penitenciarios”, en GARCÍA VALDÉS, C., CUERDA RIEZU, A., MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., ALCACER GUIRAO, R. y VALLE MARISCAL DE GANTE, M., (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, cit., p. 502; VIDA SORIA, J., *La suspensión del contrato de trabajo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965, p. 27; del mismo, “Suspensión del contrato de trabajo”, en VV.AA., *Comentarios a las leyes laborales: el Estatuto de los Trabajadores*, t. IX, vol. I, Edersa, Madrid, 1983, p. 33; MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J., SEMPERE NAVARRO, A.V. y RÍOS SALMERÓN, B., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 286, nota n.º. 457.

Régimen General de la Seguridad Social y gozarán de la prestación de asistencia sanitaria, así como de la acción protectora del mismo en las situaciones de maternidad, riesgo durante el embarazo, incapacidad permanente, muerte y supervivencia derivadas de enfermedad común y accidente no laboral, jubilación y situaciones derivadas de las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional”, hace que exista discrepancia doctrinal en cuanto a la legalidad del artículo 19 del RD en relación con los artículo 26.f) de la LOGP y 25.2 de la CE¹⁹⁰⁸

A estas causas hay que añadirles las penitenciarias: a) Suspensión de empleo y sueldo por el cumplimiento de sanciones disciplinarias penitenciarias de aislamiento, la doctrina manifiesta que la suspensión de la relación laboral no deriva directamente de una sanción impuesta por el empresario penitenciario, sino que la misma es consecuencia del aislamiento en que se concreta la sanción¹⁹⁰⁹; b) razones de tratamiento apreciadas por la Junta de Tratamiento, la doctrina es partidaria del carácter vinculante que tiene la Junta, ya que es la competente para establecer los programas de tratamiento o los modelos individualizados de ejecución penitenciarios para cada interno del Centro, definiendo las actividades a realizar en función de las peculiaridades de su personalidad y del tiempo aproximado de duración de su condena o condenas¹⁹¹⁰, así como el trabajo será compatible con las sesiones de tratamiento y con las necesidades de enseñanza en los niveles obligatorios. A tal fin, la Administración adoptará las medidas que reglamentariamente se determinen para asegurar la satisfacción de aquellos fines y garantizar la efectividad del resultado¹⁹¹¹; c) por traslados de los internos siempre que la ausencia no sea superior a dos meses, así como durante el disfrute de los permisos o salidas autorizadas, al igual que la anterior es una decisión que pertenece a los órganos; d) razones de disciplina y seguridad penitenciaria, de la que se desprende la naturaleza sancionadora del régimen penitenciario, la doctrina entiende que la finalidad es

¹⁹⁰⁷ En tal sentido, BLASCO LAHOZ, J.F., LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPAÑER CARRASCO, M.A., *Curso de Seguridad social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 436.

¹⁹⁰⁸ FERNÁNDEZ ARTIACH, P., “El trabajo de los internos en establecimientos penitenciarios”, cit., pp. 507-510, nota n.º. 472; DESDENTADO BONETE, A., “Suspensión y extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; y por fuerza mayor”, en AA.VV., *El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después*, REDT, n.º. 100, t. II, 2000, p. 995.

¹⁹⁰⁹ SOLER ARREBOLA, J.A., *La relación laboral especial penitenciaria*, Comares, Granada, 2001, p. 423, citado por FERNÁNDEZ ARTIACH, P., “El trabajo de los internos en establecimientos penitenciarios”, cit., p. 516.

¹⁹¹⁰ Así lo indica el art. 273.a) del RP.

¹⁹¹¹ Art. 28 de la LOGP

garantizar la seguridad y conseguir una convivencia ordenada en el seno del Establecimiento penitenciario, dentro de los cuales se encuentran ubicados los talleres productivos¹⁹¹², no aplicándose en este supuesto el principio *non bis in idem* dada la distinta naturaleza y finalidad de la sanción. La suspensión de la relación laboral exonerará de las obligaciones recíprocas de trabajar y de remunerar el trabajo. En estos supuestos, el Director del Centro penitenciario podrá designar a otro interno trabajador para el desempeño del puesto de trabajo mientras dure la suspensión.

Y, por último, no se pueden olvidar temas como la extinción de la relación laboral especial¹⁹¹³, afirmándose que se extinguirá por mutuo acuerdo de las partes, siempre que los consentimientos no se encuentren viciados, la doctrina mantiene que ha visto en ese reconocimiento una manifestación más de la voluntariedad en la constitución de esta relación laboral especial¹⁹¹⁴; por la terminación de la obra o servicio. Mas supone críticas en cuanto a la denuncia, preaviso, prórroga automática e indemnización, ya que el RD no menciona nada. No obstante, lo que en sí se coincide es en que cualquier causa que determine la terminación debe ser documentada; por ineptitud del interno trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad al desempeño del puesto de trabajo adjudicado¹⁹¹⁵, no teniendo cabida en este precepto la no acatación de las normas del taller sino la ineptitud para el trabajo en sentido estricto¹⁹¹⁶; por muerte, gran invalidez o invalidez permanente total o absoluta del trabajador penitenciario, ha de ir documentada y a través de un Modelo.

A estas causas se les añade las propiamente penitenciarias, así, por la excarcelación del trabajador penitenciario, la cualidad de la relación laboral especial es la de que el sujeto se encuentra recluido en un Centro penitenciario, si se produce una excarcelación evidentemente desaparece tal cualidad. O por contratación con empresas del exterior en el caso de internos clasificados en tercer grado, se mantiene que el hecho de que un preso se encuentre en tercer grado no supone una exclusión de la relación

¹⁹¹² FERNÁNDEZ ARTIACH, P., “El trabajo de los internos en establecimientos penitenciarios”, cit., p. 521.

¹⁹¹³ Art. 10 del RD 782/2001, de 6 de julio, siendo algunas coincidentes con el art. 49 del ET.

¹⁹¹⁴ FERNÁNDEZ ARTIACH, P., “El trabajo de los internos en establecimientos penitenciarios”, cit., p. 433.

¹⁹¹⁵ Este apartado junto con el f) y h) coinciden parcialmente con el art. 52 del ET.

¹⁹¹⁶ SSTS de 14 de diciembre de 2000 y 9 de abril de 2002.

laboral especial, pero sí el que tenga una relación laboral con una empresa exterior. O por razones de tratamiento apreciadas por la Junta de Tratamiento.

Como acertadamente afirma Fernández Artiach¹⁹¹⁷, dichos deberes se pueden materializar en conductas o actos del interno trabajador como la desobediencia, la falta de productividad, el bajo rendimiento, las ausencias injustificadas al trabajo, que pudieran ser al tiempo constitutivas de falta sancionable en el régimen disciplinario general penitenciario, circunstancia que bien pudiera generar, además de una sanción en el marco de dicho régimen, la extinción del contrato por razones de disciplina y seguridad penitenciaria. Se entiende además, junto con la doctrina científica y parte de la doctrina judicial, que “esta causa resulta asimilable al despido disciplinario en cuanto que los incumplimientos que prevé como desencadenantes de la actuación empresarial lo son de las obligaciones contractuales del interno trabajador [...] y lo que producen [...] es la extinción del contrato por voluntad unilateral del empresario en respuesta a esas conductas o actos del interno”¹⁹¹⁸.

De otro lado, aunque el tema se escapa de nuestro estudio, he considerado hacer una mención especial, en atención al *subsidio de desempleo* para el recluso liberado, a las ayudas asistenciales¹⁹¹⁹ que viene condicionado a la espera de recibirlo para hacer frente a los obstáculos existentes para la reinserción y para atender de modo directo determinadas situaciones específicas que no se contemplan en las redes generales de servicios sociales. Se especifica que las ayudas son puntuales, es decir, siempre que se carezca de medios económicos suficientes, que no exista cobertura por parte de los servicios sociales, que haya un informe favorable y no tendrán el carácter de periódicas.

¹⁹¹⁷ FERNÁNDEZ ARTIACH, P., “El trabajo de los internos en establecimientos penitenciarios”, cit., p. 536, con citas de algunas STSJ de Aragón de 24 de marzo de 1999 y de 14 de abril de 1999, entre otras, ver la nota n. 522.

¹⁹¹⁸ Como doctrina científica, DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., *Despido y jurisprudencia: la extinción del contrato de trabajo en la unificación de doctrina*, Lex Nova, Valladolid, 2002, p. 32, y la doctrina judicial, que es una postura minoritaria, cita la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las Sentencias de 5 de mayo de 2000; de 25 de septiembre de 2000; 30 de octubre de 2000 en las que se declara la no aplicación en esta relación laboral especial de la figura del despido. Frente a éstas hay otras sentencias con una postura opuesta como la STSJ de la Comunidad Valenciana de 31 de diciembre de 2002 en cuyo Voto Particular se dispone que el actual art. 10.2. f) del RD está haciendo una referencia, por asimilación, a los supuestos previstos en el despido disciplinario de la legislación ordinaria; STSJ de Galicia de 19 de noviembre de 2004; de Castilla León de 26 de noviembre de 2004, y de Madrid de 29 de noviembre de 2005, citadas en las notas n.º. 525-526, p. 537 y nota n.º. 529, p. 538.

¹⁹¹⁹ En este sentido, la I 04/2003, de 26 de marzo, recoge las ayudas económicas de carácter asistencial a “internos, liberados condicionales y familiares”.

La ayuda se lleva a cabo con el fin de facilitar el regreso a su lugar de residencia, pudiendo incluir: dinero para pernoctar si fuera necesario, dinero de bolsillo, coste del medio de transporte y coste de gastos extraordinarios de asistencia personal y de documentación, ayuda de gastos funerarios de reclusos y liberados condicionales fallecidos sin recursos, y que la familia no pueda hacerse cargo.

Frente al derecho al trabajo se encuentran los *derechos laborales*¹⁹²⁰, es decir, aquellos que asisten al trabajador cuando ya se encuentra inmerso en una relación laboral, pero la normativa penitenciaria señala como derechos laborales básicos los siguientes: a) A no ser discriminados para el empleo o una vez empleados, por razones de nacionalidad, sexo, estado civil, por la edad, dentro de los límites marcados por la legislación laboral penitenciaria, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, así como por el idioma; b) a su integridad física y a una adecuada política de prevención de riesgos laborales, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación vigente sobre dicha materia; c) al trabajo productivo y remunerado que pudiere ofertar la Administración penitenciaria, así como a la percepción puntual de la remuneración establecida por la legislación penitenciaria, al descanso semanal y a las vacaciones anuales; d) al respeto a su intimidad, con las limitaciones exigidas por la ordenada vida en prisión, y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual; e) a participar en la organización y planificación del trabajo en la forma y con las condiciones establecidas en la legislación penitenciaria; y f) a la formación para el desempeño del puesto, así como a la promoción en el trabajo. Igualmente, tendrán derecho a que se valore el trabajo productivo realizado y la laboriosidad del interno en orden al régimen y tratamiento penitenciario. Además, de para la concesión de beneficios penitenciarios cuando se cumplan los requisitos establecidos por la legislación¹⁹²¹. Esa discriminación a la que hace referencia es la que pueda llevar a cabo la Junta de Tratamiento¹⁹²².

¹⁹²⁰ Término utilizado por REY PÉREZ, J.L., *El Derecho al trabajo y el ingreso básico. ¿Cómo garantizar el derecho al trabajo?*, cit., p. 179. Este autor llega a plantearse que puede que los derechos laborales estén presentes y que, en cambio, el derecho al trabajo no se encuentre garantizado, llegando a la conclusión de que el derecho al trabajo se encuentra garantizado sin necesidad de recurrir a los derechos laborales. Es partidario de no identificar el derecho al trabajo con la libertad de trabajar.

¹⁹²¹ Art. 5 del RD 782/2001.

¹⁹²² Para una explicación más exhaustiva, entre otros, FERNÁNDEZ ARTIACH, P., *El trabajo de los internos*, cit., pp. 357 y ss.; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., “Derecho y deberes laborales”, en AA.VV., *El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después*, t. I; GARCÍA MORILLO, J., “La cláusula

Ya se señaló cuáles eran los presupuestos requeridos por el Derecho del Trabajo para admitir una actividad laboral como tal, son la remuneración, ajenidad, dependencia y libertad¹⁹²³. Manifestándose que, los tres primeros, concurren sin problema en el trabajo penitenciario, surgiendo las dudas en cuanto a la libertad. Libertad que, según la doctrina laboralista, entre ellos De la Villa y Camps Ruíz, se refiere al carácter voluntario de la actividad, caracterizado por el deber que proclama el artículo 35.1 de la CE, el artículo 26 de la LOGP y 133 del RP, traduciéndolos tanto la Ley como el Reglamento en una obligación, como bien refleja el artículo 133.2 del RP al decir: “Quedarán exceptuados de esta obligación [...]”. De tal manera que difícilmente se le puede calificar al trabajo penitenciario con el presupuesto de *libertad*, en este sentido es partidaria la doctrina -entre ellos, De la Villa-¹⁹²⁴. Pero frente a la doctrina mayoritaria, Camps Ruíz¹⁹²⁵ manifiesta que en la normativa en vigor se encuentra elementos suficientes para admitir la “libertad” del trabajador penado y por tanto incluida en el Derecho del Trabajo.

6.4 Repercusión de la renta básica en el ámbito penitenciario

general de igualdad”, en LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN TEMPLADO, E., GARCÍA MORILLO, J., PÉREZ TREMP, P. y SATRÚSTEGUI, M., *Derecho Constitucional*, v. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; GARCÍA VALDÉS, A., “El trabajo y los accidentes laborales en las cárceles. Aportación personal”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 5, 1978; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El trabajo penitenciario resocializador. Teoría y regulación positiva*, Caja de Ahorros Provincial de Guipúzcoa, 1982; del mismo, “Sistemas de organización. Participación de los internos”, *Comentarios a la legislación penal*, t. VI, vol. I, cit.; BUENO ARÚS, F., “Derechos de los internos”, en AA.VV., *Comentarios a la legislación penal*, t. VI, vol. I, cit.; MORENO MÁRQUEZ, A., *Los sujetos protegidos por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Aranzadi, Pamplona, 2002; MUSHLIN, M., *Rights of prisoners*, vol. I, Shepard’s, McGraw-Hill, Colorado, 1996; SIMÓN, F.H., *Prisoners’ work and vocational training*, Routledge, Londres, 1999; MIGUÉLEZ, F., ALÓS, R., MARTÍN ARTELES, A. y GIBERT, F. *Trabajar en prisión*, Icaria, Barcelona, 2007; FILELLA, G., *L’orientació ocupacional en els centres penitenciaris*, Pagès, Lleida, 1998; CAVADINO, M. y DIGNAN, J., “Penal policy and political economy”, *Criminology and Criminal Justice*, vol. 6, nº. 4, 2006, pp. 435-456; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Los derechos laborales en la Constitución española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

¹⁹²³ DE LA VILLA, L.E., “Apuntes sobre el concepto de trabajador en el Derecho español”, *Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo*, diciembre 1972, p. 2, citado por DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Obligatoriedad del Trabajo de los penados”, cit., p. 469.

¹⁹²⁴ Entre ellos, DE LA VILLA, L.E., “La inclusión de los penados en el Derecho del Trabajo”, *Revista de Política Social*, nº. 71, 1966, pp. 193 y ss.

¹⁹²⁵ CAMPS RUÍZ, L.M., “La relación laboral penitenciaria”, *Anales de la Universidad de Alicante*, Facultad de Derecho, nº. 7, 1992, p. 48.

Mención especial merece la cuestión de la *renta básica*¹⁹²⁶, cuyo origen se remonta a Thomas Peine y se define como un ingreso pagado por el Estado, como un derecho de ciudadanía, a cada miembro de pleno derecho o residente de la sociedad, incluso, si no quiere trabajar de forma remunerada, sin tomar en consideración si es rico o pobre o, dicho de otra forma, independientemente de cuáles puedan ser las otras posibles fuentes de renta, y sin importar con quien conviva¹⁹²⁷.

En España, han sido diversas las proposiciones de Ley que se han presentado en los Parlamentos Autonómicos e incluso en las Cortes Generales. No obstante, no debe confundirse la renta básica con los diversos subsidios condicionados propios del Estado de bienestar que existen actualmente. O con el subsidio universal garantizado, el dividendo social, la renta de ciudadanía o el ingreso garantizado. Hay claras diferencias entre la renta básica y las rentas mínimas de inserción (PIRMI), que en España son pagadas por la mayoría de las Comunidades Autónomas. En el ámbito europeo existen seguros de desempleo más o menos contributivos o rentas mínimas de inserción, cuyo objetivo es ofrecer a sus destinatarios prestaciones temporales que les permitan sobrevivir y conseguir, en último término, la inserción laboral¹⁹²⁸. La diferencia entre estas medidas y el derecho a una renta básica son considerables. Las primeras son selectivas y condicionadas, es decir, están dirigidas sólo a un grupo determinado de sujetos -quienes carecen de empleo o de un mínimo de recursos- y se otorgan a cambio de que los obligados se comprometan a buscar un empleo o a realizar uno que el Estado le encomiende. La renta básica, en cambio, sería un derecho universal¹⁹²⁹ e

¹⁹²⁶ Para una explicación más detallada ver los estudios de IGLESIAS FERNÁNDEZ, J., *El derecho ciudadano a la renta básica: economía crítica del bienestar social*, Los libros de la Catarata, Madrid, 1998, del mismo, *La renta básica de los iguales*, Congreso Internacional sobre la Renta Básica de los iguales, Berlín, 2008; STANDING, G., *Beyond the New Paternalism. Basic Security as Equality*, Verso, Londres, 2002; del mismo, “Why Basic Income is needed for a Right to Work”, *Rutgers Journal of Law and Urban Policy*, vol. 2, nº. 1, 2005.

¹⁹²⁷ Definición tomada de la Red Renta Básica, disponible en www.redrentabasica.org, última consulta el 16 de septiembre de 2009. La Red Renta Básica es sección oficial de la organización internacional Basis Income Earth Network desde la asamblea en Ginebra, 14 de septiembre de 2002.

¹⁹²⁸ PISARELLO, G. y DE CABO, A., “La renta básica como derecho ciudadano emergente: elementos para un debate”, en PISARELLO, G. y DE CABO, A., *La renta básica como nuevo derecho ciudadano*, Trotta, Madrid, 2006, p. 10

¹⁹²⁹ En este sentido, FERRAJOLI, L., “El futuro del Estado social y la renta mínima garantizada”, en PISARELLO, G., y DE CABO, A., *La renta básica como nuevo derecho ciudadano*, Trotta, Madrid, 2006, p. 71.

incondicional. Todos tendrían derecho a ella, con independencia de otros ingresos que puedan obtener y de su voluntad de incorporarse o no al mercado laboral¹⁹³⁰.

Las objeciones que han recaído sobre la renta básica es que recibir un ingreso “a cambio de nada” supondría desvincular los derechos de los deberes. La defensa del mismo es entender que su universalidad e incondicionalidad no son caracteres ausentes en otros derechos, como el derecho a la educación básica gratuita a la salud primaria. Pero, en todo caso, de lo que se trataría es de extender el ingreso a esas necesidades básicas que toda sociedad debería proteger como un derecho fundamental, esto es, como un interés inalienable e indisponible para los poderes públicos y privados, dotado por ello de las mayores protecciones jurídicas¹⁹³¹, convirtiéndose este derecho al ingreso en un derecho de ciudadanía al suponer que es una expectativa estable, y no una concesión revocable por parte del poder político de turno¹⁹³².

En sentido similar, se pronuncia Ferrajoli¹⁹³³, al señalar que existen otros derechos que revisten las formas gratuitas y obligatorias de satisfacción, como el de la salud, educación, seguridad social, que hoy tienden a eliminarse o a reducirse en nombre del valor y de la eficacia del mercado, revelándose una fuente inagotable de beneficios ilícitos y de recortes para los usuarios. Ferrajoli es de la opinión, además, de que el principal problema que existe para todas las garantías *ex lege* es el de un mínimo vital, que en el caso de la renta mínima garantizada es el de su financiación, en el sentido de que requerirá vías de presión sobre las demás rentas que sean suficientemente progresivas para conferir a los derechos sociales una segura efectividad, alcanzando niveles mínimos de igualdad sustancial. Asimismo manifiesta que, para asegurar el máximo de igualdad, de transparencia, de automaticidad y, consecuentemente, de efectividad, ha de darse una reforma en la Administración pública dirigida a una máxima reducción de la mediación burocrática unida a la máxima transparencia y simplificación, que converge plenamente con la propuesta estratégica de formalización

¹⁹³⁰ PISARELLO, G. y DE CABO, A., “La renta básica como derecho ciudadano emergente: elementos para un debate”, cit., p. 10.

¹⁹³¹ *Ibidem*, p. 10.

¹⁹³² *Ibidem*, p. 11.

¹⁹³³ FERRAJOLI, L., “El futuro del Estado social y la renta mínima garantizada”, cit., p. 71.

y universalización de las prestaciones requeridas por los derechos sociales, entendida como la técnica más idónea de garantía¹⁹³⁴.

En otro sentido, se manifiestan Domènech y Raventós¹⁹³⁵, cuando afirman que la renta básica de ciudadanía tiene unos rasgos formales de laicidad, incondicionalidad y universalidad idénticos a los del sufragio universal democrático: todo el mundo tiene derecho a ella por el hecho de ser ciudadano (o, además, en el caso de la renta básica, residente) de un país, independientemente de su sexo, de su nivel de ingresos o de su orientación religiosa. Y trata de asegurar materialmente el derecho de existencia social mínimo de todos los miembros de la sociedad, por el hecho de serlo. Lo característico de la renta básica, en lo que aquí interesa, es que escapa parcialmente al vínculo productividad/bienestar, porque asegura incondicionalmente a todos los individuos un umbral mínimo de bienestar, de manera completamente independiente de su contribución al producto social. Además, trata de asegurar un grado mínimo de autonomía e independencia material a todos, emancipando a los ciudadanos que se conformen con ese mínimo de la obligación de depender de otros para vivir¹⁹³⁶.

Es en el debate filosófico sobre la “sociedad justa”, dominado por Rawls¹⁹³⁷, donde la renta básica tiene una legitimación teórica. Rawls hablaría de un *mínimo social* dentro de la justicia distributiva, sosteniendo que “el mercado no es apropiado para responder a las demandas de la necesidad, éstas deben resolverse mediante otra disposición”¹⁹³⁸. Pero Rawls habla de una sociedad ordenada en la que confluye el principio de equitativa igualdad de oportunidades y el de igual libertad, los cuales anteceden al principio de “diferencia” que regula las relaciones económicas¹⁹³⁹. Aceptando esta perspectiva, habría que admitir que, una vez asegurado el derecho a la existencia, las ulteriores transferencias por razones de igualdad se tendrían que valorar

¹⁹³⁴ *Ibidem*, pp. 71-72.

¹⁹³⁵ DOMÈNECH, A. y RAVENTÓS, D., “La renta básica de ciudadanía y las poblaciones trabajadoras del Primer Mundo”, en PISARELLO, G. y DE CABO, A., *La renta básica como nuevo derecho ciudadano*, Trotta, Madrid, 2006, p. 161.

¹⁹³⁶ *Ibidem*, p. 162.

¹⁹³⁷ RAWLS, J., *Teoría de la Justicia*, trad. de M^a D. González, FCE, México, 1995, p. 257.

¹⁹³⁸ *Ibidem*, p. 259.

¹⁹³⁹ *Ibidem*, p. 280.

teniendo en cuenta la competitividad global del sistema económico de un país determinado¹⁹⁴⁰.

Con el transcurso del tiempo, se ha observado que el tema central no es la desigualdad sino la exclusión social, y es aquí donde entra la figura de los reclusos. Partiendo de la consideración del trabajo penitenciario, de que no es igual que el trabajo libre y, además, atendiendo a la masificación carcelaria no todos tienen trabajo o la jornada laboral se reduce por convertirse en un bien escaso que no está disponible para todos, hace que sea precario e inestable. En palabras de Dahrendorf, “Lo que está amenazado es el propio contrato fundamental de la sociedad. A partir de allí es posible pensar argumentos para una fundamentación totalmente distinta de un ingreso mínimo garantizado, una fundamentación ligada a la idea de derechos civiles. Si entre los derechos fundamentales no figura la garantía de la base material de la vida, lo que colapsa en la práctica es la sociedad de los ciudadanos”¹⁹⁴¹. Con esta perspectiva la teoría de Rawls queda bastante lejos.

Este tema, en el que confluyen connotaciones tanto sociales como políticas y, teniendo en cuenta la definición, ha de cumplir unos requisitos, esto es, que sea individual, universal, que no esté condicionada al nivel de ingresos de las personas y debe ser igual en cuanto a la cantidad para todas las personas. En un sentido amplio, Iglesias Fernández habla de renta básica de iguales, con las siguientes peculiaridades: a) Es individual, esto es, no es la familia, sino la persona individualmente (sujeto social pasivo) quien es el sujeto de este derecho. *El ciudadano como sujeto de la igualdad*; b) es universal, además de ser no contributiva, es para todos y cada uno de los ciudadanos sin que haya algún motivo que justifique ninguna exclusión. *Igualdad del ciudadano ante las condiciones*; c) es incondicional, además de no estar sujeta al mercado de trabajo, el nivel de ingresos tampoco justifica ninguna discriminación. *Igualdad del*

¹⁹⁴⁰ BASCETTA, M. y BRONZINI, G., “La renta universal en la crisis de la sociedad del trabajo”, en PISARELLO, G. y DE CABO, A., *La renta básica como nuevo derecho ciudadano*, Trotta, Madrid, 2006, p. 168.

¹⁹⁴¹ DAHRENDORF, R., *Per un nuovo liberalismo*, Laterza, Bari, 1988, p. 144, *El nuevo liberalismo*, trad. de J.M^o. Tortosa, Tecnos, Madrid, 1982; AZNAR, G., *Lavorare meno per lavorare tutti*, Bollati Boringhieri, Turin, 1993, *Trabajar menos para trabajar todos: 20 propuestas*, trad. de J.L. Cano, HOAC, Madrid, 1994; GROOT, L., *Basic Income and Unemployment*, Netherlands School for Social and Economic Policy Research, Utrecht, 1999; NOGUERA, J.A. y RAVENTÓS, D., “La renta básica de ciudadanía: acerca de su justicia, el derecho al trabajo y la polarización social”, *Claves de Razón Práctica*, n^o. 120, 2002; WATTS, M., “A System of Basic Income Versus the Job Guarantee”, *Ponencia presentada en el 9th International Congress of the Basic Income European Network*, Ginebra, 2002.

ciudadano ante las exigencias; d) con respecto a la cuantía/equidad, la cantidad a percibir por los ciudadanos será equitativamente la misma para todas las personas, con total independencia de la edad, los ingresos, el género, etc. Y la cuantía a percibir que proponemos como mínimo es la definida por el umbral de pobreza, equivalente al 50% de la renta per-cápita. *Igualdad de la cuantía de renta a percibir*; e) con respecto a la participación, a la hora de distribuir la parte del Fondo Renta Básica destinado a la mejora de los bienes y servicios públicos, todos los ciudadanos (sujeto social activo) tienen el mismo derecho a intervenir en los debates para tal asignación. *Igualdad por derecho de ciudadanía*; f) la refundición, que, en su proceso de sustituir la mayoría de las prestaciones actuales por la renta básica, acabará haciendo que todos los ciudadanos disfruten uniformemente de este nuevo derecho. *Igualdad equitativa*; y g) desde la Base Social, la movilización por la consecución de la renta básica, de abajo hacia arriba y no de arriba hacia abajo, se hace con la participación de personas y movimientos sociales (sujeto social activo) en una *relación de igualdad*.

El desarrollo del fenómeno social del desempleo masivo, es decir, el que una parte importante de la población activa se sienta amenazada de la exclusión del mercado de trabajo, hace que se genere pobreza. Si además le añadimos que el desarrollo de los empleos es precario, característica del mercado de trabajo libre, ello también se perfila en el trabajo de los reclusos. Uno de los principios básicos del Estado del bienestar era proteger a las personas activas frente al riesgo de pérdida o carencia de ingresos suficientes para subsistir, pero este principio no se ha observado en el trabajo penitenciario. El trabajo penitenciario es considerado más como actividad de tratamiento penitenciario que como trabajo propiamente dicho. Es en esta época cuando aparecen los seguros o la prestación de desempleo, de la que goza el preso cuando es puesto en libertad y no cuando haya finalizado el trabajo en la cárcel.

El argumento filosófico de la renta básica en el ámbito penitenciario es la consideración de un ingreso mínimo por el hecho de ser humano. De tal manera que resalta el valor de la vida por encima de cualquier interés y garantiza, de este modo, la autonomía de todas las personas al permitir una independencia mínima. Además, entendiendo por *renta básica* la medida de inserción activa dirigida a personas en riesgo de exclusión social, es el caso de los reclusos, se hace necesaria la existencia de un acuerdo de incorporación social del preso que, en consecuencia, recoja su compromiso

de implicarse en su propio proceso de inclusión en la sociedad. Si bien, pese, a que el proceso de reinserción empieza dentro de la prisión debe, por ello, extenderse y terminar en el exterior de la misma y podría entenderse como una competencia exclusiva del Estado. La renta básica puede suponer, en la mayoría de los casos, el único ingreso económico que puede recibir el expreso en base a la demora importante a la hora de recibir subsidios por excarcelación, aunque en ningún texto se recoge la situación de expreso como exclusión y por tanto susceptible de recibir ayudas.

Su finalidad básica consiste pues, en delimitar un sistema complementario de protección que beneficie a aquellos sectores de la población en los que se produce una ruptura en los procesos habituales de acceso a unos recursos suficientes, ya sean los vinculados al trabajo o, alternativamente, los relacionados con las redes primarias de protección social inscritas en la Seguridad Social, tanto en su vertiente contributiva como no contributiva¹⁹⁴².

A efectos de nuestro tema interesa concretar más cómo afecta la renta básica a los reclusos, pues bien, si la renta básica es una manera de materializar esa igualdad material, la lucha del sistema penitenciario es una lucha hacia la igualdad de los presos con la sociedad libre, tanto en igualdad de oportunidades como de resultados¹⁹⁴³. La tesis de la mayoría de la doctrina, entre ellos Rey Pérez, entiende que la igualdad se encuentra en la mayor parte de los derechos sociales, considera que no se trata de la igualdad de bienestar, sino de la igualdad de oportunidades, esto es, que se tiene como objetivo situar a todos los agentes en el mismo punto de partida para que se encuentren en la misma posición a la hora de realizar elecciones¹⁹⁴⁴. Es decir, que todos hagan su plan de vida y así alcanzar su bienestar, es para quien trabaja y para quien no, es para la persona por el hecho de ser un sujeto social, lo cual garantiza que sea un derecho de ciudadanía, sin entrar en la discusión doctrinal de si estamos ante una medida económica y no ante un modelo de protección social, lo cierto es que la realidad exige el derecho a un mínimo para vivir. Esto supone que haya que aceptar la desigualdad

¹⁹⁴² SANZO, L., “La eficacia de las políticas de mínimos garantizados en la CEE”, *Nuevas necesidades, nuevas prestaciones*, IV Jornadas de Economía de los Servicios Sociales, Barcelona, 1990.

¹⁹⁴³ REY PÉREZ, J.L., *El Derecho al trabajo y el ingreso básico*, cit. p. 472. Cita este autor a Dworkin quien interpreta la igualdad de oportunidades como igualdad de recursos y a Sen, quien lo interpreta como igualdad de capacidades. La igualdad de resultados se viene a identificar con la igualdad de bienestar, pero únicamente si tomamos éste como medida de aquéllos.

¹⁹⁴⁴ *Ibidem*, p. 473.

económica pero, a partir de una igualdad básica que permita la supervivencia de todos los ciudadanos, incluido los reclusos, como ciudadanos que son¹⁹⁴⁵. Pudiendo surgir la cuestión de que los Centros de reclusos tienen la manutención asegurada.

No obstante, la renta básica no se predica de todos los presos, sino de los que están en tercer grado o en libertad condicional e, incluso, se les deniega el acceso a la renta básica o como ocurre en la zona del País Vasco, si un preso recibe una remuneración por trabajar en el comedor o en los talleres de la prisión y su familia es perceptora de la renta básica, le descuentan un porcentaje a la familia por lo que gana el recluso¹⁹⁴⁶. Lo que puede suponer una actitud negativa del preso a la hora de realizar trabajos en las prisiones. Como aclaración, debemos indicar que esta Comunidad Autónoma pretendía conseguir la concesión de dicha renta para llevar una vida digna, acceder a la cultura, a la vivienda y al trabajo. Pero en una Propuesta Legislativa Popular que llevaba por nombre Carta de los Derechos Sociales con la propuesta de la renta básica se pretendía, entre otros objetivos, el reconocimiento del derecho ciudadano a un salario social individualizado para todos los que buscasen ocupación, por una cantidad equivalente al Salario Mínimo Interprofesional, y por el tiempo que dure la condición de paradas de las personas sujetas a derecho.

Esta renta mínima garantizada es un programa complementario de la protección de la Seguridad Social, basado en la idea de que hay situaciones que no quedan adecuadamente protegidas. Se aplica, por lo tanto, el principio de subsidiariedad, es decir, la concesión de la prestación sólo se producirá una vez aplicados todos los posibles derechos previstos en el sistema de la Seguridad Social. Pero esta renta mínima que recibe varias denominaciones, como asistencia social, queda excluida del ámbito de la Seguridad Social (art. 41 de la CE).

Cabe hacerse la pregunta de si la renta básica es un mecanismo de protección o un mecanismo de integración social, pues la renta como tal es una prestación económica. Pues bien, debido al cambio que ha sufrido en el Estado social la protección

¹⁹⁴⁵ Tema a discutir sería los reclusos extranjeros.

¹⁹⁴⁶ Podemos encontrar el artículo en diariovasco.com, de Iñigo Urrutia y Belén Elguea. En fecha de 17 de enero de 2011 encontramos otro artículo periodístico que dice que “un total de 17222 personas se beneficiaron de la renta básica en Navarra durante 2010”, sin especificar si algunas de ellas iban destinadas a reclusos, www.noticiasdenavarra.com, última consulta el 31 de enero de 2011.

social no queda cubierta con la prestación económica de la renta, lo que supone que no resuelve los problemas de exclusión e inserción social. Además, la relación de la renta básica con la reinserción laboral de presos queda vinculada a través del trabajo voluntario de los que lo llevan a cabo hacia los presos sin ningún tipo de remuneración realizado bien por la satisfacción personal en la ejecución o desarrollo de la actividad o bien la motivación puede ser debida a la benevolencia, entendida como la identificación con el bienestar de la persona o personas que se benefician del trabajo voluntario¹⁹⁴⁷.

Después de todo lo visto, cabe advertir que no hay un derecho a la renta básica reconocido en la ley, pero sus partidarios pretenden que sea algo que sustituya a los derechos sociales en conjunto y estaría interrelacionado con el derecho al trabajo. Para que sea considerado como derecho social habría que ver qué concepción de igualdad se toma, así para un sector doctrinal, entre ellos Ruíz Miguel, se trata de la igualdad de bienestar y no la de recursos¹⁹⁴⁸. Para otros, como Rey Pérez¹⁹⁴⁹, si se persigue la igualdad de bienestar, se ha de optar por una distribución desigual lo que generaría la imposibilidad de definir un criterio con el que medir las diversas preferencias. Por ello, la solución es asignar la misma cantidad a todos con independencia de las preferencias, aunque no soluciona el problema de las desigualdades naturales. Afirma este autor que la renta básica es una institución intermedia entre la igualdad de bienestar con la que coincide en la finalidad, es decir, lograr que todo el mundo desarrolle su proyecto vital, y la igualdad de recursos en la operatividad, es decir, dotar de recursos iguales a los agentes para que ellos los apliquen a lo que deseen. Considera el ingreso básico como una institución autónoma, el principal obstáculo con el que se enfrenta de cara a la satisfacción de las necesidades y de la igualdad radica precisamente en su carácter igualitario, en que atribuye la misma cantidad de dinero para la satisfacción de todas las necesidades, su mayor ventaja se convierte en su mayor obstáculo, al contribuir al mantenimiento de situaciones de desigualdad en la satisfacción de las necesidades, no siendo capaz de actuar directamente sobre las causas de las desventajas.

6.5 Necesidad del trabajo en los Centros penitenciarios

¹⁹⁴⁷ RAVENTÓS, D., “Trabajo(s) y renta básica”, Seminario Treball, producció i sostenibilitat, *Trabajo, producción y sostenibilidad*, VI Seminario urbano, Centre de Cultura Contemporània de Barcelona, 2001, p. 15.

¹⁹⁴⁸ Es la opinión de RUÍZ MIGUEL, A., “Concepciones de la igualdad y la justicia distributiva”, en DÍAZ, E. y COLOMER, J.L., *Estado, Justicia, Derechos*, Alianza Editorial, Madrid, 2002, p. 223.

¹⁹⁴⁹ Opinión de REY PÉREZ, J.L., *El Derecho al trabajo y el ingreso básico*, cit. pp. 475-477.

El Reglamento penitenciario califica las actividades laborales, tanto las formativas como las remuneradas como una parte importante del proceso de resocialización, que los Centros penitenciarios deben garantizar de forma individualizada a todos los presos. En este sentido, tanto en el Preámbulo de la Ley penitenciaria como en el Reglamento se opta por una concepción amplia del tratamiento que no sólo incluye las actividades terapéuticas y asistenciales, sino también aquellas actividades formativas, educativas, laborales, socio-culturales, recreativas y deportivas.

En otro sentido, se ha considerado al trabajo penitenciario como actividad terapéutica, suponiendo partir de la concepción individualista del mismo, carente de proyección social¹⁹⁵⁰. Además, considero que el trabajo no debe concebirse con una naturaleza terapéutica¹⁹⁵¹ ya que supone una concepción bien distinta a la entendida al trabajo en libertad, partiendo de que el recluso es un trabajador de segunda clase y cayendo sobre él un régimen laboral penitenciario y un régimen laboral que rigen al resto de la sociedad trabajadora libre. De esta manera, algunos autores entienden que el trabajo penitenciario no es laboral porque carece de la cualidad de libre¹⁹⁵².

Dicha postura de considerar al trabajo desde el punto de vista terapéutico es el medio más eficaz para el tratamiento penitenciario. Ésta era la concepción que se ha tenido en la historia sobre la privación de libertad, considerando que el trabajo era un medio de corrección. Un sector doctrinal -entre ellos De la Cuesta Arzamendi¹⁹⁵³- cree que la actividad laboral no siempre es de tratamiento penitenciario, sino que únicamente puede calificarse de tal cuando, tras el examen y diagnóstico de la personalidad del individuo, se deduzca que la falta de trabajo, su baja cualificación profesional, sus escasas aptitudes laborales o cualquier otra circunstancia de parecida índole, hayan sido elementos de peso en la realización del hecho delictivo. Además algunos autores – Neuman e Irurzun¹⁹⁵⁴- han demostrado que no todo delincuente que se encuentra en prisión es por circunstancias relacionadas con el trabajo por lo que no debe ser el único

¹⁹⁵⁰ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 218.

¹⁹⁵¹ Opinión también de Mapelli, *Ibidem*, p. 218.

¹⁹⁵² Entre estos autores encontramos a GARRIDO GUZMÁN, L., “En torno al Proyecto de Ley General Penitenciaria”, *Escritos Penales*, Valencia, 1979.

¹⁹⁵³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El trabajo penitenciario resocializador*, cit., p. 85.

¹⁹⁵⁴ NEUMAN, E. y IRURZUN, V.J., *La sociedad carcelaria*, cit., p. 25.

medio ofrecido por el tratamiento penitenciario. Sin olvidar que la actividad laboral penitenciaria no tiene el mismo valor económico que el llevado a cabo en libertad, no existiendo competencia entre el trabajo penitenciario y el del resto de la sociedad¹⁹⁵⁵.

Por lo que respecta a la doctrina, Pérez Luño¹⁹⁵⁶ manifiesta que “con el Estado Social se proyectan también sobre las cárceles los derechos sociales implícitos en todas las políticas de resocialización y de reinserción social de quienes sufren penas de privación de libertad. Puede afirmarse, en definitiva, que el artículo 25 de la Constitución, concretando la definición de nuestra forma de Estado como social y democrática de Derecho, según postula el artículo 1.1 de la propia Constitución, se hace cargo de estas exigencias”.

Pues bien, el trabajo en las prisiones es necesario por los siguientes aspectos: desde el punto de vista disciplinario porque contribuye a mantener el orden; desde el punto de vista sanitario porque es necesario para conservar el equilibrio orgánico y psíquico; desde el punto de vista educativo porque contribuye a la formación de la personalidad del individuo; desde el punto de vista económico porque permite al recluso disponer de algún dinero para sus necesidades y subvenir a las de su familia; y desde el punto de vista resocializador porque el hombre que conoce un oficio tiene más posibilidades de hacer vida honrada al salir en libertad que en caso contrario¹⁹⁵⁷.

La necesidad se traduce en entender el trabajo como resocializador y adecuado para la reinserción social y no desde la perspectiva de García Amado¹⁹⁵⁸, cuando indica que no todos los ciudadanos son trabajadores ni todos los trabajadores son ciudadanos. Es decir, las posibilidades de un trabajo son limitadas en los Centros penitenciarios pero, es necesario ya que se ha establecido como finalidad reeducadora y de reinserción social, por disposición constitucional, de aquellos que están cumpliendo condena. Su

¹⁹⁵⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El trabajo penitenciario resocializador*, cit., p. 89, habla de “poca entidad del trabajo penitenciario en un plano económico general”.

¹⁹⁵⁶ PÉREZ LUÑO, A.E., “Las generaciones de derechos humanos en el ámbito penitenciario”, *Derecho Penitenciario y Democracia*, Fundación El Monte, Sevilla, 1994, pp. 56-57.

¹⁹⁵⁷ BUENO ARÚS, F., “Panorama comparativo”, cit., p. 299.

¹⁹⁵⁸ GARCÍA AMADO, J.A., “Los derechos de los trabajadores en la Constitución. Una lectura”, en BETEGÓN, J., LAPORTA, F.J., DE PÁRAMO, J.R. y PRIETO SANCHÍS, L., *Constitución y derechos fundamentales*, cit., pp. 819 y ss.

efectividad se encuentra en función de los medios de que disponga la Administración penitenciaria¹⁹⁵⁹, sin que puedan consistir en trabajos forzados¹⁹⁶⁰.

La pregunta es si el hecho de que se le de trabajo a un preso, es decir, se le enseñe a un oficio dentro de la prisión, supone que evita, o al menos reduzca, las reincidencias; si es así habría que fomentar el trabajo en la cárcel e, incluso, establecerlo como algo obligatorio en vista de que el fin de la prisión es la reinserción social del preso¹⁹⁶¹.

7. LA EDUCACIÓN COMO PARTE DEL TRATAMIENTO PENITENCIARIO

Para entender el derecho a la educación de los reclusos como parte del tratamiento debemos partir, como en cualquier derecho desarrollado en la investigación, del artículo 25 de la CE, en lo referente a la reeducación y reinserción social y, sobre todo, el último apartado del párrafo segundo al indicar que tendrán derecho al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad¹⁹⁶². Precepto desarrollado tanto por el artículo 1 de la LOGP como en el artículo 2 del RP. El derecho a la educación, además de la enseñanza básica, es obligatoria y gratuita, asimismo los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, siendo un derecho fundamental y, además, un derecho llevado a cabo en el tratamiento penitenciario para conseguir la reinserción social.

Matizando la cuestión, una de las funciones de la educación es la socialización de toda persona a través del principio, valor y derecho de igualdad, en este caso, de oportunidades. Es una tarea democrática consistente en preparar para la participación en

¹⁹⁵⁹ Efectividad que encontramos en numerosas resoluciones que no pueden ser exigidas en su totalidad de forma inmediata ya que existe imposibilidad material de satisfacerlos. AATC 256/1988, de 29 de febrero y 95/1989, de 20 de febrero.

¹⁹⁶⁰ El TC declara que las tareas de limpieza de las zonas comunes de la prisión no pueden ser considerados como un trabajo forzado a los efectos del art. 25 de la CE; STC 116/2002, de 20 de mayo.

¹⁹⁶¹ ORDOÑEZ SÁNCHEZ, B., *El tratamiento penitenciario en Asociación Pro Derechos Humanos: ¿Reinserción social del ex recluso?*, Madrid, 1985, pp. 92-93.

¹⁹⁶² Al respecto, ver a ALZAGA VILLAAMIL, O., *La Constitución española de 1978. Comentario sistemático*, Foro, Madrid, 1978, pp. 243 y ss.; VV.AA., *Comentarios a la Constitución*, Cívitas, 2001, p. 605; VV.AA., *Comentario a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, CERA, 1995, pp. 380 y ss.

la vida social el ejercicio de los derechos y libertades, y de una labor que salvaguarde el progreso de la sociedad¹⁹⁶³ y se consigue siempre que la educación sea gratuita.

La garantía efectiva de esos derechos es que reeducan al individuo durante su estancia en prisión con la finalidad de reinsertarlo socialmente, si bien, luego, existen problemas sociales que impiden que se haga realidad. En el derecho a la educación, por tanto, lo que tiene importancia es la educación en valores, no se trata de recibir cualquier tipo de educación, sobre todo teniendo en cuenta que la población carcelaria incluye un número desproporcionado de personas procedentes de grupos pobres, discriminados y marginados. En consecuencia, pese a las diferencias entre los sistemas penitenciarios en las prisiones, es evidente que para todos ellos la participación de los reclusos en actividades educativas es un problema esencialmente complejo y que, cuando existe, se da en un medio inherentemente hostil frente a sus posibilidades liberadoras¹⁹⁶⁴. A la luz de lo examinado se desprende que la disponibilidad y la falta de recursos pueden afectar a la aplicación de la política, pero no dictan la política¹⁹⁶⁵.

El reconocimiento del fracaso de la cárcel como institución de prevención especial positiva lleva a la afirmación voluntarista de una norma contrafáctica, según la cual, la cárcel debe ser considerada atendiendo al sitio y al medio de resocialización¹⁹⁶⁶. Afirma Baratta que la reintegración social del condenado no puede perseguirse a través de la pena carcelaria, sino que debe perseguirse a pesar de ella, o sea, buscando hacer menos negativas las condiciones que la vida en la cárcel comporta en relación con esta finalidad. Desde el punto de vista de una integración social del autor de un delito, la mejor cárcel es, sin duda, la que no existe, pero ya que existe, ha de respetarse los derechos fundamentales.

¹⁹⁶³ DE ESTEBAN, J. y GONZÁLEZ-TREVIJANO, P.J., *Curso de Derecho Constitucional Español*, vol. II, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1997, pp. 211 y ss., citado por GARRIDO GÓMEZ, M^a.I., *Derechos fundamentales y Estado social y democrático de Derecho*, cit., p. 129.

¹⁹⁶⁴ SCARFÓ, F., *Indicadores sobre las condiciones de realización del derecho a la educación en las cárceles*, Universidad Nacional de La Plata, Argentina, 2008, pp. 23 y ss.

¹⁹⁶⁵ En este sentido, NEALE, K., "Policy and practice: international and comparative approaches to education and prison regimes", *The Yearbook of Correctional Education*, 1989.

¹⁹⁶⁶ BARATTA, A., "Resocialización o control social: por un concepto crítico de "reintegración social" del condenado", *Ponencia presentada en el Seminario Criminología crítica y sistema penal*, Comisión Andina Juristas y la Comisión Episcopal de Acción Social, Lima, 1990.

Con esta perspectiva, y a efectos de nuestro estudio, cabe subrayar, que los dos pilares del tratamiento son la formación cultural y el trabajo, siendo el artículo 3.3 del RP el que prescribe que el recluso es sujeto de derecho y no se haya excluido de la sociedad, sino que continúa formando parte de la misma. Insistiendo en que la vida en prisión debe tomar como referencia la vida en libertad, reduciendo al máximo los efectos nocivos del internamiento, favoreciendo los vínculos sociales, la colaboración y participación de las entidades públicas y privadas y el acceso a las prestaciones públicas. Según esto, la cultura es la fuente de la libertad, para poder salir no sólo de las rejas de las prisiones sino para ser capaz de elegir, lo que una mayoría de las personas que habitan las cárceles nunca pudieron hacer. La cultura es lo que nos da la capacidad de crítica y de autocrítica y, sobre todo, lo que nos permite cambiar de rumbo y asumir el protagonismo de nuestra vida. Por eso, en la intervención en el mundo de la exclusión social, la cultura es algo a lo que no debemos renunciar¹⁹⁶⁷.

En otras palabras, el argumentar que el derecho a la educación hace que, de forma exclusiva, el recluso esté en condiciones de reinsertarse o está resocializado es dar primacía al principio causa-efecto, educación-reinserción, siendo necesario considerar otras variables efectivas, para que el preso una vez puesto en libertad, entre otras cosas por ejemplo, consiga trabajo, que esté bien remunerado, que tenga acceso a la salud, a la vivienda, a la seguridad social, etc.

Haciendo un repaso de la población reclusa, ya ha sido reiterado en Capítulos anteriores que la mayoría proceden de una clase social marginada, con una escasa cultura, de modo que una de las tareas no es únicamente la de educar en valores, sino, quizás, la de llevar a cabo un proceso de alfabetización¹⁹⁶⁸. Se ha demostrado, que la mayoría de los que se encuentran en prisión son por causas de marginación social y de analfabetismo, lo que supone que haya una relación causa-efecto entre analfabetismo y delincuencia así como con la reinserción, si el nivel educativo es mayor, mayores serán

¹⁹⁶⁷ VALVERDE MOLINA, J., “Propuestas de intervención ante los efectos del encierro“, *Cuartas Jornadas Nacionales y Seminario Interdisciplinario, Las consecuencias del encierro en la subjetividad. Cultura y educación en el proceso de inclusión*, Conferencia del miércoles 8 de noviembre de 2006. Disponible en www.me.gov.ar/, última consulta el 18 de enero de 2010.

¹⁹⁶⁸ No olvidemos, que la etnia gitana sufre más las consecuencias de alfabetización. Existe un paralelismo entre pobreza y analfabetismo. Para Bassols la alfabetización no representa únicamente un derecho del recluso, sino a la vez, un medio de significación y liberación de la persona y un imperativo moral que obliga a toda la sociedad, BASSOLS I PARES, A.M., *La alfabetización y reinserción social: seis años de experiencia en las prisiones de Cataluña*, Departamento de Justicia, Barcelona, 1991, p. 16.

las posibilidades de reinserirse y se evitará la acusada inadaptación social que sufre el preso. Con una buena educación se evitará la reincidencia. Por tanto, educar es instruir. Con esta perspectiva, se debe subrayar que si la educación es diferente dentro de la prisión que en el mundo libre, los métodos y técnicas han de ser diferentes.

El fin del derecho a la educación consiste, por consiguiente, en transmitir unos valores y pautas de comportamiento, de ahí que se considere base principal en el tratamiento penitenciario para la reeducación del recluso y una posterior reinserción social¹⁹⁶⁹. Para un sector doctrinal, -entre ellos, Morín y Muntingh- la dignidad humana debería ser una preocupación fundamental en la educación en el entorno penitenciario¹⁹⁷⁰. Ésta es la razón por la que la educación debería estar orientada al desarrollo integral de la persona e incluir el acceso de los reclusos a la educación, tanto básica como profesional, a programas de alfabetización, a actividades religiosas y culturales, educación física y deportes, educación social, educación superior, servicios de bibliotecas, etc.

Pero, no se debe confundir educación en el ámbito penitenciario con tratamiento penitenciario. O sea, entender la educación bajo una perspectiva terapéutica y como base de la socialización, que sería el fundamento del tratamiento, o con un carácter de instrucción y neutralidad por parte del preso, que no existe, ya que toda acción educativa tiene la intencionalidad, en este caso, de adoctrinar en unos valores sociales y en una educación básica. Es decir, el derecho a la educación promulgado en la Constitución española no nos debe llevar a la confusión en entender la educación pública en las prisiones al tratamiento de resocialización o de reinserción, que es el fin de la ejecución penal a través del tratamiento penitenciario, pero no del derecho a la educación en sentido constitucional.

Es por ello que la titularidad de tal derecho se centra en *todos*, sin posibilidad de discriminación¹⁹⁷¹, se manifiesta que la organización del proceso educativo supone cuantiosas inversiones económicas y, en algunos niveles, necesidades de selección que

¹⁹⁶⁹ Así lo recogía el art. 2 de la derogada LO 8/1985, de 3 de julio, sobre el Derecho a la educación.

¹⁹⁷⁰ Es el caso de MORIN, L., "Prison education: the need for a declaration of basic principles for the treatment of prisoners", *Yearbook of Correctional Education*, 1989; y MUNTINGH, L., "Prisons in South Africa's constitutional democracy", *CSV*, 2007.

podrían hacer injusto para los ciudadanos españoles un reconocimiento indiscriminado de la titularidad del derecho a nacionales y extranjeros¹⁹⁷². Lo que significa que la educación se lleva a cabo como función reeducadora y reinsertadora, así indica el artículo 59.2 de la LOGP, “el tratamiento pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como de subvenir a sus necesidades. A tal fin, se procurará, en la medida de lo posible, desarrollar en ellos una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general”.

Esto nos lleva a afirmar que los Centros penitenciarios no están exclusivamente para proteger a la sociedad del delito y del delincuente, sino que están también para educar al delincuente preso, considerándose que la prisión no es el ambiente más idóneo para llevar a cabo la educación de un delincuente preso.

¹⁹⁷¹ Para un estudio del principio de igualdad en la ley y en la aplicación de la ley, PÉREZ LUÑO, A.E., “El concepto de igualdad como fundamento de los derecho económicos, sociales y culturales”, *Anuario de Derechos Humanos*, nº. 1, 1981.

¹⁹⁷² FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A. y SÁNCHEZ NAVARRO, A.J., “Artículo 27. Enseñanza”, en ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a la Constitución*, cit., p. 169.

CAPÍTULO XI

LA REEDUCACIÓN Y LA REINSERCIÓN SOCIAL DE LOS RECLUSOS

1. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ARTÍCULO 25 DE LA CE SEGÚN LA DOCTRINA

A lo largo de los Capítulos anteriores hemos mencionado de forma reiterada el artículo 25.2 de la CE, precepto que garantiza el reconocimiento de todos los derechos fundamentales a los presos a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria. De otro lado, dictamina que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social.

Esta triple limitación se refiere, en cuanto al fallo condenatorio, exclusivamente a los condenados a pena de prisión, sin olvidar las penas accesorias del Código Penal. Las limitaciones que suelen establecer afectan a la libertad, no obstante, también pueden quedar afectados otros derechos como el derecho al sufragio y obtención de cargos públicos, como hemos analizado. El sentido de la pena debe entenderse como privación de ciertos derechos que efectivamente son de imposible ejercicio, por razón de la propia condena, si bien no se encuentran expresamente limitados en el fallo condenatorio. Se trata de derechos no ejercitables en una situación de privación de libertad pues presuponen la propia libertad¹⁹⁷³. En este sentido, Bueno Arús¹⁹⁷⁴ entiende que son

¹⁹⁷³ BUENO ARÚS, F., “Eficacia de los Derechos fundamentales reconocidos a los reclusos en el artículo 25.2 de la Constitución española”, *X Jornadas de Estudio, Introducción a los Derechos Fundamentales*, vol. II, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 1988, p. 1094; en el mismo sentido, COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J., “Garantía penal (comentario al artículo 25 de la Constitución”, en ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, t. III, Edersa, Madrid, 1983, p. 97.

¹⁹⁷⁴ BUENO ARÚS, F., “Eficacia fundamentales reconocidos a los reclusos de los Derechos en el artículo 25.2 de la Constitución española”, cit., p. 1094; DELGADO RINCÓN, L., “La

incompatibles con el sentido de la pena de privación de libertad, al menos en su configuración normal, los siguientes derechos: el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, el derecho de reunión y de asociación, los derechos a sindicarse libremente y la huelga, el derecho de petición colectiva, el derecho a defender a España, el derecho a la propiedad privada, el derecho a la libre elección de profesión u oficio, el derecho a la negociación colectiva laboral o a adoptar medidas de conflicto colectivo y la libertad de empresa, así como el pretendido derecho a la sexualidad, rechazado por la STC 89/87, de 3 de junio. Para Cobo y Boix¹⁹⁷⁵ se trata de que determinados derechos, aunque no se hallen afectados directamente por el contenido del fallo condenatorio, resultan de imposibles ejercicio.

Y, en cuanto a la limitación de la Ley penitenciaria, tiene su fundamento en las necesidades del régimen penitenciario, es decir, el orden, la seguridad, sanciones disciplinarias o lo referido al tratamiento individualizado. Hablamos de Ley penitenciaria y no de reglamento siempre que no lesione el contenido esencial, opinando Lamarca que el límite o barrera de la defensa del contenido esencial resulta operativa, si bien aceptando que dicho contenido no siempre es el mismo para la población reclusa que para el resto de los ciudadanos, sino que la pena de prisión determina una nueva definición o perfil de algunos de esos derechos, de manera que el contenido esencial de la libertad de un condenado es, de entrada, distinto del contenido esencial que pueda predicarse de esa misma libertad con carácter general¹⁹⁷⁶. Asimismo se establecen una serie de limitaciones atendiendo a razones de seguridad y orden público como los referentes al derecho de comunicaciones y visitas y al trabajo o libertad de movimiento, pudiendo dar lugar al aislamiento.

constitucionalización de la reeducación y la reinserción social como fin de las penas privativas de libertad”, en CARCEDO GONZÁLEZ, R. y REVIRIEGO PICON, F., (eds.), *Reinserción, derechos y tratamiento en los centros penitenciarios*, Amaru, Salamanca, 2001; URÍAS MARTÍNEZ, J., “El valor constitucional del mandato de resocialización”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº. 63, 2001.

¹⁹⁷⁵ BOIX REIG, J. y COBO DEL ROSAL, M., *Derechos fundamentales del condenado. Reeducación y reinserción social. Comentarios a la legislación penal y constitucional*, vol. 1, Edersa, Madrid, 1982.

¹⁹⁷⁶ LAMARCA PERÉZ, C., “Los Derechos de los presos”, en PRIETO SANCHÍS, L., *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Escuela Libre, Madrid, 1994, p. 85.

Después de este paréntesis, cabe añadir que el precepto constitucional es criticado doctrinalmente porque sólo se refiere a los condenados a la pena de prisión y no, además, a los condenados a medidas de seguridad¹⁹⁷⁷.

El mencionado artículo establece una dualidad entre las penas y las medidas de seguridad en el sentido de que ambas van encaminadas a la misma finalidad, la reeducación y la reinserción social. Desde esta perspectiva, no cabe distinción entre pena y medida de seguridad, por ello se habla de “fraude de etiquetas”, existiendo discrepancias entre las doctrinas dualistas y monistas. Por ello es por lo que hay autores -M.J. Falcón y Tella y F. Falcón y Tella- que estiman que se debe de hablar de “sanción penal”¹⁹⁷⁸.

Los sistemas dualistas, representada esta posición por Roxin, Terradillos y Muñoz Conde, entre otros, se caracterizan porque existen dos vías para impartir la justicia. Una es la pena fundada en la culpabilidad del sujeto, siendo retributiva, porque pretende a través del castigo que el sujeto ofensor pague a la sociedad el daño causado, es represiva al pretender intimidar para que no vuelva a cometer el delito, y determinada porque la pena es la que define la ley o el juez; y otra es la medida de seguridad, fundada en la peligrosidad. En síntesis, la pena está orientada por una necesidad ética y de justicia (*punitur quia peccatum est*)¹⁹⁷⁹.

Los sistemas monistas, entienden que únicamente hay que aplicar o la pena o la medida de seguridad y no ambas, argumentan que la pena es un valor positivo que encuentra en sí su razón y justificación¹⁹⁸⁰. Es seguidor de esta teoría, entre otros,

¹⁹⁷⁷ En este sentido, MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, Bosch, Barcelona, 1983, pp. 153-154; COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J., “Garantía penal (comentario al artículo 25 de la Constitución”, cit., p. 96. En sentido similar, Foucault ya aseveraba que “en el interior de la cárcel interesa, fundamentalmente, la disciplina del individuo, la sumisión del cuerpo y del alma”, FOUCAULT, M., *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*, trad. de A. Garzón del Camino, Siglo XXI, Madrid, 2002, p. 203.

¹⁹⁷⁸ FALCÓN Y TELLA, M^a J. y FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 94.

¹⁹⁷⁹ Es el caso de ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, t. I, trad. de Luzón Peña, Cívitas, Madrid, 1997, p. 82, considera que el mal debe ser retribuido, equilibrado y expiado; TERRADILLOS, J., *Peligrosidad social y Estado de derecho*, Akal, Madrid, 1981, pp. 118 y ss.

¹⁹⁸⁰ MANTOVANI, F., *Diritto Penale. Parte Generale*, Cedam, Padova, 1988, p. 713. Es de la opinión de que el delito es la negación del ordenamiento jurídico y la pena es la negación del delito, por lo que la pena, en cuanto negación de una negación, es una afirmación del Derecho; AMATO, N., *Diritto, delitto, carcere*, Giuffrè, Milan, 1987.

Pacheco¹⁹⁸¹, quien defiende que la pena es un hecho altamente grave que se deriva del orden supremo, de la providencia universal que rige y ordena todas las cosas. A mayor abundamiento, Silvela¹⁹⁸² manifiesta que “si la razón de la pena está en el quebrantamiento del orden jurídico por una voluntad a él opuesta, su fin consiste en restaurarle y restablecerle en toda su pureza”; y C. Arenal¹⁹⁸³ opina que la pena es expiación, lo que supone el modo de reducir al malo a la impotencia de hacer mal.

Frente a estos dos sistemas se encuentran los eclécticos, mixtos o teorías unificadoras, sus seguidores son Quintano Ripollés, Rodríguez Mourullo y Landrove, entre otros. Iniciados en Alemania por Merkel, constituyen una posición intermedia, que tratan de dar respuesta a las insuficiencias presentadas por las teorías absolutas y relativas; proponen que primero se aplique la medida de seguridad y cuando llegue su ejecución se tome en consideración para la duración de la pena, en caso de que sea necesario aplicarla. Aunque para otros se fundamenta en la prevención del delito, así opina, Antón Oneca, Muñoz Conde o Mir Puig. El Código penal actual se basa en esta teoría unitaria.

Esta posición no ha escapado de los autores más extremistas en la defensa de las teorías absolutas o relativas¹⁹⁸⁴. Así, Kant¹⁹⁸⁵ admitía la finalidad preventiva; Hegel, en ocasiones, es estudiado dentro de las teorías relativas de la pena¹⁹⁸⁶; Feuerbach, aceptaba el principio de culpabilidad aunque no como imperativo categórico¹⁹⁸⁷; de Filangieri se ha dicho¹⁹⁸⁸ que era partidario de la Ley del Talión; o a Platón se ha etiquetado como

¹⁹⁸¹ PACHECO, J., *Estudios de Derecho Penal*, Boix, Madrid, 1887, p. 241.

¹⁹⁸² SILVELA, L., *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Murillo, Madrid, 1874, pp. 259 y ss.; ARANDA CARBONEL, M^a J., *Reeducación y reinserción social. Tratamiento Penitenciario. Análisis teórico y aproximación práctica*, Ministerio del Interior, Madrid, 2007, p. 19, nota n^o. 46.

¹⁹⁸³ ARENAL, C., *Estudios Penitenciarios*, vol. I, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1895, citado por ARANDA CARBONEL, M^a J., *Reeducación y reinserción social. Tratamiento Penitenciario. Análisis teórico y aproximación práctica*, cit., p. 19, nota n^o. 47.

¹⁹⁸⁴ CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas. (Análisis crítico sobre los fines de la pena)*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, n^o. 44, Madrid, 2008, p. 115, nota n^o. 359.

¹⁹⁸⁵ KANT, I., *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 166-171. En el mismo sentido, WALKER, N., “La eficacia y la justificación moral de la prevención”, *Cuadernos de Política Criminal*, n^o. 11, 1980, p. 141.

¹⁹⁸⁶ POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho Penal. Parte General*, t. I. Bosch, Barcelona, 2001, pp. 109 y 122-124.

¹⁹⁸⁷ En este sentido, MILITELLO, V., *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Giuffrè, Milan, 1982, p. 77.

¹⁹⁸⁸ Por ROJAS, R.M., *Las contradicciones del Derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 33.

partidario de las teorías absolutas de la pena¹⁹⁸⁹, cuando defendía abiertamente fines preventivistas¹⁹⁹⁰; Von Liszt, establecía el fundamento de la pena en la culpabilidad¹⁹⁹¹; Montesquieu, mantenía que no es el hombre el que produce violencia al hombre cuando se le castiga con una pena, sino sus propias acciones, y que las Leyes debían sacar las penas de la naturaleza de los delitos cometidos¹⁹⁹², entre otros.

Este sistema (el de las teorías unificadoras) se funda en el positivismo de Ferri. La medida de seguridad parte de las preguntas, en relación a la finalidad del castigo, en el porqué y para qué se castiga. La doctrina lo que trata es de dar explicación a la necesidad de mantener el orden jurídico en la comunidad para una mejor y mayor convivencia. Frente a ellos se encuentra la doctrina abolicionista que entiende que es posible una sociedad en la que no existan sanciones penales, entre los que cabe citar a Maurach¹⁹⁹³.

Para Falcón y Tella¹⁹⁹⁴ la sanción penal, aunque sea necesaria, tiene que ser una *última ratio*, un último recurso, cuando los demás modos de ordenación y protección de la sociedad hayan fallado, de modo que son presupuestos justificativos de la sanción penal los principios de subsidiariedad y efectividad¹⁹⁹⁵. En un sentido más crítico y amplio, afirma García Valdés¹⁹⁹⁶ que “se ha dicho, con razón, que la pena tiene una existencia universal, y es exacta [...]”. Prácticamente, esta teoría es la dominante en la doctrina, incluso en el Código Penal se encuentran resquicios de la misma, como por ejemplo, el aumento de la pena en el supuesto de que exista tentativa o agravantes.

¹⁹⁸⁹ POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho Penal. Parte General*, t. I, cit., p. 108.

¹⁹⁹⁰ PLATÓN, *Protágoras*, (424.a y b), en *Protágoras, Gorgias, Carta Sèptima*, Alianza Editorial, Madrid, 1998, pp. 61-62.

¹⁹⁹¹ VON LISZT, F., *La idea del fin en el Derecho penal*, Comares, Granada, 1995, p. 50.

¹⁹⁹² ANTÓN ONECA, J., *Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración*, Instituto de Ciencias Jurídicas, Madrid, 1965, p. 14.

¹⁹⁹³ MAURACH, R., *Tratado de Derecho penal*, trad. y notas de Derechos Español de CÓRDOBA RODA, J., 1962, p. 63, citado por FALCÓN Y TELLA, M^a J. y FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, cit., p. 121.

¹⁹⁹⁴ FALCÓN Y TELLA, M^a J. y FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, cit., p. 121.

¹⁹⁹⁵ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n^o. 219, 1965, pp. 28-29, citado por FALCÓN Y TELLA, M^a J. y FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, cit., p. 121.

¹⁹⁹⁶ GARCÍA VALDÉS, C., *Teoría de la pena*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 11.

Con esta perspectiva, cabe subrayar que la doctrina mayoritaria estima que el primer párrafo del artículo 25.2 de la CE tiene como ámbito de aplicación el estrictamente penitenciario, es decir, afecta a la pena o medida de seguridad. En consecuencia, se añade que no se deduce que el legislador haya optado por uno de los aspectos de la llamada prevención especial en cuanto al fin de la pena¹⁹⁹⁷. El Tribunal Constitucional ha recordado en numerosas sentencias, tales como 28/1988, de 23 de febrero y 88/1998, de 21 de abril, que las finalidades resocializadoras del artículo 25.2 de la CE no se imponen sobre las de prevención general o especial¹⁹⁹⁸, además de que no excluyen otras finalidades de la pena. Tal configuración ha permitido a un sector de la doctrina como Téllez Aguilera y Mapelli Caffarena, defender que se pueda hablar de una devaluación de las previsiones del artículo 25.2 del texto constitucional¹⁹⁹⁹.

La cuestión a tratar consiste en si es o no preciso castigar, mas para dar una respuesta hay que tener en cuenta las teorías abolicionistas y las justificacionistas. Por lo que se refiere a las primeras, aportan una respuesta negativa indicando que no hay justificación alguna para el Derecho penal y el *ius puniendi* del Estado. Afirman que la sanción penal no es una institución tan transparente y autoevidente de control de los delitos como podría hacérsenos creer, el papel de la sanción en la sociedad moderna no es tan obvio, sino la consecuencia de un oscuro efecto de autoafirmación de las instituciones existentes, más que algo que derive lógicamente de las prácticas

¹⁹⁹⁷ Entre otros, BARRANCO AVILÉS, M.C., *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 77-78; BOIX REIG, J., “Significación jurídico-penal del artículo 25.2 de la Constitución”, en *Escritos Penales*, Universidad de Valencia, Valencia, 1979, p. 132; COBO DEL ROSAL, M. y BOIX, J., “Derechos fundamentales del condenado”, cit., p. 223; MAPELLI, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, cit., p. 1334; LUZÓN PEÑA, D.M., *Medición de la pena y sustitutos penales*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1979, p. 47; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “La supuesta función resocializadora del Derecho penal”, *Estudios Penales*, Barcelona, 1984, p. 94. También se ha pronunciado en este sentido, la jurisprudencia al manifestar que el art. 25.2 no excluye otras finalidades de la pena, ATC 780/86, de 19 de noviembre; SSTC 1/1987, de 21 de enero; 281/1988, de 23 de febrero, y 1501/1991, de 4 de julio.

¹⁹⁹⁸ BARRANCO AVILÉS, M. C., “La teoría jurídica”, cit., pp. 77-78.

¹⁹⁹⁹ Para TÉLLEZ AGUILERA, A., *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*, Edisofer, Madrid, 1998, pp. 36-37, por ejemplo, dicha devaluación derivaría de su confusión entre los fines de la pena y los derechos que tiene el condenado; su eventual configuración como tal derecho supondría un “revulsivo para la actuación de la administración penitenciaria que se vería compelida a poner en funcionamiento verdaderos programas de tratamiento”; MAPELLI CAFFARENA, B., “El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional”, *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 24; TAMARIT SUMALLA, J.M., SAPENA GRAD, F. y GARCÍA ALBERO, R., *Curso de Derecho Penitenciario*, Cedecs, Barcelona, 1996, p. 40.

penales²⁰⁰⁰; mientras que las segundas, o respuestas positivas, admiten la necesidad de sancionar o castigar, se trata de las teorías absolutas o relativas.

Para Álvarez García²⁰⁰¹, la norma constitucional recogida en el artículo 25.2 de la CE no contiene tanto un mandato, en sentido estricto, dirigido al legislador, cuanto un principio que debe observarse por todos los poderes públicos y, por lo tanto, no solamente por el legislador, en el desarrollo de su actividad. Este autor, mantiene que si resulta evidente que la interpretación de un precepto no nos permite superar el ámbito de lo posible, resulta claro también que cuando se *fabrica* la norma de la parte especial no puede pretenderse *curar, retribuir, reeducar*, etc.; y ello porque todavía, en ese momento, no hay un *enfermo*, un *comportamiento* o un posible *objeto de pedagogía*. Esto obliga a distinguir tres momentos en la aplicación de la pena: la conminación, la medición o imposición judicial y la ejecución de la pena²⁰⁰², de lo contrario resulta difícil atribuir a la pena otra función que no fuese la de prevención general. En esta línea, la STC 55/1996, de 28 de marzo distingue entre un fin esencial y directo de protección al que responde la norma, otros fines legítimos que puede perseguir la pena y las diversas formas en que opera (funciones o fines inmediatos entendidos como prevención general y prevención especial)²⁰⁰³.

²⁰⁰⁰ FALCÓN Y TELLA, M^a. J. y FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, cit., p. 122. Para la justificación de la pena, CID MOLINÉ, J., *¿Pena justa o pena útil? El debate contemporáneo en la doctrina penal española*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994.

²⁰⁰¹ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., “La reeducación y reinserción social en el momento de la conminación” en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F., (coords.) *El Nuevo Derecho Penal español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 35-36. Este estudio de la distinción ya la elaboró DOLCINI, E., *La commisurazione della pena*, Padova, 1979.

²⁰⁰² SCHMIDHAUSER, E., *Von Sinn der Strafe*, Gottingen, 1971, y ROXIN, C., “Sentido y límites de la pena estatal”, *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. de D.M. Luzón, Madrid, 1976.

²⁰⁰³ Al respecto, ZIPF, H., “Alteraciones dogmáticas en los fines de la pena de la prevención especial y de la prevención general”, *Estudios jurídicos sobre la reforma penal*, Córdoba, 1987; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “La prevención penal en la individualización judicial de la pena”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1981.

Además, Sánchez González²⁰⁰⁴ sostiene que estamos ante un enunciado normativo que parte de una posición ideológica propia de un sentido falso del progreso social y del humanitarismo, como es la de abandonar el tradicional carácter retributivo y punitivo de las normas penales. Si dichas normas son tales, conviene recordarlo, es porque constituyen la mejor y más rigurosa protección jurídica de la vida, de la libertad, de la intimidad y de la propiedad de todos los ciudadanos. La idea de orientar la pena de privación de libertad hacia la reeducación y reinserción sociales parte también de una presunción basada en el desconocimiento de la realidad y de la experiencia acumulada por los sistemas penitenciarios.

Como ya indicábamos, en cuanto a la constitucionalización de la reeducación y reinserción social de los presos, no hay unanimidad en la doctrina. Mientras que para Serrano Alberca²⁰⁰⁵ tiene por objeto fijar la orientación que debe seguir la legislación, sin que ello suponga olvidar la finalidad preventiva tanto general como especial de la pena; Mapelli²⁰⁰⁶ admite la posibilidad de que en un futuro el legislador, guiado por el principio de humanidad en la imposición de las sanciones, vaya reduciendo la presencia de la pena privativa de libertad, sustituyéndola por otras modalidades de sanciones (resocialización).

Por lo que respecta a la doctrina penalista hay autores que consideran que la resocialización es una *utopía* -Pavarini, Bergalli²⁰⁰⁷-, un *mito* -Muñoz Conde, De la Cuesta Arzamendi, en palabras de éste “de un nuevo engaño dirigido a ocultar la realidad de la intervención penal cada vez más represiva y que, a través del discurso

²⁰⁰⁴ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., “En torno a la igualdad y a la desigualdad”, en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., (coord.), *En torno a la igualdad y a la desigualdad*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 24-25. Manifiesta que los trabajos encaminados a la reeducación y reinserción deben ser contemplados como excepcionales y destinados, en cualquier caso, a tratar la delincuencia juvenil, o prematura, y restringidas a los autores de delitos menores. Mantiene, además, que tal precepto ha configurado un sistema penitenciario que, lejos de representar el principal elemento disuasorio de la conducta antisocial o desviada, funciona como factor de estímulo de la actividad antijurídica delictiva, en particular para aquellos sectores sociales que viven en situación de precario.

²⁰⁰⁵ SERRANO ALBERCA, J.M., “Comentario al artículo 25”, *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 2001, p. 602.

²⁰⁰⁶ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., pp. 134 y ss.

²⁰⁰⁷ Es la opinión de PAVARINI, M., *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, Siglo XXI, México, 1999, p. 87; del mismo, “Il sistema della giustizia penale tra riduzionismo e abolizionismo”, *Dei Delitti e Delle Pene*, n.º. 3, 1985, pp. 525-554; y “Fuera de los muros de la cárcel: la dislocación de la obsesión correccional”, *Poder y Control*, n.º. 0, 1986, pp. 155-174; BERGALLI, R., “Los rostros ideológicos de la falsía resocializadora. El debate en España”, *Doctrina Penal*, n.º. 36, Depalma, Buenos Aires, 1986, pp. 577-597.

resocializador y terapéutico, bajo el manto de la “neutralidad” científica, logra dotar al castigo de una legitimación y apariencia de racionalidad de la que progresivamente carecía²⁰⁰⁸- o un *desiderátum* -Tamarit Sumalla, Neuman²⁰⁰⁹-, es decir, actualmente la prisión produce efectos desocializadores y no una reinserción²⁰¹⁰. La doctrina ha criticado, como es el caso de Morales Prats, la resocialización llevada a cabo a través del tratamiento penitenciario, alegando su carácter coactivo, este autor admite que dentro de la actual forma de Estado social y democrático de Derecho anida una contradicción: “de un lado, se contempla a la persona como entidad ética (dignidad humana y los derechos garantías que le son inherentes) no gregaria de los valores del Estado, pero por otro lado, se le otorga a la pena un fin resocializador que constituye una manifestación más de la autoafirmación del Estado y de su orden de valores en el estricto momento de la imposición y ejecución de las sanciones penales”²⁰¹¹, caracterizado porque el delincuente se tiene que adaptar a un mundo diferente al que existe en el exterior de esos muros²⁰¹².

²⁰⁰⁸ MUÑOZ CONDE, F., “La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito”, *Libro Homenaje a Antón Oneca*, Salamanca, 1982, pp. 387 y 390; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria”, *Papers d’estudis i formació*, nº. 12, 1993, p. 11.

²⁰⁰⁹ TAMARIT SUMALLA, J.M., GARCÍA ALBERO, R., SAPENA GRAU, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M., *Curso de Derecho Penitenciario*, Cedecs, Barcelona, 1996, p. 34, quienes, siguiendo la opinión de Ashworth y Von Hirsch, reconocen que “el ideal rehabilitador ha pasado a ocupar, [...] un rol periférico en la Administración de justicia penal”. De otro lado, se dice que el *desideratum* de la penología, es decir, la readaptación social, debe verificarse sobre seres humanos y no sobre categorías legales; NEUMAN, E., “Aspectos penológicos”, en NEUMAN, E. e IRURZUN, V.J., *La sociedad carcelaria. Aspectos penológicos y sociológicos*, Dalmata, Buenos Aires, 1977, p. 18. Esta afirmación acepta la prevención del delito y el tratamiento al recluso, que en palabras de Neuman no sólo debe quedar en tarea de la administración penitenciaria sino también en cooperación, solidaridad, asistencia y responsabilidad del cuerpo social.

²⁰¹⁰ Es numerosa la bibliografía que se puede citar sobre los efectos desocializadores de la cárcel pero, así, MORALES PRATS, F., en QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho Penal, Parte general*, Pamplona, 2000, p. 102; RÍOS MARTÍN, J.C., “Cárcel y Derechos Humanos”, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario*, Barcelona, 1998, pp. 615-622; del mismo, *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel*, Colex, Madrid, 2009, pp. 85-86, ofrece algunos de los efectos desocializadores que origina la intervención carcelaria. A lo largo de la historia el concepto de *resocialización* ha sufrido fundamentalmente descalificaciones de orden ideológico. Desde perspectivas más radicales, representadas fundamentalmente por las teorías psicoanalistas y marxistas, se defiende que la resocialización que hay que realizar no es la del delincuente, sino la de la misma sociedad que produce el delito; MUÑOZ CONDE, F., “Resocialización y tratamiento del delincuente”, cit., p. 107; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “La supuesta función resocializadora del Derecho Penal”, cit., p. 93, cit. 250.

²⁰¹¹ MORALES PRATS, F., en QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho Penal*, cit., p. 103.

²⁰¹² Es lo que la criminología ha llamado *subcultura penitenciaria o carcelaria*.

2. APLICACIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD COMO PRINCIPIO RESOCIALIZADOR

2.1 Reseña histórica

Atendiendo a la historia carcelaria, en un principio la prisión no existía para reinsertar a los delincuentes; esta idea es propia del siglo XIX-XX. El punto clave es cuando comienza a evolucionar la teoría de las penas, dando lugar a críticas en cuanto a la existencia de una justicia ineficaz y arbitraria y a la desproporción entre los delitos y las penas. En definitiva, se lucha por el fin de la tortura²⁰¹³. A título ilustrativo, Bentham²⁰¹⁴ señaló el cambio aseverando que “toda casa de penitencia debe ser una escuela, [...] por qué se negaría el beneficio de la instrucción a unos hombres ignorantes que pueden hacerse miembros útiles de la sociedad con una nueva educación”.

Pese a ello, hay que añadir que no existen precedentes en los distintos textos constitucionales españoles como el indicado en el artículo 25.2 de la vigente Constitución²⁰¹⁵, en el que se han orientado la pena privativa de libertad y las medidas de seguridad hacia la reeducación y reinserción social, es decir, ya no cumple la función de retribución o prevención general. La cárcel como sistema de control social pasa a ser una forma de pena, pretende la reintegración social. Para Pavarini²⁰¹⁶ se produce la unión entre el contrato con la disciplina y la retribución con la reeducación, de manera que la pena carcelaria realiza la primera gran inversión funcional del aparato de control: la sujeción de la propia destructividad al parámetro contractual (el principio de la retribución), y la subalternidad de la propia función al proceso productivo (el principio de la reeducación).

²⁰¹³ De ello, el gran elogio de la obra *De los delitos y de las penas* de Beccaria, cuya entrada en España no fue inmediata a su publicación debido a que fue prohibida por la Inquisición.

²⁰¹⁴ BENTHAM, J., *Panóptico*, La Piqueta, Madrid, 1791, p. 43.

²⁰¹⁵ En este sentido, SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, J.E., “La Constitución y la reeducación y resocialización del delincuente”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 12, 1980, pp. 180 y ss. Se ha planteado, por la doctrina, la inconstitucionalidad de la pena privativa de libertad que no lleve a la consecución de la reinserción social, se entiende que es para cualquier tipo de privación de libertad, planteándose el problema del parámetro de la reinserción. Ha sido la jurisprudencia constitucional la que ha dado la solución a la cuestión planteada, alegando la constitucionalidad de preceptos que disponían penas con objetivos de reeducación y reinserción (ATC 985/1986, de 19 de noviembre).

²⁰¹⁶ *Ibidem*, pp. 86-87. En el siglo XX dichas condiciones materiales van desapareciendo, lo que prima es la disciplina, en este sentido, manifiesta que es la sociedad disciplinar la que se extiende y la cárcel pierde progresivamente toda función real y toda primacía en la práctica del control en la medida en que ahora las disciplinas y el control están en otra parte, esto es, en lo social.

Pero, un sector doctrinal, entre ellos Cobo del Rosal y Boix, considera que la medición de la pena en un Estado de Derecho debe realizarse por la gravedad del hecho culpable realizado y sería contradictorio que la misma se fundamentara, entonces, en criterios preventivos y no en la culpabilidad, como se deduce del derecho fundamental a la seguridad jurídica²⁰¹⁷. Esta opinión se contrapone en el caso de que el preso se halle reeducado, es decir, la finalidad de la pena ya está lograda. La doctrina mayoritaria, representada por Mapelli Caffarena, Luzón Peña, García-Pablos, sustenta que la reeducación y la reinserción social sólo afectan a la pena o medida de seguridad impuesta, detallando que únicamente se refiere a la pena privativa de libertad y no a todo el sistema de sanciones, aunque existen críticas en cuanto a que no se detalla a qué medida de seguridad se refiere debiéndose concretar en las que consistan en la privación de libertad²⁰¹⁸. En palabras de Jescheck²⁰¹⁹, “de resultar aplicable una pena privativa de libertad, su ejecución debe tener lugar bajo el principio de resocialización, mediante una educación escolar, profesional y corporal del preso, el reforzamiento de su conciencia de responsabilidad y la estimulación de la colaboración activa en el establecimiento penitenciario”.

En un sentido amplio, Kant²⁰²⁰ habló de una *retribución moral*, considerando la pena como una exigencia ética profunda e insuprimible de la conciencia humana. Plantea que “la ley penal es un imperativo categórico: actúa sólo con arreglo aquella máxima que tu quisieras al mismo tiempo que se convirtiese en una ley general” o “actúa como si la máxima de tu conducta se debería convertir por tu voluntad en ley general de la naturaleza”. Por su parte, Hegel²⁰²¹ habló de una *retribución jurídica*, postulando que la pena es la negación del delito y afirmación del Derecho. Afirma que

²⁰¹⁷ Entre ellos, la opinión de COBO DEL ROSAL, M. y BOIX, J., *Derechos fundamentales*, cit., p. 220.

²⁰¹⁸ Ver MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, cit., pp. 133 y ss.; LUZÓN PEÑA, D.M., *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1979, p. 47; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “La supuesta función resocializadora del Derecho penal”, cit., p. 94. SSTC 1/1987, de 21 de enero y 150/1991, de 4 de julio, al manifestar que este fin de la pena (de reinserción) no excluye otros como la prevención general o el carácter retributivo; 19/1988, de 16 de febrero, la reeducación y la reinserción social no es el único objetivo admisible de la privación penal de la libertad, ya que las penas cortas tienen más dificultad en la consecución de tal fin; 120/2000, de 10 de mayo; STS 15 de noviembre de 2005, Sala 2º.

²⁰¹⁹ JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal. Parte General*, trad. de M. Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2000, p. 74.

²⁰²⁰ KANT, E., *Metafísica de las costumbres*, ver la cita que hace CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español*, t. I, Tecnos, Madrid, 2004, p. 22.

²⁰²¹ HEGEL, G.W., *Líneas fundamentales de la filosofía del derecho*, ver la cita que hace CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español*, cit., p. 22.

la lesión que se le impone al delincuente no sólo es en sí justa sino que, al serlo, es al mismo tiempo la expresión racional, expresión de la libertad, su derecho. Al considerarse la pena en este sentido como su derecho, se honra al delincuente como ser racional. Si se justificase la pena por sus efectos preventivos, es decir por razones utilitarias, se utilizaría al delincuente como instrumento para la consecución de fines sociales, lo cual implicaría un menoscabo en su dignidad humana. Estos postulados retributivos de Kant y Hegel que entendían la pena como el castigo por el delito cometido han sido abandonados en el ámbito del Derecho Penal al prevalecer la idea del castigo *ne peccetur no quia peccatum est* para que no se cometan delitos en el futuro. Hegel sustenta, de esta forma, que no corresponde considerar la pena como un mal, ni como un bien, sino que se trata de analizarla como una violación al Derecho.

2.2 El reconocimiento del derecho a la reinserción social

a) Teoría de la prevención especial

A efectos de nuestro estudio, nos interesa concretar la teoría de la prevención especial por el fin que persigue, fin considerado como primordial. Dentro de la prevención especial hay distintas doctrinas, así las moralistas de *la enmienda*²⁰²², las naturalistas de *la defensa social*²⁰²³ y las teleológicas de *la diferenciación de la pena*²⁰²⁴. Desde este punto de vista, se debe advertir que todas se caracterizan porque tienen en cuenta al reo, esto es, a los autores de los hechos y no a los hechos delictivos en sí, siendo de gran relevancia las características personales y no cómo actúan para

²⁰²² Teoría ya reflejada en Platón con *poena medicinalis*, en su obra *Georgias*, en Diálogos, trad. de L. Roig de Lluís, vol, I, 478d, Espasa-Calpe, Madrid, 1998, p. 73. Quien indica “el castigo modera a los hombres, los hace más justos y viene a ser como la medicina de la maldad”; 472e, p.62; 477a, p. 70. Teoría que confunde el derecho con la moral ya que considera que el delincuente y preso es un pecador que hay que reeducar de forma coaccionada. Para Ferrajoli, las doctrinas pedagógicas de la enmienda son el resultado de una desafortunada mezcla de las ideas de Lombroso acerca del *delincuente nato* o *natural* y la desigualdad natural de los hombres, y de las de Spencer acerca de la sociedad como *organismo social* y las de Darwin sobre la selección y la lucha por la existencia, que, aplicadas a semejante *organismo*, le legitimarían para defenderse de las agresiones externas e internas, FERRAJOLI, L, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit. p. 267.

²⁰²³ Dependiendo si se trata de la doctrina positivista o la terapéutica de la defensa social, se perseguirá la prevención especial de los delitos asignado a las penas y a las medidas de seguridad el doble fin de curar al condenado en la presuposición de que es un individuo enfermo y/o de segregarlo y neutralizarlo en la presuposición de que también es peligroso, *Ibidem*, p. 266.

²⁰²⁴ Hace referencia a la orientación correccionalista en función de la prevención especial de las penas a su individualización y diferenciación, *Ibidem*, p. 267, citando a Grolman como el precursor de la idea de que la pena es medio de intimidación del reo, debiéndose adecuar judicialmente a su concreta personalidad. Tanto esta doctrina como la anterior, confunde derecho y naturaleza, sociedad y estado, ordenamientos jurídicos y organismos animales, representando al reo como un enfermo o como ser anormal al que hay que curar o eliminar, *Ibidem*, p. 270, citando a Ferri quien indica que “la pena debería pasar del campo etéreo de las amenazas legislativas al campo práctico de la clínica social de preservación de la infección criminal y los penales en establecimientos de curación física [...]”, *Sociología criminal*, cit., p. 726.

cometer el hecho delictivo. De otro lado, consideran al delito como una patología, lo que se defiende es que la pena va encaminada como terapia política a través de la curación o la amputación²⁰²⁵. Siendo T. Moro²⁰²⁶ quien señalara las primeras líneas de la privación de la libertad personal como pena orientada a la reeducación a través de la doctrina de la enmienda.

No obstante, el tema que se debe analizar es la prevención especial, fundamentada, en sentido general, en la evitación por parte del sujeto que ha cometido el delito de que cometa más, es decir, evitar la reincidencia. Se consigue a través de la educación y socialización del sujeto, como indica la Constitución y la normativa penitenciaria. La reeducación y la resocialización del que ya es recluso, buscando un tratamiento corrector del delincuente²⁰²⁷, esto es, la prevención especial positiva. Pero hay un sector que considera que la resocialización no previene el delito²⁰²⁸. En cuanto a la negativa, se refleja en el hecho de que la pena impuesta, que es la pena privativa de libertad, juega un papel intimidatorio²⁰²⁹ para el que ya ha cumplido la misma con el fin de que no vuelva a delinquir.

Matizando más la cuestión, como indica Castro Moreno²⁰³⁰, “la prevención especial consiste en la inocuización o el aseguramiento del delincuente como forma de protección de la sociedad, que impide *físicamente* al individuo la reincidencia. En suma, la prevención especial se ejerce mediante la intimidación, la mejora y tiene su base en la peligrosidad del sujeto”. Lógicamente, hay infinidad de bibliografía que trata la prevención especial pero analizaré, exclusivamente, la de los principales

²⁰²⁵ FERRAJOLI, L, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit. p. 270.

²⁰²⁶ MORO, S.T., *Utopía*, Libro I, trad. de P. Rodríguez Santidrián, Alianza Editorial, Madrid, 1984, pp. 88-89 y 119, establece la aplicación de los trabajos forzados para los ladrones. Además es utilizable como medida de prevención y de orden público, cuando pone como ejemplo a los vagabundos para experimentar el sistema.

²⁰²⁷ CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas*, cit., p. 80.

²⁰²⁸ Es el caso de DE SOLAS DUEÑAS, A., GARCÍA ARÁN, M. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Alternativas a la prisión: penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, PPV, Barcelona, 1986, p. 7.

²⁰²⁹ Sobre el efecto intimidatorio de la pena es importante [el trabajo](#) realizado por el Prof. José M. RICO, quien concluye que no existe prueba científica del [valor](#) intimidante de la pena, su [concepto](#) es ambiguo, *Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea*, Siglo XXI, México, 1979, pp. 12 y ss.

²⁰³⁰ CASTRO MORENO, A., “El por qué y el para qué de las penas”, cit., p. 80; en el mismo sentido, GÖBBELS, H., “Los asociales”, trad. de A. Linares, Madrid, 1952, p. 214; MEZGER, E., *Criminología*, trad. de Rodríguez Muñoz, Madrid, 1942, p. 284; LISZT, F. V., *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, t. I, Berlín, 1905, p. 166, citado por MAPELLI CAFFENERA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 141.

teóricos. Ya en Platón²⁰³¹ se encuentran indicios; y Séneca²⁰³² indica que “debe ser corregido quien yerra [...] y debe hacerse mejor tanto para sí como para los demás [...]. ¿No es en ocasiones el castigo necesario? ¿Y qué no? [...] no busca dañar sino que cura bajo la apariencia de hacer daño [...]. De la misma manera conviene que el custodio de las leyes y el gobernante de la ciudad en la medida en que pueda, con palabras y éstas las más suaves tutele los espíritus de forma que les persuada a cumplir con su deber y concilie en sus corazones el anhelo de lo honesto y de lo justo y suscite el odio a los vicios y el apremio por las virtudes [...]”.

Pese a estas breves referencias históricas, es en la Escuela Sociológica Alemana o Joven Escuela del Derecho Penal a las que debemos prestar atención, cuyo principal exponente es Von Liszt²⁰³³, considerándose como el precursor de dicha teoría, para quien la pena cumple una función distinta en función del tipo de delincuente. Así, para los delincuentes ocasionales o racionales la pena cumple una función intimidatoria; para los delincuentes que son susceptible de una corrección la pena cumple una función de corrección; para los delincuentes habituales que no son susceptibles ni de intimidación ni de corrección, la función de la pena es la inocuización. Indica que, “[...] la pena no se dirige contra el delito, sino contra los delincuentes [...] debería adoptarse la siguiente clasificación: 1) corrección del delincuente capaz de corregirse y necesitado de corrección (para los que imponía la pena de prisión), 2) intimidación del delincuente que no quiere corrección y, 3) inocuización del delincuente que carece de capacidad de corrección, [...]. Del mismo modo que un miembro enfermo contagia a todo el organismo, la célula cancerosa del delincuente habitual, en rápido crecimiento, se extiende cada vez más intensamente en nuestra vida social”.

Junto a Von Liszt debemos citar a Krause y Röder, para aquél, la enmienda del delincuente es el fin único y justificativo de la pena, lo que significa que el Estado debe tutelar al delincuente como si se tratara de un menor de edad y reeducarlo para

²⁰³¹ PLATÓN, *Las Leyes*, libro IX, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1990, 870e; y en su obra *Georgias*, en Protágoras, Gorgias, Carta Séptima, Alianza Editorial, Madrid, 1998.

²⁰³² SENECA, L.A., *De la Cólera*, Libro I, Cap. VI y XIV, Alianza Editorial, Madrid, 1986, y *Sobre la Clemencia*, Libros II y VII, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 43, 54, 55.

²⁰³³ VON LISZT, F., *La idea del fin en el Derecho penal: programa de la Universidad de Marburgo*, cit., pp. 82 y ss.

que actúe justamente²⁰³⁴. Para Röder, la pena correccional es la más favorable al delincuente, a la vez que al Estado, como un verdadero beneficio para todo el cuerpo social y para el miembro enfermo”²⁰³⁵.

De otro lado, Lombroso²⁰³⁶ también fue seguidor de las teorías preventivas especiales, pero serían Ferri²⁰³⁷ y Garófalo²⁰³⁸ los difusores de sus ideas. En lo que respecta a España, destaca Dorado Montero²⁰³⁹, seguidor de la Escuela correccionalista-positivista, quien mantuvo que “[...] la función llamada Administración de justicia penal es una verdadera cura de almas [...] que es el pecador, más que el pecado ya cometido, propiamente, lo que importa”, transformándose, como se observa, en criterios de resocialización de forma individualizada.

Estas teorías son defendidas por Luzón Peña²⁰⁴⁰ quien subraya que “la misión de la pena no es realizar la justicia, sino algo mucho más modesto: la existencia de la pena (y del Derecho Penal) es una triste necesidad para conseguir fines racionales [...]”; y por Bacigalupo²⁰⁴¹ quien sostiene que “en tanto la pena tiene la finalidad de estabilizar la vigencia de la norma vulnerada por el autor, adquiere una función social utilitaria, consistente en la comunicación de un determinado mensaje destinado a

²⁰³⁴ RÖDER, C.D.A., *Las doctrinas fundamentales reinantes. Sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones. Ensayo crítico preparatorio para la renovación del Derecho penal*, cit., pp. 238-239; CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas*, cit., p. 89.

²⁰³⁵ RÖDER, C.D.A., *Sobre el delito y la pena*, cit., p. 253.

²⁰³⁶ Creador de la Escuela Positiva, aplica el método inductivo experimental al estudio de la delincuencia y concibe al criminal como nato.

²⁰³⁷ FERRI, E., *Los nuevos horizontes del derecho y del procedimiento penal*, trad. de I. Pérez Oliva, Góngora, Madrid, 1887, defiende la idea de que la pena debe imponerse como mecanismo de defensa social para evitar futuros delitos. Partidario de que no se puede establecer una pena fija en función del hecho realizado porque no se puede saber el tiempo que el delincuente va a necesitar en su reinserción social; del mismo, *Principios de Derecho Criminal. Delincuente y delito en la Ciencia, en la Legislación y en la Jurisprudencia*, trad. de J.A. Rodríguez Muñoz, Reus, Madrid, 1933. También son partidarios de la sentencia indeterminada Von Liszt y Röder.

²⁰³⁸ GAROFALO, R., *La Criminología, estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión*, La España Moderna, Madrid, 1900, recoge las propuestas de Ferri para reducir la criminalidad.

²⁰³⁹ DORADO MONTERO, P., *El Derecho protector de los criminales*, tt. I y II, V. Suárez, Madrid, 1916, pp. 180 y ss. En especial las pp. 193-194 en las que trata el tratamiento de los delincuentes. Asimismo, valora la peligrosidad social al afirmar que “lo que se pretende hacer con los delincuentes y en parte se está ya practicando en algunos sitios es conducirse respecto de los mismos de un modo análogo a aquel como se obra bastante generalmente y sin protestas apenas de nadie, con los débiles, enfermos y necesitados de toda clase, tales como los locos, lo alcohólicos, [...]”; del mismo, *Bases para un nuevo Derecho Penal*, Analecta, Pamplona, 2003, p. 8.

²⁰⁴⁰ LUZÓN PEÑA, E., *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1979, p. 22.

²⁰⁴¹ BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 18 y 22, afirma que “La pena será legítima, en la medida en que sea a la vez justa y útil”.

fortalecer la confianza en la vigencia de una norma infringida. Por ello, constituye un medio para lograr un fin socialmente positivo”; o por Gimbernat²⁰⁴², entre otros.

En conclusión, la prevención especial positiva es la que tiene por fin la reinserción social de delincuente y la negativa la neutralización del reo; la positiva se orienta a que los ciudadanos respeten las normas, y la negativa consiste en la amenaza legal mediante la pena²⁰⁴³.

Ahora bien, la prevención especial está en crisis debido a que, en la realidad, los conceptos de reeducación y resocialización no son entendidos conforme a la realidad penitenciaria, asimismo no se sabe cuál es el modelo adecuado para la reinserción de los reclusos. Se ha demostrado que la cárcel más que resocializar desocializa, y teniendo en cuenta los elevados índices de reincidencia de los reclusos hace que demuestre que los programas de reeducación y resocialización no sean efectivos, por tanto, se habla de *crisis de prevención especial*²⁰⁴⁴ o de *fracaso*²⁰⁴⁵ del tratamiento, y postulan un retorno a las ideas retributivas²⁰⁴⁶. Teoría que ha sido superada, incluso así lo refleja la jurisprudencia del Tribunal Supremo en su Sentencia de la Sala 2º de 20 de octubre de 1994, Fj. 5²⁰⁴⁷.

²⁰⁴² Propone renunciar a la culpabilidad como fundamento y como límite de la pena. La pena encontraría únicamente su justificación y su media en las exigencias de la prevención general y la especial, GIMBERNAT ORDEIG, E., “Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal”, *Estudios de Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1990. Además, asevera que la Constitución no impide, a pesar de su referencia expresa a la reeducación y reinserción social, que la pena cumpla también una función retributiva, pues lo que se ha hecho es recoger únicamente aquello que el constituyente consideraba una base doctrina de encuentro: que tiene un cometido de reeducación y reinserción social, del mismo, “El sistema de penas en el futura Código Penal”, *La reforma del Derecho Penal*, Bellaterra, Barcelona 1980, p. 182.

²⁰⁴³ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., pp. 274 y ss.

²⁰⁴⁴ Ver, PAVARINI, M., “La pena utili, la sua crisi e il disincanto: verso una pena senza scopo”, *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, Dottrina e Recherche, 1983; BOTTKE, W., “La actual discusión sobre las finalidades de la pena”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Política criminal y nuevo Derecho penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin, Bosch, Barcelona, 1997; SCHÜNEMANN, B., “Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Política criminal y nuevo Derecho penal*. cit., entre otros.

²⁰⁴⁵ Ver, BOIX REIG, J., “Significación jurídico-penal del artículo 25.2 de la Constitución”, *Escritos Penales*, cit., p. 114; GARCÍA VALDÉS, C., *Teoría de la pena*, cit., p. 156; GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española (Proyecto de 1980 de Código Penal)”, cit., p. 130 se refiere a la prevención especial como una ficción irracional y moralizante; BARATTA, A., “Integración-prevenición: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica”, cit., p. 547.

²⁰⁴⁶ BACIGALUPO, E., *Principios de derecho penal*, cit., p. 22.

²⁰⁴⁷ “La alternativa de la prevención del delito, como razón legitimadora de la pena, se fue enseñoreando en las concepciones doctrinales y legislativas. Las modernas orientaciones sociales superponen a tales finalidades otras en las que se potencia la consideración individual del sujeto, acercando el Derecho Penal a la realidad humana: El delincuente no debe sujetarse a la justicia penal con fines de expiación o de coacción psicológica con efectos meramente preventivos, sino que reclaman otros fines de resocialización del individuo, exigentes de una integración racional de la pena y de la medida de seguridad. Todo cuanto contradiga y se enfrente [...] comportará una tacha desde el punto de vista

Se ha indicado de la *resocialización*, pese a que se trata de un concepto indeterminado y ambiguo, que “no existe acuerdo acerca de lo que debe comprenderse por resocialización, ni lo que significan otros múltiples términos empleados, tanto a nivel legislativo como científico, tales como reeducación, reinserción social, readaptación social. Ésta última, se justifica en base a un sujeto que se encuentra privado de libertad porque ha cometido un delito, vulnerando la normativa jurídico-penal, al haber actuado en libertad es donde radica la razón de su culpabilidad y la posibilidad de su corrección y readaptación social²⁰⁴⁸. En realidad, ello es producto de la ambigüedad de los conceptos, que permite que sean defendidos desde posiciones doctrinales divergentes y en muchas ocasiones antitéticas”²⁰⁴⁹.

Señalan Bustos Ramírez y Hormazábal Malarè²⁰⁵⁰ que no resulta claro cuál debe ser el modelo de sociedad que deba tomarse como referente para efectuar la resocialización. Y desde una visión que entiendo acertada, Castro Moreno²⁰⁵¹ señala que “si la criminalidad es un elemento integrante de la propia sociedad, ésta carecerá de legitimidad para imponer penas por unos hechos que ella misma produce, por lo que se ha planteado, incluso, el que deba ser la sociedad la que deba someterse a resocialización”. Después de lo visto, quizás, el objetivo sería no resocializar sino que las sanciones penales y, especialmente, la pena privativa de libertad, no desocialice más a los sujetos que quedan sometidos a ella. De manera que, como se ha apuntado, los Centros penitenciarios son un “mecanismo excluyente por excelencia, a los que afluyen los grupos más excluidos y marginales de nuestra sociedad, lejos de reducir la exclusión social, no hace sino colaborar activamente a consolidarla, intensificarla y reproducirla día tras día”²⁰⁵².

Desde esta perspectiva, cabe subrayar que la principal crítica es cómo se va a educar para la libertad en condiciones de privación de libertad, existiendo un amplio

constitucional, tornando vulnerable el acuerdo judicial a la luz de los derechos fundamentales”.

²⁰⁴⁸ GARRIDO GUZMÁN, L., *Estudios penales y penitenciarios*, cit., pp. 37-38; BERGALLI, R., *¿Readaptación social mediante la Ejecución Penal?*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1976.

²⁰⁴⁹ SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J.R., *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho penal*, cit., p. 115.

²⁰⁵⁰ BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZABAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho penal*, t. I, cit., p. 51.

²⁰⁵¹ CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas*, cit., p. 96.

²⁰⁵² CABRERA CABRERA, P.J., “Cárcel y exclusión”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º. 35, 2002, pp. 83 y ss.

consenso en la jurisprudencia (STC 120/2000, de 10 de mayo y SSTS 2 de junio de 2000 y de 17 de mayo de 2000, por citar algunas sentencias ejemplificativas) al afirmar que la prisión no es el lugar más adecuado para alcanzar el fin de la pena privativa de libertad, la reinserción social²⁰⁵³; ya que en esa pena privativa de libertad se producen discriminaciones, desigualdades e incluso es considerada como pena inhumana²⁰⁵⁴, finalizando con el problema de la prisionización o de la reincidencia. Mapelli²⁰⁵⁵ es quien describe los efectos de la prisionización indicando que “la sintomatología del aislamiento es fácil de reconocer. Quien la sufre tiene desde problemas sensoriales, como pérdida de visión (ceguera de prisión) debido a los problemas de iluminación y a la falta de horizonte y de perspectivas abiertas, agarrotamiento muscular, hasta los característicos problemas psicosociales como labilidad afectiva con cambios bruscos injustificados, autoafirmación agresiva o sumisión, estados de ansiedad, pérdida de vinculación con el exterior y del interés [...]”. Por su parte, Clemmer²⁰⁵⁶ definió la prisionización como el proceso de adopción de los usos, costumbres, valores, normas y cultura general de la prisión, es decir, la asimilación o interiorización de la subcultura carcelaria, en suma, se asume el rol de recluso, desarrollando nuevas formas de comer, de dormir, de comunicarse, etc., se aceptan costumbres y valores de la comunidad de presos. De manera que, de un lado, Clemmer entiende que la prisionización se alcanza de forma lineal y progresiva con el tiempo de estancia en la prisión, mientras que Wheeler²⁰⁵⁷ entiende que es más alta hacia la mitad del encarcelamiento y menor al inicio y al final del mismo.

En suma, Clemmer y Wheeler llegan a las siguientes conclusiones: la prisionización es un proceso que no puede ser descrito de forma constante, bien al contrario, podría representarse por medio de una línea en forma de U, de manera que

²⁰⁵³ Otras sentencias representativas son, STC 120/2000, de 10 de mayo y SSTS 2 de junio de 2000 y de 17 de mayo de 2000, que vienen a indicar que “la reeducación y la reinserción social no constituyen los únicos fines lícitos de las penas privativas de libertad, sino que también persiguen una finalidad de prevención ya sea general o especial, y que la finalidad de reeducación y reinserción social de las penas privativas de libertad [...] no es un derecho subjetivo a favor de los condenados, sino que es un principio programático [...]”.

²⁰⁵⁴ BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho penal*, t. I, cit., pp. 167-168.

²⁰⁵⁵ MAPELLI CAFFARENA, B., “Contenido y límites del la privación de libertad (Sobre la constitucionalidad de las sanciones disciplinarias de aislamiento)”, en AA.VV., *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos*. Libro Homenaje al Prof. Dtor. D. Ángel Torío López, Comares, Granada, 2000, p. 628.

²⁰⁵⁶ CLEMMER, D., *The Prison Community*, Rinehart & Winston, Nueva York, 1958.

²⁰⁵⁷ WHEELER, S., “Socialization in correctional communities”, *American Sociological Review*, nº. 26, 1961, pp. 679-712.

los extremos corresponden al principio y fin del internamiento en la prisión, que son a su vez los momentos en los que aquel fenómeno se deja sentir más atenuadamente. Consideran que es imposible establecer con rigor una relación entre prisionalización y reincidencia. Paralelamente a Clemmer, Goffman²⁰⁵⁸ realizó una descripción de los efectos de la prisión vinculándolo a la institución total, es decir, a las instituciones cerradas en general aunque el estudio lo hace a partir de hospitales psiquiátricos. Asimismo manifiesta que todos los aspectos de la vida se desarrollan en el mismo lugar y bajo la misma autoridad; todas las actividades se desarrollan junto con otros; todas las actividades están estrictamente programadas, y todas las necesidades y los aspectos de la vida de los internos están sometidos a un plan predeterminado. Estas constataciones, en la actualidad, son mantenidas por algunos autores y rebatidas por otros, así Bergalli²⁰⁵⁹ manifiesta que “el ingreso de un individuo en una institución penitenciaria se traduce en la deposición forzada de su propia determinación; en adelante, serán otras personas las que dispondrán de cada minuto de su vida. Los internos de tal tipo de establecimientos comienzan por sufrir un aislamiento psíquico y social de las personas de su relación; luego pierden la posibilidad de ejercer cualquier rol social. Finalmente todas las alternativas de satisfacer sus necesidades sociales, y materiales, como la movilidad psíquica y social, son reglamentadas y minimizadas”. Aunque ello ya era reflejado por Foucault²⁰⁶⁰ al indicar que “el aislamiento de los condenados garantiza que se pueda ejercer sobre ellos, con el máximo de intensidad, un poder que no será contrarrestado por ninguna otra influencia”.

El proceso de prisionalización no se ha logrado hacer depender exclusivamente del factor tiempo, es decir, no existe una relación matemática entre el tiempo de privación de libertad y el índice de prisionalización. También juegan los factores de las características personales del recluso (que a su vez depende de la edad, la orientación de su socialización hacia normas conformes o desviadas y del grado de estabilidad síquica y la capacidad de tolerancia de situaciones de tensión) y las del centro en

²⁰⁵⁸ GOFFMAN, E., *Asylums. Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates*, trad. *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Amorrortu, Buenos Aires, 1970, pp. 19-20.

²⁰⁵⁹ BERGALLI, R., *La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella*, Sertesa, Barcelona, 1980, p. 276.

²⁰⁶⁰ FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, cit., p. 240.

donde ha permanecido recluso (mayor o menor apertura, su flexibilidad en la aplicación de las normas y su orientación hacia fines custodiales o resocializadores²⁰⁶¹.

De otro lado, Manzanos Bilbao²⁰⁶², asevera que se podrían distinguir hasta cinco etapas como consecuencia de la prisionización: a) *Ruptura con el mundo exterior*: que conlleva la separación física, con la consiguiente privación de estímulos físicos, visuales, auditivos, olfativos. *Desadaptación social y desidentificación personal*: mediante una compleja y variada sucesión de momentos y situaciones rituales de despojo y expoliación, la persona presa experimenta una verdadera «mutilación del yo», c) *Adaptación al medio carcelario*: como mecanismo de defensa para intentar salvar los restos del naufragio personal se produce una readaptación al nuevo contexto físico y relacional, que algunos han llamado proceso de prisionización d) *Desvinculación familiar*: a la dificultad para el contacto y el encuentro interpersonal que supone estar encarcelado suele añadirse la lejanía del lugar de internamiento, los traslados frecuentes, el aislamiento geográfico de las cárceles, que suelen construirse en lugares apartados y con malas comunicaciones, etc. e) *Desarraigo social*: la salida de la cárcel se ve envuelta en una pérdida de posibilidades de cara al empleo por efecto del estigma que implica la condición de ex presidiario, y también como consecuencia de la descualificación que acarrea el período de internamiento. Junto a ello suelen aparecer trastornos psicológicos de insomnio, sentimientos de ser perseguido, o una fuerte inseguridad.

Frente a las teorías negativas sobre la prisionización, se encuentra la de Caballero²⁰⁶³ que recoge algunas manifestaciones positivas. De esta manera, nos encontramos con la asunción de la subcultura carcelaria mediante la prisionización que otorga al preso un nuevo marco de interpretación de la realidad, con valores distintos y bien definidos, de los que se deriva un sistema actitudinal y una nueva forma de comportamiento. Por su parte, Pérez y Redondo²⁰⁶⁴ argumentan el fenómeno citado

²⁰⁶¹ HOHMEIER, K., "Haftdauer und Resozialisierung", *MschKrim*, nº. 7, 1971, pp. 324 y ss., citado por MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., pp. 313-314.

²⁰⁶² MANZANOS BILBAO, C., *Contribución del sistema carcelario a la marginación socio-económica familiar*, cit., pp. 106-124, ver la cita de CABRERA CABRERA, P.J., "Cárcel y exclusión", cit., pp. 87-88.

²⁰⁶³ CABALLERO, J.J., "El mundo de los presos", en JIMÉNEZ BURILLO, F. y CLEMENTE, M., *Psicología social y sistema penal*, Alianza Editorial, Madrid, 1986, pp. 269 y ss.

²⁰⁶⁴ PÉREZ, E. y REDONDO, S., "Efectos psicológicos de la estancia en prisión", *Papeles del psicólogo*, nº. 48, 1991, pp. 54 y ss.

indicando que “hay un aumento del grado de dependencia, debido al amplio control conductual, así como un desplazamiento del *locus* del control hacia el polo externo²⁰⁶⁵; una devaluación de la propia imagen y disminución de la autoestima; el aumento de los niveles de dogmatismo y autoritarismo, que se traducirá en su mayor adhesión a los valores carcelarios; el aumento del nivel de ansiedad; y los efectos en la conducta posterior en términos de tendencia a la reincidencia”. Siendo Alarcón Bravo²⁰⁶⁶ quien establece una serie de variables de la prisionización de los reclusos, como la oposición a la organización formal de la prisión. La estructura organizada de la prisión da lugar a una prisionización y, por tanto, es contraria a la rehabilitación; actitudes negativas al sistema legal; e identificación con la etiqueta de criminal.

Y, en cuanto a la reincidencia, en el siglo XVIII, Lardizabal ya se había dado cuenta de su existencia, indicando que “la experiencia nos demuestra que la mayor parte de los que son condenados por presidios y arsenales, vuelven siempre con más vicios que fueron, y tal vez, si se les hubiera impuesto otra pena, hubiera ganado la sociedad otros tantos ciudadanos útiles y provechosos”. Habla de un necesario cambio en la legitimación racional de la pena²⁰⁶⁷. En suma, la mayor parte de la doctrina entiende que el tratamiento penitenciario es una utopía, afirmando algunos, como Muñoz Conde, que “[...] mientras que no se solucione este problema, el tratamiento seguirá siendo una utopía o una bonita expresión que sólo sirve para ocultar la realidad de su inexistencia o la imposibilidad de su realización práctica”²⁰⁶⁸.

Después de este paréntesis, buena prueba de la crisis indicada ha demostrado que parte de la doctrina, como Muñoz Conde y García Arán, entienda que no tiene cabida, solamente, la prevención especial de la pena, sino que, junto con otras finalidades, se puede conseguir un mayor acercamiento a la reinserción social²⁰⁶⁹. No faltan las

²⁰⁶⁵ Sobre este tema, ROTTER, Generalized expectancies for internal versus external control of reinforcement”, *Psychological Monograph*, nº. 80, 1966.

²⁰⁶⁶ ALARCÓN BRAVO, J., *Tratamiento Penitenciario*, cit., p. 178, citando a Thomas Poole.

²⁰⁶⁷ LARDIZABAL Y URIBE, M., *Discurso sobre las penas*, Universidad de Cádiz, Cádiz, 2001, pp. 47 y ss. Por su parte Von Liszt habla de *subcultura carcelaria o código del recluso*, VON LISZT, F., *La idea del fin en el Derecho penal*, cit., p. 88.

²⁰⁶⁸ Por todos, MUÑOZ CONDE, F., “La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito”, cit., p. 639.

²⁰⁶⁹ En este sentido se ha dicho que “la pena es un fenómeno pluridimensional que cumple diferentes funciones en cada uno de los momentos en que aparece”, y de otro lado, “la pena se justifica por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida

manifestaciones de quienes indican que, partiendo del artículo 1.1 de la CE en el que se subraya que el Estado español es social y democrático de Derecho, “el adjetivo de social hace que sobre los fines de la pena se haga una clara referencia a la finalidad preventivo especial”²⁰⁷⁰, y el término *Derecho* puede recoger el reconocimiento de las garantías del principio de culpabilidad y las finalidades de la prevención general”²⁰⁷¹, de modo que, “el imponer como único fin de la pena la prevención especial sería incompatible con la dignidad de la persona [...] de ahí que haya que entenderse que la norma del artículo 25.2 de la CE es un límite negativo, en el sentido de que el Estado no puede imponer penas privativas de libertad que supongan un obstáculo para su integración y participación en los procesos sociales”²⁰⁷². Pero reitero que mayoritariamente la doctrina entiende que el artículo 25.2 de la CE, en el que se expresa el fin de la pena, es, claramente, un fin de prevención especial positivo, a pesar de que el contenido primero de toda privación de libertad sea punitivo²⁰⁷³. Por consiguiente, la pena se piensa como la prevención de futuras recaídas e, igualmente, como protección de bienes jurídicos²⁰⁷⁴.

No obstante, se ha mantenido que no existe ninguna referencia a que el artículo 25.2 de la CE se refiera exclusivamente a la prevención, sea general o especial, sino que la reeducación es el fundamento de la pena²⁰⁷⁵. En consecuencia, la idea de reeducación y reinserción social es inadmisibles ya que para ello es necesario un cambio previo en las estructuras por entrar en contradicción con la dignidad humana²⁰⁷⁶.

fundamentales [...] (sin la cual) la convivencia humana en la sociedad sería imposible. Su justificación no es por consiguiente, una cuestión religiosa ni filosófica, sino una *amarga necesidad*”, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 50 y pp. 47-48.

²⁰⁷⁰ BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho penal*, t. I, cit., p. 30.

²⁰⁷¹ MIR PUIG, S., “Fundamento constitucional de la pena y teoría del delito”, *Doctrina Penal*, 1979, p. 529.

²⁰⁷² BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho penal*, t. I, cit., p. 52.

²⁰⁷³ BERGALLI, R., “Las funciones del sistema penal en el Estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas”, cit., p. 55.

²⁰⁷⁴ MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, Bosch, Barcelona, 1982, p. 21.

²⁰⁷⁵ En este sentido, BOIX REIG, J., “Aspectos de la Criminología en España”, *Revista General de Derecho*, nº. 440-441, 1981, pp. 15 y ss.

²⁰⁷⁶ En este sentido, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo”, *Anuario de Derecho penal*, 1979, pp. 645 y ss.; SOBREMONTA MARTÍNEZ, J.E., “La constitución y la reeducación y resocialización del delincuente”, *Cuadernos de política criminal*, nº. 12, 1980, pp. 93 y ss.; COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J., “Artículo 25. Derechos fundamentales del condenado. Reeducación y reinserción social”, en COBO DEL ROSAL, M. (dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M., (coord.), *Comentarios a la Legislación penal*, t. I, Edersa, Madrid, 1982, pp. 222-223, manifiestan que no hay que olvidar que el art. 25.2 se encuentra entre los derechos fundamentales y las libertades públicas, y que se trata de que la ejecución de ciertas sanciones

b) Diferentes concepciones doctrinales en torno al fin de la pena privativa de libertad

b.1) Resocialización, normalización o reintegración social

Al abordar el tema en cuestión, se vislumbra un problema fundamental, consistente en la multiplicidad de denominaciones, dificultando, por eso, el concepto exacto. Las discrepancias doctrinales en cuanto a la utilización del término a emplear, creen, de un lado, que los términos de *reeducación* y *reinserción social* son ambiguos e indeterminados, por ello, hay autores que han empleado términos como *resocialización*, por ejemplo Mapelli, García-Pablos o Álvarez García²⁰⁷⁷, entre otros; *normalización*, caso de Giménez-Salinas Colomer²⁰⁷⁸, éste término hace referencia a llevar una vida normal, lo que supone cumplir con obligaciones y derechos; o *reintegración social*, -supuesto de Beristain o Baratta²⁰⁷⁹-.

penales se cumplimente, en condiciones tales, que los penados puedan ejercer voluntariamente su derecho de reincorporación a la sociedad en condiciones satisfactorias. Es un derecho, por tanto, a que el Estado lleve a cabo las correspondientes prestaciones sociales, quiere decir, que debe conservarse la libertad de formación de su voluntad. Entienden que tal inciso “no afecta al fundamento ni a la estructura de la pena privativa de libertad, tan solo es una expresión constitucional [...] de derechos del condenado”.

²⁰⁷⁷ Ver MAPELLI CAFFARENA, B, “Los fines de la ejecución de la pena privativa de libertad”, cit., p. 21; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “La supuesta función resocializadora del derecho penal: utopía, mito y eufemismo”, *Anuario de Derecho Penal*, t. XXXII, 1979, pp. 659 y ss.; del mismo, “La supuesta función resocializadora del derecho penal”, *Estudios Penales*, Barcelona, 1984, p. 93, nota 250; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., “La reeducación y reinserción social en el momento de la conminación”, cit., pp. 38-39, no está de acuerdo con la definición dada por Mapelli, así como tampoco con los términos *enmienda*, *regeneración moral*, entendiendo que se trata, al igual que Dolcini, de términos que encuadran el principio constitucional en una visión ética del Derecho penal “acercándose en este sentido a la ideología retribucionista, más que a las utilitaristas”; BERGALLI, R., “Ideología de la resocialización. La Resocialización como ideología. La situación en España”, *La qüestió penitenciària, Papers d'Estudis i Formació*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1987, pp. 51-66; del mismo, “Resocialización y medidas alternativas (Extravíos conceptuales, políticas sinuosas y confusiones piadosas en las prácticas penitenciarias de España y Catalunya)”, *Jornadas sobre Cumplimiento de la Pena-Associació Catalana de Juristes Demòcrates*, Lleida, 1991.

²⁰⁷⁸ GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, E., “Alternativas al sistema carcelario”, *Cuadernos de Fundación Encuentro*, 1992, asevera que el término *normalización* depura al término *resocialización* de un componente ideológico, sin perjuicio de reconocer que la idea de tratamiento ha permitido “humanizar” las prisiones y en ese sentido que los reclusos reciban un tratamiento más digno; del mismo, “Penas privativas de libertad y alternativas”, *La individualización y ejecución de las penas. Cuadernos de Derecho Judicial*, nº. IX, Madrid, 1993.

²⁰⁷⁹ BERISTAIN IPIÑA, A., “El sistema penitenciario: problemas y soluciones”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 30, 1986, pp. 542-543; BARATTA, A., “Cárcel y Estado social. Por un concepto de <<reintegración social>> del condenado”, en OLIVAS CABANILLAS, E., *Problemas de legitimación en el Estado social*, cit., p. 139; del mismo, “Resocialización o control social: por un concepto crítico de “reintegración social” del condenado”, cit.

Para Beristain Ipiña la ejecución de la pena privativa de libertad debe pretender principalmente la repersonalización y reintegración social, es decir, que el ex recluso lleve en el futuro una vida sin delitos. Y Baratta opina que la reintegración social dependerá del grado y forma del desarraigo social que se presentan en la vida del recluso. De otro lado, habla de la tesis de que la finalidad de una reintegración del condenado en la sociedad no debe ser abandonada, sino que debe ser *reinterpretada* y reconstruida sobre una base diferente, teniendo en cuenta los aspectos positivos y negativos. Mantiene que la reintegración social del condenado no puede perseguirse *a través* de la pena carcelaria, sino que debe perseguirse *a pesar de ella*, o sea, buscando hacer menos negativas las condiciones que la vida en la cárcel comporta en relación con esta finalidad. El término de *reintegración social* es el preferido por Baratta antes que el de resocialización y el de tratamiento, ya que éstos presuponen un papel pasivo del detenido y uno activo de las instituciones, creyendo que son residuos anacrónicos de la vieja criminología positivista que definía al condenado como un individuo anormal e inferior que debía ser (re)adaptado a la sociedad, al valorar a la sociedad como *buena* y al condenado como *malo*.

Piensa que el sujeto es manipulado y que el concepto de reintegración social requiere la apertura de un proceso de comunicación e interacción entre la cárcel y la sociedad, en el que los ciudadanos reclusos en la cárcel se reconozcan en la sociedad externa y la sociedad externa se reconozca en la cárcel. Significa, antes que transformación de su mundo separado, transformación de la sociedad para que reasuma aquella parte de sus problemas y conflictos que se encuentran *segregados* en la cárcel, es decir, corregir las exclusiones de la sociedad que sufren los grupos sociales de los que proviene. Bergalli²⁰⁸⁰, desde una perspectiva muy crítica nos habla de conceptos desfasados que provocan que se caiga en discursos autoalimentadores de prácticas penitenciarias negativas.

Para Baratta²⁰⁸¹, la oportunidad de resocialización es mínima siempre que no exista una apertura de la cárcel a la sociedad y de la sociedad a la cárcel, es decir, que

²⁰⁸⁰ BERGALLI, R., *Cárcel y Derechos Humanos*, RIVERA BEIRAS, I., (coord.), Bosch, Barcelona, 1992.

²⁰⁸¹ BARATTA, A., "Cárcel y Estado social. Por un concepto de <<reintegración social>> del condenado", cit., pp. 140-141.

simbólicamente los muros sean derribados, ya que no se puede segregar a personas y pretender al mismo tiempo reintegrarlas.

En otro sentido, Bergalli²⁰⁸² define la *resocialización* como la reelaboración de un estatus social que significa la posibilidad de retorno al ámbito de las relaciones sociales desempeñadas por quien, por un hecho cometido y sancionado según normas que han producido sus mismos pares sociales, habría visto interrumpida su vinculación con el estrato al cual pertenecía. También es ésta la opinión de Lardizabal²⁰⁸³ al indicar que el fin de la pena es la corrección del delincuente para hacerle mejor, y que la enmienda del delincuente es un objeto tan importante que jamás debe perder de vista el legislador en el establecimiento de las penas, y de García Valdés²⁰⁸⁴ que, en sentido crítico y acertadamente, indica que la idea de tratamiento es consecuencia próxima, desarrollo y, a la vez, desenlace de la idea de corrección. Se pasa de eliminar a retener y adaptar el comportamiento del recluso a la sociedad. En conclusión, no hay que olvidar que la resocialización no previene el delito, ha sido el que ha orientado los movimientos de reforma, buscando fórmulas más efectivas²⁰⁸⁵.

A mayor abundamiento, Rivera Beiras²⁰⁸⁶ sustenta que “el concepto de resocialización es un eufemismo sobre todo para los presos preventivos en el sentido de que están amparados por el principio de presunción de inocencia; lo mismo se puede decir de los delitos ocasionales o delitos por motivos políticos en los que no se precisa de un proceso reinsertador o por simplemente negarse al tratamiento. El sistema utiliza la dinámica premio-castigo. [...] una auténtica resocialización, más que incidir en el comportamiento social desviado, para convertirlo en integrado, debería dirigirse a corregir las causas que generan la existencia de la marginación que nutre las cárceles, y este propósito está totalmente fuera del alcance de lo carcelario, de las intenciones del poder y de la lógica de las relaciones de dominación que regulan la vida social. Señala

²⁰⁸² BERGALLI, R., *¿Readaptación social por medio de la ejecución de penas?*, cit., p. 33; BERGALLI, R. y RIVERA BEIRAS, I., (coord.), *Cárcel y Derechos Humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*, Bosch, Barcelona, 1992; FERNÁNDEZ MORENO, A., *Corrección*, Bilbao, 1921, pp. 209-210, citado por GARCÍA VALDÉS, C., *La ideología correccional*, cit., p. 12.

²⁰⁸³ LARDIZABAL, M., “Discurso sobre las penas”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1967, pp. 77-78, citado por GARCÍA VALDÉS, C., *La ideología correccional*, cit., p. 13.

²⁰⁸⁴ GARCÍA VALDÉS, C., *La ideología correccional*, cit., pp. 27-28 y 117.

²⁰⁸⁵ DE SOLAS DUEÑAS, A. y OTROS., *Alternativas a la prisión: penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, Instituto de Criminología de Barcelona, PPV, Barcelona, 1986, p. 7.

²⁰⁸⁶ RIVERA BEIRAS, I., *Tratamiento penitenciario*, cit., pp. 124 y ss.

que el objetivo disciplinario del tratamiento penitenciario es organizar la vida en las prisiones de tal modo que los principios de seguridad, mantenimiento del orden y buen funcionamiento del establecimiento se conviertan en principio rector. [...] el tratamiento penitenciario se convierte en un medio, en un instrumento, en uno de los recursos tecnológicos fundamentales para garantizar la custodia y vigilancia en las prisiones”.

La clasificación de grados supone una recompensa y, los destinos, traslados, aislamiento en celdas de castigo suponen alargar el tiempo de condena y un plus de penosidad. Opina que existen tres espacios estructurales que configuran el tratamiento disciplinario: los lugares de aislamiento, los espacios de trabajo, actividades y rituales de vida en común (galerías, comedor, taller, etc.) y las actividades de “tratamiento penitenciario” (patio, escuela, sala de estar, etc.). Así como diversos profesionales pertenecientes al cuerpo técnico en relación con las actividades de tratamiento y asistencia, para hacer posible la reinserción social, manifiestan que se ven limitados por la preponderancia otorgada a las tareas administrativas, tareas derivadas de las propias funciones custodiales y represivas que se recogen en la enumeración expuesta de sus funciones: dictámenes para las clasificaciones en grados; informes periciales para los beneficios penitenciarios; control de liberados condicionales y presos en régimen abierto; etc. Hay una prioridad para clasificar y aplicar determinados beneficios a los presos: la capacidad de adaptación al régimen interior de la prisión observada durante el tiempo que ha permanecido como preventivo o penado; la duración de la pena impuesta, y el tipo de delito; es decir, se trata de criterios estrictamente penales y penitenciarios, relegando a un segundo término los demás: familiares, laborales o sanitarios, que se tendrán en cuenta de forma subsidiaria en las revisiones de grado para la reclasificación junto con otros nuevos criterios, también prioritarios, como son el expediente disciplinario que recoge el comportamiento que ha tenido durante el tiempo de estancia, la presencia o ausencia de sanciones, etc. Por tanto, el tratamiento que se aplica a los presos está presidido por principios conductistas y retribucionistas que inculcan, por una parte, un claro concepto de la adaptación social fundamentado en valores insolidarios, autoritarios y domesticadores, necesarios para mantener el orden y la disciplina en el sistema carcelario; y, por otra, una actividad incisiva y penetrante durante el tiempo que dura la reclusión que provoca efectos desocializadores, y que contribuye a reproducir las condiciones psicológicas y sociales que incitan al delito”.

Los que utilizan el término de la *socialización*, lo definen como el proceso por el cual la persona aprende e interioriza, en el transcurso de su vida, los elementos socioculturales de su medio ambiente, los integra en la estructura de su personalidad, bajo la influencia de experiencias y de agentes sociales significativos, adaptándose así al entorno social en que ha de vivir²⁰⁸⁷. Barbero Santos estima al respecto que “socializar no significa otra cosa que el sujeto lleve en el futuro una vida sin cometer delito, no que haga suyos los valores de una sociedad que puede repudiar”²⁰⁸⁸. En consecuencia, socialización es el proceso por medio del cual la persona humana aprende e interioriza, en el transcurso de su vida, los elementos socio-culturales de su medio ambiente y los integra en la estructura de su personalidad, bajo la influencia de experiencias y de agentes significativos, con el fin de adaptarse al entorno social en el que va a vivir²⁰⁸⁹.

Se defiende la tesis de que resocialización y socialización son dos conceptos diferentes. La resocialización ha de garantizar la libertad y la autonomía de la persona, de lo contrario se atenta contra los propios principios de todos Estado social, democrático y de Derecho. Lo que se pretende es reducir los conflictos sociales, lograr una participación del individuo, en este caso, del preso, de manera que estaría en una situación dependiente respecto de la sociedad²⁰⁹⁰.

De otro lado, se habla de *readaptación social*, argumentándose que “[...] el objeto de la readaptación social puede traducirse como las esperanzas mínimas de la sociedad en que un condenado no vuelva a serlo otra vez más, o sea, el evitar futuras recaídas en el delito con lo que debe avenir la reubicación del individuo en la sociedad [...]”²⁰⁹¹.

²⁰⁸⁷ ROCHER, G., *Introducción a la sociología general*, trad. de *Introduction à la sociologie générale*, Herder, Barcelona, 1990, p. 133; GARCÍA-BORÉS ESPÍ, J., “El impacto carcelario”, en BERGALLI, R., (coord.), *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 412.

²⁰⁸⁸ BARRANCO AVILÉS, M. C., *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, cit., p. 80 y por FERNÁNDEZ GARCÍA, J., “El régimen disciplinario”, en AA.VV, *Manual de Derecho Penitenciario*, Colex, Madrid, 2001, p. 132.

²⁰⁸⁹ MANZANOS BILBAO, C., *Cárcel y marginación social. Contribución e investigación aplicada a la Sociedad Vasca*, Gakoa Liburuak, Guipuzkoa, 1991, pp. 58-59.

²⁰⁹⁰ MAPELLI, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 93, cita a LÜDERSSSEN, K., *Kollektiven Zurechnung–individualisierende Haftung. Ein “Grundwiderspruch” der modernen Kriminalpolitik?*, Lüderssen, Sack, Hrsg., 1980, p. 737.

²⁰⁹¹ BERGALLI, R., *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?*, cit., p. 14. A lo largo de la obra demostrará que no es así.

No obstante, con independencia del término utilizado, tiene como finalidad una función correctora e, incluso, de mejora del delincuente²⁰⁹². Surge la idea de que la resocialización dejará de ser un mito cuando se consiga un consenso en torno a tres cuestiones básicas: qué objetivos concretos se pueden perseguir con relación a cada grupo o subgrupo de infractores, qué medios y técnicas de intervención se valoran en cada caso idóneos y eficaces y qué límites no debe superar jamás cualquier suerte de intervención²⁰⁹³.

El legislador ha preferido emplear en el texto normativo las expresiones *reinserción social* y *reeducación* en lugar de *resocialización* o *prevención especial*. No obstante, la expresión *resocialización* está teniendo una difícil entrada en los ordenamientos jurídicos de los diferentes países, que han optado, mayoritariamente, por el uso de términos más concretos y con más arraigo en la Ciencia Penal, sin embargo, no utilizar el concepto de prevención especial es debido a razones más profundas²⁰⁹⁴.

b.2) Reeducción y reinserción

El de *reeducción* es el primer término que utiliza el artículo 25.2 de la CE. En sentido amplio, puede significar volver a educar, pese a que el sujeto, en cuestión, ya tiene una educación. Pero, en sentido estricto, se trata de una educación en valores y comportamientos adecuados a los que tenía en su estado anterior, frente a los actos que le ha llevado a la comisión de un hecho delictivo y, en consecuencia, a la prisión²⁰⁹⁵.

Para un sector doctrinal -García-Pablos- el término *reeducción* es poco afortunado y un “lamentable despropósito”, que pugna con los conocimientos actuales de la criminología, de la ciencia penitenciaria, de las ciencias de la conducta y de la propia política criminal²⁰⁹⁶. Manifiesta además que la función *reeducadora* merece

²⁰⁹² ARANDA CARBONELL, M., *Reeducación y reinserción social. Tratamiento penitenciario. Análisis teórico y aproximación práctica*, cit., p. 18.

²⁰⁹³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 1120-1121.

²⁰⁹⁴ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 140.

²⁰⁹⁵ Al respecto, HAMPTON, J., “The Moral Education Theory of Punishment”, *Philosophy and Public Affairs*, n.º. 13, 1984, pp. 208-238.

²⁰⁹⁶ En este caso, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Funciones y fines de las instituciones penitenciarias”, en COBO DEL ROSAL, M., (dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M., (coord.), *Comentarios a la Legislación penal*, t. VI, vol. I, Edersa, Madrid, 1986, pp. 28-29, citando a GARCÍA VALDÉS, C. y

algún reparo adicional, desde el prisma de su *legitimidad* en una sociedad plural y democrática a la luz de los postulados de un Estado social y de Derecho. Reeducar puede significar, en este sentido, *adoctrinar, domesticar, uniformar*, lo que excede la frontera de paternalismo anacrónico para convertirse en un atentado a los derechos del individuo, inadmisibles por más que se ejecute, paradójicamente, en nombre del propio bien del pasado²⁰⁹⁷.

Desde otro prisma, *reeducar*, consiste en compensar las carencias del recluso frente al hombre libre ofreciéndole posibilidades para que tenga un acceso a la cultura y un desarrollo integral de su personalidad²⁰⁹⁸. El recluso puede iniciar por sí mismo su reeducación²⁰⁹⁹, máxime cuando a los poderes públicos le corresponde, atendiendo al artículo 9.2 de la CE, promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Asimismo, la doctrina, entre ellos Luzón Peña y García García, entiende que no es motivo para delinquir que el sujeto no comparta los valores sociales²¹⁰⁰.

En segundo lugar, la Constitución utiliza el término *reinserción social*, lo que significa volver a insertar. Para algunos, como Bueno Arús, supone la “segunda socialización”²¹⁰¹, no obstante, este autor entiende que la reinserción no es el único fin, no siendo incompatible con la retribución o la protección social. Otros, como Aranda

BERISTAIN IPIÑA, A., *Comentarios a la legislación penitenciaria*, Cívitas, Madrid, 1982, p. 30.

²⁰⁹⁷ GARCÍA VALDÉS, C. y BERISTAIN IPIÑA, A., *Comentarios a la legislación penitenciaria*, Cívitas, Madrid, 1982, p. 32.

²⁰⁹⁸ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., pp. 150-151. En sentido similar, GARCÍA GARCÍA, J., “Tratamiento penitenciario”, en CLEMENTE DÍAZ, M. y SANCHA MATA, V., *Psicología social y penitenciaria*, Escuela de Estudios Penitenciarios, Madrid, 1989, p. 83.

²⁰⁹⁹ COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J., “Derechos fundamentales del condenado. Reeducción y reinserción social”, *Comentarios a la legislación Pena*, t. I, Edersa, Madrid, 1982, pp. 217 y ss.

²¹⁰⁰ Entre otros, LUZÓN PEÑA, D.M., *Medición de la pena y sustitutivos penales*, cit., p. 54. En sentido similar pero no idéntico, García García señala que los reclusos son seguidores de unos valores que le aseguren un puesto privilegiado en el sistema, GARCÍA GARCÍA, J., “La reforma penitenciaria española: actualidad y futuro”, *I Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, 1982, p. 53.

²¹⁰¹ BUENO ARÚS, F., “La resocialización del delincuente adulto normal desde la perspectiva del derecho penitenciario”, *Actualidad Penal*, nº. 5, 1987, pp. 233 y 235. En este sentido, se pronunció el ATC 15/1984, de 11 de enero; SSTC 19/1988, 16 febrero Fj. 9; 148/1994, de 12 de mayo; 48/1996, de 25 marzo; 119/1996, de 8 julio.

Carbonel²¹⁰², hablan de una adaptación a las normas y bienes jurídicos existentes en la comunidad, diferenciando entre resocialización moral o programas máximos que consisten en que el sujeto interiorice y haga suyas las normas sociales. Pero esta tesis no es aceptada por la mayoría de la doctrina al mantenerse que en nuestro Estado social y democrático de Derecho se respeta la dignidad y la personalidad. Por ejemplo, Mapelli²¹⁰³ define *reinsertar* como “volver a meter una cosa en otra. En este sentido, reinserción es un proceso de introducción del individuo en la sociedad, ya no se trata como en el caso de la reeducación de facilitarle ese aprendizaje para que sepa reaccionar debidamente en el momento en que se produzca la liberación”.

Se concluye, en consecuencia, que es una imposición constitucional. Supone, en síntesis, favorecer directamente el contacto recluso-comunidad. Y es en este sentido García-Pablos quien manifiesta que “el término reinsertión social alude al oportuno reencuentro y encaje del individuo en la comunidad una vez cumplida la condena, lo que no presupone modificaciones cualitativas en la personalidad de aquél [...], sino ajustes funcionales y asistenciales por parte de los demás para hacer posible dicho retorno al hábitat convivencial del hombre, afirma que supone la necesidad de prestaciones positivas por parte de la comunidad a favor del ex penado”²¹⁰⁴. Para este autor, la reinsertión supone adaptar al penado nuevamente al orden social y el fin primordial de la pena no es la reinsertión social del recluso, ya que la privación de libertad destruye y aniquila, separa al hombre de la comunidad, afecta negativamente los factores y mecanismos de socialización, los propios grupos primarios, aunque admite que sea un principio inspirador de las Instituciones penitenciarias²¹⁰⁵. Mapelli²¹⁰⁶, sin embargo, aunque señala que la reeducación se presta a ser entendida como «manipulación, dominio o imposición de valores», interpreta el término como «compensar las carencias del recluso frente al hombre libre ofreciéndole posibilidades para que tenga un acceso a la cultura y un desarrollo integral de su personalidad», mientras que la «reinsertión» hace referencia a «favorecer directamente el contacto activo recluso-comunidad», incluso llega a afirmar que “la no utilización del término

²¹⁰² ARANDA CARBONEL, M^a.J., *Reeducación y reinsertión social*, cit., p. 24.

²¹⁰³ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 151; del mismo, “El Nuevo Reglamento Penitenciario: ¿una herramienta reinsertadota?”, “Las ‘nuevas’ Políticas Penales: ¿un cambio hacia dónde?”, *Panóptico*, Tercer Número, 1997.

²¹⁰⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Funciones y fines de las instituciones penitenciarias”, cit., pp. 34 y 42.

²¹⁰⁵ *Ibidem*, pp. 32 y ss.

²¹⁰⁶ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p.

«resocialización» obedece a la falta de precedentes legislativos”. Mientras que para De la Cuesta Arzamendi, “hablar [...] de resocialización del delincuente sin cuestionar al mismo tiempo, al conjunto social al que se pretende incorporarlo, significa aceptar como perfecto el orden social vigente, sin cuestionar ninguna de sus estructuras, ni siquiera aquellas más directamente relacionadas con el delito cometido”²¹⁰⁷.

Ahora bien, al manifestar que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social”, se refiere a la resocialización que hay que llevar a cabo en el ámbito penitenciario y no a la prevención especial. En este sentido crítico, se sitúa Mapelli²¹⁰⁸, quien entiende que se dan dos posibles interpretaciones, una, amplia, por la que la resocialización constituye un fundamento de la pena; la otra, restringida, por la que la resocialización es tan sólo un criterio ordenador de la ejecución penal²¹⁰⁹. Pese a ello, la doctrina ha interpretado los términos *reinserción* y *reeducación* como prevención especial, en esta dirección García-Pablos²¹¹⁰, tomando como base el artículo 1 de la LOGP, asevera que los términos reeducación y reinserción social han de interpretarse como resocialización, ya que es sinónimo de prevención especial siendo la meta de las instituciones penitenciarias la reeducación y la reinserción social, en el sentido de “preparar su vuelta a la vida libre en las mejores condiciones para ejercitar socialmente su libertad”. Así, Mapelli²¹¹¹ entiende que el citado precepto no contiene ningún aspecto preventivo, además de que, a veces, tiene exigencias contrapuestas.

Desde esta perspectiva, cabe subrayar que para un sector doctrinal, como es el caso de Bergalli, prevención especial es sinónimo de readaptación social²¹¹². Él es uno de los autores que opina que existe un vínculo evidente que liga la ejecución penal con

²¹⁰⁷ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “El trabajo penitenciario”, cit., p. 136, citando a Muñoz Conde.

²¹⁰⁸ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., pp. 150 y ss.

²¹⁰⁹ Se añade una tercera interpretación de la mano de Córdoba Roda quien entiende que la resocialización tiene implicaciones para el resto de las instancias penales, CÓRDOBA RODA, J., “La pena y sus fines en la Constitución española de 1978”, *Papers*, n.º. 13, 1980, p. 132; en el mismo sentido, GARCÍA ARÁN, M., *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho Español*, Universitat, Barcelona, 1982.

²¹¹⁰ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1979, p. 651.

²¹¹¹ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 180.

la estructura socio-económica del país; mostrándose partidario del sistema funcional o de la teoría de la socialización, es decir, que el actuar delictivo está originado por los defectos de socialización, de las normas del sistema social, de manera que la resocialización debe ir encaminada a corregir dicha ausencia. Esta teoría es criticada por parte de la doctrina ya que no todo delincuente presenta defectos de socialización. De otro lado, defiende que “resocialización es la reelaboración de un status social que significa la posibilidad de retorno al ámbito de las relaciones sociales en que se desempeñaba quien por un hecho cometido y sancionado según normas que han producido sus mismos pares sociales, habría visto interrumpida su vinculación con el estrato al cual pertenecía”. En consecuencia, supone corresponder en el futuro a las esperanzas mínimas de la sociedad o sea a no ser más punible y con ello ser incluido otra vez en la sociedad.

A efectos de nuestro estudio nos interesa concretar cómo se consigue esa readaptación a través de la ejecución de las penas. Ejecución penal, la del artículo 1 de la LOGP, que en opinión de García-Pablos contempla tres fines, así la reeducación y reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad; los de retención y custodia de detenidos, presos y penados; y la labor asistencial y de ayuda a favor de presos y libertados²¹¹³. Una cuestión que se plantea García-Pablos es la jerarquía o prelación de fines, en caso de hipotético conflicto, argumentando que del propio tenor literal del precepto parece que existe una inequívoca prelación o jerarquía de fines, la reeducación y reinserción social del sentenciado es fin primordial, y, por tanto, al mismo deben subordinarse, en el supuesto de una eventual colisión, los cometidos de retención y custodia, así como los asistenciales. Además, postula que aun reconociendo la primacía de la meta reeducadora como principio orientador de la ejecución penal según el mandato legal, una contemplación realista del mismo obliga a relativizar el problema. En primer lugar, porque la “retención” y “custodia” de “detenidos”, “presos” y “penados” no es, en sentido estricto, un “fin” de la ejecución penal, sin el presupuesto de la misma: un “objetivo mínimo”, pero indispensable, sin el

²¹¹² Es el caso de BERGALLI, R., *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?*, cit., pp. 19 y 22 y 33-43.

²¹¹³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Funciones y fines de las Instituciones Penitenciarias”, cit., pp. 35-36.

cual devienen irrealizables todos los restantes²¹¹⁴. En segundo lugar, porque las finalidades no tienen idénticos destinatarios.

De otro lado, se encuentran aquellos, entre los que cabe citar a Álvarez García o Cattaneo, que analizan la cuestión en base a la distinción entre reeducación-reinserción, como resocialización o recuperación social, frente a la reeducación-enmienda²¹¹⁵, entendiendo que el sujeto debe adquirir la capacidad de vivir en la sociedad respetando la ley penal con los valores dominantes en una determinada colectividad pero solamente en su aspecto externo. Cattaneo identifica la prevención especial con la enmienda, entendiéndola como una de las formas de aquélla. Y en un sentido similar, se pronuncia Müller-Dietz al aseverar que la resocialización pierde su sentido dentro del marco penal por tener una naturaleza y una proyección meta-penitenciaria, vinculando el fin de la integración social con el de la defensa del ordenamiento jurídico, es decir, que la misión de la pena es mostrar la inquebrantabilidad del ordenamiento jurídico y fortalecer y estabilizar la conciencia jurídica.

Frente a éstos, la doctrina constitucionalista, por ejemplo, Rubio Llorente o Urías Martínez, aboga porque se trata de un precepto orientador de la política penal y penitenciaria²¹¹⁶. En opinión de Mapelli²¹¹⁷ la resocialización penitenciaria es antes que nada inserción social y sólo cuando se hace materialmente imposible entra en juego la reeducación. Pero la terminología *reeducar* ha sido criticada por un sector doctrinal²¹¹⁸

²¹¹⁴ Situación que ha puesto en relieve un sector representativo de la doctrina penitenciaria alemana, SCHÜLLER-SPRINGORUM, H., *Strafvollzug im Übergang. Studien zum Stand der Vollzugsrechtslehre*, Göttingen, 1969, p. 213, cita de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Funciones y fines de las Instituciones Penitenciarias”, cit., p. 36, nota 18.

²¹¹⁵ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., “La reeducación y inserción social en el momento de la conminación”, cit., p. 41; CATTANEO, M.A., *Pena, diritto o dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Turin, 1990, p. 170. Ver la cita que hace MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 92.

²¹¹⁶ Ver RUBIO LLORENTE, F., “La Constitución como fuente del derecho”, *La Forma del Poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993; URÍAS MARTÍNEZ, J., “El valor constitucional del mandato de resocialización”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº. 63, 2001.

²¹¹⁷ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 151.

²¹¹⁸ BAJO FERNÁNDEZ, M., “Tratamiento penitenciario y concepción de la pena”, *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez Vitoria*, t. I, Bosch, Barcelona, 1983, p. 39; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Funciones y fines de las Instituciones Penitenciarias”, cit., pp. 30-31; MANZANOS BILBAO, C., “Reproducción de lo carcelario: el caso de las ideologías resocializadoras”, cit., pp. 127 y ss.; MUÑOZ CONDE, F., “La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito”, *La Reforma Penal. Cuatro cuestiones fundamentales*, Universidad de Madrid, 1982, pp. 96-97.

al entender que no todos los sujetos necesitan ser reeducados sino educados, así como otros sujetos no precisan la reeducación, por ejemplo, los *incorregibles* que es imposible reeducarles, además, se olvidan de que la meta de la pena privativa de libertad no es la corrección sino la reeducación²¹¹⁹. En suma, como afirma Ríos Martín²¹²⁰, “no todos los que están en la cárcel son criminales intratables”.

En un sentido amplio, Mapelli²¹²¹ cree que el término *reeducación* se presta a ser entendido como manipulación, dominio o imposición de valores, suponiendo compensar las carencias del recluso frente al hombre libre ofreciéndole posibilidades para que tenga un acceso a la cultura y un desarrollo integral de su personalidad. El objeto del proceso reeducador no es tanto la personalidad del individuo como el marco penitenciario que debe adaptarse de tal forma que el recluso pueda iniciar por sí mismo su reeducación. Mientras que el término *reinserción* hace referencia a favorecer directamente el contacto activo recluso-comunidad. De otro lado, cree que “exigir una política penitenciaria progresista es tanto como revitalizar y generar nuevas garantías en torno al condenado. Frente a técnicas de control difusas basadas en una pretendida resocialización, que han alcanzado unas cotas de manipulación de la personalidad imposibles de controlar por el Derecho y mucho más en una sociedad opaca como la carcelaria, se hace necesario recuperar el sentido auténtico de la prisión como instrumento de castigo contra las conductas que se entienden socialmente insoportables. La pena no puede dar un giro copernicano transformando en bondad y solidaridad lo que no es más que una acción represiva del Estado y si denunciamos ese ropaje político e ideológico encontraremos sólidos argumentos para continuar en una línea reduccionista frente a las agresiones institucionales violentas contra las personas”.

²¹¹⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El trabajo penitenciario resocializador*, cit., p. 135; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1979. Esta corriente confunde el Derecho y la Moral. En la actualidad la confusión está más que superada dando lugar a posiciones humanitarias y tratando una resocialización con “un mínimo de estabilidad y eficacia desde el neutralismo moral y axiológico”, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *La supuesta función resocializadora del Derecho penal*, cit., p. 664. MUÑOZ CONDE, F., “La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito”, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º. 7, 1979, p. 95, citado por DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El trabajo penitenciario resocializador*, cit., p. 136.

²¹²⁰ RÍOS MARTÍN, J.C., *Vientos de libertad: experiencia compartida de lucha contra la cárcel y el sida*, Sal Terrae, Santander, 1994, p. 63.

²¹²¹ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 150; del mismo, “Tendencias modernas en la Legislación penitenciaria”, en VV.AA., *Derecho Penitenciario y Democracia*, Fundación El Monte, Sevilla, 1993, pp. 31-32.

Para otro sector, como es el caso de Ruíz Vadillo,²¹²² la reeducación y reinserción social es predicable de todas las penas y de muchas otras medidas penales aunque no sean privativas de libertad, así la Constitución se refiere a la orientación, que es algo menos que un fin y, como la pena, se sitúa en el punto de equilibrio entre una y otra prevención: la general y la especial, sin perjuicio de buscar sustituciones correctoras de la sanción inicialmente fijada (novación punitiva). No siempre la declaración de que esa orientación de reinserción está obtenida puede llevarnos a dejar sin efecto el cumplimiento de la pena. En el mismo sentido, se afirma que el Derecho Penal no solamente debe defender de los delincuentes a la mayoría, sino que ha de respetar la dignidad del delincuente e intentar ofrecerle alternativas a su comportamiento criminal²¹²³. Esto significa que es necesaria una participación por parte del delincuente además de ofrecerle o proporcionarle la asistencia necesaria. El Tribunal Constitucional es seguidor de esta doctrina cuando entiende, en la Sentencia 109/2000, de 5 de mayo, Fj. 3, que resocialización es el proceso a través del cual el recluso se prepara para la vida en libertad.

Ahora bien, interesa concretar, de otro lado, que la reinserción es la única finalidad constitucional por lo que no puede ser vaciada de contenido y relegada a un *desiderátum* programático²¹²⁴. En esta línea, y desde la perspectiva penitenciaria, se dispone que se procurará, en la medida de lo posible, desarrollar en ellos una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general²¹²⁵. Como ya indicábamos, dicha finalidad se pretende conseguir en un medio de no libertad para que en libertad se respete unas normas. Es por ello que se ha suscitado por un sector doctrinal, Mapelli Caffarena, el problema del alcance y la interpretación del término *Instituciones Penitenciarias* como la destinataria de la función de reeducación y de reinserción social, considerándose que una acepción estricta del mismo incluiría tan sólo el entramado orgánico, estructural,

²¹²² RUÍZ VADILLO, E., “La sociedad y el mundo penitenciario, (La protección de los derechos fundamentales en la cárcel)”, *Eguzkilore*, n.º. 4, 1990, pp. 63-78, y n.º. extraordinario 13, 1999, p. 209.

²¹²³ MIR PUIG, S., *Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 40.

²¹²⁴ DÍEZ PICAZO, L.M., *Sistema de derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 302; basándose en las SSTC 28/1988 y 204/1999, afirma que la reinserción no es un derecho fundamental. La reeducación y la reinserción no pueden ser invocadas por los internos en los casos concretos que les afecte. Ni siquiera (pese a que es la única enunciada) le concede el rango de finalidad principal.

²¹²⁵ Art. 59 de la LOGP.

con lamentable exclusión de la actividad y funcionamiento de tales Instituciones²¹²⁶. “La contraposición (órgano *versus* actividad del órgano) carece de sentido, pues si las “Instituciones” son el titular al que la Ley se refiere, lo decisivo es la “función” que ésta les encomienda; función que implica determinada actividad (“reeducadora”). Reeducadora ha de serlo, por tanto, la actividad que desplieguen las Instituciones penitenciarias (la ejecución penal)”²¹²⁷.

Ahora bien, en cuanto a si la reeducación y la reinserción suponen complementariedad o si una suple las carencias de la otra, hay quien opina, como Sobremonte Martínez, que el legislador constituyente pretendió con la reeducación dar un sentido de preparar al condenado para la fase de resocialización, interesando como procedimiento de educación de una persona que no está educada²¹²⁸. Frente a tal tesis, Mapelli Caffarena mantiene que, mientras que la reeducación aspira a que la prisión no interrumpa el proceso de desarrollo de la personalidad del recluso de acuerdo con los derechos fundamentales recogidos por la Constitución, el segundo atenúa la nocividad de la privación de libertad en la esfera de las relaciones materiales individuo-sociedad²¹²⁹. Y afinando un poco más la cuestión, García-Pablos²¹³⁰ rechaza considerar la reeducación como paso previo y obligado para conseguir dicha reinserción, ya que el concepto de *reinserción* alude al oportuno reencuentro y encaje del individuo en la comunidad una vez cumplida la condena, lo que no presupone modificaciones cualitativas en la persona de aquél (o, al menos, no tiene por qué presuponerlas), sino ajustes funcionales y asistencia por parte de los demás para hacer posible dicho retorno al hábitat convivencial del hombre.

Considera este autor que la reinserción social evoca más la necesidad de determinadas prestaciones positivas por parte de la comunidad y a favor del ex penado que de cambios en la personalidad o alteración del código axiológico de éste. De modo, que sería rechazable cualquier otra lectura del artículo 1 de la LOGP, no incompatible

²¹²⁶ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 178.

²¹²⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Funciones y fines de las Instituciones Penitenciarias”, cit., p. 35.

²¹²⁸ SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, J.E., “La Constitución y la reeducación y resocialización del delincuente”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 12, 1980, p. 98.

²¹²⁹ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 152.

²¹³⁰ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Funciones y fines de las Instituciones Penitenciarias”, cit., p. 34.

con su tenor literal, en el sentido de equiparar el significado de ambos conceptos, el de reeducación y reinserción social, a través de la vía de reputar la reeducación como paso previo y obligado para la reinserción. Pues se olvidaría entonces que esta última exige una aproximación del individuo y la sociedad y unas prestaciones positivas por parte de ésta, si no quiere ser reducida a un mero “sometimiento” incondicionado del individuo al grupo.

A la luz de lo examinado hasta ahora, a título ilustrativo, García-Pablos asigna a los términos de *reeducación* y *reinserción social* la finalidad de poner a disposición del preso unos medios que actúan sobre las causas que han determinado la comisión del hecho delictivo, sin cambiarle de personalidad²¹³¹.

De otra forma de pensar son los que mantienen, como Mapelli Caffarena, Manzanos Bilbao, García Arán y Córdoba Roda, entre otros, que el fin inmediato es evitar la desocialización²¹³². Así Mapelli indica que “la conciencia generalizada de que la pena privativa de libertad por su naturaleza constituye un obstáculo para cualquier tipo de recuperación legal del condenado, justifica que la resocialización aspire ante todo a atenuar en lo posible sus efectos negativos o lo que es lo mismo a su propia imposición”. En sentido similar, Manzanos Bilbao recalca que “se trata de garantizar los derechos del recluso y buscar formas para atenuar los efectos desocializadores de la privación de libertad, como son el desarraigo, desvinculación social, cronificación de conductas delictivas”. Considerando García Arán que “para evitar el nuevo delito es imprescindible que el condenado no termine el cumplimiento de la pena en peores

²¹³¹ Por todos GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología*, cit., p. 451. De esta opinión son BAJO FERNÁNDEZ, “Tratamiento penitenciario y concepción de la pena”, *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez Vitoria*, t. I, Bosch, Barcelona, 1983; MIR PUIG, S., “¿Qué queda en pie de la resocialización?”, *Eguzkilo*, nº. 2, 1989; BUENO ARÚS, F., “La legitimidad jurídica de los métodos de la criminología aplicada al tratamiento penitenciario”, *Estudios penales y penitenciarios*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1981; FIGUEIREDO DIAS, J., de, “El problema penitenciario en los movimientos científicos internacionales”, *VIII Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, 1994.

²¹³² MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 101; MANZANOS BILBAO, C. “Reproducción de lo carcelario: el caso de las ideologías resocializadoras”, cit., p. 135; CÓRDOBA RODA, J., “La pena y sus fines en la constitución española de 1978”, cit., p. 132; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., “La ejecución de la pena privativa de libertad y sus alternativas”, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 571. Todos parten de la premisa de que en los Centros penitenciarios no se dan las condiciones necesarias para la consecución del fin, de ahí que surjan las ideas de las medidas alternativas. Sobre este tema, entre otros, CID MOLINÉ, J., *¿Pena justa o pena útil? El debate contemporáneo en la doctrina penal española*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, pp. 236 y ss.

condiciones de socialización que las que presentaba antes, por lo que la ejecución penitenciaria debe estar presidida por el criterio de la no desocialización del penado y conservación de las condiciones mínimamente favorables para su reincorporación a la vida en libertad”.

Córdoba Roda, manifiesta que “el régimen de cumplimiento de las penas de privación de libertad en su aplicación real no cumple tanto una función de readaptar a la sociedad a quienes, previamente a la imposición de la pena, están necesitadas de tratamiento, cuanto la de intentar aminorar los perjudiciales efectos inherentes a la privación de libertad”. Y García-Borés²¹³³ define el proceso de desocialización como la desaparición de pautas y valores que el sujeto había hecho propios anteriormente y que, consecuentemente, formaban parte de su conjunto de referentes. Proponiendo, Baratta²¹³⁴ redefinir el concepto de *resocialización* y sustituirlo por el de *invulnerabilidad social*. Se plantea que hemos pasado del paradigma de la reinserción al de la retribución, y ello, en nuestro entorno, de la mano de otra significativa mutación: del Estado social al Estado mínimo; todo esto nos ha conducido, por causa que ahora sería prolijo desarrollar a otro modelo: el Estado Penitenciario²¹³⁵.

b.3) Otras concepciones afines

Sinónimos son la *readaptación social*, *corrección*, *enmienda*, *reforma*, *moralización*, *adaptación*, *rehabilitación* y *educación*. Con ellos se alude a la acción constructiva o reconstructiva de los factores positivos de la personalidad del hombre preso y al posterior reintegro a la vida social²¹³⁶, comprendiendo la reeducación como resocialización o como recuperación social. No obstante, se critica cómo se ha implantado el término resocialización y como dicho término no tiene un contenido concreto²¹³⁷. A tal efecto, Quintano Ripollés habla de *rehabilitación* como complemento de los sistemas penitenciarios, dice que en el Derecho Penal moderno la rehabilitación ha perdido su carácter de favor gracioso, para convertirse, ya no en un derecho del

²¹³³ GARCÍA-BORÉS ESPÍ, J., “El impacto carcelario”, en BERGALLI, R., (coord.), *Sistema penal y problemas sociales*, cit., p. 413.

²¹³⁴ BARATTA, S., *Reintegrazione sociale. Redefinizione del concetto*, 1994, pp. 143-150.

²¹³⁵ WACQUANT, L., *Las cárceles de la miseria*, Alianza Editorial, Madrid, 2000, pp. 79 y ss.; del mismo, *El encarcelamiento en América*, Bosch, Barcelona, 2002.

²¹³⁶ NEUMAN, E., “Aspectos penológicos”, cit., p. 24.

²¹³⁷ En este sentido, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “La supuesta función resocializadora del derecho penal”, cit., pp. 22 y ss.; MUÑOZ CONDE, F., “La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito”, cit., p. 64.

ciudadano, sí, al menos, en un complemento lógico y humano de los sistemas penitenciarios progresivos²¹³⁸.

Se consideraba que la *rehabilitación* es un derecho subjetivo, argumentando que será comprendida como tal en el momento en que el condenado exija que se haga a su favor dicha declaración de rehabilitación, esta posición también fue mantenida por Cuello Calón al decir que es un derecho adquirido por el penado mediante su conducta irreprochable, o por Ferrer Sama cuando dice que se caracteriza por el hecho de fundamentarla en la existencia de un verdadero derecho a la misma adquirido por el condenado al demostrar su arrepentimiento y su adaptación a las condiciones de la vida social²¹³⁹.

Con independencia del término empleado, en definitiva, se trataría de separar para reparar, es el prefijo “re” el que define a cada caso para la finalidad y objetivo de las instituciones segregativas: reformar, resocializar, readaptar, reintegrar, reeducar, rehabilitar, etc. Se trata de llevar a cabo un proceso de aislamiento del entorno social cuyos principales características son: desocializador, desintegrador, desidentificador, producidos como resultado de las nuevas relaciones sociales que se generan en el seno de éstos²¹⁴⁰.

3 ¿ES LA REINSERCIÓN SOCIAL UN DERECHO FUNDAMENTAL O UN FIN A CONSEGUIR?

Partiendo de la premisa de que estamos estudiando el artículo 25 de la CE, el cual se encuentra dentro de la Sección “De los Derechos Fundamentales y de las Libertades Públicas”, la pregunta que cabe plantearse es si la reeducación y la

²¹³⁸ QUINTANO RIPOLLÉS, A., “Comentarios al código penal”, *Revista de Derecho privado*, vol. I, Madrid, p. 476; CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal*, t. I, 1936, p. 711; MANZINI, *Tratado*, t. V, p. 393; CAMARGO HERNÁNDEZ, C., *Alternativas a la prisión en el Código Penal de 1995*, XI Jornadas Penitenciarias Lucenses, Lugo, 1996, pp. 21-22, señala que “Se pretende significar que el penado no es un ser eliminado de la sociedad, sino una persona que forma parte de la misma sometido a un régimen jurídico particular”.

²¹³⁹ CAMARGO HERNÁNDEZ, C., *La rehabilitación: historia*, Barcelona, 1960, p. 25.

²¹⁴⁰ MANZANOS BILBAO, C., *Cárcel y marginación social. Contribución e investigación aplicada a la Sociedad Vasca*, cit., pp. 58-59 y 89. Afirma que “La inserción se concibe así como la última fase de un proceso de recuperación social de tipo educativo o curativo consistente en la acción intensiva en un problema del sujeto”, citando a ROCHER, H., *Introducción a la sociología general*, Barcelona, pp. 53-54.

reinserción social son un derecho fundamental o tan sólo un fin principal de la pena privativa de libertad. La CE manifiesta que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social, mientras que la LOGP indica que tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas²¹⁴¹. En este sentido, se trata de una auténtica norma jurídico-positiva dirigida a los poderes públicos para la consecución de la misma. Desde esta perspectiva, cabe subrayar que la generalidad de la doctrina esgrime que las metas resocializadoras se insertan en la propia concepción social del Estado²¹⁴².

Adentrándonos en el estudio de las teorías doctrinales, un sector -Manzanos Bilbao²¹⁴³-, habla de funciones formales desempeñadas por la cárcel, estas funciones formales o legislativas vienen definidas en la Constitución concretamente en el artículo 25.2, al igual que en el ordenamiento penitenciario como función resocializadora de las personas reclusas. Recordemos que la LOGP en su artículo 1 lo establece como función primordial, no obstante, junto a ella, establece otras funciones, como la finalidad de “retención y custodia de detenidos, presos y penados”, y el fin de “prestación de asistencia y ayuda para internos y liberados”. Consiguiéndose, todo ello, como hemos analizado, a través del tratamiento penitenciario como conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados (art. 59.1 de la LOGP). Si bien hay otro sector -caso de Cervelló Donderis²¹⁴⁴- que habla de funciones y fines de la pena para el análisis de los objetivos que persigue dirigidos a evitar delitos futuros y los mecanismos utilizados para eso a través de la prevención general y la prevención especial.

²¹⁴¹ Art. 1 de la LOGP. La Exposición de Motivos también lo recoge como una finalidad fundamental de las penas y medidas de privación de libertad.

²¹⁴² AA.VV., “Sociedad y delito”, *Papers. Revista de Sociología*, nº. 13, Barcelona, 1980.

²¹⁴³ MANZANOS BILBAO, C., “Funciones y objetivos de las prisiones. La cárcel contra el Estado de Derecho”, *Hika*, nº. 133, 2002. De otro lado, se habla de funciones y fines pero de la pena para el análisis de los objetivos que persiguen la pena dirigidos a evitar delitos futuros y los mecanismos utilizados a través de la prevención general y la especial.

²¹⁴⁴ CERVELLÓ DONDERIS, V., “El sentido actual del principio constitucional de reeducación y reinserción social”, *Presente y futuro de la Constitución española de 1978*, Universidad de Valencia, Valencia, 2005, pp. 217-233. En este sentido, la STC 55/1996, de 28 de marzo distingue entre un fin esencial y directo de protección al que responde la norma, otras funciones o fines inmediatos entendidos como prevención general y prevención especial; ÁLVAREZ GARCÍA, J., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Comares, Granada, 2001.

Por otro lado, a modo de aclaración, existe una controversia doctrinal en cuanto que el artículo 25.2 de la CE habla de pena de prisión y no de pena privativa de libertad²¹⁴⁵, trayendo ciertas confusiones, ya que el Código Penal no sólo habla de penas de prisión, al igual que el precepto constitucional tampoco hace mención a las medidas de seguridad. Asimismo, se debe subrayar que el precepto constitucional manifiesta que la reinserción y reeducación será para los que están cumpliendo condena dejando atrás a los presos preventivos y a los condenados que no están cumpliendo la pena. Y es que, como acertadamente afirma Lamarca Pérez²¹⁴⁶, dicha restricción no supone que tal derecho sea reconocido exclusivamente a una clase de reclusos, como tampoco se entiende que el ejercicio de los derechos fundamentales quede excluido para los penados.

La doctrina penal, aunque no la mayoritaria, sostiene que la reeducación y la reinserción son derechos que se incluyen dentro del catálogo de los derechos fundamentales y libertades públicas²¹⁴⁷. Dentro de esta posición, Segovia Bernabé²¹⁴⁸ piensa que, si existe un derecho subjetivo a la reinserción en fase de ejecución, también debe haber un deber prestacional por parte de la Administración penitenciaria para

²¹⁴⁵ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 153, lo califica de terminología simbólica o literaria. En realidad, la expresión *pena de prisión* pertenece al lenguaje ordinario, pero no es ajena tampoco al mundo del Derecho, aunque se aparte de la terminología sustantivo-penal.

²¹⁴⁶ LAMARCA PÉREZ, C., “Los Derechos de los presos”, cit., p. 83.

²¹⁴⁷ Así, para COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J., “Derechos fundamentales del condenado”, cit., p. 222, se trata de un derecho del condenado; de los mismos, *Derechos fundamentales del condenado*, cit., pp. 222-223; TAMARIT SUMALLA, J.M., GARCÍA ALBERO, R. y RODRÍGUEZ PUERTA, M., *Curso de Derecho penitenciario*, cit., p. 35, es una manifestación de una garantía individual y no de un derecho de la sociedad o del Estado, y que para quienes el contenido rehabilitador de la pena se entiende como una manifestación de una garantía individual y no de un derecho de la sociedad o del Estado, conllevaría una inculcación o imposición de un determinado sistema de valores; MORALES PRATS, F., en QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho Penal* cit., p. 103; COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M., *Comentario al Artículo 25*, cit., p. 141, consideran que “no es más que la expresión constitucional, si bien muy imperfectamente formulada, de derechos del condenado que se proyectan sobre la dimensión ejecutiva de las penas (privativas de libertad) y de las medidas de seguridad, señalando unas orientaciones o tendencias”; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “La supuesta función”, cit., p. 93, cit. 250; MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 165, entendiendo que la resocialización impone al Estado la tarea de crear las condiciones necesarias para el logro de esta finalidad; GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la legislación penitenciaria*, cit., p. 195; BARRANCO AVILÉS, M.C., *La teoría jurídica de los Derechos fundamentales*, cit., pp. 81-82, entiende que el tratamiento se formula como un principio orientador de las penas del que únicamente se deriva una obligación general del Estado de promover condiciones favorables para la adaptación social del penado. En otro sentido, el ATC 151/1984, de 7 de marzo, señala que el art. 25.2 no contiene un derecho fundamental sino un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos. En el mismo sentido, la STC 28/1988, de 23 de febrero.

²¹⁴⁸ SEGOVIA BERNABÉ, J.L., *En torno a la reinserción social*, cit., p. 9.

asegurar los medios previstos en el ordenamiento jurídico para llenar de contenido la orientación reinsertadora de las penas privativas de libertad.

Ahora bien, tampoco faltan las tesis de aquellos que sostienen, como Cobo del Rosal y Quintanar Díez, que pese a que el artículo 25.2 de la CE es un derecho fundamental del penado, no puede ser confundido con el fundamento de las penas²¹⁴⁹. La doctrina mayoritaria opina que la declaración constitucional afecta sólo al ámbito de la ejecución de ciertas sanciones penales, de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad²¹⁵⁰. Siguiendo con esta tesis, la reeducación y la reinserción social únicamente se pueden estimar como derechos fundamentales debido a su encuadre en la Constitución y no como fundamentación de la pena, de manera que, como derecho fundamental que es, el recluso puede ejercerlo o concebirlo de forma voluntaria²¹⁵¹. Así como, de forma voluntaria, puede ejercer su derecho de reincorporación a la sociedad en condiciones satisfactorias, y a que se le presten los medios precisos para el desarrollo adecuado de su personalidad. Nuestro Estado es un Estado social y democrático de Derecho de manera que para algunos es un derecho generalizado a todos los miembros del Estado y exigible a los poderes públicos²¹⁵². Es un derecho, y no un deber, al igual que el tratamiento penitenciario, pero es un derecho exclusivamente referido a los condenados a prisión que estuviesen cumpliendo la pena privativa de libertad, por lo que se entiende que se excluye a los que estén cumpliendo una medida de seguridad o cualquier otra pena indicada por la legislación penal.

Por otro lado, Mapelli Caffarena²¹⁵³ reconoce que existe una relación entre la reeducación y la reinserción y los Principios Rectores de la Política Social y Económica

²¹⁴⁹ COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M., “Artículo 25, garantía penal”, cit., p. 140.

²¹⁵⁰ COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J., “Derechos fundamentales del condenado”, cit. p. 219, entienden que sería contradictorio asignarle cualquier otro contenido o encontrar en la reeducación o reinserción social el fundamento o el principal fin de la pena, además sería contradictorio la propia existencia de personas sometidas a penas privativas de libertad ya adaptadas o de imposible adaptación; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “La resocialización del delincuente ¿un mito?”, *Problemas actuales de la Criminología*, Madrid, 1984, p. 215.

²¹⁵¹ Es la opinión de COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M., “Artículo 25, garantía penal”, cit., p. 141.

²¹⁵² Así lo entiende CASABÓ RUÍZ, J.R., “Comentarios al Código penal”, en CÓRDOBA RODA, J., RODRÍGUEZ MOURULLO, G., CASABÓ RUÍZ, J.R. y DEL TORO, A., *Comentarios al Código penal*, Barcelona, 1972, citado por COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M., “Artículo 25, garantía penal”, cit., p. 141.

²¹⁵³ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, cit., pp. 154 y ss.

pero, debido a que se encuentran en el Capítulo segundo de la Constitución, obedece a una intención expresa del constituyente otorgarle un plus, elevándolo a la categoría de derecho fundamental del recluso. Sustenta, además, que “si se niega a lo expresado en el artículo 25.2 de la CE la condición de derecho fundamental, lejos de ser un elemento de dinamización se convierte en una mera declaración de buena voluntad elevada a rango constitucional, se degrada de utopía jurídica a absurdo jurídico”²¹⁵⁴. Con esta visión, esgrime la idea de que por su ubicación estamos ante un derecho fundamental, y considera que la resocialización representa un derecho que afecta a la tutela de la dignidad del recluso como persona, lo que le hace merecer el trato de derecho fundamental²¹⁵⁵.

Podemos advertir, de este modo, que la doctrina penal minoritaria pretende que no pueda hablarse de un derecho fundamental a la reeducación y a la reinserción social. En razón de lo mismo, el argumento que defiende Álvarez García²¹⁵⁶ es que, objetivamente, el Estado no se halla en condiciones de asegurar semejantes finalidades con el único instrumento de la pena privativa de libertad, considerando que el marco constitucional español no posibilitaría la consecución, en la mayor parte de los supuestos, de esos fines reeducacionales o reinsertadores. Partiendo del término *orientación* postula que “no se puede hablar, por lo tanto, y a pesar de la ubicación del artículo 25.2 en el texto constitucional español, de un derecho fundamental a la reeducación y a la reinserción social, y ello porque [...] ni el Estado se halla en condiciones, objetivamente, de asegurar semejantes finalidades con el único instrumento de la pena privativa de libertad, ni en el marco constitucional español, con el actual modelo de Estado [...]”.

Concretamente, la STC 120/2000, de 10 de mayo, considera que “el artículo 25.2 de la Constitución contiene un mandato dirigido al legislador y a la Administración penitenciaria para orientar la ejecución de las penas privativas de libertad [...] el mandato que establece opera como parámetro de ponderación el marco de un sistema

²¹⁵⁴ MAPELLI CAFFARENA, B., “El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional”, cit., p. 24.

²¹⁵⁵ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 165; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “La supuesta función resocializadora del Derecho Penal”, *Estudios Penales*, Barcelona, 1984, también es de esta opinión.

²¹⁵⁶ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Comares, Granada, 2001, p. 37.

del que son piezas claves instituciones como la condena o remisión condicional, las formas sustitutivas de prisión, o por último, los distintos regímenes de cumplimiento de la pena de prisión”²¹⁵⁷. En sentido similar, Córdoba Roda²¹⁵⁸ piensa que la reeducación y reinserción sirven para dar entrada a un principio de humanización que proscribe la imposición de sanciones inútiles, inspiradas en un simple fin de castigo, por la crueldad que supondría la aplicación de tal clase de males. En consecuencia, son perjudiciales para el condenado por la injusticia y crueldad que supondría la aplicación de tal clase de males, y por el deseo de adaptar así las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad a las exigencias actuales de las ciencias criminológica y penal. Afirma, además, que la norma constitucional guarda una cierta similitud con uno de los principios de la moderna defensa social, según el cual, “la pena privativa de libertad tiene por fin esencial la corrección y la readaptación social del condenado”, como manifestación que consagra la sustitución de la “pena-castigo” por el “tratamiento de resocialización”²¹⁵⁹.

Actualmente ya no se mantiene la idea de rehabilitación como una gracia, salvo para aquellos, como es el caso de Camargo Hernández²¹⁶⁰, que defienden que la rehabilitación es una medida de indulgencia que pone de manifiesto y recompensa la buena conducta del condenado después de cumplida la pena.

En resumen, el tema en cuestión se fundamenta en la tesis de que se impone al Estado el crear los medios y las condiciones necesarias para lograr la finalidad indicada: resocialización y reinserción social, es decir, para la reincorporación a la sociedad y el

²¹⁵⁷ Reitera lo indicado la STC 19/1988, de 16 de febrero, Fj. 9.

²¹⁵⁸ CÓRDOBA RODA, J., “La pena y sus funciones en la constitución española de 1978”, cit., p. 139; del mismo, “La pena y sus fines en la Constitución española de 1978”, cit., p. 139; en el mismo sentido, SOLÁ DUEÑAS, A., “Desarrollo democrático y alternativas político-criminales”, *Paper, Sociología*, nº. 13, 1980, pp. 215 y ss.

²¹⁵⁹ CÓRDOBA RODA, J., “La pena y sus fines en la Constitución española de 1978”, cit., p. 131; BERISTAIN IPIÑA, A., *Futura Política Criminal en las Instituciones de Readaptación Social. Derechos humanos de los presos*, Secretaria de Gobernación de Méjico, 1999.

²¹⁶⁰ CAMARGO HERNÁNDEZ, C., *La rehabilitación: historia, doctrina, derecho extranjero y español, y un apéndice conteniendo las leyes, decretos y órdenes dictados sobre la materia*, Bosch, Barcelona, 1960, pp. 24-25.

libre desarrollo de la personalidad²¹⁶¹ con la obligación que tienen los poderes públicos de prestar esos medios²¹⁶².

4. LA REEDUCACIÓN Y LA REINSERCIÓN SOCIAL DE LOS RECLUSOS

4.1 Consideraciones generales

Es necesario situarnos dentro del contexto punitivo para entender que, partiendo de la idea reinsertadora del delincuente en la sociedad, se lleva a cabo en un lugar arquitectónicamente separado de la sociedad. El punto de partida viene a contemplar una serie de dificultades que se sintetizan en el ambiente corrupto de las prisiones, el cual sería el mayor enemigo de la resocialización. De otro lado, la superpoblación carcelaria impide, material y económicamente, desarrollar tratamientos individualizados, y se percibe la destrucción psíquica, asimismo ocurre con los hábitos y roles de conducta nociva en las penas de larga duración²¹⁶³. Es por ello por lo que se constata que, dado que el preso tiene que volver a la vida normal, cuanto más acorde sea la prisión o las actividades que lleve a cabo con la realidad de fuera de los muros, mejor preparado estará para la salida. Siendo Schoen²¹⁶⁴ quien sustenta que el éxito del sistema penitenciario depende de tres variables: la gente que está a cargo de la supervisión, sus métodos y sus posibilidades.

En consecuencia, resocializar al margen de la sociedad es una contradicción insalvable²¹⁶⁵, abandonándose la vieja idea de que internamiento es igual a tratamiento. En este sentido, C. Arenal²¹⁶⁶ afirmaría que la influencia del cautiverio en sí es mala.

²¹⁶¹ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, cit., pp. 154, 157 y 165.

²¹⁶² Así lo indican la STC 19/1988, de 16 de febrero, Fj. 9; SSTS, Sala 2ª, de 25 de marzo de 1993, Fj. 5; de 18 de mayo de 1995 y de 30 de diciembre de 1999, de la Sala 2ª, entre otras.

²¹⁶³ LÓPEZ CABRERO, G., *Penas cortas de prisión*, cit., p. 269.

²¹⁶⁴ SCHOEN, B., "Administrative supervision of prison administration", *Monitoring Prison Conditions in Europe*, París, 1997, p. 93, citado por GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑAS, F., *Sistema penitenciario*, cit., p. 69.

²¹⁶⁵ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑAS, F., *Cárcel electrónica*, cit., p. 17, afirma que se puede poner las primeras bases para el inicio de la resocialización pero, ésta sólo se conseguirá y comprobará fuera de los muros prisionales. De similar opinión son HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 319, argumentando que "en muchos casos la reeducación y reinserción social quedan o deben quedar necesariamente supeditadas a finalidades puramente de custodia o de seguridad".

²¹⁶⁶ ARENAL, C., *El visitador del preso*, Asociación de colaboradores con las presas, Madrid, 1991, p. 52.

Con esta perspectiva, cabe subrayar que se resocializa para humanizar y dar sentido a la cárcel, no se debe entender el proceso de resocialización como un frío proceso mecánico dirigido a despersonalizar a un grupo de individuos convenientemente estigmatizados²¹⁶⁷. Desde este ángulo, la acción despersonalizadora de la prisión tiene como función la adaptación del preso al sistema penitenciario²¹⁶⁸.

La resocialización es el carácter prioritario de todo sistema penitenciario, Mapelli habla de *carta magna del recluso*²¹⁶⁹. Además, el que se proponga a la reeducación y reinserción social como orientaciones primordiales de las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad, no está exigiendo tan sólo que en prisión se organicen programas de tratamiento o resocializadores en sentido propio, sino que obliga también a entender la resocialización en un sentido penitenciario, como principio informador del régimen de vida en prisión (no sólo de las actividades de tratamiento) y especialmente dirigido a la Administración penitenciaria, que debe estructurar aquél de modo que no acentúe los efectos estigmatizantes y desocializadores propios de toda condena penal²¹⁷⁰.

Pero, esta finalidad resocializadora que se plasma en el precepto constitucional, para un sector de la doctrina, como es el caso de Téllez Aguilera²¹⁷¹ es una devaluación consistente en la confusión entre los fines de la pena y los derechos que tiene el condenado.

4.2 Concepto de resocialización

²¹⁶⁷ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑAS, F., *Cárcel electrónica*, cit., p. 18. Citando a Giménez Salinas al indicar que el tratamiento no es una “máquina de cambiar individuos”, GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E., “Penas privativas de libertad y alternativas. La individualización y ejecución de las penas”, *Cuadernos de Derechos Judicial*, nº. IX, Madrid, 1993, p. 119.

²¹⁶⁸ RÍOS MARTÍN, J.C., *Manual de ejecución penitenciaria*, cit., p. 137.

²¹⁶⁹ MAPELLI CAFFARENA, B., “Sistema progresivo y tratamiento” en BUENO ARÚS, F., GARCÍA VALDÉS, C. y otros, *Lecciones de Derecho Penitenciario*, Europa Artes Gráficas, Salamanca, 1989, p. 169; del mismo, *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 99. En sentido muy parecido MUÑOZ CONDE, F., “La cárcel como problema: análisis y crítica de una realidad”, *I Jornadas Penitenciarias andaluzas*, Sevilla, 1983, p. 104.

²¹⁷⁰ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Un deber (no obligación) y Derecho de los privados de libertad: el trabajo penitenciario”, cit., p. 103, del mismo, *Lecciones de Derecho Penitenciario. Ponencias*, cit., pp. 102-103.

²¹⁷¹ TÉLLEZ AGUILERA, A., *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*, cit., pp. 36-37.

El concepto de *resocialización* no es ajeno a nuestro ordenamiento, lo que viene a significar que la reeducación y reinserción sociales a las que se refiere el artículo 25.2 de la CE se han interpretado, en numerosas ocasiones, como resocialización²¹⁷². Ésta ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina, en especial por la europea, que hace referencia a que la reeducación es un término más significativo. En esta dirección, Mapelli²¹⁷³ entiende que “el legislador constitucional ha evitado el término resocialización porque no era su intención orientar la pena privativa de libertad a la prevención especial. Tradicionalmente se ha entendido que el concepto de prevención especial está integrado por tres elementos: intimidación, inocuización y resocialización”. Y reafirma que la resocialización tiene unas connotaciones preventivo-especiales de las que carecen los términos reeducación y reinserción social. En consecuencia, se considera que existe una crisis resocializadora ya que la pena privativa de libertad, en la actualidad, es considerada como pena²¹⁷⁴. Con esta visión, la crisis afecta a la concepción de la prisión como instrumento de mejora o de reforma del recluso, reforma dirigida a impedir la desocialización que puede llevar aparejada la privación de libertad²¹⁷⁵. Como pretende García Valdés²¹⁷⁶, “a nadie se le enseña a vivir en sociedad si se le aparta de ella”.

En la doctrina española, Mappelli es el autor más representativo de los que defienden la resocialización, así como, a mi juicio, ofrece las pautas más adecuadas sobre la resocialización en nuestro sistema jurídico, al propulsar que la constituye un índice corrector de la intensidad del castigo en manos de la Administración

²¹⁷² PEITEADO MARISCAL, P., *La ejecución jurisdiccional de condenas privativas*, cit., nota 86, p. 145.

²¹⁷³ En este sentido, MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, cit., pp. 140 y ss.

²¹⁷⁴ Antes del siglo XVI era considerada como medida de custodia para una posterior condena.

²¹⁷⁵ En este sentido se utiliza el término *prisonización* por Clemmer, que lo define como la necesaria y progresiva adaptación que se va produciendo en el preso a la vida en la cárcel que, constituye una auténtica subcultura en la que rigen determinados valores y conductas que predominan en una sociedad determinada, en la que se supone debe integrarse de nuevo el penado, tras haber cumplido la condena, CLEMMER, D., *The prison community*, 1966; GOFFMAN, E., *Internados*, Amorrotu, Buenos Aires, 1972; del mismo, *Asiles. Etudes sur la condition sociale des malades mentaux et autres reclus*, París, 1968, habla de aculturación o desculturación; BROCKWAY, Z.R., “The American reformatory prison system”, en MARQUART, J.R. y SORENSEN, J.R., (eds.), *Correctional contexts*, Los Angeles, Roxbury, 1997; BONAL, R., “La situación social del ex-recluso. Problemática de la reinserción”, *III Jornadas Penitenciarias andaluzas*, Junta de Andalucía, Sevilla, 1997; MORRIS, N., *El futuro de las prisiones*, México, 1978, p. 37 procesos de “socialización negativa”, incompatibles con el ideal resocializador; BERGALLI, R., *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?*, cit., p. 53; ANDENAES, J., “The Choice a Scandinavian Perspective”, en TONRY, M. y ZIMRING, F., (eds.), *Reform and Punishment*, The University of Chicago Press, Chicago, 1983.

²¹⁷⁶ GARCÍA VALDÉS, C., *La reforma de las cárceles*, Madrid, 1978, p. 17.

penitenciaria. Mapelli²¹⁷⁷ define la *resocialización* como principio fundamental de humanización de la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad en virtud del cual éstas deben adaptarse a las condiciones generales de la vida en sociedad (principio de atenuación) y contrarrestar las consecuencias dañinas de la privación de libertad (*principio de nil nocere*). Lo denomina “resocialización penitenciaria” para distinguirlo de la resocialización como elemento integrante de la prevención especial. A estos efectos, esgrime que la reeducación aspira a que la prisión no interrumpa el proceso de desarrollo de la personalidad del recluso de acuerdo con los derechos fundamentales recogidos por la Constitución, mientras que la reinserción social actúa a otro nivel, puesto que atenúa la nocividad de la privación de libertad en la esfera de las relaciones individuo-sociedad.

Desde esta perspectiva, cabe subrayar que la reinserción se justifica en el *principio nil nocere*, por cuanto lo que se trata de evitar es la exclusión del recluso de la sociedad²¹⁷⁸, de ahí que surja la importancia de las comunicaciones con familiares, relaciones con el exterior, etc. En suma, el objetivo de la resocialización como finalidad de las penas de cárcel no va a ser el tratamiento de la personalidad del delincuente, sino garantizar y promocionar condiciones objetivas para la posterior reintegración social²¹⁷⁹.

Para otros, como es el caso de De la Cuesta Arzamendi, resocializar es igual a procurar el retorno del sujeto al grupo social o crear posibilidades de participación en los sistemas sociales, ofreciendo alternativas al comportamiento criminal²¹⁸⁰. A mayor abundamiento, Álvarez García²¹⁸¹ entiende la concepción de la reeducación-reinserción como resocialización o recuperación social. Como hemos indicado con anterioridad,

²¹⁷⁷ MAPPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., pp. 99 y 152.

²¹⁷⁸ En este sentido, FRANCE, A. y WILES, P., “Dangerous futures: social exclusion and youth work in late modernity”, *Crime & Social Exclusion*, Blackwell Publishers Ltd., Oxford, 1998; ROSTAING, C., “Les détenus: de la stigmatisation à la négociation d'autres identities”, *L'exclusion, l'état des saviors*, Découverte, París, 1996; RUIDÍAZ GARCÍA, C., “Una mirada a la vida en las prisiones: los reclusos y su mundo”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 54, 1994, pp. 1443-1457; TEZANOS, J.F., *La sociedad dividida: estructuras de clases y desigualdades en las sociedades tecnológicas*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2001; WACQUANT, L. y WILSON, W.J., “The cost of racial and class exclusion in the inner city”, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* nº. 501, 1989, pp. 8-25.

²¹⁷⁹ MANZANOS BILBAO, C., “Reproducción de lo carcelario: el caso de las ideologías resocializadoras”, cit., p. 138.

²¹⁸⁰ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., “El trabajo penitenciario”, cit., p. 152.

²¹⁸¹ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., “La reeducación y reinserción social en el momento de la conminación”, cit., p. 41

mantiene que el objetivo no es conseguir que el sujeto adquiriera la capacidad de vivir en la sociedad con respeto hacia la ley penal condicionando al sujeto a los valores dominantes en una determinada colectividad. Pero ello supone la aceptación del llamado *programa mínimo* que se conforma con obtener el acatamiento externo de la norma con objeto de evitar la reincidencia y que no exigen por parte del penado su adhesión interna a determinadas escalas de valores. Es decir, se sigue afirmando el fundamental derecho del recluso a pensar de un modo distinto.

Para otro sector doctrinal, como es el caso de Sánchez Concheiro²¹⁸², aunque no es la idea más extendida, la *resocialización*, tal y como se lleva a cabo en las prisiones, consiste en la educación para ser criminal y buen detenido porque la vida carcelaria favorece la formación de hábitos inspirados en el cinismo, el culto y el respeto a “la violencia ilegal”.

Afinando un poco más la cuestión, supone una contradicción entre el binomio pena de prisión-resocialización. Es decir, el ingresar en prisión supone la aparición de unos efectos desocializadores y desestructurantes que dificultan la integración social. En este sentido, la doctrina ha formulado unas objeciones con respecto al concepto de resocialización entendiéndolo que se encuentra en crisis. Argumentan²¹⁸³: a) el carácter coactivo de la resocialización a través de un tratamiento penitenciario al que no puede oponerse el interno y que, por este motivo, podría atentar contra determinados principios constitucionales²¹⁸⁴; b) la fundamentación de la resocialización en una visión reduccionista e, incluso, clasista de la criminalidad que impediría la imposición de la pena privativa de libertad a los reos de determinados delitos, como los denominados delincuentes ocasionales, pasionales, económicos o los de convicción, que no quieren la reeducación y que precisan una integración social²¹⁸⁵; c) desde el punto de vista práctico, se han objetado también las escasas expectativas de éxito que tiene el desarrollo de un tratamiento que ha de llevarse a cabo en una institución penitenciaria, porque la

²¹⁸² Es el caso de SÁNCHEZ CONCHEIRO, M^a T., *Para acabar con la prisión*, cit., p. 109.

²¹⁸³ Sigo la sistematización adoptada por TAMARIT SUMALLA, J.M., GARCÍA ALBERO, R., SAPENA GRAU, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M., *Curso de Derecho Penitenciario*, cit., pp. 33 y ss. También citada por CARCEDO GONZÁLEZ, R.J. y REVIRIEGO PICÓN, F., (eds.), *Reinserción, derechos y tratamiento en los Centros penitenciarios*, Amarú, Salamanca, 2007, p. 84.

²¹⁸⁴ MORALES PRATS, F, en QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 103.

²¹⁸⁵ STS de 28 de diciembre de 1998, Sala 2^a, Fj. 2.

naturaleza de la prisión como “institución total” acaba imponiendo su propia lógica, según la cual el individuo tiene que adaptarse a un medio diferente al del mundo exterior, hecho que a menudo supone una auténtica desocialización respecto del medio al que después tendrá que volver.

Frente a esta posición, se encuentra la teoría de Segovia Bernabé²¹⁸⁶ al estimar que la *reinserción social* es como un horizonte último del sistema penal y, singularmente, como orientación del sistema punitivo y penitenciario. Se admite que la resocialización es la reelaboración de un estatus social que significa la posibilidad de retorno al ámbito de las relaciones sociales en que se desempeñaba quien por un hecho cometido y sancionado según las normas que han producido sus mismos pares sociales, habría visto interrumpida su vinculación con el estrato al cual pertenecía²¹⁸⁷.

4.3 Los programas resocializadores

Programas resocializadores máximos. Se trata de un grupo de teorías que entienden la resocialización como reforma, en el sentido de transformación interna del condenado. Las teorías son la correccionalista originada por Krause y Röder, y es desenvuelta en España por Dorado Montero o Montesinos. Críticamente, apunta Bettiol²¹⁸⁸ que, en cuanto a la concepción de la resocialización, “la idea retributiva comporta la idea reeducativa”. De tesis similar son los correccionalistas²¹⁸⁹ al señalar que, con la ejecución de la pena, caben más posibilidades de que el sujeto reflexionase

²¹⁸⁶ SEGOVIA BERNABÉ, J.L., “En torno a la reinserción social y a otras cuestiones penales y penitenciarias”, *Anuario de la Escuela de Práctica Jurídica de la UNED*, nº. 1, 2006, p. 1, citado por CARCEDO GONZALEZ, R.J. y REVIRIEGO PICON, F., (eds.), *Reinserción, derechos y tratamiento en los Centros penitenciarios*, cit., p. 85.

²¹⁸⁷ BERGALLI, R., *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?*, cit., p. 33 citando a SCHELLHOSS, H., “Kleines kriminologisches Wörterbuch”, Freiburg i. Br. 1974. Voz “Resozialisation”, pp. 268 y ss. Este autor estima que “el término resocialización no es adecuado porque hace referencia a un único grupo social, a un modelo de sociedad predeterminado. Considera que la resocialización está determinada, junto a la recaída en el delito, por la pertenencia a ciertos estratos sociales [...] “Resocialización” junto a la ausencia de delitos depende de comportamientos distintos, específicos de las clases bajas. Reincorporación a la sociedad sería entonces una “adaptación” tendenciosa a las esperanzas sociales de la clase media [...]”. (pp. 45-46). Difiero de su opinión.

²¹⁸⁸ BETTIOL, G., “Colpa d’autore e certezza del diritto”, *Revista Italiana di proc. Penale*, 1977, p. 419, citado por MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 8.

²¹⁸⁹ En la Escuela correccionalista española destaca GINER DE LOS RÍOS, F., *Estudios jurídicos y políticos*, J. Casano, Madrid, 1921; ARENAL, C., *Estudios penitenciarios*, V. Suárez, Madrid, 1895; SILVELA, L., *El Derecho penal en principios y en la legislación vigente en España*, Madrid, 1903; DORADO MONTERO, P., *El Derecho protector de los criminales*, Madrid, 1915, asumiendo las ideas de la prevención especial sin considerar la corrección como el fin exclusivo de la sanción penal.

sobre su conducta delictiva, estimando que el término resocialización es poco adecuado para abarcar todo el proceso de rehabilitación al que era sometido el delincuente ya que el problema estribaba en la propia estructura personal y no en el sistema social, de tal manera que lo que se pretendía era el sometimiento a una metamorfosis total²¹⁹⁰. Y, de otro lado, históricamente, como refiere, hay una serie de teorías individualistas que parten del delincuente como único y principal objeto del tratamiento. Estas teorías se fundamentan en la expiación, mejora, pedagogía criminal y la nueva defensa social²¹⁹¹.

Ambas corrientes tienen en común la expiación de la pena. Para los retribucionistas, la expiación es inherente a aquélla debido a que ha sido justamente determinada y aplicada y, con ello, se agotan sus pretensiones reeducativas, y para los correccionalistas la expiación no tiene que acompañar necesariamente a la ejecución penal y, en los supuestos en que no ocurra, el Estado estará asistido del derecho de reeducar la personalidad del delincuente por otros medios²¹⁹². Sus teorías se apoyan en que hay que hacerle ver al delincuente que tiene que asumir la pena impuesta por el delito cometido, y en la mejora, esta última característica es propia del concepto de resocialización; la resocialización, comprendida en esta dirección, aparece ajena completamente al sistema penal y no puede esgrimirse ni como fundamento ni como fin de la pena²¹⁹³. El objetivo de nuestro sistema es corregir no vengarse, de este modo lo señala Dorado Montero²¹⁹⁴. Su mayor aspiración es la conversión de los Centros penitenciarios en hospitales para enfermos de almas, siendo interesante la cita que se refiere a que “perfeccionar al hombre es hacerlo más sociable: todo lo que tienda a destruir o entorpecer su sociabilidad impide su mejoramiento, por esto las penas, lejos de atacar deben de favorecer este principio fomentando su acrecentamiento. El objeto de los castigos no es la expiación del crimen sino la enmienda y aviso a los criminales, porque el oficio de justicia no es vengar sino corregir”.

²¹⁹⁰ Opinión de MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 7.

²¹⁹¹ De semejante opinión es Ruíz Vadillo al defender que la pena cumpla un fin de intimidación general, de defensa social y que prevalezca la finalidad de reinserción y rehabilitación social del individuo en particular, RUIZ VADILLO, E., “Algunas consideraciones sobre la reforma de las penas privativa de libertad”: El sistema penitenciario, *Estudios Penales y Criminológicos*, nº. 2, 1977-1978, p. 174. Desde mi punto de vista este planteamiento no funciona.

²¹⁹² PREISSER, W., “Das Recht zu strafen”, *Festschrift Für Mezger*, 1954; DORADO MONTERO, P., *Bases para un nuevo derecho penal*, Analecta, Madrid, 2003.

²¹⁹³ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 10.

²¹⁹⁴ DORADO MONTERO, P., *Bases para un nuevo derecho penal*, cit., p. 127.

En lo que nos remite a la *mejora*, término propio de la concepción ética del concepto de resocialización, lo que se trata de establecer es que, a través de la pena, se estimule al delincuente a que acepte un código moral de la sociedad. Dicho término de mejora, puede referirse a una ética religiosa o social, pero en cualquier caso presupone la pena entendida como bien o como derecho que la comunidad otorga al delincuente²¹⁹⁵. Hace referencia a un proceso individualizado a través del cual cada delincuente se corrige. Frente a la expiación y la mejora, Mapelli²¹⁹⁶ habla de la “resocialización pasiva”, es aquella doctrina que entiende que la resocialización del delincuente, en determinados casos, se convierte en la neutralización o eliminación total o parcial del individuo. Esta concepción no es defendible en esta investigación.

En las teorías de las expectativas, el proceso de socialización es un proceso continuado que tiene su origen en el nacimiento de la persona y finaliza con su muerte. Por tanto, es un proceso sin interrupción, lo que no impide que se divida en dos fases denominadas: socialización primaria y secundaria²¹⁹⁷. Debido al carácter ininterrumpido, Schüler-Springorum²¹⁹⁸ considera que no es consecuente la partícula “re” que precede al término resocialización, ya que ésta da a entender que el individuo o bien reinicia su socialización después de estar interrumpida o bien se ha encontrado en algún momento plenamente socializado. Siguiendo esta línea, Mir Puig²¹⁹⁹ asevera que la pena desde la perspectiva de un Estado social y democrático de Derecho no sólo debe defender de los delincuentes a la mayoría, sino que ha de respetar la dignidad del delincuente e intentar ofrecerle alternativas a su comportamiento criminal, la resocialización sólo puede ser comprendida como participación del sujeto y no como imposición de un determinado sistema de valores. De otro lado, es de la opinión de que concebir de esa manera la resocialización hace que exista una contradicción con la realidad penitenciaria ya que

²¹⁹⁵ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 12, y la nota a pie n.º. 21 como aclaración de que tanto expiación como mejora no tienen por qué ser términos contrapuestos.

²¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 15, cita a Göbbels, manifiesta que hay que reducir por completo la posibilidad de que el asocial con su actitud individual influya de palabra o de hecho sobre la totalidad.

²¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 66 cita a GOTTSCHALCH, W., NEUMANN-SCHÖNWETTER, M. y SOUKUP, G., *Sozialisationsforschung. Materialien, Probleme, Kritik*, Frankfurt/M., 1974.

²¹⁹⁸ *Ibidem*, pp. 66-67 citando a SCHÜLER-SPRINGORUM, H., *Strafvollzug im Übergang. Studien zum Stand der Vollzugsrechtslehre*, Göttingen, 1969, p. 158.

²¹⁹⁹ MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, Bosch, Barcelona, 1982, p. 23.

ésta impone una forma de vivir en la prisión a la que se tiene que adaptar el preso para poder sobrevivir.

Por otro lado, se entiende la *resocialización* como una terapia social, sistema que ha sido criticado ya que el utilizar métodos terapéuticos supone realizar cambios en la estructura del sistema penitenciario, además de no ser aceptado dentro de la criminología ya que no admiten modelos de conducta, lo que siempre haría necesario que el sujeto en cuestión realizase terapias sociales constantemente, realizar cambios de lo asocial hacia lo social. Pese a ser criticada, no es totalmente rechazada, siguiendo a Kaiser²²⁰⁰, la resocialización constituye una estrategia político-criminal. Un sistema de ejecución de penas que no ofreciese al condenado unas alternativas de resocialización por medio del tratamiento constituiría un sistema anacrónico e inadecuado para una sociedad establecida sobre unos principios democráticos. Así pues, Mapelli²²⁰¹ afirma que la resocialización no es un tratamiento terapéutico dirigido a la integración social del condenado sino una tendencia humanizadora de la pena cuya importancia aumentará de acuerdo con la intensidad con que disminuya las exigencias de prevención general.

No es objeto del presente trabajo plantear si la terapia en el tratamiento penitenciario es válida o no, lo que pretendo señalar es que la terapia no puede constituir el objeto ni el medio para llevar a cabo los programas de resocialización en el sistema penitenciario.

Por último, cabe ser citada la Nueva Defensa Social²²⁰² desarrollada por Lambroso, Marc Ancel, Grammatica o Pinatel, y la Pedagogía Criminal, desenvuelta por Hellmer, entre otros. Dichas teorías parten de la premisa de que en el delincuente hay un déficit de socialización que se puede corregir mediante la pena²²⁰³. En opinión de

²²⁰⁰ KAISER, G., “Resozialisierung und Zeitgeist”, *Kultur-Kriminalität-Strafrecht*, Festschrift für Th. Württenberger zum 70 Geburtstag, Berlín, 1977, p. 359, citado por MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 76.

²²⁰¹ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 77.

²²⁰² Sobre este tema, BERISTAIN IPIÑA, A., *Cuestiones penales y criminológicas*, Reus, Madrid, 1979; JORGE BARREIRO, A., “Consideraciones en torno a la nueva defensa social y su relevancia en la doctrina y la reforma penal alemana”, *Ensayos penales*, 1974; MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., pp. 25 y ss.

²²⁰³ Hay autores que utilizar el término *domesticar* o *domar*, GONZÁLEZ NAVARRO, F., “Poder domesticador del Estado y derechos del recluso”, *Libro Homenaje a Eduardo García de Enterría*, Cívitas, Madrid, 1991, p. 1109.

Peiteado Mariscal²²⁰⁴ “desde la óptica del modelo de Estado social y democrático de Derecho, es problemático que el paradigma de identificación para *corregir* al delincuente sea una sociedad que es injusta y que, con sus estructuras injustas, contribuye a generar parte de la criminalidad que posteriormente reprime y pretende eliminar”. Es decir, que puede suponer la imposición de unos valores a través de la pena, suponiendo, por tanto, la vulneración de derechos fundamentales individuales. Se preocupa por abarcar todos los ámbitos relacionados con la reinserción y el tratamiento, además entienden que el Derecho Penal no sólo tiene una función negativa de castigar.

Mapelli²²⁰⁵ indica que la pedagogía criminal debe valorarse como un medio para alcanzar la resocialización más que como una forma de interpretar ésta. Dicha corriente parte de la idea educacional como medio para resocializar, así como los partidarios consideran, además, que la resocialización es como un proceso total que afecta a la personalidad en su conjunto, y también les es común la idea del delincuente como un sujeto que sufre un déficit o una alteración en el proceso normal de educación. Es la doctrina positivista la que estima que la resocialización tiene como fundamento el “consenso, el determinismo y el cientificismo”. De manera que, al considerar al delincuente como un sujeto que padece carencias, no utilizan sobre él el término “resocialización” por creer que el delincuente no se reduce a un desajuste con el sistema social sino que es algo originado por su propia estructura personal, hablan de mejora, rehabilitación, corrección, higiene o profilaxis²²⁰⁶.

Programas resocializadores mínimos. Estos programas son seguidos por Baumann, Eser o Haffke. De todos ellos cabe destacar la teoría de Eser²²⁰⁷, quien es de la opinión de que difícilmente podrá conseguirse el fin resocializador cuando se satisface por medio de un proceso fundado exclusivamente en la adaptación represiva. Tras la denominación de Pedagogía de la autodeterminación se entiende que el concepto

²²⁰⁴ PEITEADO MARISCAL, P., *La ejecución jurisdiccional de condenas privativas*, cit., p. 148.

²²⁰⁵ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 16. La pedagogía criminal en Alemania se encuentra enfrentada, de un lado la concepción clásica es defendida por Peters y Hellmer y de otro lado, con una concepción más cercana a la sociología está Nass o Blau. *Ibidem*, pp. 16-17 y notas de pp. 31-33.

²²⁰⁶ *Ibidem*, pp. 6-7.

²²⁰⁷ ESER, A., “Resozialisierung in der Krise? Gedanken zum Sozialisationsziel des Strafvollzugs”, *Lüdersen/Sack, Abweichendes Verhalten III. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität*, Frankfurt/M., 1977, pp. 285-286, citado por MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., pp. 81-82 y 84-85.

de resocialización se fundamenta en la consideración negativa de la resocialización, es decir, entendida exclusivamente como el ;tú no debes!, referida a la normativa penal es insuficiente por sí sola para ofrecer una estabilización en la conducta del sujeto. Esta teoría surge frente a la posición de la doctrina de la resocialización legal y la resocialización encaminada a conseguir una moral para el recluso conforme a las normas legales existentes. Y entiende que ofrece una relación de dominio respeto del sujeto a tres niveles: el pedagógico, el institucional y el social, o sea, que el educado se defina como necesitado de educación y se le eduque respecto de un modelo perfecto, vinculado a presupuestos externos y empíricos que la potencian y permiten su desarrollo los cuales determinan a su vez el marco institucional, y ha de ser individualizada.

Para lograr semejante estabilización, los fines resocializadores deben ir dirigidos especialmente más que a la preservación de las normas penales, a la conservación de los valores representados por esas normas, para que así pueda adquirir la pena una dimensión más amplia que la meramente disuasiva. En vez de aspirarse a la imposición de una moral determinada debe buscarse la motivación positiva a través de la demostración de las razones, caminos y alternativas que puedan garantizar la defensa de los bienes jurídicos respectivos; y este ofrecimiento de alternativas al sujeto no impide que el propio educador se identifique con una determinada alternativa diferente a la de aquél. Es el precio que ha de pagarse a favor de una sociedad libre en la que pueden convivir diferentes ideologías. Dicha teoría no entra en contradicción con la terapia social ni es incompatible.

En contraposición, están aquellas que creen que hay que partir de los factores que genera la sociedad para que exista delincuencia. En este sentido, destacan las teorías psicoanalíticas que suscriben que la sociedad es la generadora de la delincuencia y la pena a imponer es la necesidad para compensar el sentimiento de culpa de la sociedad. Y las teorías marxistas piensan que la delincuencia es el resultado de unas determinadas relaciones de producción, comprendiendo que la delincuencia no es otra cosa que la expresión de las contradicciones que caracterizan la dinámica de las relaciones de producción en una determinada fase del desarrollo económico-social²²⁰⁸.

²²⁰⁸ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., pp. 30 y 43.

Ambas teorías encierran lo que se denomina como *instrumentalización de la persona*, en el sentido de que no se la culpa totalmente de la comisión del delito porque éste es generado por unos factores de la sociedad, destacando además las teorías de Freud sobre el miedo a la autoridad y el temor al Super-Yo²²⁰⁹. En la actualidad la sociedad busca la retribución por el delito cometido, si se trata de una orientación más conservadora entienden retribución como fundamento de la pena acentuando la prevención general y, si es más progresista, como límite a las exigencias de la prevención.

En estos programas mínimos se entiende que la resocialización está dirigida a lograr una mera adecuación de la conducta externa del condenado a las normas del ordenamiento jurídico, y se abandona la pretensión de incidencia en los valores propios del sometido a la pena privativa de libertad²²¹⁰. Este programa también ha sido cuestionado por la posible contradicción entre la conducta externa y los valores internos del preso, así como la pena no tiene sentido. Se caracteriza porque la resocialización de los presos es mínima, en este sentido, Muñoz Conde²²¹¹ trata el principio resocializador basado en el principio de intervención mínima, es decir, de garantizar un mínimo de derechos del preso, así como de evitar el desarraigo, la desvinculación social, etc.

Estos programas resocializadores mínimos han hecho que un sector doctrinal -entre los autores, De la Cuesta Arzamendi- asuma que la adecuación utilitarista de la conducta externa a la legalidad de las normas de la sociedad no sea una verdadera resocialización ya que sólo permanecerá en la resocialización cuando la coacción penal sea efectiva. Conllevando el riesgo de que, en un momento determinado, por contradicción entre el sistema de valores del individuo y la legalidad o por vacío moral o falta de autodeterminación del sujeto, pueda volver a recaer en el delito²²¹². Igualmente, si la intervención resocializadora sólo ha de pretender el respeto a la

²²⁰⁹ FREUD, S., *Obras completas*, Biblioteca Nueva, t. III, Madrid, 1973, nota 1636; del mismo, *Psicología de las masas*, Freud ya había hecho una inicial distinción entre *Superyó* y *Yo*.

²²¹⁰ PEITEADO MARISCAL, P., *La ejecución jurisdiccional de condenas privativas*, cit., p. 149; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El trabajo penitenciario resocializador*, cit., p. 136; y “La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria”, *Papers d'estudis i formació*, nº. 12, 1993, p. 7.

²²¹¹ MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho penal*, Barcelona, 1975, p. 59. También Kaufmann es partidario de esta idea.

²²¹² DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El trabajo penitenciario resocializador*, cit., p. 137. En contraposición se dice que los sujetos no comparten los mismos valores sociales y eso no supone que delinquen, LUZÓN PEÑA, D.M., *Medición de la pena y sustitutivos penales*, cit., p. 54.

legalidad formal, resulta innecesaria para cuantos, incluso habiendo delinquido, acepten las reglas básicas de la convivencia social. De otro lado, desde la perspectiva más radical, la resocialización a la legalidad suscita el problema de fomentar el respeto acrítico a una legalidad que, en muchos aspectos, puede ser profundamente injusta. No obstante, asegura que tampoco vale para aquellos que hayan delinquido y acepten las normas infringidas como parte de los valores de la sociedad. Este autor es de la opinión de que atendiendo al Estado social y democrático de Derecho, preocupado por garantizar la autonomía individual y la dignidad de las personas, parece preferible la resocialización a la legalidad, reduciendo las influencias al respeto de los bienes y valores protegidos por las normas pena²²¹³. Con esta pretensión, Bergalli²²¹⁴ añade que no es aceptable este contenido de la resocialización porque las leyes pueden ser injustas de tal manera que la resocialización en los valores de la sociedad puede llevar al sujeto a una imposición de valores inadecuados.

Programas de ejecución no desocializadores. Se trata de unos programas que pretenden superar los programas máximos y mínimos. Parten de la idea de que a la vez que se *saca* a un delincuente de la sociedad, posteriormente hay que volverlo a introducir en ella, de ahí las expresiones re-educación, re-socialización, re-inserción social. De esta manera, la pena se impone como consecuencia de un acto o hecho y, a través de ella, como programas de resocialización, pretendiéndose cambiar una conducta interna del sujeto. Es decir, que la resocialización no la hacen desde la pena en general sino concretamente en la pena privativa de libertad, de forma que no es el condenado el que debe ser resocializado, traduciéndose la finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad en una ejecución *humanitaria* de la pena²²¹⁵ o no *desocializadora*. Para Peiteado Mariscal es el programa más compatible con nuestro ordenamiento jurídico, tanto en la finalidad de la pena como en la esencia propia de la pena privativa de libertad²²¹⁶. Pero, ésta teoría ha sido criticada, entre otros por García-Pablos, indicando que únicamente se refiere a la pena impuesta sin cuestionar el papel

²²¹³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria”, cit., pp. 7-8; del mismo, *El trabajo penitenciario resocializador*, cit., p. 139.

²²¹⁴ BERGALLI, R., *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?*, cit., p. 65. Citado por DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria”, cit., p. 7.

²²¹⁵ La resocialización como ejecución humanitaria es desarrollada por KAUFFAMANN, H., *Principios para la reforma de la ejecución penal*, Depalma, Buenos Aires, 1977; MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit.

²²¹⁶ PEITEADO MARISCAL, P., *La ejecución jurisdiccional de condenas privativas*, cit., 151.

de ésta como instrumento de control social. Y también es criticada por Bergalli al indicar que el Estado español tiene grandes fallos en la dimensión social, sobre todo en lo que se refiere a imponer al recluso unas condiciones de convertirse en un miembro activo de la sociedad. Concretamente dice “la intención resocializadora debe ser tacha de ideológica, en el sentido de falsa o errónea representación de la realidad”²²¹⁷.

Programas basados en teorías del psicoanálisis y marxistas. Tratan de hacer programas dirigidos a la sociedad porque consideran que la propia sociedad, al ser injusta, genera la criminalidad. Se generan por principios sociológicos, no se apoyan en la pena privativa de libertad para poder resocializar sino en la sociedad como generadora de delincuencia. Ello me lleva a reafirmar la inseguridad social que hay, teniendo, pues, cabida las tesis de Wilson²²¹⁸ sobre la ley y el orden.

Teniendo en cuenta las distintas tesis, a mi parecer, no se puede comprender la pena sin su ejecución. La función resocializadora se debe encaminar hacia el recluso, en valores y principios, y no sólo en la sociedad, puesto que, a pesar de que entiendo que la sociedad es la generadora de la criminalidad, el ser humano tiene capacidad de decisión para optar por un camino u otro, y el hecho de que haya elegido mal no le hace a la sociedad responsable. Es cierto que la resocialización guarda una estrecha relación con la política criminal y con los factores socioeconómicos, en este sentido, Bergalli²²¹⁹ considera que la política de empleo, de la vivienda, de la educación, de la inmigración, etc., supone luchar contra el delito de una manera individual.

Adentrándonos más en el tema, el sujeto que ha cometido el delito no acepta unas normas dominantes en la sociedad, normas que, generalmente, son admitidas por los ciudadanos, surgiendo un conflicto el cual da lugar al delito. Desde esta perspectiva, no sólo es responsable el sujeto sino también la sociedad, de modo que la resocialización se convierte en un conflicto entre delincuente y sociedad, porque, de un

²²¹⁷ BERGALLI, R., “Los rostros ideológicos de la falsía resocializadora”, *Doctrina Penal*, nº. 36, 1986, p. 595, citado por PEITEADO MARISCAL, P., *La ejecución jurisdiccional de condenas privativas*, cit., p. 152.

²²¹⁸ J.Q. Winson es un criminólogo asesor de Reagan y fundador de la nueva tendencia de la criminología, la administrativa, SÁNCHEZ CONCHEIRO, M^a T., *Para acabar con la prisión. La mediación en el Derecho Penal. Justicia de proximidad*, Icaria, Barcelona, 2006, p. 10.

²²¹⁹ SOLÉ, C., PARELLA, S., ALARCÓN A., BERGALLI, V. y GIBERT, F., “El impacto de la inmigración en la sociedad receptora”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, nº. 90, 2000, pp. 131-158.

lado, se pretenden inculcar unos valores para una futura vida del delincuente en la sociedad sin delitos y, de otro, se pueden suponer vías de solución hacia una conducta *desadaptada* intentando salvar la libertad personal. Por ello, la resocialización pretende proporcionar al preso una capacidad y voluntad de llevar una vida responsable, lo que no determina una adaptación social. No se trata de una educación a una adaptación social o de una sumisión al Estado, sino de una formación para una independencia exterior que posibilita la positiva utilización de las capacidades individuales y de los bienes sociales. Deben desarrollarse responsabilidades y participaciones efectivas en la vida social²²²⁰.

Mapelli habla de la *resocialización legal* frente a las teorías de las expectativas²²²¹. En cuanto a la resocialización legal en España es partidario Luzón Peña y Zugaldia²²²², y próximo a estas ideas se encuentra García Valdés²²²³. Esta resocialización legal se basa en que al efectuarse no se vean alterados los valores de la personalidad del recluso. Aun con ello, García Valdés reconoce que para que se cometan nuevos delitos es necesario que el sujeto en cuestión pierda, total o parcialmente, su autonomía en el desarrollo de su personalidad. Esta teoría no es clara en cuanto a los métodos a aplicar para que el recluso se reinserte en la sociedad, los que sigan la teoría mencionada verán que su objetivo de resocialización y inserción social no será alcanzado. En cuanto a la teoría de las expectativas engloba todo lo referente a las

²²²⁰ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 81, citando en nota 177 a MÜLLER-DIETZ, H., *Wege zur Strafvollzugsreform*, Berlín, 1972, pp. 28-29; MIR PUIG, S., *Función de la pena*, p. 23; HAFFKE, “Hat emanzipierende Sozialtherapie eine Chance? Eine Problemskizze”, *Lüderssen, Sack*, Hrsg., 1977, pp. 291-320, indica que “todo modelo de resocialización que pretenda ser consecuente tiene que dar una respuesta satisfactoria frente al binomio autonomía–dominio. Las aspiraciones resocializadoras tendrán que garantizar la autonomía personal frente al intento de dominio institucional. Entiende que la pedagogía de la autodeterminación de Eser ofrece una relación de dominio respeto del sujeto a tres niveles diferentes: el pedagógico, el institucional y el social. En el pedagógico, educación y terapia consisten en una influencia ajena, presuponen que el educado se defina como necesitado de educación y se le educa respecto de un modelo perfecto; Hentig reconoce esto cuando afirma que “los hombres tienen que ser obligados por medio de la educación a ser libres”, HENTIG, V., *Spielraum und Ernstfall*, 1973, p. 13; en la institucional: la pedagogía de la autodeterminación se vincula a presupuestos externos y empíricos, y la social: la pedagogía de Eser está orientada a un modelo de pedagogía individualizada. La pedagogía de la autodeterminación debe considerarse como fracasada. Mapelli habla de dos tipos de resocialización el preventivo y el penitenciario, el preventivo va unido a la prevención especial y el penitenciario se convierte en un principio de humanización de la ejecución de la pena privativa de libertad, materializando en el ámbito penitenciario el principio de intervención mínima.

²²²¹ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., pp. 55-68.

²²²² Respectivamente, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1979, y “Consideraciones sobre las tendencias del desarrollo de la ciencia del Derecho Penal”, *Revista Mexicana de Derecho Penal*, nº. 3, 1978.

²²²³ GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la Ley General Penitenciaria*, Cívitas, Madrid, 1980.

terapias sociales, siendo el propio sujeto el que determine el fin a que ha de abocar el proceso resocializador. En esta línea, resocialización es un proceso por el que se asigna al individuo un estatus social, resocializar es actuar en el campo social, no se pretende adaptar al individuo a unas normas sino crear las condiciones que obstaculicen la producción de un nuevo delito basándose en métodos de aprendizaje²²²⁴.

Todas las teorías mencionadas hasta ahora sobre la resocialización inciden en la relación recluso-sociedad, de manera que no podemos fijar un sistema penitenciario, ni una política que gire en torno al recluso, sino que, además, afecte a la sociedad, que se vea implicada en la existencia de penas y en la finalidad de las mismas siguiendo los principios sobre los que se sustenta el Derecho en un Estado social y democrático de Derecho²²²⁵. Pero, como correctamente afirma Schneider²²²⁶, “la mayoría de los delincuentes ni son enfermos criminales, ni necesitan de tratamientos o curaciones. Pretender que la desviación social se adapte a la conformidad social por medio de la terapia es tan falso e inhumano como inefectivo”. En definitiva, se concibe la resocialización desde un punto de vista funcional, representado por la teoría de la socialización, basado en la inserción al sistema social y, el modelo valorativo, representado por la teoría correccionalista en la que se pretende una mejora o enmienda²²²⁷. En cuanto al modelo valorativo, Dorado Montero piensa que el delincuente es un ser débil para quien la pena debe servir de medio de rehabilitación, rescate o regeneración; intervención a la que tiene derecho el sujeto por razón de su desgraciada situación psíquica que el delito ha puesto de manifiesto²²²⁸.

²²²⁴ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., pp. 63 y ss., citando a RUNDE, P., “Resozialisierung als wissenschaftliches und sozialpolitisches problema”, en KAUFMANN, A., *Die Strafvollzugsreform*, Karlsruhe, 1971.

²²²⁵ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 92.

²²²⁶ SCHNEIDER, H.J., *Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug*, München, 1976, p. 452, citado por MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 94.

²²²⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1979, pp. 656 y ss. Son seguidores de esta tesis, Sainz Cantero, Röeder, Dorado Montero, Giner de los Ríos, entre otros.

²²²⁸ DORADO MONTERO, P., “El correccionalismo penal y sus bases doctrinales”, *Derecho protector de los criminales*, t. I, Madrid, 1915, pp. 192 y ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El trabajo penitenciario resocializador*, cit., p. 134; ALLEN, F.A., *The Decline of the Rehabilitative Idea: Penal Policy and Social Purposes*, Yale University Press, Nueva Haven, 1981; HUSSEY, F., “Just Deserts and Determinate Sentencing: Impacto in the Rehabilitation Ideal”, *The Prison Journal*, t. LIX, 1980.

4.4 Un fin constitucional para las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad

Partiendo de la tesis de que la pena ha de consistir, necesariamente, en la inflicción de un mal, que se concreta en la privación de un derecho²²²⁹, no se puede afirmar que el fin de las penas privativa de libertad y de las medidas de seguridad sea la reeducación y reinserción social de los presos. Para Peiteado Mariscal, la función resocializadora sólo va referida a las penas, y no a las medidas de seguridad, ya que éstas están sujetas a la privación de libertad²²³⁰. Por otro lado, hay autores que sí consideran que la función resocializadora se extiende a las medidas de seguridad, como es el caso de Boix Reig²²³¹. Y, siguiendo con que la imposición de la pena privativa de libertad no es para resocializar al preso sino para que cumpla condena, la resocialización se configura como un principio penal²²³² y no un derecho fundamental, ya que no todo recluso quiere o necesita la resocialización.

En un sentido amplio, y como hemos venido reiterando, el planteamiento resocializador debe partir del respeto de los derechos del penado, es decir, el concepto de *reinserción social* debe ser reinterpretado en el marco más amplio de los principios constitucionales que inspiran el Estado social de Derecho y, en particular, del principio dinámico de igualdad y del principio de la dignidad del hombre, con lo que el penado objeto de tratamiento se transforma en sujeto de derechos sociales²²³³.

²²²⁹ COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, L., *Derecho penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1987, citado por RUÍZ VADILLO, E., “La sociedad y el mundo penitenciario, (La protección de los derechos fundamentales en la cárcel)”, cit., pp. 63-78, y nº extra 13, 1999, p. 208.

²²³⁰ PEITEADO MARISCAL, P., *La ejecución jurisdiccional de condenas privativas*, cit., p. 166.

²²³¹ BOIX REIG, J., “Significado jurídico-penal del artículo 25.2 de la Constitución”, *Escritos penales*, 1979, p. 113. En este mismo sentido, ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., “Consideraciones sobre la función de la pena en el ordenamiento constitucional español”, en CEREZO MIR, J., SUÁREZ MONTES, R.F., BERISTAIN IPIÑA, A. y ROMEO CASABONA, C., (eds.), *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos*, Comares, Granada, 1999.

²²³² En este sentido, CID MOLINE, J., “Derecho a la reinserción social. Consideraciones a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional en materia de permisos”, *Jueces para la Democracia*, nº. 32, 1998. Reitero que, a mi juicio, la reinserción social es un derecho fundamental por su ubicación en la Constitución.

²²³³ BARATTA, A., “Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistemática”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 24, trad. de García-Méndez y Sandoval, 1984, pp. 533-551.

A efectos de nuestro estudio, interesa determinar que la reinserción social nos sitúa frente a un condenado más real, más específico; ante un sujeto con muchas carencias, algunas de las cuales tienen su origen en su propia condición de recluso. El sistema penitenciario no puede pretender, ni es tampoco su misión, hacer buenos a los hombres, pero si puede, en cambio, tratar de conocer cuáles son aquellas carencias y ofrecer al condenado unos recursos y unos servicios de los que se pueda valer para superarlos²²³⁴. Por otro lado, se admite la posibilidad de que en un futuro el legislador, guiado por el principio de humanidad en la imposición de las sanciones, vaya reduciendo la presencia de la pena privativa de libertad, sustituyéndola por otras modalidades de sanciones (resocialización)²²³⁵. Desde este punto de vista, lo fundamental es evitar la desocialización, para ello habría que eliminar todo lo que pueda infligir al preso, un mal añadido al de la privación de libertad pero entra en contradicción con el sentido real de la prisión. Por su parte, Mapelli²²³⁶ clasifica en tres grupos las manifestaciones doctrinales: la que considera la resocialización como un fundamento de la pena, la que entiende que la resocialización es sólo un criterio ordenador de la ejecución penal²²³⁷, y la que sostiene que, estando fundamentalmente dirigida al ámbito penitenciario, tiene implicaciones importantes en otras instancias del sistema jurídico penal.

En un sentido amplio, Baratta señala los medios más adecuados para llevar a cabo la resocialización, así aboga por la desaparición paulatina de la pena de privación de libertad sugiriendo, como alternativa, una mayor relación entre la comunidad carcelaria y la libre. Por otro lado, Luzón Peña²²³⁸ opina que la resocialización no sería posible frente a los delincuentes por convicción o profesionales incorregibles, para los que entraría en juego cualquiera de los otros dos elementos de la prevención especial, discrepando con este autor porque el precepto constitucional señala que la

²²³⁴ MAPELLI CAFFARENA, B., “Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, nº. 8, 2006, disponible en <http://criminet.ugr.es/>.

²²³⁵ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., pp. 134 y ss.

²²³⁶ *Ibidem*, p. 133. Este autor entiende que sólo tiene cabida en el ámbito penitenciario y que “la resocialización penitenciaria se traduce en el ámbito judicial y legislativo en un mandato ineludible de disminuir la presencia de la pena de prisión en favor de otras modalidades de sanciones”.

²²³⁷ BARATTA, A., “Criminología crítica y Derecho penal”, *Actos del Colegio regional español sobre la Política Criminal y del Derecho penal*, 1978, pp. 43 y ss.

²²³⁸ LUZÓN PEÑA, D., *Medición de la pena y sustitutivos penales*, cit., p. 56.

resocialización y no la prevención especial es la que se debe aplicar a todos los reclusos²²³⁹. Mapelli es contrario a esta tesis ya que lo que se pretende es impedir la actividad delictiva sin modificar las convicciones del autor.

A la luz de lo establecido, el debate doctrinal se centra en averiguar cuándo o en qué fase debe aplicarse la reeducación y la reinserción social, es decir, si debe ser o no en la fase de ejecución de la pena. Pues bien, la posición más acertada es aquella que entiende que debe ser en la fase de la ejecución de la pena, puesto que se cree que, a pesar de que se trata de un derecho que se predica de los privados de libertad, la pena se mide “por la gravedad del hecho culpable” y tiene “como fundamento la reinserción social y la reeducación”²²⁴⁰. En esta misma línea, la doctrina mayoritaria considera que el objetivo resocializador afecta, exclusivamente, al ámbito de la ejecución de las penas.

Además, Córdoba Roda²²⁴¹ indica que la norma constitucional puede interpretarse, de un lado, en el sentido de que la reeducación y la reinserción social es “la única y exclusiva” función de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad, en cuyo caso y, como consecuencia negativa, no podría imponerse la pena privativa de libertad en todos aquellos supuestos en los que “habiéndolo cometido el sujeto un delito conminado con una pena privativa de libertad, no esté aquél necesitado de reeducación y reinserción social”. Por otro lado, con dicho precepto se da entrada “a un principio de humanización que proscribiera la imposición de sanciones inútiles, cuando no claramente perjudiciales para el condenado”, o “inspiradas en un simple fin de castigo”. En consecuencia, si la reeducación y la reinserción social son criterios que han de tenerse en cuenta, exclusivamente, en la fase de ejecución de la pena, dichos criterios no podrán identificarse con la fundamentación de la pena²²⁴².

²²³⁹ Recordemos que ni la Constitución española ni la normativa penitenciaria establecen los métodos que se tienen que desarrollar en los Centros penitenciarios para que los reclusos puedan reincorporarse nuevamente en la sociedad con una aptitud distinta frente a los valores sociales.

²²⁴⁰ COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, I., “Derechos fundamentales del condenado. Reeducación y reinserción social”, cit., pp. 219-220, entienden que la norma constitucional fija un criterio por el que, en determinadas circunstancias, debe regirse la fase de ejecución de las penas, (pp. 222-223) y, COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M., “Comentario al Artículo 25. Garantía penal”, cit., p. 140.

²²⁴¹ CÓRDOBA RODA, J., “La pena y sus fines en la Constitución”, *La reforma del Derecho penal*, Bellaterra, 1980, p. 158; del mismo, “La pena y sus fines en la Constitución española de 1978”, cit., p. 139.

²²⁴² CARCEDO GONZÁLEZ, R.J. y REVIRIEGO PICÓN, F., (eds.), *Reinserción, derechos y tratamiento en los Centros penitenciarios*, Amarú, Salamanca, 2007, p. 82.

A esta cuestión le sigue la pregunta de qué tipo de presos o qué tipo de delitos han de realizar la resocialización, pero ni la Ley ni el Reglamento penitenciarios distinguen los presos en función de los delitos cometidos. A la hora de preguntarnos por la reinserción de los delitos de terrorismo²²⁴³ y el tratamiento penitenciario hacia ellos, es como la de cualquier otro recluso, la normativa penitenciaria nada establece sobre si deben o no tener tratamiento, lo que sí señala es un trato diferente²²⁴⁴. En este sentido, se ha manifestado el Tribunal Supremo en la Sentencia de la Sala 2º de 30 de mayo de 1992, Fj. 2 argumentando que: “no puede conseguirse, o resulta muy difícil, la consecución del mandato constitucional de resocialización cuando se produce, en función de las circunstancias, una excesiva exasperación de las penas. La legalidad constitucional debe prevalecer sobre la ordinaria en supuestos como el que nos ocupa. El desentendimiento de la inspiración constitucional rehabilitadora y de reinserción social, llevaría a un «trato inhumano» a quien [...] se viese abocado a una situación de privación de libertad muy superior a los treinta años. Tal intensidad supondría una privación de oportunidad reinsertadora para el sujeto, una humillación o sensación de envilecimiento superior a la que acompaña a la simple imposición de la condena, trato inhumano y degradante proscrito por el artículo 15 de la Constitución”²²⁴⁵.

Con independencia del término que se utilice de *reinserción*, *readaptación*, *resocialización*, etc., todos van encaminados a la consecución de la misma finalidad, suponen un cambio de actitud que pueda permitir vivir una vida sin delito.

Pero, en realidad, al no hacer distinciones no está evitando que se produzcan discriminaciones, sino que está obviando problemas específicos y nos está mostrando

²²⁴³ Es la Convención de Ginebra de 16 de noviembre de 1987, la que configura el terrorismo como un delito independiente y lo define como los actos criminales contra el Estado y cuyo fin es la de provocar el terror contra personalidades determinadas, grupos de personas o en el público. A esta definición se le une la dada por GONZÁLEZ CURSSAC, J.L., “El derecho penal frente al terrorismo”, *Lección Inaugural del curso Académico 2005/2006*, Universidad Jaime I de Castellón, Castellón, 2005, al indicar que son actos de violencia que constituyen delitos comunes con una finalidad de subvenir el orden constitucional y alterar la paz pública, siendo indiferente si se realizan en el seno de una organización o se cometan individualmente; KAISER, G., *Introducción a la Criminología*, trad. de J.L. Rodríguez Devesa, Dykinson, Madrid, 1988; MARTÍNEZ-CARDÓS, L., “El terrorismo: aproximación al concepto”, *Actualidad Penal*, nº. 26, 1998, pp. 479 y ss., el terrorismo es un modo de consecución del poder político y un modo de dominación política, basado precisamente en el terror.

²²⁴⁴ Ver el art. 72.6 de la LOGP.

²²⁴⁵ De modo similar se pronuncia la STS, Sala 2ª, de 20 de octubre de 1994, Fj. 6.

que el sistema penitenciario está construido por y para las necesidades de un modelo de sujeto que podríamos definir como “masculino y nacional”²²⁴⁶. Por último, aunque la normativa penitenciaria sólo habla de los condenados a penas privativas de libertad y medidas de seguridad, en cuanto a la reeducación y reinserción, no quedan, por ello, excluidos los preventivos, puesto que al tratarse de un derecho fundamental, queda incluido cualquier preso. No obstante, atendiendo al artículo 5 de la LOG se deduce que no hay reeducación ni reinserción social para ellos puesto que prima la presunción de inocencia hasta que un Juez o Tribunal emite una sentencia condenatoria. En consecuencia, si aún no es culpable no se le puede aplicar un tratamiento rehabilitador, sin embargo, gozan de las mismas garantías, derechos y deberes que el resto de los presos.

Por consiguiente, es doctrina reiterada que las finalidades de reeducación y reinserción social que a las penas privativas de libertad impone el art. 25.2 de la CE tengan un alcance genérico que el legislador no ha de obviar al fijar las penas aplicables a cada delito y los límites de su efectivo cumplimiento, lo mismo que ocurre con los Juzgados y Tribunales para la aplicación de las normas penales y penitenciarias, y con los órganos de la Administración correspondientes. Pero no puede servir para, salvo casos extremos, imponer unos límites a las penas legalmente impuestas que no sean los que la propia legislación positiva reconoce a la vista de la resocialización, que, como argumento esencial y prioritario, se impone en virtud del artículo 15 de la CE que proscribire las penas o los tratos inhumanos y degradantes”²²⁴⁷.

4.5 La cárcel, lugar de reeducación para reinsertarse

a) La prisión como escuela de reeducación

²²⁴⁶ BODELÓN GONZÁLEZ, E., “Género y sistema penal: los derechos de las mujeres en el sistema penal”, en BERGALLI, R. y OTROS, *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 458.

²²⁴⁷ Asimismo, la SSTs 15 de febrero y de 18 de julio de 1996; Sala 2ª de 30 de enero de 1998; Sala 2ª de 28 de diciembre 1998; STC 112/1996, de 24 junio, indican que la orientación a la reinserción y reeducación no es la única finalidad de la pena y que aunque “este principio constitucional no constituya un derecho fundamental no significa que pueda disociarse en la aplicación de las leyes, y menos aún cuando el legislador ha establecido, cumpliendo el mandato de la Constitución, diversos mecanismos e instituciones en la legislación penitenciaria dirigidos a garantizar dicha orientación resocializadora, o al menos, no desocializadora”. En el mismo sentido, de generalización ya se pronunció CASABÓ RUÍZ, J. R., CÓRDOBA, J., RODRÍGUEZ MOURULLO, G. y DEL TORO, A., *Comentarios al código penal*, t. II, Ariel, Barcelona, 1972, p. 8.

Partiendo de la idea de que la resocialización supone adquirir pautas distintas a las del momento de cometer el delito, se trata de hacer desaparecer roles del exterior, como ya indicaba Bergalli, los roles laborales, familiares y sociales. La imagen del mundo exterior va distorsionándose²²⁴⁸. Y, continuando con la idea del objetivo resocializador, que sólo se persigue en el marco de respeto a la libre voluntad del recluso y al libre desarrollo de su personalidad²²⁴⁹, se llega a la conclusión de que la prisión no encaja como modalidad penal dentro de la filosofía de un Estado social y democrático de Derecho, ni tan siquiera un enfoque resocializador preventivo ha resuelto las tensiones que origina la privación de libertad en un Estado que considera ésta como un elemento nuclear del desarrollo de la personalidad y de la dignidad de las personas²²⁵⁰.

Matizando lo dicho, se afirma por un sector doctrinal -Baratta, García-Pablos o Bergalli, entre otros- que la prisión no resocializa, ya que éste es un concepto que no está completamente definido, incluso se recalca que la resocialización es un proceso de interacción entre el individuo y la sociedad, a cuyas normas debe adaptarse el individuo²²⁵¹. En definitiva, la prisión da lugar a desarraigo y desvinculación de la sociedad no concibiéndose cuando existe una pena larga²²⁵², al igual que en una pena corta. En cuanto a éstas últimas, el Tribunal Constitucional en la Sentencia 120/2000, de 10 de mayo manifiesta que cabe la resocialización en las penas cortas, en contraposición con la anterior STC 19/1988, de 16 de febrero. Y la jurisprudencia del Tribunal Supremo también entiende que no cabe la resocialización en las penas cortas (STS de 9 de noviembre de 1998, y de 28 de diciembre de 1998). Sin embargo, otros argumentan -Muñoz Conde- que, si se ha procedido a eliminar la pena de muerte y los trabajos forzados, también se pueden extinguir algunas de las penas de hoy día y plasmar otras que posiblemente llevarían a un mayor éxito de la reinserción. Concretamente señala que “como no tiene cabida la reinserción en la cárcel lo que se debe propugnar es la

²²⁴⁸ PINATEL, J., *La sociedad criminógena*, Aguilar, Madrid, 1969 citado por GARCÍA-BORÉS ESPÍ, J., “El impacto carcelario”, en BERGALLI, R. y OTROS, *Sistema penal y problemas sociales*, cit., p. 415.

²²⁴⁹ Es el caso de MUÑOZ CONDE, F., “La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito”, cit., p. 95.

²²⁵⁰ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 139.

²²⁵¹ MUÑOZ CONDE, F., “La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito”, cit., pp. 94 y 105.

²²⁵² CULLEN, F.T. y GILBERT, K.E., *Reaffirming Rehabilitation*, Anderson, Ohio, 1985.

abolición de la cárcel”²²⁵³. En sentido similar se pronuncia García-Pablos²²⁵⁴, pretendiendo que no se llegue a la desocialización del recluso.

Frente a ellos, otro sector de la doctrina estima que es necesario que el tratamiento penitenciario vaya enfocado a la reeducación y reinserción de los reclusos. Así pues, Mapelli²²⁵⁵, partidario de esta tesis, manifiesta que la reeducación aspira a que la prisión no interrumpa el proceso de desarrollo de la personalidad del recluso de acuerdo con los derechos fundamentales recogidos por la Constitución.

Por lo examinado, con la resocialización como finalidad, lo que se pretende es que el penado no sea un ser eliminado de la sociedad sino una persona que continúa formando parte de la misma, incluso como miembro activo, si bien sometido a un particular régimen jurídico, motivado por el comportamiento antisocial de aquél y encaminado a preparar su vuelta a la vida libre en las mejores condiciones para ejercitar socialmente su libertad²²⁵⁶. Frente a esto, nos encontramos con la tesis de aquellos que mantienen que no nos encontramos delante de un instrumento al servicio de la integración, sino que se trata de un reforzamiento de la persona para que integre sus propias pautas de conducta, es decir, movilizar los recursos comunitarios y a la misma sociedad²²⁵⁷. Se considera a “la reinserción social como un trabajo de doble componente; se trata de dar soportes técnicos y medios adecuados a la persona en conflicto y/o con dificultades, para conseguir afrontar su problema y superar su situación personal [...] Los esfuerzos de la persona a la que se pretende ayudar es una parte importante de la finalidad de la reinserción; la otra parte pertenece a la comunidad. Es decir, reinserción social también es movilizar los recursos comunitarios y a la misma sociedad [...]. Resulta más difícil conseguir la actitud positiva de los componentes de la comunidad que de la persona, y esto explica muchos fracasos”²²⁵⁸. En síntesis, la

²²⁵³ MUÑOZ CONDE, F., “La resocialización”, cit., p. 106.

²²⁵⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “La supuesta función resocializadora del Derecho penal”, cit., p. 95.

²²⁵⁵ MAPELLI CAFFARNE, B., “Los fines de la ejecución de la pena privativa de libertad”, cit., p. 22.

²²⁵⁶ Boletín Oficial de las Cortes, nº. 148, 15 de septiembre de 1978, citado por REVIRIEGO PICÓN, F., *Los derechos de los reclusos en la jurisprudencia constitucional*, cit., pp. 26-27.

²²⁵⁷ RENOM, A., “La reinserción social: un proceso necesario para el retorno a la comunidad”, *Generalitat de Catalunya, Presó i Comunitat*, Caixa de Barcelona, 1988, pp. 298-299.

²²⁵⁸ MANZANOS BILBAO, C., “Cárcel y marginación social: contribución crítica e investigación aplicada a la sociedad vasca”, *Hirugarren Prentsa*, Donosita, 1991, p. 120.

resocialización del preso está en decadencia y no debe comprenderse como la crisis de las posibilidades de modificar el sentido de la pena de prisión, sino que se trata únicamente de una sobreestimación errónea de los medios y las condiciones en que se desarrolla aquella²²⁵⁹.

4.6 Incidencia de la reeducación en los derechos de los presos

Se parte de la premisa de que la reeducación se realiza con el objeto de que el recluso pueda reinsertarse en la sociedad, y se plasma en el tratamiento penitenciario. De otro lado, se reconoce a la cárcel como el único ámbito para reeducar y reinsertar a los presos²²⁶⁰. Atendiendo a la normativa penitenciaria, el tratamiento es voluntario, pero la reeducación y la reinserción son derechos fundamentales. De ahí las discrepancias doctrinales en la consideración de si el tratamiento penitenciario debe ser voluntario o impuesto, asimismo se plantea que si el tratamiento debe ser individualizado, la reeducación debe fundamentarse bajo el mismo principio. En opinión de un sector doctrinal, -Mapelli Caffarena- la identificación entre resocialización y humanitarismo hizo frecuentemente bajar la guardia en cuanto a las garantías jurídicas mínimas a observar en la ejecución de la pena, sirviendo de apoyo a intervenciones coactivas manipuladoras²²⁶¹ y, de otro lado, eran “fuertemente atentatorias de los derechos individuales [...] hasta a la práctica de experimentos con los internos, incluso sin pretensiones terapéuticas”²²⁶².

En contraposición, se encuentra la teoría del derecho a no ser tratado o el derecho a ser diferente, que todo Estado social y democrático debe respetar²²⁶³. Pero hay un sector doctrinal, como De la Cuesta Arzamendi o Garrido, que habla de *desviados*, arguyendo que no deben ser reinsertados o reintegrados nuevamente en la sociedad. De

²²⁵⁹ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 59.

²²⁶⁰ Opinión, también, de GARCÍA-BORÉS, J., “Psicología Penitenciaria: ¿Trabajar para quién? Análisis de una intervención institucional”, en GARCÍA RAMÍREZ, M., *Psicología social aplicada en los procesos jurídicos y políticos*, Eudema, Sevilla, 1994, p. 223.

²²⁶¹ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Barcelona, 1983, p. 256; SÁNZ DELGADO, E., *El humanitarismo penitenciario español del s. XIX*, Edisofer, Madrid, 2003.

²²⁶² DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria”, cit., p. 17

²²⁶³ En este sentido, MUÑOZ CONDE, F., “La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito”, cit., p. 102.

este modo, se entiende que “la idea rehabilitadora constituye el medio más adecuado [...] para la ocultación de las contradicciones reales tras la desviación de índole individual”, en opinión de De la Cuesta Arzamendi, conviene seguir propugnando el mantenimiento del ideal resocializador²²⁶⁴.

Ahora bien, nos encontramos con las cárceles de máxima seguridad, destinadas a los delitos de terrorismo, significando por lo menos para un sector de las Instituciones carcelarias la renuncia explícita a objetivos de resocialización. Lo que supone que la cárcel siempre ha ejercido y continúa ejerciendo la función de depósito de individuos aislados del resto de la sociedad y, por tanto, neutralizados en su potencial peligrosidad respecto a la misma²²⁶⁵. En estos casos, lo que se pretende no es resocializar sino neutralizar, desde este punto de vista la pena carcelaria no representa una oportunidad de reintegración en la sociedad, sino una prevención especial negativa. Pero, en definitiva, lo que importa no es la cárcel en sí sino los métodos a utilizar para reinsertar a los reclusos. En este sentido, una Institución penitenciaria de escasos recursos estructurales puede ser mejorada mediante la introducción de sistemáticos cambios ambientales que reformen su funcionamiento. Pudiendo ocurrir -y viene ocurriendo- que una prisión con una inadecuada estructura sea compensada con un elaborado nivel de organización, produciéndose un resultado de razonable eficacia de la institución en el logro de sus metas; y, al contrario, puede suceder -y viene sucediendo- que una prisión nueva, de extraordinaria estructura y medios, tenga un nivel de renovación organizativa

²²⁶⁴ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El trabajo penitenciario resocializador*, cit., p. 147; del mismo, “La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria”, cit., p. 12; GARRIDO, V. y REDONDO, S., “El tratamiento y la intervención en las prisiones”, *Delincuencia*, vol. 3 nº. 13, Generalitat Valenciana, Valencia, 1991, p. 293; BASAGLIA, F., *La mayoría marginada: (la ideología del control social)*, Laia, Barcelona, 1977.

²²⁶⁵ BARATTA, A., “Cárcel y Estado social. Por un concepto de <<reintegración social>> del condenado”, trad. de M. Martínez, en OLIVAS CABANILLAS, E., *Problemas de legitimación en el estado social*, Trota, Madrid, 1991, pp. 137-139. Este autor considera que se comenten dos errores iguales y contrarios, en la teoría del castigo y/o de la neutralización (es decir, en la que se considera que la pena de cárcel no puede resocializar, sino únicamente neutralizar) se incurre en lo que en la filosofía práctica se denomina la “falacia naturalista”: se elevan los hechos a normas o se pretende deducir una norma de los hechos. Desde el punto de vida idealista, es decir, la pena de cárcel debe ser considerada, *pese a todo*, como lugar y medio de resocialización, se incurre en la “falacia idealista”: se introduce una norma contrafáctica que no puede ser realizada, una *norma imposible*. Opina que la alternativa entre estos dos polos es una falsa alternativa. Para el caso de los que se encuentran en aislamiento se ha afirmado por los JVP que “[...] los internos sometidos a este régimen de vida ni es posible que se reeduquen, ni que se resocialicen [...]”; AJVP nº 1 de Valladolid de 18 de noviembre de 1999, citado por RÍOS MARTÍN, J.C. y CABRERA CABRERA, P.J., *Mirando el abismo. El régimen cerrado*, disponible en www.scribd.com, última consulta el 5 de febrero de 2010.

muy bajo o nulo, produciéndose, consiguientemente, una escasa o nula eficacia institucional²²⁶⁶.

Por lo examinado, no faltan las discrepancias doctrinales de cómo debe llevarse a cabo la reeducación para que no suponga una vulneración de los derechos fundamentales de los reclusos. Al hilo de estas cuestiones, si se afirma, de un lado, que la función de reeducación y reinserción social del recluso debe comprenderse como obligación de la Administración penitenciaria de ofrecer al recluso todo los medios razonables para el desarrollo de su personalidad y como prohibición a la misma de entorpecer dicha evolución, nunca, como esencia de la pena privativa de libertad²²⁶⁷, se deduce que las obligaciones siempre vulneran algún derecho, en este caso, el de la libertad de elección.

De otro lado, si tomamos en consideración lo subrayado por Kaufmann²²⁶⁸ cuando indica que más que la idea de que determinados grupos de delincuentes puedan someterse a un tratamiento especial, a un tratamiento socio-terapéutico, triunfa la idea de que se desarrolle una ejecución de la pena humanamente digna, que sea posible durante la detención vivir como hombre y no vegetar como un número. Se trata de que los reclusos sean preservados del daño que supone estar sometido durante un tiempo a la detención. Se trata, además, de atenuar gradualmente la ejecución y de compensar en lo posible las condiciones de vida de los presos en libertad, que no suceda como ocurre frecuentemente que la pena empieza con la liberación.

Finalmente, pero, no por último, se trata de imponer la pena sólo allí donde es incondicionalmente preciso, aprovecharse de las posibilidades de resocializar en libertad. Esta postura se fundamenta en la pena antes que en el recluso, lo que puede dar lugar a una vulneración de derechos. Concepto compartido por Mapelli al que denominará *resocialización penitenciaria*, afirma que si entendemos que la resocialización debe comprender también las actividades que buscan directamente la

²²⁶⁶ REDONDO, S., “Evaluar e intervenir en las prisiones”, cit. pp. 60-61.

²²⁶⁷ BAJO FERNÁNDEZ, M., en el prólogo de la obra de ZIPF, H., *Introducción a la política criminal*, trad. de M. Izquierdo Macías-Picavea, Derecho Reunidas, Madrid, 1979.

²²⁶⁸ KAUFFMAN, A., “Strafrecht und Strafvollzug” cit., p. 50, citado por MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, cit., pp. 100-101; MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho penal*, cit., p. 59.

reincorporación social del delincuente, entonces resultará que en base a un juicio de peligrosidad futura se está justificando un exceso en la pena por encima de las exigencias de la prevención general, aun dentro del marco del tipo legal. Esta solución es insatisfactoria en un doble sentido, por una parte, porque favorece el trato desigual entre los ciudadanos y, por otra, porque nos obliga a justificar la idea de que la pena no es un perjuicio para el que la sufre sino un beneficio, frente a esto está la pena determinada por la prevención especial. Pero es la prevención general la que reclama una pena justa y la resocialización penitenciaria, que materializa el principio de intervención mínima, los únicos criterios capaces de garantizar que el aparato sancionatorio del Estado no se exceda en sus funciones,

La cuestión a debatir es que la pena debe aplicarse con un trato humano, entendiendo que la resocialización no es el medio para solucionar los problemas de la pena privativa de libertad, por ello hay autores que abogan por la desaparición gradual de las prisiones, entre ellos Baratta, Muñoz Conde o Mathiesen. En consecuencia, autores como Mapelli²²⁶⁹ piensan que la pena de prisión está en absoluta contradicción con el espíritu y los principios que informan nuestra Constitución, argumenta que la prisión atenta contra la libertad y la igualdad, tratándose no sólo de derechos fundamentales sino de valores superiores del ordenamiento jurídico.

Interesa subrayar, por tanto, que hay que hacer menos dolorosa y perjudicial la vida en la cárcel, de forma más individualizada, en base al respeto de los derechos de los reclusos. El objetivo inmediato es una cárcel mejor, y menos cárcel²²⁷⁰, ya que ésta tiene también otros objetivos “[...] castigar, disuadir, excluir, que les aseguran su permanente supervivencia; la prisión es, en la práctica, el poder último que el Estado democrático ejerce sobre el ciudadano”²²⁷¹. En síntesis, difícilmente se puede reinsertar en la sociedad a quien previamente se ha de aislar, quedando al margen de la realidad social adaptándose a la nueva realidad del universo de la prisión²²⁷². Por consiguiente,

²²⁶⁹ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, cit., p. 137.

²²⁷⁰ BARATTA, A., “Cárcel y Estado social. Por un concepto de <<reintegración social>> del condenado”, cit., p. 140.

²²⁷¹ MORRIS, N., *El futuro de las prisiones. Estudios sobre crimen y justicia*, cit., p. 9.

²²⁷² ARNÁNZ VILLALTA, E., *Cultura y prisión. Una experiencia y un proyecto de acción sociocultural penitenciaria*, Popular, Madrid, 1988., p. 10; BERGALLI, R., “Realidad social y cuestión penitenciaria (una visión desde España sobre el centro del sistema capitalista)”, *Doctrina Penal*, nº. 31, Depalma, Buenos Aires, 1985, pp. 363-377.

un recluso por su estatus deviene limitado sus derechos fundamentales llegándose a afirmar que la concepción resocializadora de la prisión obliga a entender la ejecución en un proceso de recuperación social del penado, es decir, en un proceso de recuperación de los derechos fundamentales restringidos por la imposición de la pena”²²⁷³.

Críticamente, Manzanos²²⁷⁴ asevera que se trataría de separar para reparar, siendo el prefijo *re* el que define a cada caso para la finalidad y objetivo de las instituciones segregativas: reformar, resocializar, readaptar, reintegrar, reeducar, rehabilitar, etc., esto se trata de llevar a cabo en un proceso de aislamiento del entorno social cuyas principales características son: desocializador, desintegrador, desidentificador, producidos como resultado de las nuevas relaciones sociales que se generan en el seno de éstos. Suscribe que “la reinserción se concibe así como la última fase de un proceso de recuperación social de tipo educativo o curativo consistente en la acción intensiva en un problema del sujeto”. Socialización es el proceso por medio del cual la persona aprende e interioriza, en el transcurso de su vida, los elementos socio-culturales de su medio ambiente y los integra en la estructura de su personalidad, bajo la influencia de experiencias y de agentes significativos, con el fin de adaptarse al entorno social en el que va a vivir²²⁷⁵. En definitiva, una correcta ponderación de los derechos

²²⁷³ RIVERA BEIRAS, I., “Tratamiento”, cit., p. 35, dice que “todos y cada uno de sus derechos fundamentales (a la vida, a la salud y a la integridad física y psíquica, a la defensa, al trabajo remunerado, al respeto de su vida privada, al secreto de su correspondencia, etc.) se encuentran <devaluados> en comparación con la tutela que poseen esos mismos derechos cuando se refieren a quienes viven en libertad”. Aquí se ve claramente como se ha construido un ciudadano de *segunda categoría*, (pp. 47 y 127). Asimismo, considera que “el sistema utiliza la dinámica premio-castigo [...] no es una auténtica resocialización, más que incidir en el comportamiento social desviado, para convertirlo en integrado, debería dirigirse a corregir las causas que generan la existencia de la marginación que nutre las cárceles, y este propósito está totalmente fuera del alcance de lo carcelario, de las intenciones del poder y de la lógica de las relaciones de dominación que regulan la vida social”. Señala que el objetivo disciplinario del tratamiento es “organizar la vida en las prisiones de tal modo que los principios de seguridad, mantenimiento del orden y buen funcionamiento del establecimiento se conviertan en principio rector”. Afirma, en consecuencia, que “el concepto de resocialización es un eufemismo sobre todo para los presos preventivos en el sentido de que están amparados por el principio de presunción de inocencia; lo mismo se puede decir de los delitos ocasionales o delitos por motivos políticos en los que no se precisa de un proceso reinsertador o por simplemente negarse al tratamiento”.

²²⁷⁴ MANZANOS BILBAO, C., “Cárcel y marginación social. Contribución e investigación aplicada a la Sociedad Vasca”, cit., pp. 58-59. En este mismo sentido, PEITEADO MARISCAL, P., *La ejecución jurisdiccional de condenas privativas de libertad*, Edersa, Madrid, 2000, p. 69, cuando afirma que es uno de los instrumentos que el ordenamiento jurídico prevé para que la ejecución de estas penas no sea desocializadora. Pero, no olvidemos que la pena no puede dar un giro copernicano trasformando en bondad y solidaridad lo que no es más que una acción represiva del Estado, MAPELLI CAFFARENA, B., “Tendencias modernas en la legislación penitenciaria”, *Derecho Penitenciario y Democracia*, Fundación El Monte, Sevilla, 1994, p. 32.

²²⁷⁵ MANZANOS BILBAO, C., “Cárcel y marginación social”, cit., p. 89, citando a ROCHER, H., *Introducción a la sociología general*, Herder, Barcelona, 1973, pp. 53-54.

fundamentales en el ámbito penitenciario obliga a ofrecer los métodos terapéuticos al recluso como algo diferente a la ejecución de la pena de prisión²²⁷⁶.

A efectos de la cuestión planteada, interesa ver que el principio resocializador impuesto en los Centros penitenciarios opera como modulador en cuanto a la posible limitación de derechos, ya que, al ser un mandato constitucional, impone la obligación de interpretar los derechos fundamentales de una manera más favorable a su integración futura en la sociedad, lo que supone una obligación difusa, pero en ningún caso una cláusula absolutamente abierta²²⁷⁷. En definitiva, lo que caracteriza a nuestro ordenamiento jurídico con respecto a los derechos fundamentales es la imposible limitación de los mismos por ser la base del sistema constitucional.

5. ES LA REINSERCIÓN UN DERECHO DEL PRESO O DE LA SOCIEDAD

Atendiendo a las teorías de la prevención especial la reinserción del preso es un derecho de la sociedad para evitar que el sujeto en cuestión vuelva a reincidir en la delincuencia. A la pregunta ¿a qué clase de sociedad deseamos pertenecer?²²⁷⁸, se responde que, si aceptamos la cárcel como indicador de la sociedad, no podemos gobernar las prisiones en diferente dirección al modelo de Estado en que nos encontremos, ya que la cárcel es la cara más amarga de la sociedad que le da vida²²⁷⁹. En este sentido, Kriegsmann²²⁸⁰ sustenta que cuanto más duro es el espíritu de un época, tanto más brutales y crueles serán los castigos disciplinarios de los establecimientos penales; cuanto más influjo alcancen los impulsos de humanidad, o aun de sentimentalismo, tanto más se dulcificará el encono del sistema penitenciario. Es Foucault²²⁸¹ el que defiende que las prisiones no disminuyen la tasa de criminalidad y se

²²⁷⁶ MAPELLI CAFFARENA, B., “Sistema progresivo y tratamiento”, cit., p. 149.

²²⁷⁷ URÍAS MARTÍNEZ, J., “El valor constitucional del mandato de resocialización”, cit., p. 77.

²²⁷⁸ CHRISTIE, N., “Problems of Imprisonment in the World Today”, *Monitoring prison Conditions in Europe* (report of a European seminar held in Marly-le Roi, París, 1997, p. 33; del mismo, *La industria del control del delito. ¿la nueva forma del holocausto?* Buenos Aires, 1993.

²²⁷⁹ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Sistema penitenciario y revolución telemática.*, cit., p. 23.

²²⁸⁰ KRIEGSMANN, N.H., *Preceptiva penitenciaria*, Madrid, 1917, p. 223.

²²⁸¹ FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar: el nacimiento de la prisión*, cit., p. 269.

pueden extender, aumentar o multiplicar y la cantidad de crímenes y criminales se mantiene estable, y lo que es peor, aumenta.

Igualmente, me parecen muy ilustrativas las palabras de García Valdés²²⁸², al entender que en la cárcel existen dos tesis: las conservadoras y las revolucionarias. En cuanto a aquélla, se fundamenta en cambiar la sociedad y no cambiar de sociedad, variar el Derecho penal y penitenciario, no variar de Derechos punitivos; transformar, no mantener ni destruir. De este modo, Ruíz Miguel²²⁸³ llega a sostener que la cárcel es un reflejo de las desigualdades sociales. Y, desde este punto de vista, Gudín Rodríguez²²⁸⁴ adopta la postura de que frente al fenómeno criminógeno y los delincuentes, hay una relación de interdependencia que se produce entre la pobreza económica e intelectual y el delito.

Con esta perspectiva, cabe subrayar, con Cervelló, que “[...] a primera vista parece que la pena de prisión no beneficia a nadie: ni al Estado, ni al delincuente, ni a la víctima”²²⁸⁵. Esta tesis, conlleva que al Estado le suponga un coste elevado el que una persona esté en prisión, y al delincuente lo único que le beneficia es el *supuesto* tratamiento penitenciario. En este mismo sentido, Gudín²²⁸⁶ indica que realmente cabría pensar que la cárcel sólo subsiste por un sentimiento retributivo que se esconde en el corazón humano.

Pero el punto de partida es la Exposición de Motivos de la LOGP al indicar que la cárcel es un mal necesario, con esta perspectiva, cabe añadir, de otro lado, que es una exigencia para mantener el orden en la sociedad²²⁸⁷. Por consiguiente, es contradictoria

²²⁸² GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la legislación*, cit., p. 21; en este sentido, las SSTC 89/1987, de 3 de junio, Fj. 2; 120/1990 de 27 de junio; 201/1997, de 25 de noviembre; 218/2002, de 25 de noviembre, todas ellas vienen a admitir que la pena privativa de libertad tiene un efecto y consecuencias degradantes para la persona, supone, asimismo, una restricción de la intimidad.

²²⁸³ RUÍZ MIGUEL, A., “Principio de igualdad y Derecho penitenciario”, *Poder Judicial*, nº. 45, Madrid, 1997, p. 58.

²²⁸⁴ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑAS, F., *Sistema penitenciario*, cit., p. 27. Postura apoyada en la tesis de Howard, HOWARD, J., *El estado de las prisiones*, “the State of the Prisons in England and Wales with Preliminary Observations, and Account of Some Foreign Prisons”, Routledge/Thoemes Press, Londres, 2000.

²²⁸⁵ CERVELLÓ DONDERIS, V., “La reforma sancionatoria en el marco del sistema punitivo español”, *Poder Judicial*, nº. 28, Madrid, 1992, p. 50.

²²⁸⁶ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑAS, F., *Sistema penitenciario*, cit., p. 32.

²²⁸⁷ En un sentido crítico, se afirma que la sociedad es responsable de sus actos, como lo es cada individuo, se trata de establecer un equilibrio entre libertad y orden, FRANKL, V., *El Hombre busca su sentido*, Barcelona, 1979, p. 110.

la situación de querer reinsertar a los reclusos cuando, en realidad, no queremos que las prisiones estén cercanas al núcleo de la sociedad²²⁸⁸. La experiencia ha demostrado que para llevar una reeducación y una reinserción es preciso que la prisión se ubique en zonas próximas al núcleo urbano.

No es ocioso recordar aquí la tesis de Hobbes, ya que entendía que el hombre no es social por naturaleza sino por necesidad de supervivencia, es la llamada *teoría del pacto o contrato social*²²⁸⁹, corroborando que la sociedad humana tiene su origen y fundamento en un pacto entre los individuos. De esa manera, Hobbes consideraba que la naturaleza humana es esencialmente egoísta y antisocial, más que asociarse los hombres tendrán a soportarse mutuamente, puesto que, al poseer la misma igualdad natural, todos tienen las mismas apetencias, los mismos anhelos y las mismas necesidades.

Después de este paréntesis, cabe subrayar que no se puede resocializar al margen de la sociedad, es decir, “no es lo mismo ser un buen preso que ser un buen ciudadano”²²⁹⁰. Con esta idea, Millares hace hincapié en que la cárcel no es un mundo aparte, sino otro ámbito social que reproduce en su seno las características sociales que nutren los demás ámbitos, la jerarquía social con la imposición de autoridad por costas y la corrupción a ella conectada, sin control directo, abierto a la arbitrariedad del más fuerte²²⁹¹. En consecuencia, se ha demostrado ya de manera irrefutable, pese a los esfuerzos que puedan hacer la Administración central y las autonómicas, que tienen competencias asumidas en este campo, que la realidad degradante y corruptora de la cárcel impide de cualquier forma poner en práctica medidas institucionales que tiendan a paliar las falencias sociales y asistenciales en el camino del retorno de los internos a la vida en libertad²²⁹².

²²⁸⁸ Para saber más sobre el tema de cómo se gestiona, qué condiciones se necesitan para la creación de un Centro penitenciario y el impacto que supone el crear una prisión, ver “Impacto Socio-Económico de la implantación de un Centro Penitenciario”, Ministerio del Interior, 2007, en la obra destaca la consideración de los Centros penitenciarios como obras públicas de interés general.

²²⁸⁹ Esta teoría, que está en la base del liberalismo clásico, ha sido defendida por autores como Hobbes, Locke y Rousseau. En contraposición se encuentra la teoría de la naturaleza social del hombre, sostenida por Aristóteles y Tomás de Aquino, entre otros, caracterizada porque el fundamento de la sociedad radica en la propia naturaleza humana que tiene una inclinación natural de vivir en sociedad.

²²⁹⁰ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑAS, F., *La cárcel electrónica*, cit., p. 149.

²²⁹¹ *Ibidem*, p. 151.

²²⁹² BERGALLI, R., “Ideología de la resocialización. La resocialización como ideología. La situación en España”, *Papers d’Estudis i Formació*, 1987, Generalitat de Catalunya, Barcelona, p. 59. En el mismo sentido se expresa MUÑOZ CONDE, F., “La prisión como problema: resocialización versus desocialización”, *Papers d’Estudis i Formació*, 1987, Generalitat de Catalunya, Barcelona, p. 79.

Pese a ello, a mi juicio, la cárcel, en cuanto a su existencia, simboliza el fracaso a la hora de imponer, a través de un tratamiento, normas básicas para la convivencia, porque la sociedad ha generado a personas inadaptadas socialmente. De manera que al preso se le adapta para que viva nuevamente en la sociedad, además de que tiene que ser adaptado para vivir en prisión bajo otras normas de corrección de conductas donde se persigue la inadaptación en el propio Centro penitenciario²²⁹³. Se puede entender que nos encontramos con una sociedad que quiere que el delincuente se resocialice, pero a la vez le etiquetamos, y en razón de lo mismo es rechazado, principalmente y en primer lugar, por el Estado operando como el creador de las cárceles para reeducar a personas inadaptadas. Más concretamente, podemos advertir que es el propio Estado el que establece la primera distinción entre derechos del ciudadano y derechos del preso, como por ejemplo, en el caso de contratar a alguien como funcionario el cual no debe tener antecedentes penales. En este mismo sentido crítico se sitúa Rodríguez Casado, cuando considera que el ex presidiario pierde credibilidad social en lo referente a su honradez personal y laboral²²⁹⁴.

Estamos, pues, ante una función preventiva del sistema penal y, con independencia de que sea general o especial, en lugar de prevenir futuras conductas delictivas, las promueve²²⁹⁵. La alta reincidencia es una muestra de que el sistema penal es uno de los factores determinantes de brillantes y verdaderas carreras criminales, después de un proceso de marginación que suele iniciarse en la infancia y termina en la cárcel²²⁹⁶. En palabras de Zaffaroni “el sistema penal, por injusto que sea, debe tener en cuenta que debe ser más o menos represivo según las personas a las que se dirige”²²⁹⁷. Y para Manzanos Bilbao, “el mismo sistema, que crea y necesita la existencia de la

²²⁹³ RODRÍGUEZ CASADO, J.N., *Vivir en Centro Penitenciario. Análisis criminológico del internamiento*, Bilbao, 2005, en el que se detalla los trastornos somáticos y los efectos psicológicos; PINATEL, J., *La sociedad criminógena*, Aguilar, Madrid, 1979; BAYÓN GUAREÑO, F., *Entrenamiento en habilidades sociales complementado con tecnología videográfica como técnica de reducción de conductas agresivas de los internos de Instituciones Penitenciarias*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992.

²²⁹⁴ RODRÍGUEZ CASADO, J.N., *Vivir en Centro Penitenciario*, cit., p. 61.

²²⁹⁵ SÁNCHEZ CONCHEIRO, M^a T., *Para acabar con la prisión. La mediación en el Derecho Penal. Justicia de proximidad*, cit., p. 87.

²²⁹⁶ Afirma que el sistema penal selecciona personas pertenecientes a determinados grupos y no acciones delictivas, se trata del individuo etiquetado de peligroso y que asume su rol. *Ibidem*, pp. 87-88.

²²⁹⁷ ZAFFARONI, E. R., *Manual de Derecho Penal*, Ediar, Buenos Aires, 2001, p. 36; del mismo, “El enemigo en los discursos jurídico-penales y criminológicos”, *El enemigo en el Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 81-107.

marginación, precisa de las cárceles para garantizar la fidelidad a sus normas mediante la dinámica premio-castigo. En estas condiciones, una auténtica resocialización, más que incidir en el comportamiento social desviado, para convertirlo en integrado, debería dirigirse a corregir las causas que generan la existencia de la marginación que nutre las cárceles, y este propósito está totalmente fuera del alcance de lo carcelario, de las intenciones del poder y de la lógica de las relaciones de dominación que regulan la vida social”²²⁹⁸. Es decir, se trata de convertir al recluso en alguien que no sea problemático para la prisión.

Una solución, sería la seguidora de la teoría de la Asociación Diferencial²²⁹⁹ que, al considerar que las motivaciones, los valores, y los comportamientos de actos criminales son aprendidos, se habla de *sub-cultura delictiva*, debiendo ser la familia la encargada de transmitir al individuo una serie de valores de respeto a la ley. Atendiendo a la Regla 5 de las Reglas Penitenciarias Europeas dictamina que la vida en la prisión se adaptará en la medida de lo posible a los aspectos positivos de la vida en el exterior de la prisión. Para Mapelli²³⁰⁰, la cárcel debe ser un reflejo de la sociedad libre. Lo llama *principio de normalización social* indicando que se llega a ella por los caminos de la humanización del castigo mejor que con pretensiones rehabilitadoras. La prisión no puede añadir más castigo al condenado que la privación de su libertad ambulatoria. No hay razón para que la vida dentro de una prisión se trate de prisionalizar, como dice la Regla 7: “La cooperación con los servicios sociales externos y, en tanto que sea posible, la participación de la sociedad civil en la vida penitenciaria debe de garantizarse”. Lo que operaría como “la cultura de la emergencia”²³⁰¹ con la creación de leyes penales, procesales y ejecutivo-penales, puesto que la privación de libertad se representa con cárceles de custodia y cárceles de máxima seguridad, es decir, se pretende un control social a situaciones de emergencia (entre ellas el terrorismo).

²²⁹⁸ MANZANOS BILBAO, C., “Reproducción de lo carcelario: el caso de las ideologías resocializadoras”, cit., p. 128. Desde este punto de vista considera que “el tratamiento penitenciario se convierte en un medio, en un instrumento, en uno de los recursos tecnológicos fundamentales para garantizar la custodia y vigilancia en las prisiones”; ADELANTADO GIMENO, J., *Orden cultural y dominación. La cárcel en las relaciones disciplinarias*. Tesis Doctoral, Departamento de Sociología, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1991.

²²⁹⁹ Teoría expuesta por el sociólogo norteamericano Sutherland, 1966, deduce que “el comportamiento y los valores se aprenden en el curso de la vida social y se expresan en sistemas de trabajo, ideas y modos de relación comunes”.

²³⁰⁰ MAPELLI CAFFARENA, B., “Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, nº. 8, 2006.

²³⁰¹ MAPELLI CAFFARENA, B., “Cárcel y Derechos Humanos”, *Revista 7*, disponible en www.cienciaspenales.org, Barcelona, 1991.

A la luz de lo examinado, cabe afirmar que la prisión opera en la sociedad bajo el principio de necesidad, aunque no es la única medida posible, en un sentido crítico, cabe sostener que mientras que, de un lado, tiene como objetivo y fin la reinserción, de otro, da lugar a la desocialización y desvinculación del mundo real. En suma, la función principal del Estado social y democrático de Derecho no es que las cárceles desaparezcan, pero sí que se mejore la calidad de vida en las mismas.

6. LA CÁRCEL COMO FACTOR SOCIAL

6.1 ¿Por qué castigar?

Es factible que la sociedad reaccione frente a los delitos y busque soluciones para mantener la paz social que se proclama en el artículo 10 de la CE pero, de otro lado, se hacen necesarias unas garantías constitucionales y una seguridad jurídica que aparece como fundamento de los derechos²³⁰². El que nuestro Estado sea Estado social y democrático de Derecho hace que actúe para hacer efectivos derechos reconocidos en la Constitución; supone la existencia de límites al Poder, por la separación de poderes, por la exigencia de los poderes públicos al sometimiento del principio de legalidad y al principio de obediencia²³⁰³. En consecuencia, según Ferrajoli “[...] la ausencia de las garantías equivale a una inobservancia de los derechos positivamente estipulados, por lo que consiste en una indebida laguna que debe ser colmada en la legislación”. Dice que si confundimos derechos y garantías resultarán descalificadas en el plano jurídico las dos más importantes conquistas del constitucionalismo de este siglo, es decir, la internacionalización de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales, reducidas una y otra, en defecto de las adecuadas garantías, a simples declamaciones retóricas o, a lo sumo, a vagos programas políticos jurídicamente irrelevantes²³⁰⁴.

²³⁰² PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales*, cit., pp. 211-212.

²³⁰³ *Ibidem*, p. 504.

²³⁰⁴ FERRAJOLI, L., “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, cit., pp. 26 y ss.

Por esto, cabe subrayar el interrogante de ¿por qué castigar? Esta pregunta puede ser comprendida en dos sentidos diferentes: a) por qué existe la pena, es decir, por qué se castiga; y b) por qué debe existir la pena, esto es, por qué se debe castigar²³⁰⁵. El primero responde a un problema científico, que admite respuestas de carácter empírico formuladas mediante proposiciones asertivas verificables y refutables, o de las que en cualquier caso es posible creer que son verdaderas o falsas. El segundo problema es, por el contrario, filosófico, que admite respuestas éticas. La cuestión política se formula mediante proposiciones normativas que, como tales, no son ni verdaderas ni falsas, sino sólo aceptables o inaceptables como justas o injustas.

Ferrajoli señala que la pregunta de por qué castigar depende de la frecuente confusión entre los distintos significados que cabe asociar a la misma, los diferentes problemas que expresa y los diferentes niveles y universos del discurso a los que pertenecen las respuestas que admite. Afirma que este debate también existe en las tendencias abolicionistas y justificacionistas. Seguidor de la pena mínima, es un medio y un fin: el fin de la minimización de la reacción violenta al delito²³⁰⁶. En definitiva, el sistema penal es creado para un control social de la criminalidad en la sociedad, dicho control social lo que pretende es la nueva integración social. Por tanto, es necesario orientar la conducta y comportamiento de los ciudadanos y, a la vez, resolver los problemas planteados en la actividad criminológica de la sociedad, es el denominado por Ferrajoli²³⁰⁷ *Derecho penal mínimo*, o principio de mínima intervención, como se llama en nuestro Estado español.

Según lo dicho, cabe subrayar que “la delincuencia como fenómeno y el delito como manifestación, son el resultado de una construcción social”²³⁰⁸, de manera que no faltan las tesis de que se está en una “sociedad de mercado”, defendida por Taylor²³⁰⁹ la cual promueve la desigualdad, ya que el trabajo remunerado es el que da los recursos necesarios para vivir en la sociedad, trabajo al que no tiene acceso la gente joven por lo

²³⁰⁵ FERRAJOLI, L., *Garantismo penal*, cit., pp. 321-322.

²³⁰⁶ *Ibidem*, pp. 332 y 385-386. Define al delito como una violencia ocasional y a veces impulsiva y obligada, la pena siempre es programada, organizada por muchos contra uno.

²³⁰⁷ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., pp. 230 y ss.

²³⁰⁸ TORRENTE, D., *Desviación y delito*, Alianza Editorial, Madrid, 2001, pp. 74-75.

²³⁰⁹ TAYLOR, I., “Free Markets and the Costs of Crime: An Audit of England and Wales”, en WALTON, P. y YOUNG, J., *The New Criminology Revisited*, Houndmills, Nueva York, 1998, pp. 234-235.

que no facilita la socialización. En suma, se observa que la economía de mercado no ha sido capaz de proporcionar lo necesario a los ciudadanos. En opinión de Bergalli, lo que daba lugar a la sociedad de mercado eran “efectos sociales”, así como los problemas de la sociedad se debían a “la liberación de las fuerzas del mercado”, o a lo que alguna vez se habla de “la reducción del Estado de bienestar”²³¹⁰.

Por su parte, Young²³¹¹ propone unas teorías criminológicas que arraigan en la imposibilidad de mantener los parámetros de vida absolutos que construyó la modernidad social, los cuales se esfumaron ante el pluralismo de valores, el resultado de la inmigración y la diversidad subcultural. Si bien el mundo social se fue convirtiendo en algo más diverso, sin embargo, se hizo más difícil, alentando la intolerancia y haciéndose más exclusivo. Esto es, lo que se intenta establecer es el modo de controlar la sociedad excluyente, a través de la criminología actuarial la cual se preocupa por minimizar el daño que por la justicia. No se preocupa de las casusas del delito sino de las probabilidades del mismo.

En definitiva, se pretende una cárcel infinitamente reformada en cuanto a irreformable, que produce des-personalización, infantilización, expropiación del tiempo y de la comunicabilidad. La cárcel es, desde siempre, un lugar de contagio, de difusión de morbosidades que, en las diversas contingencias históricas, agrede a los más indefensos: pulmonías y escorbutos en las primeras galeras; infecciones de todo tipo, locura y promiscuidad en la época del Gran Internamiento; drogas y SIDA en la cárcel contemporánea²³¹².

²³¹⁰ BERGALLI, R., “El nuevo paradigma criminológico de la exclusión social”, en la presentación de la obra de YOUNG, J., *La sociedad “Excluyente”. Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía*, trad. de R. Bergalli y R. Sagarduy, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. XVIII; PREUSS, U.K., “El concepto de los derechos y el Estado del bienestar”, en OLIVAS CABANILLAS, E., (coord.) *Problemas de legitimación en el Estado social*, cit., pp. 65 y ss.

²³¹¹ YOUNG, J., *La sociedad “Excluyente”. Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía*, cit., pp. 108 y ss.

²³¹² GALLO, E. y RUGGIERO, V., *Il carcere immateriale. La detenzione come fabbrica di handicap*, Sonda, Milan, 1989, p. 7, citado por RIVERA BEIRAS, I., “La cárcel y el sistema penal (en España y en Europa)”, en BERGALLI, R. y OTROS, *Sistema penal y problemas sociales*, cit., p. 385.

Ya señaló Bergalli²³¹³ la conflictividad por la que atraviesa nuestras sociedades y la utilización de los sistemas penales. Para Muñoz Conde²³¹⁴, la sociedad produce su propia delincuencia, siendo la sociedad la que deba ser objeto de una resocialización. Entendiendo que la resocialización supone un proceso de interacción y comunicación entre el individuo y la sociedad, a cuyas normas debe adaptarse el individuo²³¹⁵. En este sentido, la sociedad tiene la delincuencia que se merece. Y Ríos Martín²³¹⁶ es partidario de caminar hacia la sustitución y progresiva desaparición de la cárcel como medio de solución de conflictos, evitar toda actuación de la Administración, tanto penitenciaria como judicial que no sea acorde con la dignidad humana.

A efectos de nuestro estudio interesa no desconocer que son muchos los que consideran que la delincuencia es producto de la sociedad de manera que debemos partir de la estructura general de la sociedad para resocializar a un preso, a un delincuente. Baratta considera que la resocialización es aquella que transforma una reacción individual e irracional, en conciencia y acción política dentro del movimiento de clase. El desarrollo de la conciencia de la propia condición de clase, y de las contradicciones de la sociedad por parte del condenado, es la alternativa puesta a la concepción individualista y ético-religiosa de la expiación, del arrepentimiento, de la Sühne²³¹⁷. Apuesta por una paulatina desaparición de la pena de privación de libertad, señalando como alternativa inmediata una mayor relación entre la comunidad carcelaria y libre.

Las tesis marxistas defienden los siguientes postulados²³¹⁸: la exculpación total o parcial del sujeto delincuente; la transformación social como objetivo mediato del proceso resocializador; y la expectativa de una sociedad futura en la que la delincuencia

²³¹³ BERGALLI, R., *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; del mismo, "Violencia y sistema penal. Fundamentos ideológicos de las políticas criminales de exclusión social", en BERGALLI, R., RIVERA BEIRAS, I. y BOMBINI, G., (coords.), *Violencia y sistema penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008, p. 3.

²³¹⁴ MUÑOZ CONDE, F., "La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito", cit., p. 93.

²³¹⁵ *Ibidem*, p. 94. Este autor entiende que resocializar es recuperar para la sociedad; BERISTAIN, A., "La cárcel ¿se humaniza con el "opio" del pueblo?", *Eguzkilore*, nº. 6, 1993, San Sebastián, pp. 111-113.

²³¹⁶ RÍOS MARTÍN, J.C., *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel*, cit., p. 145.

²³¹⁷ BARATTA, A., *Criminología crítica y crítica del Derecho penal: introducción a la sociología jurídico-penal*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2004, pp. 43 y ss.

²³¹⁸ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 50.

no exista sino en forma de diversificación, lo que permitirá su integración y no su marginación y castigo. Esta teoría marxista se fija en dos objeciones fundamentales en cuanto al concepto de resocialización: a) reducir la etiquetación exclusivamente a un problema interaccional entre el sujeto y el sistema es erróneo o, al menos, insuficiente para aclarar en toda su dimensión el problema de la delincuencia; y b) tienden a establecer unas relaciones de dominio con la persona de la misma naturaleza que las que propugna el sistema que se trata de combatir.

Marx dice que la delincuencia no es otra cosa que la expresión de las contradicciones que caracterizan la dinámica de las relaciones de producción en una determinada fase del desarrollo económico-social. Es decir, que la delincuencia de la clase obrera no es sino la respuesta ciega e individual, el rechazo de los elementos menos aventajados de la sociedad a las contradicciones del sistema. El crimen y la desviación no constituyen campos específicos en mayor medida que la educación, la familia o el deporte, porque todos ellos son fenómenos sociales que tan sólo pueden ser aclarados a partir de las relaciones sociales de producción²³¹⁹.

Para Mapelli, la resocialización dirigida a la sociedad se entiende como un proceso por el que son atenuados los impulsos que motivan el castigo y se da paso con ello a un tratamiento positivo del asocial. El resultado será que la comunidad y el delincuente saldrían al encuentro en una relación de diálogo denominado “diálogo terapéutico” que en la actualidad se encuentra obstaculizado por la actitud agresiva de la comunidad hacia el delincuente. La técnica la resume en tres niveles²³²⁰: a) el proceso de aclaración a la sociedad: se hace necesario poner en marcha campañas informativas en las que se expliquen las causas del delito y se potencie la ayuda desde la sociedad a la reinserción del delincuente; b) despenalización de algunas conductas y transferencias de parcelad de actuación del Derecho penal al Derecho civil; y c) compensación ecuánime del daño producido. Muy estudiado por los defensores de la resocialización social.

²³¹⁹ Citado por MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 43; Haffke señala que cuando se establecen los fines del tratamiento, se trata de una relación de dominio respecto del sujeto que es él el que debe fijar los límites y aspiraciones del proceso resocializador, HAFFKE, “Ubre den Widerspruch von Therapie und Herrschaft, exempliziert an grundlegenden Bestimmungen des neuen Strafvollzugsgesetzes”, cit., pp. 645-646; también lo dice RUNDE, P., “Resozialisierung als wissenschaftliches und sozialpolitisches Problem”, cit., p. 119.

²³²⁰ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 37.

6.2 Cuáles son las funciones de la cárcel en la sociedad

La cárcel tiene unas funciones, pero tienen un fuerte componente simbólico de carácter legitimador y funcionan, por un lado, como encubridoras de una estructura material incompatible con ellas y, por otro, como refuerzo en tareas de gobernabilidad, se resume en: *la función formal o legislativa*, que es aquella que aparece en el artículo 25.2 de la CE, y en el ordenamiento penitenciario. Es decir, la función resocializadora del recluso, siendo preferentes en toda actividad penitenciaria, manifiesta Manzanos Bilbao, que esta función oculta la realidad social de la cárcel. Asevera que estas funciones son evaluadas como la historia de un fracaso a la luz de muy diversos indicadores y valoraciones, así, el incremento de las tasas de encarcelamiento y de reingresos, condiciones de hacinamiento, mayoría de la población con enfermedades graves, etc.²³²¹. Al respecto, argumenta que “sin embargo, estas funciones tienen un fuerte componente simbólico de carácter legitimador y funcionan, por un lado, como encubridoras de una estructura material incompatible con ellas y, por otro, como refuerzo en tareas de gobernabilidad que más adelante analizaremos. Estas funciones a menudo ocultan la realidad social de la cárcel que tiene que ver más con los otros dos tipos de funciones que mencionamos a continuación, y que son las que narran la historia de un sistema de ejecución de penas fundamentado en el encarcelamiento como un sistema exitoso”.

Otra sería la *función social* la cual puede ser simbólica o instrumental, en cuanto a la simbólica, y en relación con la definición social de qué es el delito y quiénes son los delincuentes, se construye la realidad social del delito a partir de la identificación de la delincuencia con los infractores de leyes penales y frecuencia y tipo de delitos que se perciben, de manera que son perseguidos (por la policía y el sistema penal), penalizados y encarcelados, entendiendo que los delincuentes son quienes están presos gracias a la actividad del Estado en la lucha contra el delito, luego el Estado es eficaz en la persecución y sanción de los criminales. En este sentido, la cárcel cumple con

²³²¹ MANZANOS BILBAO, C., “Funciones y objetivos de las prisiones. La cárcel contra el Estado de Derecho”, *Hika*, nº. 133, 2002, pp. 9-10. Este autor entiende que, atendiendo a las diferentes funciones la cárcel, es necesaria.

relevantes funciones de legitimación del Estado como supuesto garante de la seguridad ciudadana²³²².

En cuanto a la función social instrumental, ésta se entiende que la cárcel funciona como un espacio educativo para la producción de delincuentes adaptados a ella y a su papel social de chivos expiatorios de la necesidad de una delincuencia habitual, que justifica la protección de intereses de poder mediante formas de control policial, penal y carcelario, ocultando otros tipos de delincuencia infinitamente más graves y numerosos y engañando a los ciudadanos, haciéndonos creer que la cárcel es una herramienta eficaz en la prevención y lucha contra el delito; y, por último *la función política*, la cual también puede ser simbólica o instrumental. En cuanto a la simbólica, lo que pretende el Estado es básicamente desarrollar una acción coercitiva selectiva de tipo simbólico, para crear una imagen o representación clara que identifique el hecho de negarse a cumplir obligaciones con la probabilidad de ser encarcelado, evitando así desobediencias civiles. En relación a la función política instrumental, y con respecto a la disidencia política que utiliza la acción armada, funciona como una forma de control duro dentro de las llamadas estrategias antiterroristas y es un instrumento que busca directamente el aislamiento y la inhabilitación física y mental de los reclusos, así como su utilización para poder erradicar los movimientos de resistencia armada. Atendiendo a lo analizado, dichas funciones nada tienen que ver con la resocialización de los reos, sino que muy al contrario la imposibilitan.

6.3 Relación sociedad-mundo carcelario

Actualmente es necesaria la relación sociedad-prisión, de lo contrario el sistema penitenciario fracasaría²³²³. La sociedad ha de contemplar el mundo penitenciario desde una doble perspectiva: antes de producirse el delito, asumiendo en términos cuanto más mayoritarios mejor, la idea de que el hecho realizado, tipificado como infracción penal,

²³²² Ver, HULSMAN, L. y BERNAT DE CELIS, J., *Peines perdues: le système pénal en question*, París, 1982, trad. de POLITOFF, S., *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, Ariel, Barcelona, 1984.

²³²³ Ver el estudio sobre la cárcel como sistema social de PABJAN, B., "Researching prison-a sociological analysis of social system", *Conferencia del 9 de diciembre de 2005*, Wrocław University, Wrocław, Polonia, disponible en www.indecs.eu, última consulta el 3 de diciembre de 2009.

es, en efecto, un comportamiento gravemente insolidario merecedor de sanción de esta naturaleza (de ahí que el problema de la determinación de los ilícitos penales y de la correspondiente dosimetría punitiva ofrezca una dimensión sociológica importantísima). Y, después de acaecido el delito y cumplida la pena, cualquiera que sea la forma de cumplimiento, incluidos los llamados beneficios penitenciarios, debe tener una posición activa y dinámica de aceptación total de quien delinquiró, para integrarle plenamente otra vez en la Comunidad y facilitarle el camino para la efectiva realización de esta esencial finalidad²³²⁴.

Bergalli²³²⁵, por ejemplo, considera que le parece imposible insistir en el principio político de la apertura de la cárcel hacia la sociedad y, recíprocamente, de la apertura de la sociedad hacia la cárcel. Su tesis se basa en la argumentación de que uno de los elementos negativos de la institución carcelaria lo representa el aislamiento del microcosmos carcelario en relación con el macrocosmos social, representado por los muros de la cárcel. Son la consecuencia de que las oportunidades de resocialización sean mínimas. El argumento que defiende Baratta²³²⁶, partidario del concepto de reintegración social, indica que significa, antes que transformación del mundo separado de la sociedad (se refiere a la cárcel), transformación de la sociedad que reasuma aquella parte de sus problemas y conflictos que se encuentran *segregados* en la cárcel. Reintegración social del condenado significa, por lo tanto, ante todo corregir las condiciones de exclusión de la sociedad activa de los grupos sociales de los que provienen, para que la vida postpenitenciaria no signifique simplemente el regreso de la marginación secundaria a la primaria del propio grupo social de pertenencia y desde allí una vez más a la cárcel. Es por ello por lo que defiende la tesis de desarrollo de estrategias sobre condiciones culturales y políticas que permitan a la sociedad “liberarse de la necesidad de la cárcel”²³²⁷.

²³²⁴ RUÍZ VADILLO, E., “La sociedad y el mundo penitenciario, (La protección de los derechos fundamentales en la cárcel)”, cit., pp. 63-78, y n°. extraordinario 13, 1999, pp. 206-207.

²³²⁵ BERGALLI, R., “Esta es la cárcel que tenemos..., (pero no queremos)”, en RIVERA BEIRAS, I., *Cárcel y Derechos Humanos: un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*, Bosch, Barcelona, 1992.

²³²⁶ BARATTA, A., “Resocialización o control social: por un concepto crítico de “reintegración social” del condenado”, Ponencia del Seminario “Criminología crítica y sistema penal”, Comisión Andina Juristas y la Comisión Episcopal de Acción Social, Lima, 1990.

²³²⁷ BRAITHWAITE, J., *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989; del mismo, junto con PETTIT, P., *Not Just Deserts. A Republican Theory of Criminal Justice*, Clarendon Press, Oxford, 1990.

Desde este punto de vista, la reinserción social está en función de un complejo entramado de factores personales y sociales interactuantes, la mayoría de los cuales, los más relevantes caen fuera del alcance de la intervención penitenciaria. Las actividades de tratamiento ejercidas directamente sobre el interno serían, además de poco eficaces, injustas, si al mismo tiempo no se actuara sobre las estructuras sociales y económicas. Considera este autor que la reinserción social, como meta ideal de las Instituciones Penitenciarias, se debe entender desde dos perspectivas o niveles de actuación: a) en cuanto a la resocialización penitenciaria o actuación sobre el interno sino sobre los propios Centros penitenciarios, tratando de llegar a un cumplimiento de la pena privativa de libertad en condiciones tales que posibiliten una vida digna, una convivencia humana, el respeto de los derechos de los internos, y b) desde la perspectiva del tratamiento penitenciario, como conjunto de actuaciones basadas en las Ciencias Sociales y de la Conducta, llevadas a cabo sobre el sujeto que cumple una pena de prisión, a fin de modificar los indicadores teóricamente relevantes de su conducta delictiva y aumentar así su capacidad de vivir respetando la Ley pena²³²⁸.

La idea original de resocializar para el condenado ha ido cediendo terreno a la de resocializar para la sociedad²³²⁹. Ilustrativamente, dice Mapelli que, desde el siglo XIX, las metas resocializadoras han servido como un poderoso freno para evitar que la desaparición de las penas corporales arrastraran a la prisión. Afirma que, actualmente, la cuestión penitenciaria se explica por la crisis de los fines resocializadores y por la crisis del propio Estado de bienestar. El descrédito de la resocialización, unido al alto costo del modelo terapéutico de prisión, es desproporcionado con los resultados que del mismo se obtienen. Ello junto a una desmesurada exigencia de seguridad ciudadana han avalado la vuelta a una justicia medida en razón de su eficacia y funcionalidad. En el ámbito penitenciario este renovado interés por el neoretribucionismo recoge los frutos de las críticas que han merecido los sistemas resocializadores que permiten que los órganos judiciales, o incluso penitenciarios, no sólo puedan elegir la respuesta al delito en el caso concreto (*sentencing*) sino también personar al condenado en base a la evaluación del éxito del tratamiento.

²³²⁸ GARCÍA GARCÍA, J., “Las Técnicas de modificación de conducta: su aplicación penitenciaria”, en SANCHA MATA, V. y MIGUEL TOBAL, J.J., (comp.) *Tratamiento Penitenciario: su práctica*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, p. 72.

²³²⁹ MAPELLI CAFFARENA, B., “Tendencias modernas en la legislación penitenciaria”, cit., pp. 21-22 y 24.

Por su parte, se puede hacer una distinción entre sociedad existente y sociedad que se deriva del ordenamiento para referirse a la readaptación social²³³⁰, recibiendo críticas por parte de la doctrina -entre ellos, Álvarez García y Muñoz Conde²³³¹-. La crítica más consistente al pensamiento resocializador es la que entiende que ha sido una importación impertinente que está abocada a constituirse en un mero principio sin aplicación, dado, sobre todo, que los resultados habidos en los países que han realizado grandes esfuerzos económicos y humanos en programas resocializadores han sido más bien magros²³³². Estimándose que no parece que haya mucha diferencia entre el modelo de resocialización allí diseñado, el cual no dista sustancialmente del modelo de socialización previsto para el resto de los ciudadanos, basado fundamentalmente sobre el respeto y disfrute de sus derechos fundamentales y el desarrollo integral de su personalidad. No cabe, por tanto, plantear en España fuertes contradicciones entre el modelo resocializador y el sistema social y democrático de Derecho establecido por la Constitución, remitiendo la cuestión de la legitimidad de la intervención resocializadora a los métodos empleados y el respeto de la libertad individual del condenado²³³³.

Esta relación sociedad-prisión también ha sido analizada por Mapelli²³³⁴, señalando que la resocialización penitenciaria no tiene como objeto inmediato la persona del condenado, cuya reinserción social se representa tan sólo como algo deseable, sino la propia pena privativa de libertad. Así indica que “la reinserción supone favorecer el contacto activo recluso comunidad [...], siendo preciso que la administración penitenciaria inicie un proceso de rehabilitación de los contactos sociales del recluso, atenuando la pena cuando ello sea posible o bien haciendo que la vida que se desarrolle dentro del establecimiento penitenciario se asemeje a la vida en libertad”.

²³³⁰ CÓRDOBA RODA, J., *Culpabilidad y pena*, Barcelona, 1977, p. 65.

²³³¹ Entre ellos, ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., “La reeducación y reinserción social en el momento de la conminación” cit., pp. 43 y ss.; MUÑOZ CONDE, F., “La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito”, *La reforma del Derecho Penal*, Bellaterra, Barcelona, 1980, pp. 66 y ss.

²³³² ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., “La reeducación y reinserción social en el momento de la conminación” cit., p. 47, citando además a PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva de la pena*, Madrid, 1986, p. 243; MORSELLI, E., “Neo-retribucionismo y prevención general integradora en la teoría de la pena”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº. 1, 1995, pp. 266 y ss.

²³³³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria”, cit., p. 16. Es un mandato al legislador.

²³³⁴ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 101 citado por MANZANOS BILBAO, C., “Cárcel y marginación social: contribución crítica e investigación aplicada a la sociedad vasca”, Garkoa, *liburuak*, Donosita, 1991, p. 126.

Establece que, desde un punto de vista socio-jurídico, resocializar la prisión consiste en ajustar la estructura penitenciaria a los mandatos y exigencias legislativos, a los principios orientadores de las penas privativas de libertad: la reeducación y reinserción social, entendidas como evitar los efectos perjudiciales o desocializadores de la aplicación de penas de prisión. Se puede estimar que una reinserción social nunca puede funcionar si el preso vuelve al mismo lugar que originó el hecho delictivo. La cárcel es la privación de un tiempo abstracto de libertad²³³⁵, siendo al mismo tiempo antiliberal, desigual, atípico, extra-legal y extra-judicial, al menos en parte, lesiva para la dignidad de las personal, penosa e inútilmente aflictiva²³³⁶.

7. SOLUCIONES PARA REINSERTAR

7.1 Posibles recomendaciones

Se barajan infinidad de tesis para que los presos se resocialicen, algunas de ellas se pueden resumir en los siguientes puntos: Desvincularse de la sociedad en los aspectos negativos que le han llevado a la comisión del hecho delictivo y, en consecuencia, a la privación de libertad; Reforzar los vínculos familiares y allegados, tanto en visitas como en comunicaciones, una familia es la condición más imprescindible, supone el refuerzo de los lazos con los miembros de su hogar ante las situaciones de desvinculación y conflicto que han deteriorado la vida familiar como núcleo de pertenencia y de referencia primaria; Necesidad de un trabajo que le aporte estabilidad e independencia; Cambiar de grupo de relaciones, círculos de relación donde priman una actividad vinculada a la actividad delictiva; Acercamiento de medios de transporte público a los centros penitenciarios para evitar el aislamiento y favorecer la posibilidad de aproximación a las familias y a la vida ordinaria donde debe reinsertarse el preso.

²³³⁵ FERRAJOLI, L, *Derecho y razón*, cit., p. 412.

²³³⁶ *Ibidem*, pp. 413 y 415. Por otro lado, Villarejo aboga por la abolición de la pena privativa de libertad, o al menos su reducción, entendiendo que una vez reducidas pierde sentido los argumentos humanitarios con los que se defiende la flexibilidad de las penas, VILLAREJO, J., Prólogo de la obra de ARNANZ, E., *Cultura y Prisión. Una experiencia y un proyecto de acción sociocultural penitenciaria*, Popular, Madrid, 1988, p. 6, citado por RIVERA BEIRAS, I., “Los derechos fundamentales en la privación de la libertad. (Análisis socio-jurídico de la normativa internacional), en RIVERA BEIRAS, I., (coord.), *Cárcel y Derechos Humanos: un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 27.

Hay autores que hablan de un *acercamiento ecológico* a la prisión, es el caso de Garrido Genovés. Ello se produce porque hay un escenario de conducta donde las relaciones entre el ambiente y sus moradores han de estudiarse con objeto de disponerla para obtener su mejor función y rendimiento. La rehabilitación será eficaz si se llega a comprender que “la institución penitenciaria es un *setting* o ambiente donde reclusos y funcionarios interactúan y se influyen de manera continua. Recordemos que la adopción de una estructura organizacional determinada tiene mucho que ver con las conductas que en ella se generan”²³³⁷.

Por tanto, las funciones resocializadoras de la pena privativa de libertad han de proyectarse con preferencia en la actividad penitenciaria; excediendo de la mera labor de custodia. Han de centrarse, por ello, en que la ayuda se convierta en realidad para que no se vuelva a delinquir, no debiendo confundir el sentido de la persona humana con el acto llevado a cabo²³³⁸. Pero el sistema carcelario no tiene como objetivo la resocialización de las personas presas, sino como todo sistema, su objetivo es auto reproducirse, perpetuarse, y para ello se alimenta de sus propias paradojas y auto justificaciones²³³⁹.

Se deben realizar una serie de soluciones en dicho ámbito como tener en cuenta que la tortura no es la solución de la reinserción del preso, fin último y primordial de toda prisión, estableciendo un sistema de garantías que permitan al preso denunciar ante los Juzgados los actos violentos y los abusos de poder realizados por personal de las Instituciones penitenciarias, una rápida y mayor intervención por parte del Ministerio Fiscal en la investigación de los posibles malos tratos y abusos de poder, así como la exigencia de responsabilidades por las conductas imprudentes de la autoridad que

²³³⁷ Es el caso de Garrido Genovés, ver la cita que hace de él REDONDO, S., “Evaluar e intervenir”, cit., pp. 68-69.

²³³⁸ FERNÁNDEZ CUEVAS, V., “Regeneración del preso”, *Temas españoles*, n.º. 27, Madrid, 1953, pp. 4-5. Hay que hacer que el preso tenga responsabilidades y tener en cuenta que “un mal paso, una desgracia fatal, un tropiezo en la vida, puede tenerlo cualquiera en circunstancias adversas. Lo que hace falta es entereza para reconocer el error y voluntad para encaminarse por nuevos senderos hacia metas más nobles y tareas más patrióticas”.

²³³⁹ Sobre las lamentables condiciones materiales en prisiones, ver los recientes informes de la Asociación pro Derechos Humanos de Madrid, realizados por encargo de la DGIP, publicados bajo el título de *Informe sobre la situación de las prisiones en España*, Madrid, 2000; RÍOS, J., *Mil voces presas*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1998; RIVERA BEIRAS, I., *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La cárcel, los movimientos sociales y una cultura de la resistencia*, Bosch, Barcelona, 1993.

pueden provocar desde una enfermedad hasta la muerte del preso. Otra solución sería, el no aplicar normas innecesarias a conductas de los presos, así como considero que sería necesario un cambio legislativo donde se modificasen los distintos grados a los que puede pertenecer un preso atendiendo al delito cometido y agresividad del preso o modificar castigos como las celdas de aislamiento que pueden traer consecuencias destructivas así como una tortura psicológica añadida a lo que supone el estar en prisión.

El problema es que la reinserción social no se puede entender en términos estrictamente jurídicos sino que hay que completar su interpretación con los conocimientos criminológicos relacionados con las variables del delito y las posibilidades reales de prevención y de tratamiento²³⁴⁰, y en virtud de tales criterios se ha comprobado la viabilidad de los siguientes efectos:

- . Disminución de la nocividad de la prisión: aislamiento y sanciones deben ser excepcionales para conseguir la humanización de la prisión.

- . Tratamiento educativo dirigido a cubrir necesidades sociales: instrucción, formación laboral, habilidades sociales.

- . Tratamientos específicos: adicciones, libertad sexual, violencia doméstica, etc.

- . Duración razonable de la condena ya que si es desmesurada produce daños irreversibles.

Sin embargo, todos estos objetivos chocan con la situación real de la prisión no sólo en España sino también en otros países europeos, que pese a reconocer la ineficacia e injusticia de la prisión son testigos inertes ante la expansión de la prisión.

7.2 El trabajo penitenciario como tratamiento resocializador

En la actualidad, el trabajo, junto con la educación, son básicos para el tratamiento y la reinserción del preso²³⁴¹. La mayor parte de la doctrina -De la Cuesta

²³⁴⁰ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., "Tendencias del actual Derecho Penal" *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*. UNED Madrid 2001, p. 49. Se encuentra recogido además por CERVELLÓ DONDERIS, V., "El sentido actual del principio constitucional de reeducación y reinserción social", *Presente y futuro de la Constitución española de 1978*, Universidad de Valencia, Valencia, 2005, pp. 217-233.

²³⁴¹ Así lo indican los arts. 26 de la LOGP y 132 del RP.

Arzamendi, entre ellos- entiende que la actividad laboral es el elemento central del régimen penitenciario, a modo de organización de la convivencia en prisión y que el trabajo es la única vía efectiva contra la tan nociva vida penitenciaria, ociosidad de los internos, aludiéndose también a sus importantes virtudes disciplinarias²³⁴². Esta idea de que el trabajo está orientado a la consecución de la reinserción es dominante en la doctrina científica²³⁴³, pese a ello, Muñoz Conde y García Arán²³⁴⁴, consideran que el trabajo en las prisiones debería concebirse no como actividad resocializadora dirigida a inculcar hábitos en el recluso sino, simplemente, como medio para evitar los efectos gravemente desocializadores de la prisión.

Mas dónde mejor se observa la finalidad del trabajo penitenciario es en la Exposición de Motivos del ya derogado Decreto 2705/1964, de 27 de julio, sobre el régimen y funcionamiento de Trabajos Penitenciarios al estimar que “el trabajo penitenciario sea considerado como una actividad normal del recluso que se pretende sea realizada en condiciones similares a las del trabajador, libre, sin embargo, porque a su naturaleza respecta, prevalece con carácter fundamental la finalidad de servir de base a: tratamiento del recluso en orden al cumplimiento de las penas privativas de libertad con su primordial función resocializadora”²³⁴⁵. Así como en el artículo 3 del mismo texto se establece que son funciones de Trabajos Penitenciarios: a) La organización del trabajo penitenciario como actividad habitual del recluso y con la finalidad primordial de su resocialización. Esto es, reintegrar en la sociedad al privado de libertad. Atendiendo a la legislación penitenciaria actual, el trabajo es considerado como una actividad básica en la vida del Centro, y atendiendo al artículo 26 de la LOGP, como elemento fundamental del tratamiento, pese a que el artículo 132 del RP indique que se considerará como tal cuando únicamente resulte de la formulación de un programa individualizado.

²³⁴² DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Un deber (no obligación) y Derecho de los privados de libertad: el trabajo penitenciario”, cit., p. 99.

²³⁴³ Ver MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, cit., pp. 216 y ss.; DE LA MORENA VICENTE, E., “Situación y desarrollo de la normativa laboral penitenciaria”, *La normativa laboral penitenciaria*, Primeras Jornadas de trabajo del Organismo Autónomo Trabajos Penitenciarios, Madrid, 1982, pp. 45 y ss.; GARCÍA VALDÉS, C., *El trabajo penitenciario en España*, Dirección General de Instituciones Penitenciarias, Madrid, 1979, pp. 29 y ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “El trabajo de los internos en el Derecho penitenciario español”, en VV.AA. *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 207.

²³⁴⁴ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 573-574.

²³⁴⁵ En este sentido resocializador también se pronuncia el TEDH, Sala 2º, en Sentencias de 30 de mayo de 1992 y 18 de febrero de 1994.

En resumen, la actividad laboral de los presos en los Establecimientos penitenciarios se incluye en 1976 en el ámbito del Derecho del trabajo. Para que el trabajo sea resocializador debe estar encaminado a que, una vez cumplan la pena privativa de libertad, consigan un empleo, debiendo ser, por tanto, el trabajo resocializador un trabajo equiparado al que hay en el exterior²³⁴⁶.

La doctrina mayoritaria manifiesta que hay una serie de requisitos para considerar al trabajo penitenciario como resocializador, así advierte que debe haber una asimilación del trabajo penitenciario al trabajo *libre*. La doctrina cuestiona el aspecto económico, que es el que difiere del trabajo *libre*. Esta asimilación se refiere a la planificación, organización, a las condiciones de prestación, es decir, un salario, la Seguridad Social, derechos, etc., sobre todo, porque estamos ante el mismo derecho fundamental²³⁴⁷.

De otro lado, la doctrina minoritaria piensa que la consecuencia inmediata de la asimilación del trabajo penitenciario al trabajo en general habría de ser la regulación absoluta del mismo por el Derecho del Trabajo y no por el Derecho Administrativo como lo es todavía en la actualidad²³⁴⁸. No obstante, la doctrina es unánime cuando mantiene que se debe facilitar el trabajo en los Centros penitenciarios como criterio básico para la vida diaria de los presos como derecho fundamental y como tratamiento penitenciario, a fin de preparar a los reclusos para las condiciones normales del trabajo libre. Esta asimilación supone adaptarse en cuanto a sistemas y métodos a la economía del trabajo *libre* de la sociedad actual, es decir, que el trabajo penitenciario adopte la organización generalizada en el mundo industrial y mercantil: el régimen de empresa²³⁴⁹.

²³⁴⁶ Sobre el tema, SIMÓN, F.H., *Prisoners' work and vocational training*, Routledge, Londres, 1999.

²³⁴⁷ GARCÍA BÁSALO, J.C., *La integración del trabajo penitenciario en la economía nacional, incluida la remuneración de los reclusos*, Informe presentado al Segundo Congreso de las Naciones Unidas sobre la prevención del delito y tratamiento del delincuente, A/Conf. 17/1, Londres, 8-20 de agosto de 1960. Disponible en www.asc41.com, última consulta el 20 de enero de 2010. Indica que “el recluso sepa que el trabajo que realiza tiene el mismo carácter, igual sentido y mismo valor social que el trabajo libre que tal vez ejecutaba antes de su internación y que el que efectuará al reincorporarse a la sociedad”.

²³⁴⁸ Es el caso de BUENO ARÚS, F., “Algunas cuestiones fundamentales sobre el trabajo penitenciario” cit., p. 4.

²³⁴⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El trabajo penitenciario resocializador*, cit., p. 190, conclusión precipitada según su opinión; BELAUSTEGUI MÁS, C., *Fundamentos del trabajo penitenciario*, cit., pp. 343 y ss.

Es el artículo 27.2 de la LOGP el que manifiesta que todo trabajo directamente productivo que realicen será remunerado. Pero habría que especificar qué se entiende por trabajo productivo²³⁵⁰, además, entra en colisión con el artículo 25.2 de la CE en el que se especifica que todo trabajo será remunerado, y no exclusivamente el trabajo productivo. Así, para Alonso Olea y Casas Baamonde²³⁵¹, el trabajo productivo es aquél a través del cual se provee el hombre de los medios materiales o bienes económicos que precisa para subsistir, siendo indiferente que el fruto directo de su trabajo sea un bien consumible directamente o uno que sirva para procurarse otros. Este trabajo productivo se materializa en la inserción laboral de los presos a través de los talleres²³⁵². Se traduce en la posibilidad de que la labor de los talleres se asemeje a las empresas del exterior para favorecer la adaptación. En consecuencia, supone, no sólo que la Administración facilite trabajo, sino, además, en la posibilidad por parte de las empresas de que proporcionen puestos de trabajo en el interior de la cárcel. Esto haría que un mayor número de reclusos tuviesen la posibilidad de trabajar y, en suma, de reinsertarse.

Por su parte, la integración del trabajo penitenciario debe suponer que el recluso sepa que el trabajo que realiza tienen el mismo carácter, igual sentido y el mismo valor social que el trabajo libre, porque tan sólo el trabajo realizado en estas condiciones le hará sentirse vinculado a la comunidad y le dará el sentimiento de participar con su esfuerzo diario en el desarrollo económico y social²³⁵³.

A la luz de lo examinado, hay que subrayar que la LOGP habla de “formativo, creador o conservador, productivo o terapéutico”, y el Reglamento, exclusivamente, de

²³⁵⁰ Para ampliar conocimientos sobre el tema, REICH, R.B., *The Work of Nations*, Vintage Books, Nueva York, 1992, pp. 85-86; MARX, K., *El Capital*, Los libros de la Frontera, Barcelona, 2001, p. 294; SMITH, A., *La riqueza de las Naciones*, vol. I, libro II, Cap. 3, Alianza Editorial, Madrid, 1996, p. 387; HAINAUT, L., “Educación y trabajo productivo”, *Cuadernos de Trabajo*, nº. 1, CIDEA, 1991.

²³⁵¹ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del Trabajo*, Cívitas, Madrid, 2001, p. 41; MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 159, expresa que “el trabajo asalariado es trabajo productivo”.

²³⁵² Tener en cuenta la Circular 2/2001, de 14 de febrero de criterios para la aplicación del itinerario para la inserción laboral de los reclusos.

²³⁵³ GARCÍA BÁSALO, J.C., “La integración del trabajo penitenciario en la economía nacional, incluida la remuneración de los reclusos”, cit., p. 8; en este sentido DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Un deber (no obligación) y derecho de los privados de libertad: el trabajo penitenciario”, cit., p. 107.

“productivo”²³⁵⁴. La distinción entre trabajo productivo y no productivo o improductivo, fue planteada en el siglo XVIII por los economistas franceses de la escuela fisiocrática en relación con la agricultura considerando que sólo ésta era capaz de generar un excedente o un producto neto, teoría criticada por los economistas clásicos, aunque Smith²³⁵⁵, Stuart Mill, etc., entre otros, trataron de especificar la cuestión. Por su parte, el antes Tribunal Central de Trabajo entendía que el trabajo no productivo era aquel trabajo que atendía a fines de consumo y no de producción directa. Y, dentro de la doctrina contemporánea, Mapelli²³⁵⁶ asevera que es trabajo productivo el realizado para empresas y para la Administración penitenciaria, con algunas especialidades en las actividades de formación profesional.

De otro lado, se habla del requisito de la obligatoriedad. Se ha discutido, por la doctrina, si el trabajo penitenciario debe o no ser obligatorio, Montesinos ya había señalado en su momento que el trabajo en prisión debía ser obligatorio, aflictivo, formativo, útil, remunerado y adaptado en cierto modo a las condiciones de la vida libre²³⁵⁷. Esta postura se apoya en argumentos represivos, es decir, en la propia obligatoriedad de la pena constituyendo la actividad laboral una “modalidad de ejecución” de la misma²³⁵⁸. En definitiva, es plausible que el Estado ponga a trabajar al preso y se aproveche de su esfuerzo²³⁵⁹. Al respecto, la doctrina utilitarista es defensora

²³⁵⁴ Arts. 26 c) y 132 respectivamente. En sentido similar la Regla 71.3 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los reclusos al decir “Se proporcionará a los reclusos un trabajo productivo [...]”.

²³⁵⁵ Las teorías de Smith fueron las más aceptadas por la doctrina, distinguiendo entre trabajo productivo e improductivo en relación con el crecimiento de la economía del país. Entiende que “trabajo productivo es el que añade valor al objeto en que se emplea [...] se incorpora y realiza en algún objeto concreto o mercancía vendible, que dura algún tiempo tras la finalización del trabajo. En cierta forma es como una cantidad de trabajo almacenada y conservada para su empleo cuando se necesite para alguna ocasión. Posteriormente, este objeto, o lo que es lo mismo, el precio de tal objeto, puede poner en funcionamiento una cantidad de trabajo igual a la que originariamente lo produjo”, SMITH, A., *La Riqueza de las Naciones*, vol. I, Libro II, Cap. III, cit., p. 387.

²³⁵⁶ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 222.

²³⁵⁷ Citado por DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El trabajo penitenciario resocializador*, cit., p. 180. Citando además a C. Arenal quien manifestaba que debía ser atractivo, retribuido, no público, ni planteando competencia injusta a la industria libre, ni arrendado a especuladores, ARENA, C., “Estudios penitenciarios”, cit., pp. 83 y ss. También son partidarios de esta idea de obligatoriedad, entre otros, BELAUSTEGUI MÁZ, C., *Fundamentos del trabajo penitenciario*, Madrid, 1952; CUELLO CALON, *La moderna penología*, Bosch, Barcelona, 1974; NAVARRO BATRES, B., *El trabajo penitenciario como factor de reeducación y rehabilitación social del delincuente*, Guatemala, 1970 (todos ellos citados por De la Cuesta Arzamendi).

²³⁵⁸ DE LITALA, L., “La prestazione di lavoro nel sistema penitenziario italiano”, *Dir. Lav.*, t. I, 1946, p. 242, citado por DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El trabajo penitenciario resocializador*, cit., p. 183.

²³⁵⁹ Aclaración de DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El trabajo penitenciario resocializador*, cit., p. 183.

de la obligatoriedad del trabajo penitenciario basando su tesis en los beneficios que pueden obtener, que son la reeducación y reinserción social. No falta la posición de aquellos que están en contra argumentando si el trabajo penitenciario debe ser resocializador, y “en ningún caso debe ser obligatorio ni primar los criterios de la disciplina y control sobre las metas asimiladoras debiéndose reputar ilegítima la imposición [...] de obligaciones o cargas que no traigan directamente su causa en la pena impuesta [...]”²³⁶⁰. Además, si se considera que es un derecho del preso, y de las personas libres, no debe tener la condición de obligatoriedad. Por otro lado, no hay que confundir obligatoriedad del trabajo con deber de trabajar²³⁶¹. Desde esta perspectiva, cabe subrayar que la obligatoriedad no es un requisito ni condición para el trabajo. Por tanto, que no se estime como algo especial, separado o ajeno del resto de los ciudadanos, sino como una de las modalidades o variantes del trabajo general: una actividad plenamente integrada en la economía del país²³⁶².

Por último, un tercer requisito defendido por la doctrina es que el trabajo debe ser formativo e instructivo. Es decir, que se aprenda un oficio, unas normas, hábitos, disciplina, instruirse y formarse como trabajador²³⁶³. La discrepancia doctrinal surge cuando a la hora de asimilarlo con el trabajo libre se entiende que éste no es formativo ni instructivo, de manera que dicha condición es presupuesto de considerar al trabajo penitenciario como resocializador. En definitiva, que “el hecho de que el cumplimiento de este requisito tiende a potenciar los efectos de los cursos y actividades de formación profesional llevados a cabo en prisión [...] siempre que en la planificación hayan sido tenidas en cuenta las posibilidades de empleo penitenciario de los internos [...]”²³⁶⁴.

²³⁶⁰ Opinión de DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El trabajo penitenciario resocializador*, cit., p. 184.

²³⁶¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Obligatoriedad del trabajo de los penados”, *Comentarios a la legislación penal*, t. VI, vol. I, cit., pp. 463 y ss.; del mismo, “Un deber (no obligación) de los privados de libertad: el trabajo penitenciario”, cit., pp. 93 y ss. Así como tener en cuenta la Regla 71.2 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos que viene a decir todos los condenados serán sometidos a la obligación de trabajar. Se critica la obligatoriedad por parte de la doctrina por ser contraria a la perspectiva resocializadora.

²³⁶² DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Cárcel y actividad laboral: el derecho de los presos a un trabajo penitenciario resocializador”, cit., pp. 248-249.

²³⁶³ *Ibidem*, p. 186.

²³⁶⁴ *Ibidem*, pp. 186-187.

A éstos requisitos se le puede añadir otros como²³⁶⁵: a) Basado en el principio de libertad, que no sea una obligación exigible jurídicamente; b) remunerado; c) por cuenta ajena, según la doctrina más extendida, es la ajenidad en los frutos del trabajo, es decir, que los frutos pertenezcan a una persona distinta del trabajador preso y, d) dependiente, Aunque no es exclusivo de las relaciones laborales. En consecuencia, atendiendo a lo anteriormente indicado el trabajo bajo estas características es una solución idónea y apropiada para la reinserción de los reclusos.

7.3 Principio general del trabajo penitenciario en la Constitución española

Se parte de entender al trabajo penitenciario como aquel cuyo principio general, según la Constitución, es tender a la resocialización del recluso, siendo un principio y objetivo central de la pena privativa de libertad, pero no el único y, por tanto, principio inspirador del régimen penitenciario. Por consiguiente, debe estar considerado como un elemento positivo del régimen carcelario y en ningún caso debe estar impuesto como sanción²³⁶⁶. Teniendo en cuenta este principio, la discrepancia doctrinal surge cuando se está a favor o en contra de valorar el trabajo penitenciario como base del tratamiento y, por tanto, como resocializador.

Comenzando por los que están en contra -Alarcón Bravo- se argumentan tesis que afirman que el “trabajo no es tratamiento, sino una ocasión y medio para satisfacer lo que para toda persona es un derecho y un deber [...] ya que si simplemente fuese la expresión del ejercicio de un derecho u obligación, el trabajo difícilmente reuniría la condición especial de ser vehículo de realización de la personalidad humana”²³⁶⁷. O, que el trabajo no es un elemento fundamental del tratamiento, aunque admita modalidades de él, sino, a lo sumo, del régimen²³⁶⁸.

Siguiendo, de otro lado, por los que defienden la tesis de que el trabajo es tratamiento, las críticas que más eco tienen²³⁶⁹, partimos de la postura sustentada por De

²³⁶⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El trabajo penitenciario resocializador*, cit., p. 335.

²³⁶⁶ Regla 26 de las RPE.

²³⁶⁷ ALARCÓN BRAVO, O., “El tratamiento penitenciario”, *Estudios Penales*, Universidad de Santiago de Compostela, 1978, pp. 19-25.

²³⁶⁸ GARCÍA VALDÉS, C., “Derecho Penitenciario español: notas sistemáticas”, cit., p. 46.

²³⁶⁹ MUÑOZ CONDE, F., “La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito”, cit., p. 628; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “La supuesta función resocializadora del derecho

la Cuesta Arzamendi²³⁷⁰, quien postula que la función del trabajo es capital para la construcción de un régimen penitenciario resocializador porque, debido a su condición de denominador común entre la vida en prisión y el mundo exterior, son especialmente importantes sus potencialidades como vehículo de aproximación y comunicación entre ambos universos, el carcelario y el de fuera, así como puede derivar un mayor acercamiento entre trabajadores penitenciarios y *libres* con base a su condición común de trabajadores, lo que redundaría de manera inmediata en el menor aislamiento y marginación de la prisión. En sentido amplio, se indica que, si el trabajo es un elemento fundamental del tratamiento, es decir, algo esencial e inmerso dentro de la naturaleza del mismo y de éste [...] consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados, quiere decir que este mismo fin afecta a la actividad laboral penitenciaria.

Afirma, pues, que el trabajo en el ámbito penitenciario no puede tener un fin ajeno a la intencionalidad penal y cuya ejecución debe conseguir la reeducación de los sancionados y llevarles a una reinserción social que trasciende de la propia privación de libertad²³⁷¹. Desde esta posición, Lamarca Pérez²³⁷² entiende que el trabajo en el ámbito penitenciario está orientado a la reeducación y reinserción social, pues la ocupación es uno de los medios que más eficazmente puede propiciar estos resultados. Por lo demás, realizar cualquiera de estas tareas podrá dar lugar a obtener los beneficios penitenciarios correspondientes, pero sólo en el caso de una labor productiva y, por tanto, remunerada podrá hablarse de un auténtico ejercicio del derecho al trabajo.

En un sentido, digamos neutral, se encuentra, Bueno Arús²³⁷³, al indicar que no resulta dudoso que el trabajo y la formación profesional pueden utilizarse como medios de tratamiento, pero que no son tratamiento. Y, por último, Pinatel²³⁷⁴ manifiesta que la

penal: utopía, mito y eufemismo”, *Anuario de Derecho Penal*, t. 32, nº. 3, 1979, pp. 646 y ss.

²³⁷⁰ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Cárcel y actividad laboral: el derecho de los presos a un trabajo penitenciario resocializador”, cit., p. 247. De opinión similar en cuanto a considerar al trabajo penitenciario como resocializador es LÓPEZ RIOCEREZO, J.M., “El trabajo, medida de reeducación y corrección penitenciarias”, *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, t. 16, 1963, pp. 37-84.

²³⁷¹ DE LA MORENA VICENTE, E., “Situación y desarrollo de la normativa laboral penitenciaria”, cit., p. 46.

²³⁷² LAMARCA PÉREZ, C., “Los derechos de los presos”, cit., p. 96.

²³⁷³ BUENO ARÚS, F., “El trabajo penitenciario en España”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº. 28-231, Madrid, 1980, p. 357.

²³⁷⁴ PINATEL, *La sociedad criminógena*, cit., p. 102.

organización del trabajo favorecerá la cooperación y la solidaridad, pero nada dice de la consideración de tratamiento.

La tesis de la plasmación del trabajo en los Centros penitenciarios y la idea del trabajo penitenciario como resocializador es la idea mantenida en nuestra legislación y por la doctrina de forma unánime²³⁷⁵, pero la vinculación entre trabajo y tratamiento ha sido duramente criticada porque dista mucho de la realidad carcelaria, el cometido de facilitar trabajo en días laborables a los presos y garantizar los días de descanso laboral semanal resulta un tanto imposible. Por ello, lo que hace la legislación es ampliar el campo de trabajo de los reclusos, es decir, ampliarlo a campos como la formación académica, estudio, o meramente ocupacionales²³⁷⁶. Con estas miras, García Valdés constata que el trabajo penitenciario sólo podrá tener la consideración de tratamiento cuando así resulte de la formulación de un programa concreto con tal finalidad. Se considera que no parece acertado aceptar que el trabajo penitenciario sea un elemento fundamental del tratamiento, aunque admite modalidades y actividades laborales incluidas en la dinámica del tratamiento²³⁷⁷. No obstante, en la parte que aquí nos interesa, debemos tener en cuenta que, tanto el trabajo como la educación, comparten un mismo fin, no se trata de generar falsas expectativas sobre las posibilidades resocializadoras de estas actividades convirtiéndolas en ejercicios de adoctrinamiento, sino sencillamente ofrecerle al interno durante el tiempo penitenciario las posibilidades de capacitarse para hacer más fácil su vuelta a la sociedad. Desde esta óptica es necesario procurar que, tanto el trabajo como la educación, respondan al principio de normalización social y no difieran -o difieran lo estrictamente necesario- del contenido y desarrollo de esas actividades en la sociedad libre²³⁷⁸.

²³⁷⁵ Ver, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “La relación régimen penitenciario-resocialización”, *Eguzkilore*, nº. 2, extraordinario, 1989, pp. 59 y ss.

²³⁷⁶ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “El trabajo de los internos en el derecho penitenciario español”, *Cuadernos de Derecho Judicial, Derecho Penitenciario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 209. Afirma que el concepto social de *trabajo* se ha ampliado y no sólo se limita al trabajo productivo sino que abarca a las actividades orientadas a la preparación de la producción o prestación de servicios.

²³⁷⁷ GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la legislación penitenciaria*, Cívitas, Madrid, 1982, pp. 95 y 75.

²³⁷⁸ MAPELLI CAFFARENA, B., “Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, nº. 8, 2006, considera que “hay razones estructurales que hacen imposible alcanzar una cotas similares de empleo en comparación con la sociedad libre”, cita tres grandes problemas: de orden económico, jurídico y organizativo. En primer lugar, el trabajo penitenciario no es competitivo debido a su baja productividad; el problema desde el punto de vista jurídico es la falta de un contrato de trabajo, por lo que parece dudoso que se reconozcan los

Quizás lo que se pretenda con el trabajo penitenciario es trasladar al recluso a la concienciación de que asuma las mismas características que tiene el trabajo en el mundo exterior, a que tenga una responsabilidad en el orden y en la economía, a que favorezca su concienciación de clase social, a llevar a cabo una serie de actos que no lleven a la desocialización. Lo que se pretende es que la pena privativa de libertad no lleve al preso a un estado de degradación psíquica que le impida estar en las condiciones necesarias para reincorporarse al mundo en libertad, por tanto, el trabajo penitenciario ha de cumplir el principio de asimilación al trabajo libre, lo que significa que se lleve a cabo en las mismas condiciones y con los mismos derechos como ciudadano y como trabajador. Igualmente, no faltan los autores que consideran que la equiparación con el trabajo libre no es posible porque precisamente falta la condición de libre que es lo que caracteriza la relación laboral en el exterior²³⁷⁹. Se dice que la relación entre el recluso trabajador y el Estado es “un verdadero y propio contrato de trabajo”²³⁸⁰.

En la actualidad, se considera al trabajo como el núcleo del régimen penitenciario, además de que es una de las pocas actividades llevadas a cabo en los Centros de forma colectiva, en la que interaccionan seguridad y formación, disciplina y reeducación. Si el trabajo es entendido como una forma de inserción social formando parte del programa de tratamiento penitenciario no debe ser tan selectivo con los presos, puesto que todos tienen derecho a la reinserción social y, por tanto, al trabajo.

Ahora bien, y de otro lado, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional estima que el derecho y los beneficios correspondientes a la Seguridad Social son derechos que se insertan en los fines de reeducación y reinserción social a los que por exigencia constitucional deben orientarse las penas privativas de libertad y, en tal sentido, son derechos de aplicación progresiva, cuya efectividad se encuentra en función de los medios que la Administración penitenciaria tenga en cada momento, no pudiendo, por

derechos como trabajador, y desde el punto de vista organizativo, existe conflictos entre el plan de seguridad y la planificación laboral. Por todo ello, Mapelli considera que la Administración penitenciaria “deba preocuparse más por problemas de retribución, competitividad, descanso o higiene y seguridad que por los logros resocializadores que puedan alcanzarse con el trabajo”.

²³⁷⁹ Ver DE LA VILLA GIL, L.E., “La inclusión de los penados en el Derecho del Trabajo”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, cit., pp. 382 y ss., y *Revista de Política Social*, cit., p. 193.

²³⁸⁰ ROMERO Y SÁNCHEZ QUINTANAR, “Repercusiones del Derecho del Trabajo en las Instituciones penitenciarias”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º. 178-179, 1967, pp. 346 y ss.

tanto, ser exigidos en su totalidad de forma inmediata en el caso de que realmente exista imposibilidad material de satisfacerlos²³⁸¹. Esto representa que se aceptan los derechos subjetivos, sometidos *per se* a la condición de que el deudor se encuentre en situación de satisfacerlos y sin posibilidad de admitir su sustitución por un derecho a indemnización, como reconocen las normas jurídicas generales, en caso de incumplimiento²³⁸².

7.4 Relación trabajo-educación como reeducación del recluso

La relación entre el derecho al trabajo y el derecho a la educación tiene como fundamento que ambos son la base del tratamiento penitenciario para la reeducación y reinserción social de los presos. Con esta perspectiva, cabe subrayar que el trabajo ha de cumplir una función educativa a largo plazo, consistente en el aprendizaje de la estructuración del tiempo de la vida cotidiana, el aprendizaje de pautas de autodisciplina y de pautas colectivas (como el hecho de trabajar en grupo y participar en el trabajo con otras personas). Asimismo, el trabajo puede ser generador de valores asociados con el esfuerzo, la autonomía individual y el autosostenimiento económico²³⁸³. Es decir, lo que se trata es de ocupar y estructurar el tiempo y la vida de los presos, disminuyendo la inestabilidad emocional que puede suponer el estar privado de libertad. Aporta pautas para los que tengan hábitos desestructurados carentes de disciplina y mejora la autoestima, los presos que puedan trabajar en los Centros penitenciarios pueden suponer un “grupo de referencia”²³⁸⁴ entre los presos, generándose un estatus social dentro de la prisión y creándose una relación social a través del *compañerismo*.

Si el trabajo y la educación son las bases para la reeducación del preso a través del tratamiento penitenciario ha de haber una compatibilidad entre ambas y de éstas con el tratamiento penitenciario, así lo indica el artículo 28 de la LOGP al decir “el trabajo será compatible con las sesiones de tratamiento y con las necesidades de enseñanza en

²³⁸¹ STC 17/1993, de 18 de enero y AATC 256/88, de 21 de diciembre.

²³⁸² ELÍAS ORTEGA, A., “Aspectos de interés práctico en la regulación de la relación laboral especial penitenciaria”, *Cuadernos de Derecho Penitenciario*, nº. 10, p. 4.

²³⁸³ MIGUÉLEZ, F., DE ALÓS-MONER, R., MARTÍN ARTELES, A. y GIBERT, F., *Trabajar en prisión*, Icaria, Barcelona, 2007, p. 12.

²³⁸⁴ Término utilizado por MIGUÉLEZ, F., DE ALÓS-MONER, R., MARTÍN ARTELES, A. y GIBERT, F., *Trabajar en prisión*, cit., pp. 12 y ss.

los niveles obligatorios. A tal fin, la Administración adoptará las medidas que reglamentariamente se determinen para asegurar la satisfacción de aquellos fines y garantizar la efectividad del resultado”. Corroborando la Regla 75 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos que dice “La ley o un reglamento administrativo fijará el número máximo de horas de trabajo para los reclusos por día y por semana, teniendo en cuenta los reglamentos o los usos locales seguidos con respecto al empleo de los trabajadores libres. Las horas así fijadas deberán dejar un día de descanso por semana y tiempo suficiente para la instrucción y otras actividades previstas para el tratamiento y la readaptación del recluso”. En consecuencia, el binomio trabajo/educación-tratamiento penitenciario ha de estar latente en toda prisión como garantía de la reinserción social.

En consecuencia, la educación y la alfabetización es posible en el mundo carcelario, debiéndose llevar en condiciones de igualdad que en el mundo libre aunque con técnicas y métodos distintos. No coaccionar al preso a que reciba una educación, sino estimularle y motivarle. La educación en el contexto de la privación de libertad supone una modalidad del sistema educativo destinada a garantizar el derecho a la educación de todas las personas privadas de libertad, promover su formación y desarrollo pleno. De manera que el ejercicio de este derecho no admite limitación ni discriminación alguna, no en cuanto a personas sino en cuanto al estatus o situación de encarcelado. Asegurar una mayor oferta educativa pública actual en las cárceles, llevar a la cárcel las Universidades, contribuyendo la realización de derechos fundamentales consagrados en la Constitución sin ningún tipo de discriminación.

7.5 Reinserción a través de los permisos de salida

Sin tratar la cuestión de qué clases de permisos de salida refleja el sistema penitenciario, puesto que lo podemos observar en la Ley y Reglamento, plantearé si los mismos son considerados como parte del tratamiento penitenciario o simplemente beneficios o recompensas de los que goza el recluso. Es por ello, que si el tratamiento penitenciario está encaminado a la reinserción de todos los reclusos, la concesión de permisos de salida es consecuencia de que, en la mayor medida, dicho preso se encuentra reeducado y puede estar *preparado* para la vida en libertad. La no concesión de los mismos podría constituir un trato inhumano o degradante siempre que vaya

acompañado de otras circunstancias o de grave sufrimiento. No voy a cuestionar las críticas sobre el control de las personas presas que gozan de un permiso de salida, si constituyen o no trato inhumano²³⁸⁵.

Se argumenta que “la prisión, aunque puede procurar alguna suerte de socialización, si es capaz de socialización, debe completarse con la socialización externa, con el fomento, también fuera de la prisión”²³⁸⁶. Esto se traduce en permisos de salida, considerados no sólo como un instrumento idóneo de preparación para una libertad que ha de llegar, y que no debe hacerlo de golpe como el paso brusco de la oscuridad a la luz. Es un reconocimiento expreso de que no sólo nominalmente sino también en la realidad el penado forma parte de la sociedad, es también una forma de depositar la confianza en el preso que deja de serlo durante unos días²³⁸⁷.

Ahora bien, lo que interesa concretar es que se requieren limitar los derechos de los presos al mínimo imprescindible para la mera privación de libertad de movimientos en los que consiste la pena, rechazando todas las privaciones de derechos y limitaciones que no se hallen justificadas por la necesidad o que vayan más allá de lo estrictamente exigido para garantizar el orden y la seguridad en los Centros penitenciarios²³⁸⁸. Pese a ello, atendiendo al artículo 4.2 h) del RP “derecho a los beneficios penitenciarios previstos en la legislación”²³⁸⁹, pueden entenderse incluidos los permisos de salida. Ahora bien, los beneficios penitenciarios no son derechos fundamentales, puesto que, exclusivamente, se predicen de los reclusos, pero pueden ocupar un papel fundamental en cuanto a la reinserción social. Es, en los periodos de permisos de salida, cuando se observa si la reeducación se ha tramitado en condiciones oportunas.

A efectos de lo que aquí nos interesa, se pueden conceder, previo informe preceptivo del Equipo Técnico, permisos de salida ordinarios de hasta siete días de

²³⁸⁵ Ver DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y BLANCO CORDERO, I., “L’emprisonnement d’aujourd’hui et de demain en Espagne”, *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, n.º. 2, París, 2000; LEVY, T., *Nos téstes sont plus dures que les murs des prisons (Nuestras cabezas son más duras que los muros de las prisiones)*, Essai, Grasset, París, 2006.

²³⁸⁶ Art. 59.2 de la LOGP.

²³⁸⁷ ATC 1159/97, de 19 de noviembre.

²³⁸⁸ En este sentido, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Reflexiones acerca de La relación entre régimen penitenciario y resocialización”, cit., p. 61; ALARCÓN BRAVO, J, *Tratamiento Penitenciario. Su práctica*, cit., p. 74.

²³⁸⁹ No obstante, la Ley lo recoge en un capítulo diferente y no como un derecho.

duración como preparación para la vida en libertad, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año a los condenados clasificados en segundo o tercer grado, respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena o condenas y no observen mala conducta²³⁹⁰. En suma, supone un elemento fundamental del régimen penitenciario intentar conseguir que el preso no rompa sus contactos con el mundo exterior²³⁹¹. Los permisos de salida constituyen un elemento muy importante y útil del tratamiento penitenciario²³⁹², el primer antecedente lo encontramos en el Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1956, recogiendo la posibilidad de permisos de salida para los casos de enfermedad muy grave o defunción de familiares, posteriormente, por el RD 2273/1977, de 29 de julio, se incluye como Capítulo dedicado a los permisos de salida. En nuestro Reglamento penitenciario actual se encuentra como Título independiente, siendo las salidas programadas recogidas en el artículo 114 las destinadas a ser valoradas como parte del tratamiento penitenciario. Ellas tienen como fundamento el evitar la llamada desocialización, puesto que permite el contacto con la sociedad, con los familiares, con todo aquello que queda cuando finalice su condena, así como es importante decir que los permisos de salida pueden suponer un periodo de despeje psicológico y de evitar posibles tensiones en la cárcel.

Existe una discrepancia a la hora de fijar la naturaleza jurídica, es decir, en la consideración de si estamos ante un derecho subjetivo o ante una recompensa o beneficio penitenciario con fundamento en los programas de tratamiento penitenciario²³⁹³. La jurisprudencia constitucional ha sentado las bases entendiendo que los permisos de salida se conectan con la finalidad constitucional de la reeducación y reinserción del artículo 25.2, pero no son de aplicación automática ya que no constituyen un derecho subjetivo ni fundamental puesto que sólo hay un interés legítimo de obtenerlos cuando se tienen los requisitos que no aconsejan su denegación. Partiendo de la premisa de que tanto para la concesión como para la denegación de los mismos, hablamos de los permisos de salida ordinarios, se necesita unos requisitos y unos factores regulados por el Reglamento penitenciario, se refleja claramente cómo el

²³⁹⁰ Art. 154.1 del RP.

²³⁹¹ GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios*, cit., pp. 147 y 167.

²³⁹² En opinión de LEGANÉS GÓMEZ, S., *Clasificación penitenciaria, permisos de salida y extranjeros en prisión*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 113.

²³⁹³ De esta opinión es Cervelló Donderis.

permiso es un elemento del tratamiento puesto que debe tenerse en cuenta la evolución del interno en prisión conforme a su grado de clasificación asignada pero también si el permiso puede repercutir negativamente en su tratamiento y como consecuencia de ello en su futura reinserción social²³⁹⁴.

Pero, en contraposición, nos encontramos con jurisprudencia que sostiene que los permisos carcelarios son un derecho subjetivo²³⁹⁵. Ahora bien, la jurisprudencia más consolidada es aquella que indica que “si bien los permisos de salida se conectan con la finalidad constitucional de la reeducación y reinserción del artículo 25.2 no son de aplicación automática ya que no constituyen un derecho subjetivo ni fundamental puesto que sólo hay un interés legítimo de obtenerlos cuando se tienen los requisitos que no aconsejan su denegación”²³⁹⁶. Por otro lado, como acertadamente afirma Mapelli²³⁹⁷, “más allá de las necesidades de reinserción social ciertas salidas extraordinarias del centro deben de estar garantizadas en casos de eventos familiares relevantes. De nuevo vemos desarrollado el principio de humanización del castigo”.

Frente a estas posturas está aquella que indica que los permisos de salida, al no estar incluidos dentro del título dedicado al tratamiento, no deben ser considerados como una actividad del tratamiento penitenciario ya que sólo se conceden por razones humanitarias. No olvidemos que sólo es el Reglamento el que recoge los permisos de salidas como un derecho del preso, no así la Ley Orgánica.

En conclusión, podemos advertir que los permisos son un complemento necesario para la preparación de la vida en libertad, constituyen una de las actividades

²³⁹⁴ CERVELLÓ DONDERIS, V., “El sentido actual del principio constitucional de reeducación y reinserción social”, *Presente y futuro de la Constitución española de 1978*, Universidad de Valencia, Valencia, 2005, p. 116.

²³⁹⁵ STC 112/1996, de 24 de junio. Esto significa que aquellos presos que disfrutaban de un permiso de salida y tienen una actitud adecuada en la calle podrán seguir disfrutando de nuevos permisos de salida; Atc de 16 de julio de 2003. En una posición similar se encuentra MUÑOZ CONDE, F. y HASSEMER, W., “Excurso: el Tratamiento Penitenciario”, *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 154.

²³⁹⁶ SSTC 81/1997, de 22 de abril; 137/2000, de 29 de mayo, que vienen a indicar que todos los permisos de salida cooperan potencialmente a la preparación de la vida en libertad del interno, pero no es suficiente para conferirles la categoría de derecho subjetivo, ni menos aún de derecho fundamental.

²³⁹⁷ MAPELLI CAFFARENA, B., “Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, nº. 8, 2006.

del tratamiento penitenciario y una de las actividades más importantes²³⁹⁸. En definitiva, son una concreción del principio constitucional al señalar como fin de las penas privativas de libertad la reinserción social. Además, los permisos fortalecen los vínculos familiares, evitan tensiones y constituye un estímulo a la buena conducta, a la responsabilidad, indicando la evolución del recluso²³⁹⁹. Y en cuanto a su naturaleza jurídica, son derechos subjetivos al tomar como fundamento que el tratamiento y la reinserción social no son recompensas.

²³⁹⁸ Art. 47.2 de la LOGP y art. 154 del RP.

²³⁹⁹ Ver las SSTC 19/1988, de 16 de febrero y 109/2000, de 5 de mayo, entre otras.

CONCLUSIONES

1. Históricamente, es posible encontrar doctrinas sobre el fundamento y los fines de las penas, así como cuestiones importantes sobre el Derecho Penal y, en particular, sobre el ámbito penitenciario. Se debe subrayar, en este sentido, que existe una vinculación entre la doctrina de los derechos fundamentales y la teoría del Estado, caracterizada por la defensa de la libertad y la igualdad, proclamando garantías tanto formales como materiales. Con esta perspectiva, cabe subrayar que lo que afecta a los derechos fundamentales es perfectamente trasladable a los presos, en cuanto que el Estado reconoce que la actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por el fallo, el sentido de la pena o la Ley penitenciaria, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otras circunstancias de análoga naturaleza, debiendo utilizarse, en

tanto sea posible, todos los métodos de tratamiento y los medios que, respetando siempre los derechos constitucionales no afectado por la condena, puedan facilitar la obtención de dichas finalidades (arts. 3 y 60.2 de la LOGP).

Se puede entender la cárcel como una institución a la que el sistema penal le ha encomendado la función de recuperar a las personas condenadas a fin de evitar la comisión de nuevos hechos delictivos, aunque socialmente tiene funciones como el castigo, la venganza, la prevención general, la reeducación y la reinserción social. Es la cárcel la que debe facilitar los medios necesarios para que los penados se integren en la sociedad y que la misma sea real y efectiva. Este objetivo, que además es reconocido constitucionalmente, es incumplido por la Administración penitenciaria. Quizás, en primer lugar, porque la cárcel es un instrumento coercitivo que depende directamente de la Administración Pública estatal y, en segundo lugar, porque la actividad de las Instituciones penitenciarias vienen reguladas por el Derecho, lo que supone que toda su actividad y estructura tenga una orientación jurídica, generándose una confusión entre la legalidad y la realidad carcelaria.

2. La dignidad es la raíz de todo derecho fundamental, haciendo que todo derecho tenga sentido en cuanto que gira en torno a la dignidad y al desarrollo de la personalidad, tanto en el plano social como en el individual ya que es fundamento del orden político y de la paz social. Así pues, se observa que una persona, pese a estar privada de libertad, conserva todos los derechos fundamentales y debe ser tratada conforme a la Regla 72.1 de las RPE, la cual dictamina que “Las prisiones deben de estar gestionadas bajo unos principios éticos entre los que destaca el trato a los detenidos con humanidad y respeto a la dignidad inherente a todo ser humano”. Es en este punto donde el concepto de necesidades humanas aclara el asunto ya que los derechos tienen como fundamento la idea de necesidades humanas, sobre todo porque a través de los mismos se pretende satisfacer una serie de exigencias consideradas como necesarias para el desarrollo de una vida digna.

Como consecuencia, se parte de la premisa de que todo derecho tiene que tener una base moral para que pueda incorporarse al Derecho positivo, además de que los derechos fundamentales son realidades vulneradas en el pasado, y la condición de penado no es obstáculo para disfrutar de los derechos fundamentales previstos en la Constitución. Por tanto, sólo se puede hablar de derechos en la medida en que existan

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

3. Teniendo en cuenta que las leyes deben considerar a los ciudadanos como iguales sin hacer, entre ellos, distinciones arbitrarias o irrazonables, se admite la diferenciación y la discriminación si se encuentra justificada de manera objetiva, razonable y proporcional. En la Constitución española, la igualdad no es absoluta entre todos y dado que la población reclusa no se halla en la misma situación que las personas en libertad, el tratamiento en relación a los derechos fundamentales es necesariamente distinto y, por esta razón, son sometidos a determinadas restricciones. A efectos de nuestro estudio, los reclusos se encuentran en una situación de inferioridad en lo que se refiere a la sociedad, por lo que necesitan de una protección especial. El pertenecer a una minoría o grupo diferenciado no supone una condición que determine un estatuto jurídico concreto de una persona. Las frecuentes distinciones en la sociedad contemporánea hacen posible reflexionar que no toda minoría o diferencia requiere de la sociedad un trato semejante. La semejanza se encuentra en la actitud de respeto que requieren. Es por lo que la acción por parte de la sociedad frente a los grupos diferenciados o minoritarios es fundamento del Estado social y democrático.

Como grupo diferenciado, debemos añadir en las cárceles a las mujeres reclusas y los presos extranjeros, los cuales constituyen supuestos de doble discriminación. La diferencia entre los Centros penitenciarios de hombres y mujeres y la escasez de establecimientos o dependencias para las mujeres reclusas, así como la debilitada organización en su estructura, hacen que la mujer reclusa ocupe un papel de desigualdad en la fundamental reinserción social. Haciendo de ellas la conciencia de que el papel esencial, tal y como se observa en las distintas actividades de tratamiento penitenciario, es la de cumplir el papel de mujer y madre. Pese a ello, esta discriminación no se produce porque existan normas jurídicas diferentes para hombres y mujeres, sino que la misma norma se aplica a situaciones con diferente significado atendiendo al género. La

cuestión a debatir es la relativa a los hijos menores que *cumplen condena* junto a sus madres, quedando el vacío legal de la no regulación con respecto a que puedan pasar el tiempo de condena junto a su padre.

4. Respecto a los extranjeros presos en nuestras cárceles nacionales, se advierte que en cuanto presos hay igualdad en relación con las condiciones en la que se encuentran y, por ello, deben gozar de los mismos derechos; pero, como extranjeros, el artículo 13 de la CE es claro y contundente, es decir, en materia de *libertades públicas* gozarán de las mismas libertades, pero como derechos rige el principio de reciprocidad. Se trata, pues, de una cuestión de constitucionalidad sobre la igualdad total respecto de los españoles no equiparándose a los extranjeros. La normativa penitenciaria entra en contradicción con el precepto constitucional en materia carcelaria, sobre todo porque actualmente no existe diferencia si el delito ha sido cometido por nacionales o extranjeros. Pero sí se establece una exigencia hacia la Administración penitenciaria, por ejemplo, en lo relativo al idioma, la cultura, la religión, la protección de la salud o las comidas, en suma, todo lo relativo a las costumbres.

No obstante, la exclusión social, desde el punto de vista sociológico, que sufre una minoría puede ser perfectamente trasladable a la población reclusa como grupo diferenciado. En los últimos años, la población de reclusos extranjeros ha aumentado en las prisiones españolas, y, atendiendo a la masificación, se hace recomendable que cumplan la condena en sus países de origen, no obstante, atendiendo a los vacíos legales en cuanto a los traslados es una solución actualmente improbable. A fecha de julio del 2010, existe un total de 27.178 presos/as extranjeros/as en nuestras cárceles, de manera que éste es un colectivo cada vez más numeroso y de procedencia diversa. Además, el artículo 25 de la CE establece una finalidad igual para todo recluso sin distinciones. Sin embargo, por el hecho de ser extranjero, además de estar privado de libertad conlleva una serie de desigualdades, a las que se une la necesidad por parte del extranjero e inmigrante de aceptar un nuevo sistema de valores. En definitiva, la diferencia de trato no se traduce en trato discriminatorio, sino en trato diferente justificado.

5. Se afirma que los derechos fundamentales afectan a la persona, tanto en su aspecto individual como social, y deben ser respetados y reconocidos por el Poder, así lo establecen la Constitución y las demás normas jurídicas. Los derechos y libertades de ámbito personal tienen como base el derecho a la vida para el reconocimiento del resto

de los derechos recogidos en la Constitución. El papel que juega el derecho a la vida en los Centros penitenciarios ha demostrado la necesidad de su plasmación en los textos. La pregunta que cabe plantearse aquí es si el Estado respeta la vida humana de los presos y si la protege. Desde este punto de vista, se debe plasmar una política que erradique la tortura y los malos tratos físicos y psíquicos, consiguiéndose a través de la implantación de los mecanismos de prevención de la tortura previstos en el Protocolo de Prevención de la Tortura de Naciones Unidas. Por lo que respecta a la pena de muerte, se argumenta en contra de la misma que supone una violación del derecho a la vida, no cumpliendo con la función intimidatoria que se le asigna a la pena privativa de libertad y, asimismo, si se defiende la pena de muerte como función punitiva ha de cumplir el fin de ser humanizadora. Y, en este sentido, obviamente la pena de muerte no la cumple, no disminuye delitos en la sociedad y, además, en caso de error, éste no puede ser subsanado. En síntesis, supone una flagrante violación de los derechos humanos.

La consideración del derecho a la vida tiene explicación con respecto al derecho de los presos, considerándose como sustrato de todos los derechos restantes, dado que en nuestro ámbito cultural europeo ya no se aplica la pena de muerte pero sí otro tipo de sanciones, como las penas privativas de libertad, existiendo en los casos más graves violación de una serie de bienes jurídicos, derechos y valores, entendidos como básicos dentro de una sociedad, es decir, que detrás de ellos se esconde la protección del derecho a la vida. De otro lado, en las prisiones también se protege el derecho a la vida en relación al comportamiento que deben tener los funcionarios y los demás presos, lo que igualmente ocurre en lo que se refiere a la integridad física, manifestándose, en todo caso, que la labor que llevan a cabo siempre es en función de mantener el orden y la disciplina en el Establecimiento penitenciario.

6. El derecho fundamental a la intimidad es uno de los derechos más fuertemente limitados en los Centros penitenciarios conforme a los conocidos conceptos jurídicos indeterminados tales como las razones de seguridad y orden. Pese a ello, son criterios no del todo apropiados, puesto que cualquier restricción de los derechos fundamentales debe realizarse con apoyo en criterios claros, concretos y precisos, sin dejar al libre albedrío la posibilidad de decisión acerca de la concurrencia de circunstancias determinantes de la limitación. Igualmente, se debe respetar el contenido esencial del derecho fundamental y una serie de garantías consistentes en una

proporcionalidad entre la restricción y el fin que se persigue y la adecuación entre los medios y la finalidad. También ha de tenerse en cuenta que los derechos fundamentales se constituyen en límites del poder, cuya actuación y organización no podrá ser contraria a ellos, como acertadamente reitera la doctrina mayoritaria. No obstante, no hay que olvidar la relación de sujeción especial como fundamento de tales restricciones. De todo esto se deduce que los reclusos son sujetos del derecho a la intimidad pero hay una serie de vulneraciones inevitables en las prisiones como los cacheos, los registros de celda, etc. Debiéndose realizar la crítica de que se puede llegar a justificar restricciones de una manera indiscriminada en función de criterios amplios residentes en conceptos jurídicos indeterminados.

7. Dentro de este ámbito personal se encuentra el derecho a la libertad religiosa de posible vulneración en las cárceles, indicando que España, junto con Portugal, es uno de los únicos Estados europeos con leyes específicas sobre libertad religiosa. Se argumenta que la libertad religiosa es la raíz de las demás libertades, como la libertad de asociación y enseñanza. En consecuencia, la libertad religiosa ha trascendido su carácter de derecho individual para convertirse en un principio político que identifica una relación entre lo religioso y lo estatal, es decir, el binomio Estado-Iglesia debe ser sustituido por el derecho de libertad religiosa, al constituir paralelamente un derecho fundamental con un rango superior en la configuración del Estado laico actual.

Desde este punto de vista, una de las recomendaciones que se ha de plantear es la de crear un entorno en el que sea compatible la ejecución de la pena de prisión con el ejercicio de los derechos fundamentales. Para ello, se requiere un sistema penitenciario respetuoso con los derechos fundamentales, siempre operando bajo el principio de igualdad, advirtiendo que la igualdad que se proclama constitucionalmente no implica tratar de manera absolutamente igual a todas las personas y a todas las situaciones, sino que conlleva la diferencia que existe entre las personas y, por tanto, a ser tratados de modo distinto. Además, la Administración penitenciaria ha de contar con un adecuado sistema prestacional fundado en la relación de sujeción especial en la que queda vinculada la Administración y el recluso. Otra recomendación consistiría en revisar la normativa penitenciaria en cuanto a los conceptos jurídicos indeterminados, tales como las razones de seguridad o la convivencia ordenada en el interior del Centro penitenciario que dan lugar a la restricción de derechos fundamentales.

8. En los derechos relativos a la seguridad rigen los conceptos de *orden* y *seguridad* que pueden ser interpretados a merced de cada caso. Prácticamente cualquier derecho cede o queda apartado en los Centros penitenciarios en atención a las exigencias del orden, seguridad y disciplinas impuestas, siendo la base para asegurar la vida y la integridad tanto del resto de los reclusos como de los funcionarios. Ésta es la causa por la que parece que existe un conflicto de intereses en cuanto a la prelación de lo que se defiende, es decir, la cuestión radica en si va antes el derecho fundamental o el orden y la disciplina en los Centros penitenciarios. Sin embargo, la seguridad se identifica como el necesario ordenamiento para una correcta convivencia en un espacio cerrado, su fin es preventivo no siendo igual la *ratio* de la pena, en este caso, de prisión, que las medidas de seguridad, por lo que no debe ser igual la normativa a aplicar. Ello se traduce en las distintas medidas que se llevan a cabo en la cárcel, ya sean a través de observación de los reclusos, recuentos, aislamiento, comunicaciones, etc. La seguridad significa, por tanto, un conjunto de garantías de los derechos humanos, suponiendo protección y, en especial, debido al hacinamiento.

Una posible recomendación consistiría en revisar la normativa penitenciaria en cuanto a la estimación de los presos como sujetos de una relación de sujeción especial generadora de limitaciones y restricciones de los derechos fundamentales de los reclusos. Por otro lado, se deben crear condiciones seguras en cuanto al hacinamiento ya que influyen en la seguridad de las cárceles, una solución puede consistir en que la seguridad se limite a ciertas instalaciones *correccionales*, únicamente, puesto que no todos los reclusos tienen el mismo grado de peligrosidad. La mayoría de las prisiones confinan a un número de presos mayor al de su capacidad, traduciéndose en que afecta a la seguridad y eficacia de los Centros penitenciarios, creando, por consiguiente, un grado de desorden y tensión que ocasionan, a veces, actos de violencia. Con esta perspectiva, cabe subrayar que el lugar en el que se confina a los presos y la forma de supervisarlos, poseen un enorme impacto en la seguridad. Lo que hay que modificar es el sentido de la Institución penitenciaria para que haya una mayor seguridad dentro de las cárceles. Asimismo la cárcel supone una seguridad para los ciudadanos.

9. La Constitución española otorga la posibilidad del ejercicio de los derechos políticos en sus diversas manifestaciones. Los derechos políticos se fundamentan en la posibilidad que tiene la sociedad de ser protagonista en los temas que le afectan.

Sociedad somos todos, no sólo los ciudadanos que viven libres, así que dentro de las medidas necesarias, ya que todo rige en función del orden y la seguridad carcelaria, se debe facilitar el ejercicio de los derechos políticos a los reclusos. Para que se ejerciten los derechos políticos dentro de una sociedad democrática, es preciso que se actúe con responsabilidad fomentándose, en consecuencia, la igualdad y la libertad de los ciudadanos, siendo posible un régimen asambleario en la prisión, en cuanto al derecho de reunión, si bien, respecto del resto de los derechos políticos siempre quedan limitados por el orden y la seguridad de los Centros.

La política penitenciaria debe incluir una perspectiva de las necesidades de los reclusos, en el sentido de que atendiendo a la importancia del artículo 24.2 de la CE en cuanto a la defensa y comunicaciones de los abogados con sus clientes presos, pudieran efectuarse en cualquier día de la semana sin restricciones de ningún tipo. Esto supone, por consiguiente, no una garantía del procedimiento, puesto que éste concluyó, sino una garantía en cuanto a la aplicación de sanciones disciplinarias. Es decir, los mínimos de comunicación, que se establecen reglamentariamente, no dependerán del comportamiento o de la clasificación del recluso. Con esta perspectiva, cabe subrayar que el Estado español no tiene debidamente garantizado el derecho de defensa para los reclusos.

Una propuesta consiste en garantizar un mínimo los derechos políticos. En cuanto al derecho a la formulación de peticiones y quejas ante la Administración penitenciaria para la defensa de sus derechos a través de los abogados, es precisa una modificación en la normativa penitenciaria en lo que se refiere a los plazos de resolución por parte de la Administración, ya que se exigiría una máxima garantía de la seguridad jurídica.

10. Uno de los rasgos característicos del ordenamiento jurídico es la extensión de los derechos sociales reconocidos, consecuencia de ello es que los poderes públicos dentro del Estado social tienen como presupuesto la obligación de intervenir para que la igualdad tanto jurídica como política que se garantice a través del Estado de Derecho sea una igualdad social, económica y cultural. Al conformarse como derechos de igualdad y poseer un régimen jurídico diferente con respecto del resto de los derechos fundamentales, hace que la igualdad sea condición del ejercicio de los derechos fundamentales. Por tanto, da la impresión de que los derechos sociales sean programas

políticos, de manera que mientras que no sean concretados por el legislador, carecen de significado jurídico.

De todas formas, existe una serie de derechos sociales que sólo la enunciación por parte de la Constitución española es suficiente para que sean eficaces y justiciables, es el caso de los derechos laborales, pero no dejan de ser manifestaciones particulares de derechos y libertades. En el caso de los derechos sociales de los presos, éstos gozan de todas y cada una de las garantías consagradas en la Constitución, lo que incluye la garantía del contenido esencial y su justiciabilidad. Pero ambas garantías de poco pueden servir respecto de los derechos que, en sí mismos, carecen de contenido esencial. Ahora bien, es necesario hacer matizaciones, en cuanto al derecho al trabajo: el deber de trabajar no constituye una obligación en sentido estricto; el trabajo no supone un instrumento de explotación y ha de apoyarse en valores sociales representados bajo la dignidad; el derecho de todos a un trabajo no supone que todos obtengan un puesto adecuado de trabajo conforme a su formación; para que el derecho al trabajo sea efectivo es necesario que concurran unas condiciones económicas adecuadas, cosa que no ocurre en los Centros penitenciarios. Si la aspiración del que trabaja es la obtención de un salario, ella es una idea y un fin bien distinto al que se pretende por la normativa penitenciaria, que no es otro que el trabajo como tratamiento para la reinserción.

En nuestra Norma Suprema hay una aceptación generalizada de que el trabajo es un derecho de todos, todos tienen acceso a realizar actividades laborales en condiciones similares. Se trata de un mecanismo de reinserción, comprendiéndose que con el trabajo resocializador y con la educación en valores las tasas delictivas disminuirían. Las tesis doctrinales se mantienen en dejar constancia de que el trabajo penitenciario ha de ser igual o, al menos, similar al trabajo libre, siendo un factor de igualdad la remuneración. Con esta perspectiva se supone que el propio preso se pueda mantener en la cárcel, sin que sea un factor negativo añadido a los familiares. Por esta razón, se hace necesaria la distinción y separación, atendiendo a las Reglas de Ginebra, entre el trabajo *carcelario* y el trabajo *libre*.

11. Tanto la regulación de las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos como la regulación penitenciaria estatal es escueta en esta materia, regulan aspectos sin concluir, así, por ejemplo, en cuanto al salario de los condenados se limita a

indicar que ha de ser equitativo, es decir, se fijará proporcionalmente al número de horas realmente trabajadas y al rendimiento conseguido, siendo numerosas las interpretaciones doctrinales en cuanto al término *equitativo*. Además, la normativa penitenciaria puede decirse que está viciada, puesto que, pese a que mantiene que el trabajo penitenciario es de carácter formativo, se vulnera al principio general de considerar al derecho al trabajo de los presos como un auténtico derecho subjetivo, ya que del Código Penal se desprende que la actividad laboral puede tener carácter obligatorio bajo amenaza de sanción, a lo que se añade que la configuración del trabajo penitenciario no se adecua al trabajo libre puesto que no es competitivo.

En este sentido, son muchos los aspectos excluidos del trabajo penitenciario por razones de orden y seguridad que impiden su equiparación al trabajo *libre*, aspectos como los derechos de negociación, huelga, adopción de medidas de conflicto, derechos que bien no afectan al contenido esencial del derecho al trabajo, pero que deben ser reconocidos a los reclusos para que pueda calificarse como laboral. No obstante, es unánime la doctrina al afirmar que el hecho de tener un trabajo hace que se tengan responsabilidades, que se posea una convivencia ordenada, desarrolla una serie de aptitudes, enriquece conocimientos y mejora técnicas profesionales, lo que genera un positivo efecto psicológico. Asimismo, una plena ocupación supone un incentivo para evitar los grupos en los patios y el desinterés por lo que les rodea.

En cuanto al derecho a la educación, se supone una educación en valores, donde se pretende equilibrar la libertad de enseñanza con la igualdad de oportunidades. La población reclusa constituye uno de los grupos marginados donde se evidencia la violación de su derecho a la educación.

Una de las soluciones a las que se llega es realizar mayores esfuerzos en cuanto a respetar, proteger y garantizar este derecho, siendo la educación una herramienta para el cambio del preso, juzgándose su valor en función de la reintegración en la sociedad así como en la reincidencia en los delitos. Se considera que el sistema penitenciario ha entrado en crisis no sólo por el hacinamiento sino porque no dispone de los recursos necesarios y adecuados, no obstante, el sistema penitenciario es susceptible de modificación en atención a las situaciones reales que presenta, no debiendo ser exclusivamente el resultado de una política estatal. Si la educación está profundamente

vinculada al lugar y al contexto en el que se imparte, la prisión no es el lugar más idóneo para educar a una persona, confundiéndose la naturaleza y los objetivos de la educación. Dado que la educación se relaciona con el aprendizaje y con el desarrollo de la persona, la dignidad humana debería ser uno de los puntos principales en la educación en el entorno penitenciario. Si los reclusos son uno de los grupos que sufren discriminación en la sociedad, resulta incomprensible que no exista un texto jurídico que vincule de manera especial a las personas privadas de libertad, pese a que se hayan realizado propuestas (concretamente la aprobación de la Quinta Conferencia de Jefes de Servicios Penitenciarios del África Central, Oriental y Meridional en septiembre de 2001).

En cuanto al derecho a la protección de la salud, es un derecho prestacional, no obstante, no parecería lógico entenderlo como un derecho a la igualdad, ya que lo que queda tutelado es la obtención de un derecho fundamental no que sean tratados iguales, es decir, parece ser que lo que prima es la solidaridad social que exige una diversidad de prestaciones según las necesidades, bien sean de carácter preventivo o curativo. No obstante, tiene cabida la teoría de Ferrajoli cuando afirma la obligación estatal de proporcionar los medios necesarios para el ejercicio del derecho a la protección a la salud en el ámbito penitenciario, ya que en atención a las circunstancias el derecho tiene que venir a los reclusos debido a la imposibilidad de acceder ellos.

Posibles recomendaciones son: un sistema penitenciario que habilite una mayor protección del derecho hacia la población carcelaria, una mayor educación en temas de sanidad, que se traducen en temas tan al día en la prisión como el contagio de enfermedades, llevar a cabo rigurosamente proyectos como intercambio de jeringuillas usadas por unas nuevas, calendario vacunal, hacer efectivo los seguimientos clínicos y analíticos, sin olvidarnos de promover un tratamiento así como una rehabilitación después de la cárcel. Para ello es necesario que el Estado aporte más material económico al sector penitenciario para que no suponga una reinserción de enfermos, y no contribuyamos a la creación de una sociedad enferma.

En relación al derecho de la vivienda, hay que decir que, al tratarse de un derecho cuya naturaleza jurídica es compleja, supone un elemento social primario en el que se asienta el hogar y la vida no siendo la celda parte de la misma. Si se entiende que la vivienda es el lugar donde se hacen efectivos los fines familiares, la celda no

contribuye a tal fin, por tanto, ni es vivienda ni es domicilio, siendo el lugar del cumplimiento de la pena privativa de libertad.

12. De singular importancia es el artículo 25.2 de la CE que conecta los derechos fundamentales con la finalidad de la pena privativa de libertad que es la reeducación y la reinserción social. Con independencia de que se utilice un término u otro, el fin último que se persigue para la pena privativa de libertad es el mismo, es decir, mejora el comportamiento y la actitud del recluso. Declinándose por el término *reintegración* o *reinserción social* ya que da a entender un binomio entre preso-sociedad, exigiéndose la colaboración de ambos para hacer posible el fin de toda pena privativa de libertad y de las medidas de seguridad. Pero el Estado y la sociedad en particular deben asumir que la prisión fracasa en su finalidad constitucional de reeducación y reinserción social del preso, bien por la falta de medios humanos, económicos o políticos o bien porque existe una incompatibilidad entre la exigencia disciplinaria de la pena privativa de libertad y el objetivo indicado.

La reinserción pasó de ser una alternativa de futuro a entrar en una grave crisis, sin embargo, no supone un argumento suficiente para rechazar la idea de reinserción social, puesto que lo cuestionable no es la idea de reeducación y reinserción en sí, sino los medios, los mecanismos utilizados para su consecución, siendo, según demuestra la realidad, ineficaces. Recordemos que el propio concepto de *reinserción* es ambiguo. De otro lado, no existe una política penitenciaria nacional que dé nuevos impulsos a los programas innovadores que se tratan de ejecutar en los Centros penitenciarios, así como tampoco en la política postpenitenciaria. En suma, los programas de tratamiento penitenciario carecen de eficacia y calidad, tanto en el contenido como en la forma de ejecutarlos. Ésta es la razón por la que se requiere una mayor integración entre los programas de reinserción en la cárcel como lugar cerrado frente a los programas de reinserción en la sociedad libre.

El punto de partida es la recomendación en ampliar, y perfeccionar, el sistema de medidas alternativas a las penas privativas de libertad y medidas de seguridad, proponiéndose, en consecuencia, una revisión del marco normativo penal, con posibilidad de ampliar el catálogo de penas. El punto de partida es el artículo 25.2 de la CE que establece unas finalidades y derechos que se concretan y amplían en la LOGP y en su correspondiente Reglamento. En la actualidad, existe una descompensación entre

lo indicado constitucionalmente y la realidad *carcelaria*, en vez de la realidad *penitenciaria*. Es decir, existe un claro incumplimiento en determinadas materias constitucionales, pudiendo, incluso, afirmar que no existe una mínima predisposición por parte de los órganos correspondientes en cumplir lo establecido en la legislación aplicable. Por consiguiente, la reeducación y la reinserción social están totalmente vacías de contenido, siendo la prisión un Centro en el que única y exclusivamente se destruye la personalidad del delincuente, constituyendo una auténtica escuela de criminalidad alcanzando situaciones límite para el ser humano.

13. Existen unas necesidades básicas que deben ser satisfechas para que la vida humana sea viable conforme a unos estándares mínimos de dignidad, esas necesidades se traducen en posibilidades de desarrollo, de crecimiento y progreso. Por ello, el Estado debe cambiar la política criminal y penal, demostrándose que la cárcel la ocupa, mayoritariamente, la clase marginada, caracterizada por ser el sector social que mayor exclusión económica, social y cultural posee. Por esta causa, no se debe agravar más la situación de exclusión que sufre por el hecho de haber estado preso, no debiéndose criminalizar. De otro lado, la exclusión se produce en la propia prisión si tenemos en cuenta que atendiendo al grado en el que se encuentre el preso disfrutará de unos derechos u otros. Igualmente, se debe valorar la prevención general del delito e idear medidas útiles para los presos teniendo en cuenta que el delito no finaliza con la calificación jurídica que el ordenamiento le asigne ni con la aplicación de la pena, ya que lo que el Derecho penal debe castigar son los hechos y la conducta pero no la forma de ser del sujeto.

Pues bien, ésta es una exigencia que pone en peligro la resocialización como fin de la pena, porque se refiere al sujeto y no al hecho teniendo en cuenta que uno de los principios del tratamiento penitenciario es el de la personalidad del preso y su individualización, esto es, que ha de ser personalizado. Para aquellos que defienden un modelo de Derecho penal liberal esta posición plantea dificultades y es contraria a la idea de igualdad.

Los medios llevados a cabo no son los adecuados para un tratamiento que lleve a la reeducación y a la reinserción. En consecuencia, hay que diseñar un modelo de cárcel coherente en base a la reinserción de los presos y más acorde con los principios constitucionales. Es preciso que, tanto la intervención penal como las normas

penitenciarias, ofrezcan unos métodos y pretensiones más adecuadas para un mayor reconocimiento de los derechos fundamentales de los presos como personas que siguen perteneciendo a la sociedad. Por tanto, la idea de reeducación y reinserción social no debe ser rechazada pese a que no se consiga, pues esa idea fue un gran paso en reconocer, por parte de la sociedad, derechos a todas las personas sin tener en cuenta el estatus de que se encontraban privadas de libertad. No obstante, la idea original de resocializar para el condenado ha ido cediendo terreno a la de resocializar para la sociedad. El papel que ocupa la sociedad se resume en: de un lado, generaliza el término *preso* sin tener en cuenta las circunstancias personales, la posible justificación, la posible existencia de errores judiciales, etc., considerando que se trata de ciudadanos de segunda categoría con un etiquetamiento no sólo de reclusos, sino de irresponsables y en los que no se puede confiar; y, de otro lado, este aspecto negativo de la sociedad hacia el preso hace que, en definitiva, se impida la reinserción social.

14. A la luz de lo examinado, cabe afirmar que la prisión opera en la sociedad bajo el principio de necesidad, aunque no es la única medida posible; en un sentido crítico, cabe sostener que, mientras que tiene como objetivo y fin la reinserción, se da lugar a la desocialización y desvinculación del mundo real. En definitiva, la función principal del Estado social y democrático de Derecho no es que las cárceles desaparezcan, pero sí que se mejore la calidad de vida en las mismas. No hay que olvidar que durante el periodo en el cual está el sujeto preso, la sociedad en sí ha cambiado, ha evolucionado, por lo que los códigos sociales que utilizaba han generado una estigmatización aún mayor. De manera que al preso se le adapta para que viva nuevamente en la sociedad, además de que tiene que ser adaptado para vivir en prisión bajo otras normas de corrección de conductas donde se persigue la inadaptación en el propio Centro Penitenciario. En resumen, se trata de convertir al recluso en alguien que no sea problemático para la prisión. Mas no se excluye la posibilidad de que la cárcel sirva para otras finalidades además de la del castigo, por lo que difícilmente cabe extraer un dato positivo del concepto de reinserción mayor que la indicada.

Pero, aún en el caso de que se admitiera que el art. 25.2 de la CE impone una configuración constitucional determinada a favor de la resocialización, se tropezaría con el problema del Estado social en el sentido de entender la Constitución como producto de la realidad social y como un modelo ideal de sociedad. De modo que el grado de

reinserción exigible a un preso es en función del modelo de sociedad que la Constitución considere exigible, teniendo como base la libertad ya que reinsertarse supone aceptar las normas sociales, no siendo oportuno por parte de la Constitución exigir algo cuando no se ha alcanzado la sociedad ideal, además de que existe ausencia de mecanismos en los que se puede concretar tal reinserción. Trayendo a colación, en este sentido los delitos de terrorismo a los que no se les deben exigir la renuncia de sus ideas políticas como requisito para considerar cumplida la resocialización. El concepto de resocialización, en última instancia, no alude a las relaciones del preso con el Estado, sino a su integración en un contexto social en el que interactuar con otras personas.

Desde este punto de vista, es necesario para poder avanzar que el sistema penitenciario reconozca que el cumplimiento de la pena privativa de libertad no cumple en modo alguno con lo pretendido por la Constitución y las normas legales aplicables. Esta actuación, tanto por parte de los órganos como de la sociedad, pretende únicamente el aislamiento total de la sociedad de aquellas personas que han infringido las leyes vigentes en ese momento. En consecuencia, provoca la existencia de una *microsociedad* compuesta por las cárceles en las que rigen valores, comportamientos, actuaciones, que difieren de las que se producen en la sociedad exterior.

En los países democráticos, la cárcel debe constituir una medida proporcional al delito, pretendiendo hacer frente a los problemas de inseguridad ciudadana, no obstante, se pueda caer en una sociedad represiva. Existen medidas disuasorias o preventivas de tipo policial o de carácter sancionador-administrativo e, incluso, alternativas a la prisión que no se ponen en práctica y que la práctica de las mismas evitaría, en mayor medida, problemas. Además, no debemos hacer una crítica a la cárcel como entidad para reivindicar derechos fundamentales de los reclusos, sino exigirlos directamente a la Institución que está formalmente construida como sanción penal y para garantizar todos los derechos y libertades suponiendo la garantía de continuidad de la misma y como entidad imprescindible para conseguir su fin.

15. Por todo lo expuesto, la grave situación carcelaria compromete seriamente el cumplimiento de las obligaciones del Estado de proteger la vida, integridad física, dignidad y seguridad jurídica de las personas privadas de libertad, así como la de promover y facilitar su reinserción social. No existe una política criminal garantista a

diferencia del marco constitucional, es decir, la normativa penal restringe el derecho a la libertad, agravando la situación penitenciaria. Se busca proyectar una imagen de la cárcel hacia la sociedad que atenúe los efectos y aspectos negativos, deduciéndose del cambio en el lenguaje empleado sobre esta realidad hacia el destinatario sociedad, así, pocas referencias se hacen ya de la cárcel, aunque sí del Centro Penitenciario, y se habla de *interno*, incluso en la normativa penitenciaria, en vez de *preso*, se habla en vez de *celda de aislamiento*, de *medidas cautelares*, etc. Este cambio en el lenguaje es producto del proceso de humanización, un proceso caracterizado por encubrir la realidad de la cárcel y reconstruirla bajo parámetros positivos. La estructura de la vida en un lugar cerrado es compleja, en el sentido de que los presos se desconocen y han de adoptar posturas de supervivencia, con necesidades básicas que no pueden cubrir, pasan a ser números en un recuento diario, con nuevos roles que valorar, y los funcionarios dejan de ser tales para convertirse en *carceleros*. Por consiguiente, se produce una devaluación de la vida humana.

El Estado español tiene leyes establecidas para el cumplimiento de todos los derechos fundamentales, pero existen vulneraciones o violaciones que, pese a que descansan en el orden y seguridad de los Establecimientos penitenciarios, no justifican al Estado, sino que, por el contrario, incurren en el incumplimiento de la obligación de garantizar derechos y bienes. Concluyéndose que lo que prima en las cárceles no son los derechos sino la seguridad y el orden.

16. En consecuencia, se ha demostrado que las soluciones más satisfactorias o más factibles son:

- Establecer unas políticas penitenciarias en las que se incorpore una perspectiva de género que acabe con las discriminaciones que sufren los presos en general, y, en particular, las mujeres presas en las cárceles, debiéndose partir, quizás, de una cárcel mixta para fomentar la igualdad.
- Otorgar garantías a los hijos de las reclusas que cumplen condena con sus madres, al igual que crear guarderías en los Centros penitenciarios y asegurar que el personal tenga una formación adecuada en cuidados infantiles. Se hace necesaria, por tanto, una reforma del modelo penitenciario español, en el sentido de que cuando una mujer es encarcelada por un delito de los tipificados en el Código Penal

la mayoría de los menores no tienen otra opción que estar con sus madres en la cárcel, por lo que se deben proteger sus derechos, pudiéndose establecer alternativas a la prisión. Igualmente, es importante llevar a cabo un programa de vacunación para los niños. Para el caso de las embarazadas se hace necesaria la aplicación de soluciones, ya que la cárcel no es un lugar fácil, en cuanto que es necesario una alimentación equilibrada y adecuada a sus necesidades, es preciso que la cárcel transporte a las reclusas a las dependencias hospitalarias para los chequeos médicos, y los cuidados prenatal y posnatal. Además, el estrés que causa el encarcelamiento puede tener un efecto negativo sobre el curso del embarazo, ya que restringir a las mujeres embarazadas de la misma forma que se restringe a otras reclusas puede suponer riesgos. Por tanto, una buena propuesta consiste en posibilitar el cumplimiento de la condena en los domicilios, y llevar a cabo talleres educativos a madres presas jóvenes en cuanto al cuidado de sus hijos, a su educación, su higiene.

- Hacer una debida clasificación interior entre preventivas, penadas, peligrosas, adultas, etc., dado que solamente suele haber módulos diferenciados para mujeres con niños, clasificadas en primer grado, segundo y tercero, hacer la separación correspondiente de presas psicológicamente enfermas o que corran el riesgo de padecerla, así como cualquier otra enfermedad, o la creación de una Unidad Dependiente de Psiquiatría.
- Crear programas de rehabilitación para las mujeres presas que han cumplido su condena, y para su plena reintegración social. Requerir al Instituto de la Mujer el desarrollo de programas dirigidos a facilitar el acceso de las mujeres y jóvenes gitanas a la salud, educación, empleo y participación política; y también crear servicios para combatir la violencia contra ellas.
- Reforzar la asistencia médica a través de los servicios externos, habiendo un servicio médico de urgencias, un servicio de apoyo psicológico y personal y un servicio de apoyo social a personas presas y a las que ya están en libertad. Al mismo tiempo debe haber una mayor educación en el tema de las enfermedades propias de la cárcel, siendo necesario material para evitar el contagio, además de posibilitar al preso la adquisición de productos farmacéuticos para asegurar un correcto tratamiento del enfermo.

- Se hace necesaria la creación de Establecimientos penitenciarios comunes adecuados cuando tanto el padre como la madre se encuentren en prisión para evitar una mayor desestructuración familiar; y crear una política que evite la exclusión social del recluso, que no la criminalice.
- Es precisa la educación y la formación para la mejora de la calidad de vida puesto que son los instrumentos básicos para la transmisión de valores culturales y para el desarrollo integral. Así como la necesidad de un trabajo cualificado que aporte estabilidad.
- Se deben crear Centros de régimen abierto o semiabiertos extra-penitenciarios que garanticen la proximidad de los reclusos a su hogar familiar, así como posibilitar las necesidades básicas económicas.
- Hay que evitar el hacinamiento en las cárceles, para ello habría que eliminar, en parte, la reincidencia y ello se consigue con adecuados programas de tratamiento penitenciario.
- A mi juicio, no se rompe el hacinamiento con el uso de la pulsera de control telemático, puesto que es una opción para los que se encuentran en tercer grado, siendo el número de presos, en este grado, muy inferior a los encarcelados de forma preventiva a espera de juicio.
- En necesario romper con la subcultura carcelaria de enfrentamiento entre los trabajadores de la prisión y los reclusos, y
- En definitiva, la función resocializadora debe ser algo más que una cuestión de la actividad penitenciaria y exceder de la labor de custodia.

Todas estas soluciones que planteamos aquí y a lo largo de la investigación son desde la cárcel pero, quizás, la solución habría que diseñarla con respecto a los problemas en la sociedad para que ciertas personas no caigan en la falacia, en el deterioro y, en consecuencia, en la delincuencia. Si hay discriminación en la sociedad, la seguirá habiendo en los Centros penitenciarios ya que éstos no dejan de ser una sociedad dentro de la sociedad. En consecuencia, tanto el Estado como la sociedad deben asumir que la prisión fracasa en la finalidad constitucional de reinserción social del preso, por lo que existe una incompatibilidad entre la exigencia de disciplina de la pena privativa de libertad y el objetivo resocializador de la cárcel.

BIBLIOGRAFÍA

ABA CATOIRA, A., *La limitación de los derechos fundamentales por razón de sujeto. Temas clave de la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 2001.

ABENDROTH, W, FORSTHOFF, E. y DOEHRING, K., *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.

- *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, Fontamara, México, 2003.

- ADELANTADO GIMENO, J., *Orden cultural y dominación. La cárcel en las relaciones disciplinarias*. Tesis Doctoral. Departamento de Sociología, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1991.
- AGUILERA REIJA, M., “Libertad condicional anticipada por enfermedad incurable o grave”, *Cuadernos de Derecho Penitenciario*, nº. 6, 1999.
- AGULHON, M., “Présentation”, *L'impossible prison*, Editions du Seuil, París, 1980.
- ALARCÓN BRAVO, J., *Un sistema de trabajo en el estudio de la personalidad criminal*, Central Penitenciaria de Carabanchel, Madrid, 1970.
- “El tratamiento penitenciario: regulación jurídica y práctica actual en España”, en JIMÉNEZ BURILLO, F. y CLEMENTE, M., *Psicología social y sistema penal*, Alianza Editorial, Madrid, 1986.
- ALARCÓN FRASQUET, M^a P., “Algunas consecuencias no deseadas del principio de legalidad respecto a las medidas de seguridad privativas de libertad”, *El Juez de Vigilancia Penitenciaria y las medidas de seguridad*, Estudios de Derecho Judicial, nº. 127, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.
- ALBÍN ESSER, M.C.J., “*Menschengerechte*” *Strafjustiz. Vision eines am Menschen las Einzel- und Sozialwesen orientierten Straf- und Verfahrenssystems*. Traducción de J. M. Landa Gorostiza, “Una justicia penal a la medida del ser humano”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº. 1, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1998.
- ALCÁCER GUIRAO, R., “Los fines del Derecho penal: Una aproximación desde la filosofía política”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, t. 51, fasc/Mes nº. 1-3, 1998.
- ALEJANDRE GARCÍA, J.A., “La función penitenciaria de las galeras”, *Historia* 16, vol. extra VII, 1978.
- ALHAMBRA PEÑA, E., “Medidas restrictivas de los derechos fundamentales de los internos”, *Estudios Jurídicos*, Cuerpo de Secretarios Judiciales, 2000.
- ALLEN, F.A., *The Decline of the Rehabilitative Idea: Penal Policy and Social Purposes*, Yale University Press, New Haven, 1981.
- ALONSO DE ESCAMILLA, A., “El control jurisdiccional de la actividad penitenciaria”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 40, 1990.
- ALONSO PÉREZ, F., “Intervención de las comunicaciones en el ámbito penitenciario”, *Diario La Ley*, t. IV, 2001.
- ALMEDA, E., *Corregir y castigar. El ayer y hoy de las cárceles de mujeres*, Balteterra, Barcelona, 2002.
- *Mujeres encarceladas*, Ariel, Madrid, 2003.
- ALMEDA SAMARANCH, E. y BODELÓN GONZÁLEZ, E., *Mujeres y castigo: un enfoque socio-jurídico y de género*, Dykinson, Madrid, 2007.

AL-SADAWI, N., *Memorias de la cárcel de mujeres*, La Editorial, Madrid, 1995.

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., “Consideraciones sobre la función de la pena en el ordenamiento constitucional español”, en CEREZO MIR, J., SUÁREZ MONTES, R.F., BERISTAIN IPIÑA, A. y ROMEO CASABONA, C., (eds.), *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos*. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López, Comares, Granada, 1999.

- *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Comares, Granada, 2001.
- “La reeducación y reinserción social en el momento de la conminación”, en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F., (coords.), *El nuevo Derechos Penal español*, Estudios penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Aranzadi, Madrid, 2001.

AMATO, N., *Diritto, delitto, carcere*, Giuffrè, Milano, 1987.

ANDENAES, J., “La prevenzione generale nella fase della minnanccia, dell’irrogazione e dell’esecuzione della pena” en ROMANO, M. y STELLA F., *Teoria e presi della prevenzione generale dei reati*, Il Mulino, Bologna, 1980.

- “The Choice Scandinavian Perspective”, en TONRY, M. y ZIMRING, F., (eds.), *Reform and Punishment*, The University of Chicago Press, Chicago, 1983.

ANTÓN ONECA, J., *Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración*, Instituto de Ciencias Jurídicas, Madrid, 1965.

ANIYAR DE CASTRO, L., *Criminología de la reacción Social*, Instituto de Criminología, Facultad de Derecho, Universidad del Zulia, Maracaibo, Venezuela, 1977.

AÑÓN ROIG, M.J., “El test de la inclusión: los derechos sociales”, en ANTÓN, A., (coord.), *Trabajo, derechos sociales y globalización. Algunos retos para el siglo XXI*, Talasa, Madrid, 2000.

- *Igualdad, diferencias y desigualdades*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Fontamara, México, D.F., 2001.

APTHEKER, B., “The social function of prisons in the United States”, 2004, disponible en www.prisonactivist.com.

ARANDA CARBONEL, M^a. J., *Reeducación y reinserción social. Tratamiento penitenciario. Análisis teórico y aproximación práctica*, Ministerio del Interior, Madrid, 2007.

ARCOS RAMÍREZ, F., *La seguridad jurídica: una teoría formal*, Dykinson, Madrid, 2000.

ARENAL, C., *El visitador del preso*, Asociación de colaboradores con las presas, Madrid, 1991.

- ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F.J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., *Reglamento Penitenciario comentado: análisis sistemático y recopilación de legislación*, Mad, Sevilla, 1999.
- ARMIJO, E., “Belief Behind Bars: Religious Freedom in Prison, RLUIPA, and the Establishment Clause”, *Journal on Criminal and Civil Confinement*, vol. 31, Nueva England, 2005, vol. 31.
- ARMSTRONG, K.G., “The retributivist his back”, *Mind*, nº. 70, Oxford University Press, 1961.
- ARNÁNZ VILLALTA, E., *Cultura y prisión. Una experiencia y un proyecto de acción sociocultural penitenciaria*, Popular, Madrid, 1988.
- ARNOLD, C., “Analysis of Right”, en ARNOLD, C. y OTROS, *Human Rights*, Edward Arnold, Londres, 1978.
- ASENCIO CANTISÁN, H., “Régimen disciplinario y procedimiento sancionador”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº. extra 1, Madrid, 1989.
- ASHWORTH, A., “Criminal Justice, Rights and Sentencing”, *Paper to the Australian Institute of Criminology Sentencing Conference*, Canberra, 1986.
- ASINOLFI, G., *Storia di Regina Coeli e delle carceri romane*, Bonsignori, Roma, 1998.
- ASÍS ROIG, R. de, “La igualdad en el discurso de los derechos” en LÓPEZ GARCÍA, J.A. y DEL REAL ALCALÁ, A. (eds.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Dykinson, Madrid, 2000.
- “La apertura constitucional: la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social”, en MONEREO PÉREZ, J.L. y otros Comentario a la Constitución socioeconómica de España, Comares, Granada, 2000.
- ASOCIACIÓN PRO DERECHO HUMANOS, “¿Reinserción social del ex – recluso?”, Madrid, 1985.
- ASÚA BATARRITA, A., “La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del derecho penal a las políticas de control de la inmigración”, en COPELLO, L., (coord.), *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- AYA ONSALO, A., “La defensa jurídica del interno en Centro Penitenciario”, *Eguzkilore*, nº. 2 extra, 1989, II Jornadas Penitenciarias Vasco-Navarras.
- AYMERICH CANO, C. I., “Régimen cerrado y cárceles de máxima seguridad. Una reflexión desde el Derecho Administrativo”, publicado en *@dministración, Ciberrevista de Derecho Administrativo*, nº. 10, 1999.

- AYO FERNÁNDEZ, M., “Jurisprudencia constitucional-penal del artículo 24 de la Constitución española”, *La Ley, Actualidad*, Madrid, 1997.
- AZAOLA E., *Prisiones para mujeres: un enfoque de género. Programa interdisciplinario de Estudios de la Mujer*, México 1994.
- BACHS I ESTANY, J.M., “El control judicial de la ejecución de penas en nuestro entorno cultural”, en RIVERA BEIRAS, I., (coord.), *Cárcel y derechos humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*, Bosch, Barcelona, 1992.
- BACHS NEBOT, J., “Objetivo: evitar las fugas”, *Cuadernos de Seguridad*, 1993.
- BACIGALUPO ZAPATER, E., *Justicia penal y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002.
- BACIGALUPO ZAPATER, E. y BAEZA AVALLONE, V., *La rehabilitación*, Edersa, Madrid, 1983.
- BAIER, K., “Is Punishment Retributive?”, *Analysis*, vol. 16, 1955, en ACTON, H.B., *The Philosophy of Punishment*, Macmillan, Londres, 1969.
- BAIGORRI GOÑI, J. A., *Los derechos humanos. Un proyecto inacabado*, Laberinto, Madrid, 2000.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., “Tratamiento penitenciario y concepción de la pena”, *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez Vitoria*, t. I, Bosch, Barcelona, 1983.
- BALAGUER SANTAMARÍA, J., “Derechos humanos y privación de la libertad: en particular, dignidad, Derecho a la vida y prohibición de torturas”, en RIVERA BEIRAS, I., *Cárcel y derechos humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*, Bosch, Barcelona, 1992.
- BALLION, R., *Les consommateurs d'école*, Stock, París, 1982.
- BANACLOCHE PALAO, J., *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el Derecho español*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- BARATTA, A., “Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 24, trad. de García-Méndez y Sandoval, 1984.
- “Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale”, *Dei Delitti e Delle Pene*, anno III, nº. 3, 1985.
 - “Resocialización o control social: por un concepto crítico de “reintegración social” del condenado”, *Ponencia presentada en el Seminario de Criminología Crítica y Sistema Penal*, organizado por Comisión Andina Juristas y la Comisión Episcopal de Acción Social, en Lima, del 17 al 21 de Septiembre de 1990.

- “Cárcel y Estado social. Por un concepto de <<reintegración social>> del condenado”, trad. de M. Martínez, en OLIVAS CABANILLAS, E., (coord.), *Problemas de legitimación en el Estado social*, Trotta, Madrid, 1991.

- BARCELONA, P., “Los sujetos y las normas. El concepto de Estado social”, trad. de E. Díaz-Otero H., en OLIVAS CABANILLAS, E., (coord.), *Problemas de legitimación en el Estado social*, Trotta, Madrid, 1991.

- BARCELONA LLOP, J., “Escuchas telefónicas y acción de la policía de seguridad”, *Revista de Administración Pública*, nº. 112, 1987.

- BARRÉRE UNZUETA, M.A., *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Civitas, Madrid, 1997.

- BARROSO ASENJO, P. y LÓPEZ TALAVERA, M., *Libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales*, Fragua, Madrid, 1998.

- BARRY, N., *Limited Government, Individual Liberty and the Rule of Law. Selected Works of Arthur Asher Shenfield*, E. Elgar, Cheltenham, 1998.

- BARTOLOMET GUTIÉRREZ, R., *Delincuencia juvenil femenina: una aproximación a su realidad en España a través de autoinforme*, en “La criminología aplicada II”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- “La eficiencia de las medidas dirigidas a la reinserción de las mujeres presas en Europa”, en *MIP: Mujeres, Integración y Prisión*, 2002-2005.

- BASCETTA, M. y BRONZINI, G., “La renta universal en la crisis de la sociedad del trabajo”, en PISARELLO, G. y DE CABO, A., *La renta básica como nuevo derecho ciudadano*, Trotta, Madrid, 2006.

- BASSOLS I PARES, A.M., *La alfabetización y reinserción social: seis años de experiencia en las prisiones de Cataluña*, Departamento de Justicia, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1991.

- BAYLOS GRAU, A., “El derecho al trabajo como derecho constitucional”, *Cuadernos de Derecho Judicial, La protección de derechos fundamentales en el orden social*, Consejo General del poder Judicial, Madrid, 2005.

- BAYÓN GUAREÑO, F., *Entrenamiento en habilidades sociales complementado con tecnología videográfica como técnica de reducción de conductas agresivas de los internos de Instituciones Penitenciarias*, Escuela de estudios penitenciarios, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992.

- BAYSE, D.J., ALLGOOD, S.M. y VAN WYK, P.H., “Family life education: an effective tool for prisoner rehabilitation”, *Family Relations*, nº. 40, 1991.

- BAZÁN DÍAZ, I., “Crimen y castigo en la Edad Media hispana. La cárcel, un espacio del mal”, en SABATÉ I CURULL, F., *L’spai del mal: reunió científica: IX curs d’estiu Comtat d’Urgell*, Balaguer, 2005.

- BECCARIA, C., *Dei delitti e delle pene: con una raccolta di lettere e documenti relative alla nascita dell'opera e alla sua fortuna nell'Europa del Settecento*, trad. De los delitos y de las penas, de J.A. de las Casas, Alianza Editorial, Madrid, 1982.
- BECK, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós Ibérica, Barcelona, 1998.
- BÉJAR, H., *El ámbito íntimo. Privacidad, individualismo y modernidad*, Alianza, Madrid, 1995.
- BEJARANO GUERRA, F., "Extranjeros en prisión", *Cuadernos de Derecho Penitenciario*, nº. 8, 2000.
- BELTRÁN PEDREIRA, E., "La construcción de la igualdad constitucional", en BETEGÓN, J., LAPORTA, J.J., PRIETO SANCHÍS, L. y DE PÁRAMO, J.R., (coord.), *Constitución y derechos fundamentales*, Ministerio de la Presidencia, Secretaría General Técnica-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.
- BENN, S.I., "An Approach to the problems of Punishment", *Philosophy*, 1958.
- BENTHAM, J., "Principios del Código Penal", *Tratados de legislación civil y penal*, Editora Nacional, Madrid, 1981.
- *An Introduction of Moral Principles of Morals Legislations*, Londres, 1982.
- BERGALLI, R., ¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1976.
- *La recaída en el delito, modos de reaccionar contra ella*, Sertesa, Barcelona, 1980.
 - "Los rostros ideológicos de la falsía resocializadora", *Doctrina Penal*, nº. 36, 1986.
 - "Ideología de la resocialización. La Resocialización como ideología. La situación en España", *La qüestió penitenciària, Papers d'Estudis i Formació*, nº. especial, Abril-Centre d'Estudis i Formació, Departament de Justícia-Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1987.
 - "Resocialización y medidas alternativas (Extravíos conceptuales, políticas sinuosas y confusiones piadosas en las prácticas penitenciarias de España y Catalunya)", *Jornadas sobre Cumplimiento de la Pena-Associació Catalana de Juristes Demócrates*, Lleida 1 y 2 Marzo, 1991.
 - "Control social punitivo, o la cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico", *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. IX, 1992.
 - "Esta es la cárcel que tenemos..., (pero no queremos)", en RIVERA BEIRAS, I., *Cárcel y derechos humanos: un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*, Bosch, Barcelona, 1992.
 - "Las estrategias de control social y la violencia del sistema penal", *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, nº. 132-133, Madrid, 1996.
 - "Globalización y control social: post-fordismo y control punitivo", *Sistema, Revista de Ciencias Sociales*, nº. 160, Madrid, 2001.
 - "El nuevo paradigma criminológico de la exclusión social", en la presentación de la obra de YOUNG, J., *La sociedad "Excluyente". Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía*, trad. de R. Bergalli y R. Sagarduy, Marcial Pons, Madrid, 2003.

- “Las funciones del sistema penal en el Estado constitucional de Derecho social y democrático: perspectivas socio-jurídicas”, en BERGALLI, R. y OTROS, *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- “Violencia y sistema penal. Fundamentos ideológicos de las políticas criminales de exclusión social”, en BERGALLI, R., RIVERA BEIRAS, I. y BOMBINI, G., (coords.), *Violencia y sistema penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008.

BERGALLI, R., RECASENS I BRUNET, A., DOMÍNGUEZ FIGUEIRIDO, J.L. y RIVERA BEIRAS, I., *Control social punitivo. Sistema penal e instancias de aplicación (policía, jurisdicción y cárcel)*, Bosch, Barcelona, 1996.

BERGALLI, R. y RIVERA BEIRAS, I., (coord.), *Cárcel y derechos humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*, Bosch, Barcelona, 1992.

BERISTAIN IPIÑA, A., *El delincuente en el Estado social de Derecho (Coordenadas para una reforma penitenciaria)*, Madrid, 1971.

- *La pena-retribución y las actuales concepciones criminológicas*, Presentación del autor por Elías Neuman y presentación de la obra por Eugenio Raúl Zaffaroni, Depalma, Buenos Aires, 1982.
- “El sistema penitenciario: problemas y soluciones”, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º. 30, 1986.
- “La cárcel ¿se humaniza con el “opio” del pueblo?”, *Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*, n.º. 6 extra, 1993.
- *Futura política criminal en las Instituciones de readaptación social. Derechos humanos de los presos*, Secretaria de gobernación de Méjico, 1999.

BERISTAIN IPIÑA, A. y DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *Cárcel de mujeres. Ayer y hoy de la mujer delincuente y víctima*, UPV/EHU, Bilbao, 1989.

BERKY, R., *Security and Society. Reflections on Law, Order and Politics*, J. Rent and Sons Ltd, Londres, 1986.

BERLIN, I., “Dos conceptos de libertad”, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, trad. de J. Bayón, Alianza, Madrid, 1998.

BETEGÓN, J., *La justificación del castigo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

- “Sanción y coacción”, en GARZÓN, E. y LAPORTA, F.J., (ed.) *El derecho y la justicia*, Trotta, Madrid, 2000.

BÈTHOUX, E., “La prison: recherches actuelles en sociologie (note critique)”, *Terrains & travaux*, n.º. 1, 2000.

BETTIOL, G., “Colpa d’autore e certeza del diritto”, *Revista Italiana di Proc. Penale*, 1977.

BIGLINO CAMPOS, P., “De qué hablamos en Europa cuando hablamos de derechos fundamentales”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º. 97, 1997.

- BILBAO UBILLOS, R., *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, (La noción de Estate Action en la jurisprudencia norteamericana), MacGraw-Hill, Madrid, 1997.
- BILBAO UBILLOS, J.M. y REY MARTÍNEZ, F., “El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia española”, en CARBONELL, M., *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2003.
- BILBENY, N., *Humana dignidad. Un estudio sobre los valores en una época en que siguen tan escasos*, Tecnos, Madrid, 1990.
- BLACK, D., “Crime as Social Control”, *American Sociological Review*, nº. 48, 1983.
- BLANCO ARCE, F.X., LÓPEZ-GUERRERO VÁZQUEZ, P., LORENZO CONDE, A.B., LOSADA DIEGUEZ, J.M. y MAYO MARTÍNEZ, B., “Seguridad Social y salud en el ámbito penitenciario”, *Cuadernos de Derecho Penitenciario*, nº. 10, 2002.
- BLONDIEAU, (et al.), *Rétribution el justice pénale*, prólogo de M. Villey, PUF, París, 1983.
- BOBBIO, N., “Las sanciones positivas”, en *Contribución a la teoría del derecho*, trad. de A. Ruíz Miguel, Fernando Torres, Valencia, 1980.
- “Presente y porvenir de los derecho humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, vol. I, 1982.
 - “Las razones de la tolerancia”, *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís, Sistema, Madrid, 1991.
 - *Igualdad y libertad*, trad. de P. Aragón Rincón, Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad Autónoma de Barcelona-Paidós, Barcelona, 2000.
 - “Las razones del abolicionismo”, No matarás. Península, 2001. Argumentos de ocho intelectuales contra la pena de muerte. Avance (publicado en La Vanguardia, 26-8-01).
- BODELÓN GONZÁLEZ, E., “Género y sistema penal: los derechos de las mujeres en el sistema penal”, en BERGALLI, R. y OTROS, *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- BOIX REIG, J., “Significación jurídico-penal del artículo 25.2 de la Constitución”, *Escritos Penales*, Colección de Estudios del Instituto de Criminología del Departamento de Derecho Penal, Universidad de Valencia, 1979.
- “Aspectos de la Criminología en España”, *Revista General de Derecho*, nº. 440-441, 1981.
- BONAL, R., “La situación social del ex-recluso. Problemática de la reinserción”, *III Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía, Sevilla, 1997.
- BOTTKE, W., “La actual discusión sobre las finalidades de la pena”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, 1997.

- BOTTOMS, A.E., "The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing", en CLARK, C. y MORGAN, R., (eds.), *The Politics of Sentencing Reform*, Clarendon Press, Oxford, 1995.
- BOUDIN, K., "Lessons from a Mother's Program in Prison: A Psychosocial Approach Supports Women and Their Children", *Women & Therapy*, vol. 21(1) nº. 185, 1998.
- BOULAN, F., "Les droits de la victime: un choix de politique criminelle", en BOULAN, F., *Problèmes actuels de science criminelle*, Presses Universitaires d'Aix Marseill, Aix en Provence, 1985.
- BRAITHWAITE, J., *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.
- BRAITHWAITE, J. y PETTIT, P., *Not Just Deserts. A Republican Theory of Criminal Justice*, Clarendon Press, Oxford, 1990.
- BRIEN, P.M. y BECK, A.J., "HIV in Prison", en FLANAGAN, T.J., MARQUART, J.W. y ADAMS, K.G., *Incarcerating criminals*, Oxford University Press, Nueva York, 1998.
- BROCKWAY, Z. R., "The American Reformatory Prison System", en MARQUART, J.R. y SORENSEN, J.R., (eds.), *Correctional contexts*, Los Angeles, Roxbury, 1997.
- BUENO ARÚS, F., "Panorama comparativo de los modernos sistemas penitenciarios", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1969.
- "Algunas cuestiones fundamentales sobre el trabajo penitenciario", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº. 1159, 1979.
 - "El trabajo penitenciario en España", *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº. 28-231, Madrid, 1980.
 - *Estudios penales y penitenciarios*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1981.
 - La legitimidad jurídica de los métodos de la Criminología clínica aplicada al tratamiento penitenciario", *Estudios penales y penitenciarios*, Instituto de Criminología, Madrid, 1981.
 - "A propósito de la reinserción social del delincuente", *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 25, 1985.
 - "Derechos de los internos", en COBO DEL ROSAL, M. (dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M., (coord.), *Comentarios a la Legislación penal*, t. VI, vol. I, Ley Orgánica General Penitenciaria, Edersa, Madrid, 1986.
 - "La resocialización del delincuente adulto normal desde la perspectiva del derecho penitenciario", *Actualidad Penal*, nº. 5, 1987.
 - "Eficacia de los Derechos fundamentales reconocidos a los reclusos en el artículo 25.2 de la Constitución española", *X Jornadas de Estudio, Introducción a los Derechos Fundamentales*, vol. II, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 1988.
 - "De nuevo sobre el derecho de los reclusos a un trabajo remunerado", *Poder Judicial*, nº. 12, 1988.
 - "¿Tratamiento?", *Eguzkilore*, nº. extra 2, 1989.

- “La mirada penitenciaria”, en VV.AA., *Derecho Penitenciario y Democracia*, Fundación El Puente, Sevilla, 1994.
- “Conclusiones encuentro de Vigilancia penitenciaria”, *Revista del Poder Judicial*, nº. 68, Madrid, 2002.
- *Notas sobre la Ley General Penitenciaria: comentarios, jurisprudencia, concordancias, doctrina*, Colex, Madrid, 2005.

BLUGLASS, R. y BOWDEN, P., “Prisons and the prison medical service”, *Principles and practice of forensic psychiatry*, Churchill Livingstone, 1990.

BURILLO ALBACETE, F.J., *El nacimiento de la pena privativa de libertad*, Edersa, Madrid, 1999.

BUSTOS RAMÍREZ, J., “Pena Privativa de Libertad y Política Criminal: los establecimientos de máxima seguridad”, *Privaciones de Libertad y Derechos Humanos*, Hacer, Barcelona, 1987.

- *Control social y sistema penal*, P.P.U., Barcelona, 1987.

BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZABAL MALARÉE, H., “Pena y Estado”, *Papers, Revista de Sociología*, nº. 13, 1980.

BYRD, S., “Kant’s Theory of Punishment: Deterrence in its Threat, Retribution in its Execution”, *Law and Philosophy*, vol. I, 1989.

CABALLERO, J.J., “Terapia de grupo en prisiones”, *Cuadernos penitenciarios*, nº. 7, 1979.

- “El mundo de los presos”, en JIMÉNEZ BURILLO, F. y CLEMENTE, M., *Psicología social y sistema penal*, Alianza Editorial, Madrid, 1986.

CABRERA CABRERA, P.J., “Cárcel y exclusión”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº. 35, 2002.

CAFFREY, S., *How far can Citizens Perform the Role of Social Control?* Ponencia del Seminario de Howard League, Oxford, septiembre, 1999.

CALVET BAROT, G., “El régimen disciplinario penitenciario”, en RIVERA BEIRÁS, I. (coord.), *La cárcel en el sistema penal. Un análisis estructural*, Barcelona, 1996.

CÁMARA VILLAR, G., “Educación política, libertad y sistema de enseñanza: problemas y posibilidades” (I), *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº. 2, 1984.

- “Sobre el concepto y los fines de la educación en la Constitución española”, Ministerio de Justicia, *Introducción a los derechos fundamentales. X Jomadas de Estudio*, vol. III, Madrid, 1988.

CAMPBELL, D. y CONNOR, S., *On the record, Surveillance, Computers and Privacy*, Michael Joseph, Londres, 1986.

CAMPS RUÍZ, L.M., “La relación laboral penitenciaria”, *Anales de la Universidad de Alicante*, nº. 7, Alicante, 1992.

- CANTERA MURILLO, A. *Delincuencia femenina en España*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990.
- CARBONELL, M., “Estudio preliminar. La igualdad y los derechos humanos”, en *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2003.
- *Igualdad y Constitución*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México, 2004.
 - “La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli”, en CARBONELL, M. y SALAZAR, P. (eds.), *Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México-Trotta, Madrid, 2005.
- CARCEDO GONZÁLEZ, R.J. y REVIRIEGO PICÓN, F., (eds.), *Reinserción, derechos y tratamiento en los Centros penitenciarios*, Amarú, Salamanca, 2007.
- CLAY, W.L., *To Kill or not to Kill: Thoughts on Capital Punishment*, editado por Michael y Mary Burgess, Borgo Press, San Bernardino, California, 1990.
- CARRANZA, E., *Criminalidad, políticas públicas y edad de ingreso a la responsabilidad penal*, Ponencia presentada en el Congreso de Salamanca, Salamanca, 2004.
- CARRIÓ, G.R., “Particularidades de la situación carcelaria de las mujeres”, en BERISTAIN IPIÑA, A. y DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *Cárcel de mujeres: ayer y hoy de la mujer delincuente y víctima*, Instituto Vasco de Criminología, Bilbao, 1989.
- CASTRO CID, B., *Los derechos económicos, sociales y culturales: análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, Universidad de León, León, 1993.
- “Estado social y crisis de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista de Derechos y Libertades*, nº. 6, Madrid, 1998.
- CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas. (Análisis crítico sobre los fines de la pena)*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid, nº. 44, Dykinson, Madrid, 2008.
- CATTANEO, M. A., *Pena, diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Giappichelli Editore, Torino, 1998.
- CAVADINO, M. y DIGNAN, J., “Penal policy and political economy”, *Criminology and criminal justice*, vol. 6, nº. 4, 2006.
- CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I., *La prisión en España. Una perspectiva criminológica*, Comares, Granada, 2007.
- CERVELLÓ DONDERIS, V., “La reforma sancionatoria en el marco del sistema punitivo español”, *Poder Judicial*, nº. 28, Madrid, 1992.
- *Derecho Penitenciario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
 - “El sentido actual del principio constitucional de reeducación y reinserción social”, *Presente y futuro de la Constitución española de 1978*, Universidad de Valencia, Valencia, 2005.

- “Las prisiones de mujeres desde una perspectiva de géneros”, *Revista General de Derecho Penal*, n.º. 5, 2006.
- “La clasificación en Tercer grado como instrumento de resocialización”, en DE CASTRO ANTONIO, J.L. y SEGOVIA BERNABÉ, J.L., (dirs.) *El juez de vigilancia penitenciaria y el tratamiento penitenciario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.

CESANO, J.D., *Los objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria*, Alveroni Ediciones, Córdoba, 1997.

- “Legalidad y control jurisdiccional. Construcción de garantías para lograr un trato humano en prisión. Reflexiones a partir de la realidad carcelaria argentina”, *Boletín mexicano de Derecho comparado*, Nueva Serie, n.º. 111, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004.
- “La voluntariedad del tratamiento penitenciario: ¿hacia un nuevo modelo en la ejecución de la pena privativa de la libertad?”, *Nuevo Foro Penal*, n.º. 68, Universidad EAFIT, Medellín, 2005.
- “El tratamiento penitenciario”, *Revista de Derecho penal y procesal penal*, n.º. 1, Rosario, 2007.
- “Derechos fundamentales de los condenados a penas privativas de libertad y restricciones legales y reglamentarias, en búsqueda de los límites del legislador y de la administración”, *Revista de la Ejecución de la Pena privativa de la libertad y el encierro*, n.º. 3, 2008.
- *La ejecución de la pena privativa de libertad: Una lectura desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2009.
- “Limitaciones al legislador y al poder administrador”, en CESANO, J.D. y REVIRIEGO PICÓN, F., (coords.), *Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones*, Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2010.
- “Las expectativas respecto del control jurisdiccional”, en CESANO, J.D. y REVIRIEGO PICÓN, F., (coords.), *Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones*, Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2010.

CID MOLINÉ, J., *¿Pena justa o pena útil? El debate contemporáneo en la doctrina penal española*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994.

- “Derecho a la reinserción social. Consideraciones a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional en materia de permisos”, *Jueces para la Democracia*, n.º. 32, 1998.
- “Le système pénitentiare en Espagne”, *Revue française d'administration publique*, n.º. 99, 2001.

CID MOLINÉ, J. y LARRAURI PIJOAN, E., *Teorías criminológicas. Explicación y prevención de la delincuencia*, Bosch, Barcelona, 2001.

CLEMENTE DÍAZ, M., “Integración de la madre reclusa en el medio ambiente de la prisión”, *Estudio*, n.º. 269, 1990.

CLEMMER, D., *The Prison Community*, Rinehart & Winston, Nueva York, 1958.

- COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J., “Derechos fundamentales del condenado. Reeduación y reinserción social”, *Comentarios a la Legislación penal*, t. I, Edersa, Madrid, 1982.
- “Garantía penal (comentario al artículo 25 de la Constitución”, en ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, t. III, Edersa, Madrid, 1983.
 - “Artículo 25.2”, *Comentarios a las Leyes Políticas, Constitución española de 1978*, t. III, Edersa, Madrid, 1984.
- COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M., “Artículo 25, garantía penal”, en ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. III, Edersa, Madrid, 1996.
- COHEN, S., *Visiones de control social: delitos, castigos y clasificaciones*, PPU, Barcelona, 1988.
- COLLINS, M., “Shades of the Prison House: Adult Literacy and the Correctional Ethos”, *Schooling in a Total Institution*, 1995.
- COMANDUCCI, P., “Diritti umani e minoranze: un approccio analítico e neo-illuminista”, *Ragion pratica*, nº. 2, 1994.
- CÓRDOBA RODA, J., “La pena y sus fines en la Constitución española de 1978”, *Papers*, nº. 13, 1980.
- COTTINGHAM, J., “Varieties of Retribution”, *Philosophical Quarterly*, nº. 29, 1979.
- CRAVEN, M., *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A Perspective on its Development*, Clarendon Press, Oxford, 1995.
- CRUELLES M. y IGAREDA N., *Mujeres, integración y prisión*, Aurea, Barcelona, 2005.
- CRUZ MÁRQUEZ, M.A., “Algunas consideraciones de la cultura en las prisiones españolas”, en *Tratamiento penitenciario: su práctica*, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones-Escuela de Estudios Penitenciarios, Madrid, 1985.
- CRUZ PARCERO, J.A., “Los derechos sociales como técnica de protección jurídica”, en CARBONELL, M., CRUZ PARCERO, J.A. y VÁZQUEZ, R., (comp.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000.
- CRUZ ROS, J., *El Comité para la prevención de la tortura, fijación de los estándares para mejorar la protección de las personas privadas de libertad*, UNED, programa de Derechos y Libertades en Europa, Instituto Europeo de Derecho, ENE, Valencia, 2001.
- CRUZ VILLALÓN, P., “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº. 25, 1989.

- “El principio de igualdad y otros conceptos afines”, *Jornadas sobre los derechos individuales en la Constitución Española. La doctrina del Tribunal Constitucional*, Fundación El Monte, Sevilla, 1993

- CRUZ VILLALÓN, P. y PARDO FALCÓN, J., “Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº. 97, 2000.

- CUELLO CALÓN, E., “La protección de la personalidad en el orden criminal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1959.
- *La moderna penología*, Bosch, Barcelona, 1974.

- CUEVAS, T., *Cárcel de mujeres*, Siricco, Barcelona, 1985.

- CULLEN, F.T. y GILBERT, K.E., *Reaffirming Rehabilitation*, Anderson Publishing Co., Cincinnati, Ohio, 1982.

- CUSSON, M., *Pourquoi punir?* Dalloz, Collection Criminologie et Droits de l’Homme, Paris, 1987.

- CHRISTIE, N., *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?* Buenos Aires, 1993.
- “Problems of Imprisonment in the World Today”, *Monitoring prison Conditions in Europe*, París, 1997.

- DAHRENDORF, R., *Per un nuovo liberalismo*, trad. de J.M^a. Tortosa, Tecnos, Madrid, 1982.

- DEAN, T., *Crime in Medieval Europe, 1200–1550*, Harlow, Longman, 2001.

- DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informes, estudios y documentos. Estudio sobre la situación penitenciaria y los depósitos municipales de detenidos*, 1988-1996, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Sección Cortes Generales, nº. A-91, 1997.

- DEFENSOR del Pueblo Andaluz, *Deficientes mentales internados en Centros penitenciarios andaluces*, Sevilla, 2000.
- *Mujeres privadas de libertad en Centros penitenciarios de Andalucía*, Informe especial al Parlamento, Tecnographic, Sevilla, 2006.

- DELGADO DEL RINCÓN, L.E., “La constitucionalización de la reeducación y la reinserción social como fin de las penas privativas de libertad”, en CARCEDO GONZÁLEZ, R. y REVIRIEGO PICÓN, F., (eds.), *Reinserción, derechos y tratamiento en los centros penitenciarios*, Amaru, Salamanca, 2001.
- “El artículo 25.2 de la CE: algunas consideraciones interpretativas sobre la reeducación y la reinserción social como fin de las penas privativas de libertad”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº. extra, 2004.
- “Algunas consideraciones sobre el derecho a la intimidad personal y familiar de los presos en los centros penitenciarios”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº. 18, 2006.

- DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1999.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El trabajo penitenciario resocializador. Teoría y regulación positiva*, Caja de Ahorros Provincial de Guipúzcoa, San Sebastián, 1982.

- “Educar para la convivencia”, en BUENO ARÚS, F., “A propósito de la resocialización del delincuente”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 25, 1985.
- “Sistemas de organización. Participación de los internos”, en COBO DEL ROSAL, M. (dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M., (coord.), *Comentarios a la legislación penal*, t. VI, vol. I, LOGP, Edersa, Madrid, 1986.
- “El trabajo. Derecho y deber del interno y medio de tratamiento. Características”, en COBO DEL ROSAL, M. (dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M., (coord.), *Comentarios a la Legislación penal*, t. VI, vol. I, Ley Orgánica General Penitenciaria, Edersa, Madrid, 1986.
- “Sistema cooperativo”, en COBO DEL ROSAL, M. (dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M., (coord.), *Comentarios a la Legislación penal*, t. VI, vol. I, Edersa, Madrid, 1986.
- “Clases de trabajo penitenciario. Régimen jurídico”, en COBO DEL ROSAL, M. (dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M., (coord.), *Comentarios a la Legislación penal*, t. VI, vol. I, Ley Orgánica General Penitenciaria, Edersa, Madrid, 1986.
- “Obligatoriedad del trabajo de los penados”, en COBO DEL ROSAL, M., *Comentarios a la legislación penal*, t. VI, vol. I, Edersa, Madrid, 1986.
- “Diez años después: el trabajo penitenciario”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, extra nº. 1, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.
- “La relación régimen penitenciario-resocialización”, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº. 2, extra, 1989.
- “Reflexiones acerca de la relación entre régimen penitenciario y resocialización”, *Eguzkilore*, nº. extra 2, 1989.
- *Criminología y derechos penales al servicio de la persona*, Libro Homenaje al Profesor Antonio Beristain, Instituto Vasco de Criminología, Ivac-Krei, San Sebastián, 1989.
- “Un deber (no obligación) y derecho de los privados de libertad: el trabajo penitenciario”, en BUENO ARÚS, F., GARCÍA VALDÉS, C. y otros, *Lecciones de Derecho Penitenciario*, Europa Artes Gráficas, Salamanca, 1989.
- “La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria”, *Papers d’estudis i formació*, nº. 12, 1993.
- “El trabajo de los internos en el Derecho penitenciario español”, en VV.AA. *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.
- “Imputabilidad y nuevo Derecho Penal”, en AA.VV., *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamento*. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López, Comares, Granada, 2000.
- “Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad en el Código Penal español de 1995”, *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002.
- “Mundialización y justicia penal”, *Anales Internacionales de Criminología*, vol. 41, 2003.
- “Retos principales del actual sistema penitenciario”, *Jornadas en Homenaje al XXV Aniversario de la Ley Orgánica General penitenciaria*, Madrid, 2005.

DE LA CUESTA, J.L. y BLANCO CORDERO, I., “L’emprisonnement d’aujourd’hui et de demain en Espagne”, *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, nº. 2, 2000.

- DE LA MORENA VICENTE, E., “Situación y desarrollo de la normativa laboral penitenciaria”, *La normativa laboral penitenciaria. Situación y desarrollo*, Primeras jornadas de Trabajo del Organismo Autónomo Trabajos Penitenciarios, Madrid, 1982.
- “Aspectos del derecho, el deber y la obligación de trabajar en lo penitenciario”, *Actividad laboral penitenciaria*, nº. 7, 1982.
- DE LA VILLA GIL, L.E., “La inclusión de los penados en el Derecho del trabajo”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº. 178-179, 1967.
- DE LEÓN VILLALBA, F.J., *Derecho y prisiones hoy*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003.
- “La pena privativa de libertad en el Derecho comparado”, *Derecho y prisiones hoy*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, también publicado en la *Revista General de Derecho Penal*, nº. 1, 2004.
- DE LUCAS, J., “Algunos equívocos sobre el concepto y fundamentación de los derechos humanos”, en BALLESTEROS, J., (ed.), *Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 1992.
- DE PÁRAMO ARGÜELLES, J. R., “Derechos humanos y derechos subjetivos”, *Diccionario crítico de los derechos humanos*, Universidad Internacional de Andalucía, Santa María de La Rábida, 2000.
- DEL ROSAL BLASCO, B., *La situación de las mujeres internadas en centros penitenciarios con hijos menores*, XVI Jornadas de Coordinación de Defensores del Pueblo, 2001.
- DEVAUX, P., “Problématique des droits de l’homme: droits subjectifs ou droits-de-l’être-en-société?”, *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto*, 1983.
- DI GENNARO, G., BONOMO, M. y BREDA, R., *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milan, 1991.
- DÍAZ REVORIO, F.J., “La intimidad corporal en la jurisprudencia constitucional”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº. 20/21, 1997.
- *Valores superiores e interpretación constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, J., “A los delitos contra la integridad moral”, *La Ley*, 1995.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Artículo 24, garantías procesales”, en ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. III, Cortes Generales, Edersa, Madrid, 1996.
- “Derecho a la vida y a la integridad física y moral”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº. 3, 2002.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “El nuevo modelo de la seguridad ciudadana”, *Revista Jueces para la Democracia*, nº. 49, 2004.
- DISSEL, A., “Reintegration and reintegration in African prisons”, *Human Rights in African Prisons*, J. Sarkin, 2008.

- DOBASH, R.P. y DOBASH, R.E., *Woman, violence and social change*, London and New York, Routledge, 1992.
- “Criminal Justice Programmes for Men who Assault their Partners”, en HOLLIN, C.R., (ed.), *Handbook of Offender Assessment and Treatment*, Chichester, John Wiley and Sons, 2000.
 - “Efectividad de los programas penales de tratamiento de maltratadores”, en CID, J. y LARRAURI, E., (coord.), *La delincuencia violenta, ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- DOBÓN, J. y RIVERA BEIRAS, I., *Secuestros institucionales y derechos humanos: la cárcel y el manicomio como laberintos de obediencias fingidas*, Bosch, Barcelona, 1997.
- DOLCINI, E., “Appunti sul limite della colpevolezza nella commisurazione della pena”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fascicolo 4, 1975.
- “La rieducazione del condannato tra mito e realta”, *Revista de Dirección Procesale Penale*, 1979.
 - *La commisurazione della pena*, Padova, 1979.
- DOMÈNECH, A. y RAVENTÓS, D., “La renta básica de ciudadanía y las poblaciones trabajadoras del Primer Mundo”, en PISARELLO, G. y DE CABO, A., *La renta básica como nuevo derecho ciudadano*, Trotta, Madrid, 2006.
- DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, M.I., “Escuchas telefónicas: planteamiento práctico desde la perspectiva judicial”, *Revista General de Derecho*, nº. 616-617, 1996.
- DONNELLY, J., *The concept of human rights*, Croom Helm, Londres, 1985.
- DORADO MONTERO, P., *El Derecho protector de los criminales*, t. I y II, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1916.
- *Bases para un nuevo Derecho penal*, Analecta, Madrid, 2003.
- DUNBABIN, J., *Captivity and Imprisonment in Medieval Europe, 1000 –1300*, Palgrave Macmillan, Nueva York, 2002.
- DUQUE VILLANUEVA, J.C., “Derechos fundamentales de los reclusos en el procedimiento disciplinario penitenciario”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, vol. IV, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- “El derecho a la intimidad personal y familiar en el ámbito penitenciario”, *Perfiles del Derecho Constitucional a la vida privada y familiar, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1996.
- DWORKIN, R.M., “Justice in the Distribution of Health Care”, *McGill Law Journal*, nº. 38/4, 1993.
- *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1997.
- ELÍAS ORTEGA, A., “Aspectos de interés práctico en la regulación de la relación laboral especial penitenciaria”, *Cuadernos de Derecho penitenciario*, nº. 10, 2004.

- El aislamiento en prisión*, Jornada de Debate Abierto e Información sobre: El aislamiento en prisión. Coordinadora solidaridad personas presas, Iberdaf Industrial, Madrid, 2001.
- ENÉRIZ OLAECHEA, F.J., “Enfermería en prisiones”, *Revista española de Sanidad Penitenciaria*, vol. 9, nº. 3, 2007.
- ERIKSON, K.T., *Notes on the sociology of deviance*, 1962.
- “V Informe sobre Derechos Humanos”, *Sistema Penitenciario*, Federación Iberoamericana de Ombudsman, Trama, Madrid, 2007.
- ESER, A., “Resozialisierung in der Krise? Gedanken zum Sozialisationsziel des Strafvollzugs”, en *Lüdersen/Sack, Abweichendes Verhalten III*, Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität 2, Frankfurt/M., 1977.
- ESTEBAN LEGARRETA, R., *La renta activa de inserción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- EUSEBI, L., *La pena “in crisi”. Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Morcelliana, Brescia, 1991.
- FABIANI, J.L. *Lire en prison: une étude sociologique*, Centre Georges Pompidou, París, 1995.
- FABRE, C., *Social Rights under the Constitution*, Clarendon Press, Oxford, 2000.
- FACCHI, A., *Diritto e ricompense. Ricostruzione storica di un’idea*, Giappichelli, Turin, 1995.
- FAITH, K., *Unruly Women: The politics of confinement and resistance*, Press Gang, Vancouver, 1993.
- FALCÓN Y TELLA, M.J. y FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- FALLS, M., “Retribution, Reciprocity and Respect for Persons”, *Law and Philosophy*, nº. 6, 1987.
- FARALDO CABANAS, P., “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en FARALDO CABANA, P., PUENTE ABA, L.M. y BRANDARIZ GARCÍA, J.A., *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- FAUPEL, C., “Heroin Use, Crime and Employment Status”, *Drug Iss*, nº. 18, 1988.
- FEELEY M. y SIMON, J., “The New Penology: notes on the Emerging Strategy of Corrections and its Implications”, *Criminology*, nº. 30, 1992.
- FERNÁNDEZ, E., “Igualdad, diferencia y desigualdad. A propósito de la crítica liberal de la igualdad”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. X, 1993.

- *Igualdad y derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 2003.
- FERNÁNDEZ ALBOR, A., “La evolución del tratamiento (III)”, en VV.AA., *Comentarios a la legislación penal*, t. VI, vol. 2, Edersa, Madrid, 1982.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y MAPELLI CAFFARENA, B., *Práctica forense penitenciaria*, Cívitas, Madrid, 1995.
- FERNÁNDEZ ARTIACH, P., “La autorización para el trabajo de los extranjeros no comunitarios internos en centros penitenciarios españoles”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº. 12, 2006.
- *El trabajo de los internos en establecimientos penitenciarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
 - *El trabajo de los internos en establecimientos penitenciarios*”, en GARCÍA VALDÉS, C., CUERDA RIEZU, A., MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., ALCACER GUIRAO, R. y VALLE MARISCAL DE GANTE, M., (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, Edisofer, Madrid, 2008.
- FERNÁNDEZ CUEVAS, V., “Regeneración del preso”, *Temas españoles*, nº. 27, Madrid, 1953.
- FERNÁNDEZ MORENO, A., *Corrección*, Viuda é hijos de Grijelmo, Bilbao, 1921.
- FERNÁNDEZ MUÑOZ, D. E., *La pena de prisión, propuestas para sustituirla o abolirla*, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1993.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F., “El derecho a la libertad y a la seguridad personal”, *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº. 4, 2000.
- FERRAJOLI, L., “Stato sociale di diritto”, *Politica del Diritto*, t. XII, 1982.
- *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.
 - *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruíz Miguel, J.C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco y R. Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1997.
 - “Garantías”, *Jueces para la Democracia*, nº. 38, 2000.
 - *El garantismo y la Filosofía del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.
 - “Derechos fundamentales”, en CABO, A. de y PISARELLO, G., (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, trad. de P. Andrés, A. de Cabo, Trotta, Madrid, 2001.
 - “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, *Doxa*, nº. 29, 2006.
 - “El futuro del Estado social y la renta mínima garantizada”, en PISARELLO, G. y DE CABO, A., *La renta básica como nuevo derecho ciudadano*, Trotta, Madrid, 2006.
 - *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Trotta, Madrid, 2006.
 - *Democracia y garantismo*, Trotta, Madrid, 2008.
- FERRI, E., *Principios de Derecho Criminal. Delincuente y delito en la Ciencia, en la Legislación y en la Jurisprudencia*, trad. de J. A. Rodríguez Muñoz, Reus, Madrid, 1933.
- *Los nuevos horizontes del Derecho y del procedimiento penal*, trad. de I. Pérez Oliva, Góngora, Madrid, 1887.

- FIGUEIREDO DIAS, J. de, “El problema penitenciario en los movimientos científicos internacionales”, *VIII Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Sevilla, 1994.
- FILELLA, G., *L'orientació ocupacional en els centres penitenciaris*, Pagès, Lleida, 1998.
- FISHMAN, L., *Prisoners and their wives: marital and domestic effects of telephone contacts and home visits*. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 32, 1998.
- FLAQUER, L., RIBAS, N., ALMEDA, E., BODELON, E., *Rastreado lo invisible: mujeres inmigrantes en las cárceles*, 1999-2001.
- FORCADA JORDI, M., “Las inspecciones o registros sobre la propia persona”, *La Ley*, nº. 4, 1990.
- FORTICH, L.F., y GRÖER, V.P., “El derecho a la intimidad de los reclusos. La libertad sexual y las visitas íntimas”, *Más Derecho*, año 2, diciembre 2001, n. 2, Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires
- FOUCAULT, M., *Surveiller et punir: naissance de la prison*, Gallimard, París, 1975, trad. *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*, de A. Garzón del Camino, Siglo XXI, Madrid, 2002.
- *Hay que defender a la sociedad*, trad. de H. Pons, Akal, Madrid, 2003.
- FRAGOSO, H. C., “El Derecho de los presos. Los problemas de un mundo sin ley”, *Doctrina penal*, nº. 14, 1981.
- FRAILE, P., “Aspectos generales del tratamiento penitenciario en España”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº. 192, 1971.
- *Un espacio para castigar. La cárcel y la ciencia penitenciaria en España (siglos XVIII-XIX)*, Serbal, Barcelona, 1987.
- FRANCE, A. y WILES, P., “Dangerous futures: social exclusion and youth work in late modernity”, *Crime & Social Exclusion*, editado por Catherine Jones Finer and Mike Nellis, Blackwell Publishers Ltd., Oxford, 1998.
- FRANKE, H., “Prison building al the end of the 19th century”, *The Bulletin of the European Group for the Study of Deviance and Social Control*, 1991.
- FREDDY, A. y CRESPO, P., “Construcción y validación de la escala para medir prisionización: caso Venezuela: Mérida, 2006”, *Revista de las disciplinas del Control Social*, Capítulo criminológico, vol. 35, nº. 3, 2007.
- FREIXES SANJUAN, T. y REMOTTI, J.C., *El Derecho a la libertad personal. Análisis de Constitución, legislación, Tratados internacionales y jurisprudencia (Tribunal europeo y Tribunal Constitucional)*, PPU, Barcelona, 1993.

- GAES, G., “Correctional Treatment”, en TONRY, M., (ed.), *The Handbook of crime and punishment*, Oxford University Press, Nueva York, 1998.
- GALÁN, H., “El extranjero en el sistema penitenciario español”. El Extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal (adaptado a la nueva LO 4/2000)”, *Manuales de Formación Continuada*, nº. 5, 1999.
- GALERA, L., “Niños con sus madres en prisión: retos educativos”, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2008.
- GALLIGAN, D.J., “The Return to Retribution in Penal Theory”, *Crime, Proof And Punishment: Essays in Memory of Ser Rupert Cross*, Butterworths, Londres, 1981.
- GALLO, E. y RUGGIERO, V., *Il carcere immateriale. La detenzione como fabbrica di hándicap*, Sonda, Milan, 1989.
- GAMIR MEADE, R. *Los facultativos de sanidad penitenciaria: Evolución, perspectivas y notas sobre su régimen jurídico*, Dykinson, Madrid, 1995.
- GAÑÁN DURÁN, A., “El tratamiento de la drogodependencia en el medio penitenciario”, en DE CASTRO ANTONIO, J.L. y SEGOVIA BERNABÉ, J.L., (dirs.), *El juez de vigilancia penitenciaria y el tratamiento penitenciario*, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, 2006.
- GARCÉS PINA, E., DUATO DURÁN, A., VICENTE EDO, M.J. y GUADARRAMA SANZ, V., “Los cuidados de enfermería psiquiátrica en los centros penitenciarios”, *Revista española de Sanidad Penitenciaria*, vol. 8, nº. 3, 2006.
- GARCÍA ALBERO, R.M., “Régimen disciplinario”, en TAMARIT SUMALLA, J.M^a; SAPENA GRAU, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M^a. J., *Curso de Derecho Penitenciario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- GARCÍA AMADO, J.A., “Los derechos de los trabajadores en la Constitución. Una lectura”, en BETEGÓN, J., LAPORTA, F.J., DE PÁRAMO, J.R. y PRIETO SANCHÍS, L., *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.
- GARCÍA ANDRADE, J.A., “La medicina penitenciaria, una medicina de frontera”, *Revista española de sanidad penitenciaria*, vol. 10, nº. 2, 2008.
- GARCÍA ARÁN, M., “Los nuevos beneficios penitenciarios. Una reforma inadvertida”, *Revista Jurídica de Cataluña*, nº. 1, 1983.
- “La prevención general en la determinación de la pena”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fascículos II y III, 1981.
 - *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, Universitat, D.L., Barcelona, 1982.
 - “La ejecución de la pena privativa de libertad y sus alternativas”, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

- GARCÍA BÁSALO, J.C., “La integración del trabajo penitenciario en la economía nacional, incluida la remuneración de los reclusos CA/ Conferencia 17/1, 1960.
- GARCÍA-BORES, P., (coord.), *La cárcel en el entorno familiar*, Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans, Quaderns de Barcelona, Ciutadania i Drets, OSPDH, Barcelona, 2005.
- GARCÍA-BORÉS ESPÍ, J., “Psicología penitenciaria: ¿Trabajar para quién? Análisis de una intervención institucional”, en GARCÍA RAMÍREZ, M., *Psicología social aplicada en los procesos jurídicos y políticos*, Eudema, Sevilla, 1994.
- “El impacto carcelario”, en BERGALLI, R. y OTROS, *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- GARCÍA CASTAÑO, C. y MILLARES LENZA, M.J., (coords.), “Las comunicaciones y visitas de los internos”, *Cuadernos de Derecho penitenciario*, nº. 5, 1999.
- GARCÍA CORDERO, F., *Trabajo penitenciario*, Ponencia oficial al V Congreso Nacional Penitenciario, Hermosillo, 1974.
- GARCÍA GARCÍA, J., “La reforma penitenciaria española: actualidad y futuro”, *I Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Sevilla, 1982.
- “Las técnicas de modificación de conducta: su aplicación penitenciaria”, en SANCHA MATA, V. y MIGUEL TOBAL, J.J., (comp.) *Tratamiento Penitenciario: su práctica*, Primeras Jornadas de Tratamiento Penitenciario, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985.
 - *Extranjeros en prisión: aspectos normativos y de intervención penitenciaria*, 17 Encuentro Abogacía en Derecho de Extranjería y Asilo. Pamplona 17 a 19 de mayo 2007.
- GARCÍA MACHO, R., “En torno a las garantías de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción”, *REDA*, nº. 64, 1989.
- GARCÍA MANRIQUE, R., “En torno a la libertad, igualdad y la seguridad como derechos humanos básicos, acotaciones a Liborio Hierro”, *Doxa*, nº. 23, 2000.
- GARCÍA MARTÍNEZ, J., *Sociología del hecho religioso en prisión*, Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 2000.
- GARCÍA MORILLO, J., “Los derechos de reunión y asociación”, en LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN, E., GARCÍA MORILLO, J., PÉREZ TREMP, P. y SATRÚSTEGUI, M., *El derecho a la libertad personal (detención, privación y restricción de libertad)*, Tirant lo Blanch, Universitat de Valencia, Valencia, 1995.
- “Los derechos fundamentales de los internos en centros penitenciarios”, *Revista Poder Judicial*, nº. 47, 1997.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “La supuesta función resocializadora del derecho penal: utopía, mito y eufemismo”, *Anuario de Derecho Penal*, t. XXXII, 1979.
- “La resocialización del delincuente ¿un mito?”, *Problemas actuales de la Criminología*, Madrid, 1984.

- “Funciones y fines de las Instituciones Penitenciarias”, en COBO DEL ROSAL, M. (dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M., (coord.), *Comentarios a la legislación penal*, t. VI, vol. 1, Edersa, Madrid, 1983-1997.
- “Tendencias del actual Derecho Penal” *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001.

GARCÍA VALDÉS, C., *Régimen penitenciario de España*, Instituto de Criminología, Madrid, 1975.

- “Reflexiones sobre el tratamiento penitenciario”, *Arbor*, nº. 364, 1976.
- “El trabajo y los accidentes laborales en las cárceles. Aportación personal”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 5, 1978.
- *La reforma de las cárceles*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1978.
- *El trabajo penitenciario en España*, Dirección General de Instituciones Penitenciarias, Organismo Autónomo Trabajos Penitenciarios, Madrid, 1979.
- “Soluciones propuestas al problema sexual en las prisiones”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 11, 1980.
- *Estudios de Derecho penitenciario*, Tecnos, Madrid, 1982.
- “Introducción. Derecho penitenciario español, notas sistemáticas”, *Ponencia presentada a las I Jornadas de Derecho penitenciario*, Alcalá de Henares, celebrado en mayo de 1984, en COBO DEL ROSAL, M. (dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M., (coord.), *Comentarios a la Legislación penal*, t. VI, vol., I, Edersa, Madrid, 1986.
- *Teoría de la pena*, Tecnos, Madrid, 1987.
- “Reforma penitenciaria”, *Derecho Penitenciario*, escritos, 1982-1989, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.
- *Derecho Penitenciario. (Escritos, 1982-1989)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.
- “Derecho Penitenciario español: notas sistemáticas”, en BUENO ARÚS, F., GARCÍA VALDÉS, C. y otros, *Lecciones de Derecho Penitenciario*, Europa Artes Gráficas, Salamanca, 1989.
- “Diez años de reforma penitenciaria en España: una recopilación”, *Derecho Penitenciario (1982-1989)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.
- *Comentarios a la Ley General Penitenciaria*, Cívitas, Madrid, 1995.
- “Estar mejor y salir antes: premios y beneficios condicionados a la conducta del recluso en la legislación penitenciaria del XIX y principios del XX”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LIV, 2003.
- “Las casas de corrección de mujeres: un apunte”, en VV.AA., *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos*, Libro Homenaje al profesor Torío López, Comares, Granada, 1999.
- *La ideología correccional de la reforma penitenciaria española del siglo XIX*, Edisofer, Madrid, 2006.

GARGARELLA, R., *Derecho y grupos desaventajados*, Gedisa, Barcelona, 1999.

GARLAND, D., *Punishment and Modern Society: a Study in Social Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1994.

- *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, trad. de Máximo Sozzo, Gedisa, Barcelona, 2005.

GARÓFALO, R., *La Criminología, estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión*, La España Moderna, Madrid, 1900.

- GARRIDO GENOVÉS, V., *Técnicas de tratamiento para delincuentes*, capítulo V “Proceso y habilidades de “counselling”. El modelo de Egan”, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993.
- GARRIDO GENOVÉS, V. y REDONDO, S., “El tratamiento y la intervención en las prisiones”, *Delincuencia*, vol. 3 nº. 13, 1991.
- GARRIDO GUZMÁN, L., “Alojamiento e higiene de los internos”, en COBO DEL ROSAL, M. (dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M., (coord.), *Comentarios a la Legislación penal*, t. VI, vol. I, Ley Orgánica General Penitenciaria, Edersa, Madrid, 1986.
- “Medidas de seguridad y vigilancia: registros, cacheos, recuentos y pesquisas”, en COBO DEL ROSAL, M. (dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M., (coord.), *Comentarios a la Legislación penal*, t. VI, vol. I, Ley Orgánica General Penitenciaria, Edersa, Madrid, 1986.
 - “El respeto a la dignidad del interno con ocasión del cumplimiento de determinadas actividades regimentales (traslados de los detenidos), en COBO DEL ROSAL, M. (dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M., (coord.), *Comentarios a la Legislación penal*, t. VI, vol. I, Ley Orgánica General Penitenciaria, Edersa, Madrid, 1986.
 - “La participación del recluso en la vida prisional”, en COBO DEL ROSAL, M. (dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M., (coord.), *Comentarios a la legislación penal*, t. VI, vol. I, Ley Orgánica General Penitenciaria, Edersa, Madrid, 1986.
 - “Tutela judicial efectiva y asesoramiento de letrado de los reclusos en Instituciones Penitenciarias (Sentencia del Tribunal constitucional Núm. 2/1987, de 21 de enero)”, *Poder Judicial*, nº. 7, Madrid, 1987.
 - “Prendas de vestir del interno”, en GARRIDO GENOVÉS, V., *Técnicas de tratamiento para delincuentes*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993.
- GAUBATE, D.L., “Rluipa`s Four: Evaluating the Success and Constitutionality of RLUIPA’S Prisoner Provisions”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 28, nº. 2, 2005.
- GENDIN, S., “A Plausible Theory of Retribution”, *Analysis*, nº. 32, 1972.
- GIL HERNÁNDEZ, A., *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Madrid, 1995.
- “Protección de la intimidad corporal. Aspectos penales y procesales”, *Delitos contra la libertad y la seguridad*, Consejo General del Poder Judicial, nº. 3, Madrid, 1996.
- GILBERT, N. y TERRELL, P., *Dimensions of Social Welfare Policy*, Allyn & Bacon, Needham Heights (Massachusetts), 2004.
- GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- GIMÉNEZ SALINAS I COLOMER, E., “Penas privativas de libertad y alternativas”, en La individualización y ejecución de las penas, Consejo General del Poder Judicial, nº. IX, Madrid, 1993.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española

- (Proyecto de 1980 de Código Penal)”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, nº. 3, 1980.
- “La idea moderna de la proporcionalidad de las penas”, *El pensamiento penal de Beccaria*, Bilbao, 1991.
- GÓMEZ BRAVO, G., *Crimen y castigo: cárceles, justicia y violencia en la España del Siglo XIX*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2005.
- GONZÁLEZ, M.I., *La ejecución de la pena privativa de libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- GONZÁLEZ MORENO, B., *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Cívitas, Madrid, 2002.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F., “Poder domesticador del Estado y derechos del recluso”, en VV.AA., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, t. II, Civitas, Madrid, 1991, también en *Persona y Derecho*, nº. 1, 1991.
- GONZÁLEZ RUS, J.J., “Control electrónico y sistema penitenciario”, *VIII Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Sevilla, 1994.
- GONZÁLEZ VICENTE, M. P., “El derecho a la tutela efectiva en el procedimiento sancionador penitenciario”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº. 239, 1988.
- GONZÁLEZ ZORRILLA, C., “La Criminología y su función: el momento actual del debate”, *ADPCP*, t. XLV, fasc. II, 1992.
- GRACIA MARTÍN, L., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- GRIJALBA, J.C., “Los medios coercitivos en los establecimientos penitenciarios”, *La Ley*, 1489 (III), 1986.
- GRIMA LIZANDRA, V., *Los delitos de torturas y tratos degradantes por funcionarios públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- GROOT, L., *Basic Income and Unemployment*, Netherlands School for Social and Economic Policy Research, Utrecht, 1999.
- GROSSO GALVÁN, M., “Nueva criminología y dogmática jurídico penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 10, 1980.
- GUASTINI, R., *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Turín, 1992
- “Derechos”: Una contribución analítica (Draft)”, en SAUCA, J.M. (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994.

- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones? Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado*, Slovento, Madrid, 2005.
- “Evolución de la tortura en España: de un reputado instituto procesal a un execrable delito”, *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, nº. 2021, 2006.
 - *Cárcel electrónica. Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- GUNN, J., MADEN, A. y SWINTON, M., *Treatment Needs of Prisoners with Psychiatric Disorders*, British Medical Journal, 1991.
- GUZMÁN DALBORA, J.L., *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, BdeF, Montevideo, Buenos Aires, 2009.
- HÄBERLE, P., “Efectividad de los derechos fundamentales en el Estado constitucional”, en LÓPEZ PINA, A. (dir.). *La garantía constitucional de los derechos fundamentales (Alemania, España, Francia e Italia)*, Cívitas, Madrid, 1991.
- HALLE, *Fundamenta Iuris Naturae et Pentium, in quibus discernuntur principia honesti, justi ac decori*, 1705.
- HALPIN, A., *Rights and Law. Analysis and Theory*, Hart Publishing, Oxford, 1997.
- HAMPTON, J., “The Moral Education Theory of Punishment”, *Philosophy and Public Affairs*, nº. 13, 1984.
- “Correcting Harms versus Righting Wrongs: the Goal of Retribution”, *UCLA Law Review*, nº. 39, 1992.
- HASSEMER, W., “Fines de la pena en el Derecho penal de orientación científico-social”, en *Derecho penal y Ciencias sociales*, Bellaterra, Barcelona, 1982.
- “Prevención general y aplicación de la pena” *Principales problemas de la prevención general*, trad. de G. Aboso– Tea Löw, Bdef, Buenos Aires – Montevideo, 2004.
- HERNÁNDEZ, T., “La intervención psicosocial en los programas de mantenimiento con metadona en el ámbito penitenciario. Coordinación entra-extra penitenciaria”, en SÁNZ SÁNZ, J., (coord.), *Manejo de pacientes en tratamiento con metadona en Centros penitenciarios*, Subdirección General de Sanidad Penitenciaria, Segovia, 2000.
- HERNÁNDEZ MONSALVE, M. y ESPINOSA IBORRA, J., *La atención a pacientes con trastornos mentales en las prisiones*, presentado en la conferencia multilateral organizada por el Consejo de Europa-Programa de actividades para el desarrollo y la consolidación de la estabilidad democrática, Estrasburgo, 1999.
- HERZOG-EVANS, M., *Droit de l’application des peines*, Dalloz, Paris, 2005-2006.
- HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L., “¿Qué derechos tenemos?”, *Doxa*, nº. 23, 2000.

- HIRST, P., "The Concept of Punishment", en DUFF, R.A. y GARLAND, D., (eds.), *A Reader on Punishment*, Oxford University Press, Oxford, 1994.
- HOEKEMA, D.A., "The Right to Punish and the Right to Be Punished", en BLOCKER, H.G. y SMITH, E.H., (eds.), *John Rawls Theory of Social Justice: An Introduction*, Ohio University Press, Athens, 1980.
- HOHFELD, W.N., *Some fundamental legal conceptions as applied to judicial reasoning*, Yale Law Journal, n.º. 23, 1913.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho. (El objeto protegido por la norma penal)*, PPU, Barcelona, 1991.
- HOTTOIS, G., "Les fondements philosophiques des droits de l'homme", *La Pensée et les hommes*, 1981.
- HOUGH, J.M., "The Impact of Victimization: Finding from the British Crime Survey", *Paper Prepared for Third International Institute of Victimology*, Lisbon, 1984.
- HUACUJA BETANCOURT, S., *La desaparición de la prisión preventiva*, Trillas, México, 1995.
- HULSMAN, L., *Sistema penal y seguridad ciudadana. Hacia una alternativa*, prólogo de J. Bustos Ramírez, Ariel, Barcelona, 1984.
- "La criminología crítica y el concepto de delito", *Poder y Control*, n.º. 0, 1986.
- HUSSEY, F., "Just Deserts and Determinate Sentencing: Impacto n the Rehabilitation Ideal", en *The Prison Journal*, t. LIX, n.º. 2, 1980.
- IGLESIAS FERNÁNDEZ, J., *El derecho ciudadano a la renta básica: economía crítica del bienestar social*, Los libros de la Catarata, Madrid, 1998,
- *La renta básica de los iguales*, Congreso Internacional sobre la Renta Básica de los iguales, Berlín, 2008.
- IÑIGUEZ RUEDA, L., "Modelos teóricos de hacinamiento", *Documentos del Área de Psicología Social*, Universidad Autónoma de Barcelona, Serie de monografías n.º. 3, Bellaterra, 1987.
- JAKOBS, G., "El principio de culpabilidad", *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 1997.
- JELLINEK, G., *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, trad. de A. Posada, Comares, Granada, 2009.
- JESCHECK, H.H., *Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del Derecho penal*, Bellaterra, Barcelona, 1980.
- JIMÉNEZ, J., "The Quality of Educational Attention Received by Children Living with their Mothers in Spanish Prison", *Psychology in Spain*, vol. 9, n.º. 1, 2005; trad. "La calidad de

- la atención educativa que reciben los menores residentes con sus madres en los centros penitenciarios españoles”, *Apuntes de psicología*, vol. 22, nº. 1, 2004.
- JIMÉNEZ BLANCO, A., “Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución española”, *Estudios sobre la Constitución*, Homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría, t. II, Civitas, Madrid, 1991.
- JIMÉNEZ MORAGO, J. y PALACIOS GONZÁLEZ, J., *Niños y madres en prisión. Desarrollo psicosociobiológico de los niños residentes en Centros Penitenciarios*, Organismo Autónomo de Trabajo y Prestaciones Penitenciarias, Ministerio de Interior y Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1998.
- JIMÉNEZ VILLAREJO, J., “Las medidas de seguridad en el Código penal de 1995. Aspectos generales”, *Estudios sobre el Código penal de 1995, parte general*, Estudios de Derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.
- JORGE BARREIRO, A., “Directrices político-criminales y aspectos básicos del sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995”, *Actualidad Penal*, nº. 23, 2000.
- JUANES PECES, A., “Constitucionalidad de la medida de aislamiento en celda aplicada en virtud del artículo 10 de la Ley General Penitenciaria y de la Circular 2470/92 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias”, *Jueces para la Democracia*, nº. 23, Madrid, 1994.
- KAISER, G., “Resozialisierung und Zeitgeist”, *Kultur-Kriminalität-Strafrecht*, Festschrift für Th. Würtenberger zum 70 Geburtstag, Berlín, 1977.
- *Introducción a la Criminología*, trad. de J.L. Rodríguez Devesa, Dykinson, Madrid, 1988.
- KALLERT, T.W., “Duties of a Psychiatric-Neurological Consultation / Liaison Service in a Prison Setting”, *Forensic Science International*, 1996.
- KAUFFMANN, H., *Principios para la reforma de la ejecución penal*, Depalma, Buenos Aires, 1977.
- KOMESAR, N.K., *Law's Limits. The Rule of Law and the Supply and Demand of Rights*, Cambridge University Press, Cambridge (Reino Unido), 2001.
- KRAUSE, J.U., “Prisons et Crimes dans l’Empire Romain,” in BERTRAND-DAGENBACH, C., (ed.), *Carcer: Prison et privation de liberté dans l’Antiquité classique. Actes du colloque de Strassburg*, 5 et 6 décembre 1997, De Boccard, París, 1999.
- KRIELE, M., *Liberación e Ilustración*, Defensa de los Derechos Humanos, Barcelona, 1982.
- KRIESMANN, N.H., *Preceptiva penitenciaria*, Analecta, Pamplona, 2005.
- “La condición del extranjero en el ámbito penitenciario”, Comisión de Derecho Penitenciario, *VIII Congreso Los Derechos de las Minorías*, Jueces para la Democracia, Sevilla, 21, 22 y 23 de octubre, 1993.

- LAMARCA PÉREZ, C., “Los derechos de los presos”, en AA.VV., *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1994.
- LANDREVILLE, P. y LEMONDE, L., “Le droit de vote des personnes incarcérées au Canada”, *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, nº. 2, abril-junio, 1994.
- LANDROVE DÍAZ, G., “Prisión y sustitutivos penales”, en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F., (coords.) *El Nuevo Derecho Penal español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Navarra, 2001.
- *Las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 2005.
- LAPORTA, F., “El principio de igualdad: introducción a su análisis”, *Sistema*, nº. 67, 1985.
- “Sobre el concepto de derecho humanos”, *Doxa*, nº. 4, 1987.
 - “Sobre la fundamentación de enunciados jurídicos de los derechos humanos”, en MUGUERZA, J., (ed.), *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989.
 - “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema” en BETEGÓN, J., LAPORTA, F.J., DE PÁRAMO, J.R. y PRIETO SANCHÍS, L., *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.
- LARRAURI PIJOAN, E., “Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho penal español”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 1, 1991.
- “La mujer ante el Derecho penal”, *Revista de la Asociación de Ciencias Penales*, nº. 11, 1996.
- LASAGABASTER HERRARTE, I., *Las relaciones de sujeción especial*, Cívitas, Madrid, 1994.
- LEGANÉS GÓMEZ, S., *Clasificación penitenciaria, permisos de salida y extranjeros en prisión*, Dykinson, Madrid, 2002.
- “La crisis del tratamiento penitenciario”, disponible en www.personal5.iddeo.es
- LEHMANN, V. “Planning and implementing prison libraries: strategies and resources”. *IFLA journal*, vol. 29, nº. 4, 2003.
- LEMERT, E., *Social Pathology*, (reproducido en S. Traub y C. Little *Theories of Deviance*, Itasca, F. E. Peacock, 1985), 1951.
- LESCH, H.H., *La función de la pena*, Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”, trad. de J. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Dykinson, Madrid, 1999.
- LEVY, T., *Nos téstes sont plus dures que les murs des prisons (Nuestras cabezas son más duras que los muros de las prisiones)*, Essai, Grasset, París, 2006.
- LILLY, R. y BALL, R., “A Brief History of House Arrest and Electronic Monitoring”, *Northern Dentucky Law Rewuevm*, nº. 17 (3), 1987.
- LIPTON, D., MARTINSON, R. y WILKS, J., *The Effectiveness of Correctional Treatment. A survey of treatment evaluation studies*, Praeger Publishers, Nuueva York, 1975.

- LISLE, J., "The justification of punishment", *International Journal of Ethics*, nº. 25, 1914.
- LISZT, F. V., *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, t. I, Berlín, 1905.
- LLORCA ORTEGA, J., *Cárceles, presidios y casas de corrección en la Valencia del siglo XIX. Apuntes históricos sobre la vida penitenciaria valenciana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- LOMBROSO, C., *L'uomo delinquente studiato in rapporto alla Antropologia, alla Medicina Legale ed alla discipline carcerarie*, Hoepli, Milán, 1897.
- LÓPEZ-ARANGUREN MARCOS, L.M., *Las empresas de inserción en España: un marco de aprendizaje para la inserción laboral*, CES, Madrid, 2002
- LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, J., *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Akal, Madrid, 1989.
- LÓPEZ BARJA, J. y RODRÍGUEZ RAMOS, L., "La intimidad corporal, devaluada", *Poder Judicial*, nº. 4, 1990.
- LÓPEZ CABRERO, G., "Penas cortas de prisión. Medidas sustitutivas", *Poder Judicial*, nº. 40, Consejo General del Poder Judicial, octubre-diciembre, 1995.
- LÓPEZ GUERRA, L., "Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución", *Mujer y Constitución en España*, Instituto de la Mujer, Madrid, 2000.
- "La garantía de la Constitución", en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. y RAMIRO AVILÉS, M.A., (coords.), *La Constitución a examen. Un estudio académico de 25 años después*, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Cívitas, Madrid, 1994.
- LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., "Las intervenciones telefónicas en el proceso penal", Colex, Madrid, 1991.
- LÓPEZ-REY Y ARROJO, M., *Criminología, teoría, delincuencia juvenil, prevención, predicción y tratamiento*, t.I., Madrid, 1981.
- LÓPEZ RIOCEREZO, J.M., "El trabajo, medida de reeducación y corrección penitenciarias", *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, t. 16, Fasc/Mes 1, 1963.
- LÓPEZ YAGÜES, V., *El derecho a la asistencia y defensa letrada: su ejercicio en situaciones de privación de libertad*, Universidad de Alicante, San Vicente de Raspeig, 2002.
- *La inviolabilidad de las comunicaciones con el abogado defensor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

- LÖSEL, F., “¿Sirve el tratamiento para reducir la reincidencia de los delincuentes sexuales?”, trad. de S. Redondo Illescas en *Delincuencia sexual y sociedad*, Ariel, Barcelona, 2002.
- LOZANO BEDOYA, C.A., *Derechos de las personas privadas de libertad. Manual para su vigilancia y protección*, Defensoría del Pueblo y Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2006.
- LÜDERSSEN, K., *Kollektiven Zurechnung –individualisierende Haftung. Ein “Grundwiderspruch” der modernen Kriminalpolitik?*, Lüderssen, Sack, Hrsg., 1980
- LUHMANN, N., “Socialización y educación”, en *Complejidad y modernidad. De la unidad a la diferencia*, ed. y trad. de J. Beriaín y J. M. García Blanco, Trotta, Madrid, 1998.
- LUZÓN PEÑA, D.M., *Medición de la pena y substitivos penales*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1979.
- “Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión”, *VIII Jornadas Penitenciarias Andaluzas* (1991), Junta de Sevilla, Dirección General de Administración Local y Justicia, Sevilla, 1994.
- MABILLON, J., “Reflexions sur les prisons des ordres religieux,” in THUILLIER, V., (ed.), *Ouvrages posthumes de D. Jean Mabillon et D. Thirri Ruinart*, F. Babuty, Paris, 1824.
- MANTECÓN SANCHO, J., “La asistencia religiosa en el sistema penitenciario español”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XII, 1996.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “Principios inspiradores del tratamiento (valoración de la personalidad y del ambiente)”, en VV.AA., COBO DEL ROSAL, M. (dir.), “Comentarios a la legislación penal”, t. VI, vol. 2, Edersa, Madrid, 1986.
- “La clasificación”, en VV.AA., COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios a la legislación penal*, t. VI, vol. 2, Edersa, Madrid, 1986.
 - “El cumplimiento íntegro de las penas”, *Anualidad Penal*, nº. 7, 10 a 16 de febrero, 2003.
- MANZANOS BILBAO, C., *El sistema de dominación carcelario y sus efectos desocializadores*, Instituto internacional de Sociología Jurídica de Oñati, Vitoria-Gasteiz, 1991.
- *Contribución del sistema carcelario a la marginación socio-económica familiar*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1991.
 - *Cárcel y marginación social. Contribución e investigación aplicada a la Sociedad Vasca*, Donostia: tercera prensa, Gakoa Liburuak, Guipuzkoa, 1991.
 - “Reproducción de lo carcelario: el caso de las ideologías resocializadoras”, en RIVERA BEIRAS, I., (coord.), *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*, Tercera Ponencia: “Resocialización y tratamiento penitenciario: sus posibilidades y sus límites”, Bosch, Barcelona, 1994.
 - “Funciones y objetivos de las prisiones. La cárcel contra el Estado de Derecho”, *Hika*, nº. 133, 2002.
 - “Vivencias y percepciones de las mujeres presas de su discriminación en las cárceles ubicadas en el País Vasco”, en ALMEDA SAMARANCH, E. y BODELÓN

GONZÁLEZ, E., *Mujeres y castigo: un enfoque socio-jurídico y de género*, Instituto Internacional de Sociología jurídica de Oñati, Dykinson Madrid, 2007.

MANTOVANI, F., “Sanzioni alternative alla pena detentiva e prevenzione generale”, en ROMANO, M. y STELLA, F., *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di Romano e Estlla, Bologna, 1980.

MAPELLI CAFFARENA, B., “Los fines de la ejecución de la pena privativa de libertad”, *Ponencia de las I Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Sevilla, 1983.

- *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Bosch, Barcelona, 1983.
- “Educación y actividades culturales”, *Comentarios a la Legislación penal*, t. VI, vol. 2, Edersa, Madrid, 1986.
- “Presupuestos de una política penitenciaria progresista”, en AA.VV., *Francesco Carrara. Homenaje en el centenario de su muerte*, Temis, Bogotá, 1988.
- “Consideraciones en torno al art. 10 de la LOGP”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº. extra 1, Madrid, 1989.
- “La crisis de nuestro modelo legal de tratamiento penitenciario”, *Eguzkilore*, nº. extra 2, 1989.
- “Cárcel y derechos humanos”, *Revista 7*, Barcelona, 21 de febrero de 1991.
- “El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional”, *Derechos y libertades*, t. I, Dykinson, Madrid, 1993.
- “Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad”, *Estudios penales y Criminológicos*, t. XVI, 1993.
- “El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional”, *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*, Jornadas Penitenciarias organizadas por la Associació Catalana de Juristes Democrates, Bosch, Barcelona, 1994.
- “La judicialización penitenciaria, un proceso inconcluso”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Derecho Penitenciario, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.
- *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, Madrid, 1996.
- “Las medidas de seguridad no privativas de libertad”, *Estudios sobre el Código penal de 1995, Parte general*, Estudios de Derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.
- “El Nuevo Reglamento Penitenciario: ¿una herramienta reinsertadota?, “Las ‘nuevas’ Políticas Penales: ¿un cambio hacia dónde?”, *Panóptico*, Tercer Número, 1997.
- “Ejecución y proceso penal”, en AA.VV., *Jornadas sobre sistema penitenciario y derechos humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- “Contenido y límites de la privación de libertad (Sobre la constitucionalidad de las sanciones disciplinarias de aislamiento)”, *Revista del Poder Judicial*, nº. 52, Madrid, 1998.
- “Contenido y límites del la privación de libertad (Sobre la constitucionalidad de las sanciones disciplinarias de aislamiento)”, en AA.VV., *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Comares, Granada, 2000.
- “Perspectivas actuales de la pena privativa de libertad con especial referencia a la población reclusa extranjera”, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, t. III, 2001.
- “Tendencias modernas en la legislación penitenciaria”, VV.AA., *Derecho Penitenciario y Democracia*, Fundación El Monte, Sevilla, 6 de diciembre de 1993 a 12 de marzo de 1994.

- “Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº. 8, 2006.
- MAPELLI CAFFARENA, B. y TERRADILLOS BASOCO, J., *Sistema de sanciones en el derecho penal*, Gráficas Minerva, Sevilla, 1989.
- *Las consecuencias jurídicas del delito*, Cívitas, Madrid, 1996.
- MARCHETTI, A.M., “Pauvreté et trajectoire carcérale”, *Approches de la prison*, C. Faugeron, De Boeck Université, Bruselas, 1997.
- MARCOS DEL CANO, A.M., “La seguridad jurídica: su configuración actual”, en VV.AA., *Teoría y metodología del Derecho. Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. II., Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2008.
- MARÍ, E.E., *La problemática del castigo, discurso de Jeremy Bentham y Michael Foucault*, Hachette, Buenos Aires, 1983.
- MARÍN DE ESPINOSA CEVALLOS, E., “Las novedades de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad en el Código Penal de 1995”, *Actualidad Penal*, nº. 35, 2000.
- MARÍN RIOS, J.A. y DE PABLOS PÉREZ, J., *Seguridad en Centros Penitenciarios: (régimen cerrado)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- MARIÑO MENÉNDEZ, F.M., *La creación del mecanismo español de prevención de la tortura*, Iustel, Madrid, 2009.
- MARTÍ MÁRMOL, J.L., “El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales”, en CARBONELL, M., y SALAZAR, P., (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 2005.
- MARTÍN DIZ, F., *El Juez de Vigilancia Penitenciaria: Garante de los derechos de los recluso*, Comares, Granada, 2002.
- MARTÍN PALOMO, M.T., MIRANDA LÓPEZ, M.J. y VEGA SOLÍS, C., “Delitos y fronteras. Mujeres extranjeras en prisión”, *Política y Sociedad*, vol. 44, nº. 22007.
- MARTÍN RETORTILLO BAQUER, L., “Régimen constitucional de los derechos fundamentales”, *Derechos fundamentales y Constitución*, Cívitas, Madrid, 1988.
- “Eficacia y garantía de los derechos fundamentales”, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, t. II, Civitas, Madrid, 1991.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, J.M., *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, Tecnos, Madrid, 1998.
- *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2003.

- MARTÍNEZ DE VALLEJO FUSTER, B., “Los derechos humanos como derechos fundamentales. Del análisis del carácter fundamental de los derechos humanos a la distinción conceptual”, en BALLESTEROS, J. (ed.), *Derechos humanos. Concepto, fundamentos, sujetos*, Tecnos, Madrid, 1992.
- MARTÍNEZ GALINDO, G., *Galerianas, corrigendas y presas. Nacimiento y consolidación de las cárceles de mujeres en España (1608-1913)*, Edisofer, Madrid, 2002.
- MARTINSON, R., “What Works? Questions and answers about prison reform”, *The Public Interest*, Spring, 1974.
- MARZAL, A., *Derechos humanos del incapaz, del extranjero y del delincuente y complejidad del sujeto*, Bosch, Madrid, 1997.
- MAYOL I FERNÁNDEZ, C. “Servicios bibliotecarios en las cárceles de Barcelona y provincia”, *Boletín de la Asociación Andaluza de Bibliotecarios*, nº. 23, 1991.
- MELOSSI, D. y PAVARINI, M., *Cárcel y fábrica: los orígenes del sistema penitenciario. Siglo XVI-XIX, Siglo XXI*, Madrid, 2005.
- MIGUÉLEZ, F., ALÓS, R., MARTÍN ARTILES, A. y GIBERT, F. *Trabajar en prisión*, Icaria, Barcelona, 2007.
- MILITELLO, V., *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Guffrè, Milan, 1982.
- MIR PUIG, S., “Fundamento constitucional de la pena y teoría del delito”, *Doctrina Penal*, 1979.
- *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, Bosch, Barcelona, 1982.
 - “¿Qué queda en pie de la resocialización?”, *Eguzkilore*, nº. 2, extra, 1989.
 - *Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.
 - “El sistema de Derecho penal en la Europa actual”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, 1995.
- MIRANDA, M.J., “Mujeres en prisión”, *Revista 8 de Marzo*, nº. 27, 1997.
- MIRAVET BERGÓN, P., “Trabajo y derechos sociales: por una desvinculación posible”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XVII, 2000.
- MOLINA BLÁZQUEZ, M^a C., *La aplicación de la pena*, Bosch, Barcelona, 1996.
- MONER MUÑOZ, E., *Las intervenciones corporales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C., *El derecho a la renta de inserción. Estudio de su régimen jurídico*, Comares, Granada, 1999.

- MONTÓN REDONDO, A., “Las intervenciones telefónicas constitucionalmente correctas”, *La Ley*, t. 4, 1995.
- MORA MOLINA, J.J., *El garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli. Un estudio de Filosofía del Derecho sobre la frágil relación entre la Democracia, la Constitución y el Estado de Derecho*, Universidad de Huelva, Huelva, 2004.
- MORALES PRATS, F., *La tutela penal de la intimidad. Privacy e informática*, Destino, Barcelona, 1984.
- “Precisiones conceptuales en torno a la culpabilidad: convenciones normativas y función individualizadora”, en AA.VV., *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamento*. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López, Comares, Granada, 2000.
- MORENO CATENA, V., “Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal”, *Poder Judicial*, n.º. especial II, 1988.
- MORENO CRUZ, R., “El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos generales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º. 120, septiembre-diciembre de 2007.
- MORIN, L., “Prison education: the need for a declaration of basic principles for the treatment of prisoners”, *Yearbook of Correctional Education*, 1989.
- MORRIS, N., *El futuro de las prisiones. Estudios sobre crimen y justicia*, Nueva Criminología, Siglo Veintiuno editores, Madrid, 1978.
- MORRIS, N. y ROTHMAN, D.J., *The Oxford History of the Prison: the Practice of Punishment in Western Society*, Oxford University Press, Oxford, 1998.
- MUÑAGORRI, I., “Privación de libertad y derechos fundamentales”, *Privación de Libertad y Derechos Humanos. La tortura y otras formas de violencia institucional*, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 2008.
- MUÑAGORRI LAGUÍA, I., PINTO DE MIRANDA RODRÍGUES, A.M. y RIVERA BEIRAS, I., *Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción*, Bosch, Barcelona, 2000.
- MUÑOZ CONDE, F., “Resocialización y tratamiento del delincuente en los establecimientos penitenciarios españoles”, *La Reforma Penal, cuatro cuestiones fundamentales*, Universidad de Madrid, 1982.
- “La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito”, *Libro Homenaje a Antón Oneca*, Salamanca, 1982.
 - “La cárcel como problema: análisis y crítica de una realidad”, *I Jornadas Penitenciarias andaluzas*, Sevilla, 1983.
 - *Derecho penal y Control social*, Fundación Universitaria de Jerez, Cádiz, 1985.
 - “La prisión como problema: resocialización versus desocialización”, *Papers d’Estudis i Formació*, Generalitat de Catalunya, Departament de Justicia, Barcelona, 1987.
 - “El tratamiento penitenciario”, *Derecho Penitenciario y Democracia*, Fundación El Monte, Sevilla, 1993-1994.

- “Excurso: incapacitation: la pena de prisión como simple aseguramiento o inocuización del condenado”, en DE LEÓN VILLALVA, F.J., (coord.), *Derecho y prisiones hoy*, n°. 93, 2003.
- MUÑOZ CONDE, F. y HASSEMER, W., “Excurso: el Tratamiento Penitenciario”, *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
- MURPHY, J.G., “Retribution and the State’s Interest in Punishment”, en PENNOCK, J.R., CHAPMAN, J.W., (eds.) *Criminal Justice, Nomos XXVII*, University Press, Nueva York, 1985.
- “Retribution, Moral Education and the State Liberal”, *Criminal Justice Ethics*, n°. 4, 1985.
- MUSHLIN, M., *Rights of Prisoners*, vol. I, Shepard’s, McGraw-Hill, Colorado, Springs, 1996.
- NAGEL, T., “La igualdad”, en NAGEL, T., *La muerte en cuestión. Ensayos sobre la vida humana*, trad. de C. Valdés, Fondo de Cultura Económica, México, 1981.
- NAGELSEN, S., “Writing as a tool for constructive rehabilitation”, *Journal of Prisoners on Prisons*, vol. 17, n°. 1, 2008.
- NAUCKE, W., “Le droit penal retributif selon Kant”, *Retribution et Justice Penale, Travaux et Recherches de l’Université de Droit, d’Economie et des Sciences Sociales de Paris*, PUF, París, 1983.
- NAVAKWE, W.M., *Punishment and Prevention of Crime in Jeramy Bentham’s Thought*, Microform, 1983.
- NAVARRO BATRES, B., *El trabajo penitenciario como factor de reeducación y rehabilitación social del delincuente*, Tipografía Nacional, Guatemala, 1970.
- NEALE, K., “Policy and Practice: International and Comparative Approaches to Education and Prison Regimes”, *The Yearbook of Correctional Education*, 1989.
- NEUMAN, E., “Aspectos penológicos”, en NEUMAN, E. y IRURZUN, V.J., *La sociedad carcelaria. Aspectos penológicos y sociológicos*, reimpresión, Dalmata, Buenos Aires, 1977.
- *El problema sexual en las Cárces*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1982.
- NINO, C., *Ética y derechos humanos*, Ariel, Buenos Aires, 1989.
- *Consideraciones sobre la dogmática jurídica “con referencia particular a la dogmática penal”*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989.
- NISTAL BURON, J., “El régimen penitenciario: diferencias por su objeto. La retención y custodia/la reeducación y reinserción”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.
- NOBILI, M., “La disciplina costituzionale del processo (I)”, *Appunti di procedura penale*, Ciclostilada, Bolonia-Perugia, 1976.

- NOGUERA, J.A. y RAVENTÓS, D., “La renta básica de ciudadanía: acerca de su justicia, el derecho al trabajo y la polarización social”, *Claves de Razón Práctica*, nº. 120, 2002.
- NORRIE, A.W., “T. Hobbes and the philosophy of punishment”, *Law and Philosophy*, t. 3, nº. 2, 1984.
- OLARIETA ALBERDI, J.M., “La intervención de las comunicaciones del Abogado en prisión”, en RIVERA BEIRAS, I., (coord.), *Tratamiento Penitenciario y Derechos Fundamentales*, Tercera Ponencia: “Resocialización y tratamiento penitenciario: sus posibilidades y sus límites”, Bosch, Barcelona, 1994.
- OLDENQUIST, A., “An explanation of retribution”, *Journal of Philosophy*, nº. 9, 1988.
- ORDOÑEZ SÁNCHEZ, B., *El tratamiento penitenciario ¿Reinserción social del ex recluso?*, Asociación Pro Derechos Humanos, Madrid, 1985.
- ORTÍZ GONZÁLEZ, A.L., “Prisión, extranjería, reeducación y reinserción: realidades difíciles de hacer compatibles. (Comentario sobre el Acuerdo del Consejo de Ministro de 1 de julio de 2005, relativo al procedimiento para autorizar actividades laborales a penados extranjeros en régimen abierto o en libertad condicional)”, *Cuadernos de Derecho Penitenciario*, nº. 16, 2009.
- ORTUBAY FUENTES, M., “El trabajo remunerado como un derecho fundamental de los penados”, *Poder Judicial*, nº. 7, septiembre de 1987.
- PABJAN, B., “Researching prison-a sociological analysis of social system”, *Conferencia del 9 de diciembre de 2005*, Institute of Sociology, Wrocław University, Wrocław, Polonia, 2005.
- PALOMBELLA, G., “Derechos fundamentales. Argumentos para una teoría”, *Doxa*, nº. 22, 1999.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “La relación laboral de los penados en Instituciones penitenciarias”, *REDT*, nº. 9, 1982.
- “El derecho constitucional de igualdad en las relaciones de trabajo”, *Documentación Laboral*, nº. 8, 1983.
- PAVARINI, M., “La pena utili, la sua crisi e il disincanto: verso una pena senza scopo”, *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, Dottrina e Recherche, 1983.
- *Los confines de la cárcel*, Carlos Álvarez editor, Montevideo, 1995.
- PECES-BARBA DEL BRIO, “La asistencia letrada al detenido o preso: un derecho constitucional”, *Administración de Justicia*, nº. 1, 1981.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “Notas sobre el concepto de derechos fundamentales”, *Filosofía y Derecho. Estudios en honor del Profesor José Corts Grau*, vol. II, Universidad de Valencia, Valencia, 1977.
- *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986.
 - *Curso de Derechos Fundamentales (I). Teoría general*, Boletín Oficial del Estado, 1995.

- *Ética, poder y Derecho: reflexiones ante el fin de siglo*, Centro de Estudios Constitucionales, nº. 54, Madrid, 1995.
- *Derechos sociales y positivismo jurídico, (escritos de Filosofía jurídica y política)*, Instituto de Derechos Humanos, “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III, Dykinson, Madrid, 1999.
- *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2003.

PEITEADO MARISCAL, P., *La ejecución jurisdiccional de condenas privativas de libertad*, Edersa, Madrid, 2000.

PELLUZ ROBLES, L.C., “Las comunicaciones de los reclusos con familiares, amigos y allegados”, en VV.AA., *I Curso monográfico para Jueces de Vigilancia Penitenciaria*, noviembre de 1995, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.

PEÑA MATEOS, J., “Antecedentes de la prisión como pena privativa de libertad en Europa hasta el siglo XVII”, en GARCÍA VALDÉS, C., (dir.), *Historia de la prisión: teorías economicistas, crítica*, Edisofer, Madrid, 1997.

PÉREZ DE LA FUENTE, O., “Mujeres gitanas. De la exclusión a la esperanza”, *Universitas*, nº. 7, 2008.

PÉREZ LUÑO, A.E., “La evolución del Estado social y la transformación de los derechos fundamentales”, en OLIVAS CABANILLAS, E., (dir.), *Problemas de legitimación en el Estado social*, Trota, Madrid, 1991.

- “Las generaciones de derechos humanos en el ámbito penitenciario”, *Tendencias modernas en la Legislación penitenciaria*, en VV.AA., *Derecho Penitenciario y Democracia*, Fundación El Monte, Sevilla, 1993.
- *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1994.
- “Diez tesis sobre la titularidad de los derechos humanos”, en VV.AA., *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2001.
- *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2005.
- *Dimensiones de la igualdad*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid, nº. 34, Dykinson, Madrid, 2007.

PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1986.

- “Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Política Criminal y nuevo derecho Penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin, Bosch, Barcelona, 1997.

PÉREZ PULIDO, M. y SULÉ DUESA, A., *Las bibliotecas de prisión en España: una propuesta de mejora de la gestión y el aprovechamiento de los recursos*, Boletín de la ANABAD, t. 54, nº. 1-2, 2004.

PÉREZ REY, J.L., “La naturaleza de los derechos sociales”, *Derechos y Libertades*, nº. 16, 2007.

- PÉREZ TREMP, P., “La protección específica y protección general de los derechos fundamentales”, *Introducción a los Derechos Fundamentales*, III, X Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Ministerio de Justicia. Madrid, 1988.
- PETERS, E. M., “Prison Before the Prison: The Ancient and Medieval Worlds”, en MORRIS, N. y ROTHMAN, R.J., (eds.), *The Oxford History of the Prison. The Practice of Punishment in Western Society*, Oxford University Press, Oxford, 1995.
- PINATEL, J., *La sociedad criminógena*, trad. de L. Rodríguez Ramos, Aguilar, Madrid, 1979.
- PINTO DE MIRANDA RODRÍGUES, A.M., “Derechos de los reclusos y control jurisdiccional de la ejecución de la pena de prisión”, en MUÑAGORRI LAGUÍA, E., PINTO DE MIRANDA RODRÍGUES, A.M. y RIVERA BEIRAS, I., *Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción*, Bosch, Barcelona, 2000.
- PINTORE, A., “Derechos insaciables”, en CABO, A. de y PISARELLO, G. (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, trad. de P. Andrés, A. de Cabo, M. Carbonell, L. Córdova, M. Criado y G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2007.
- PIRES, A. P., LANDREVILLE, P. y BLANKEVOORT, V., “Système pénal et trajectoire sociale”, *Déviance et Société*, nº. 5, 1981.
- PISANI, M., *Libertà personale e processo*, Cedam, Padua, 1974.
- *Studi di diritto premiale, Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto*, Milan, 2001.
- PISARELLO G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007.
- PISARELLO, G. y DE CABO, A., “La renta básica como derecho ciudadano emergente: elementos para un debate”, en PISARELLO, G. y DE CABO, A., *La renta básica como nuevo derecho ciudadano*, Trotta, Madrid, 2006.
- POLAINO NAVARRETE, M., “Las medidas coercitivas de la disciplina penitenciaria”, *Comentarios a la legislación penal. Ley Orgánica General Penitenciaria*, Edersa, Madrid, 1986.
- POSTEL, J. y QUÉTEL, C., “Infracciones penitenciarias y sanciones disciplinarias”, en VV.AA., *Comentarios a la legislación penal. Ley Orgánica General Penitenciaria*, t. VI, vol. I, Madrid, 1986.
- “La sanción de aislamiento y sus condiciones de ejecución”, en COBO DEL ROSAL, M., (dir.) *Comentarios a la Legislación penal*, t. VI, vol. I, Edersa, Madrid, 1986.
- POZA CISNEROS, M., “Las nuevas tecnologías en el ámbito penal”, *Revista del Poder Judicial*, nº. 65, 2002.
- PRIETO SANCHÍS, L., “Igualdad y minorías”, *Derechos y Libertades*, nº 5, 1995.

- “Igualdad y minorías”, *Tolerancia y minorías. Problemas jurídicos y políticos de las minorías en Europa*, (coord.), Colección Humanidades, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 1996.
- “Minorías, respeto a la disidencia e igualdad sustancial”, *Doxa*, nº. 15-16, vol. I, 1994.
- *Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1981.

PRIETO SANCHÍS, L., DE PÁRAMO, J.R. y LAPORTA, F.J., (comps.), *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2004.

PROCHASKA, J.O., VELICER, W.F., ROSSI, J.S., GOLDSTEIN, M.G., MARCUS, B.H., RAKOWSKI, W., FIORE, Ch., HARLOW, L.L., REDDING, C.A., ROSENBLOOM, D. y ROSSI, S.R., “Stages of change and decisional balance for 12 problem behaviors”, *Health Psychology*, nº. 13, 1994.

PULIDO QUECEDO, M., “Sobre el secreto de las comunicaciones entre internos en Establecimientos penitenciarios”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº. 15, 2003.

QUENSEL, S., Zur Arbeits- und Ausbildungssituation der Strafgefangenen und Entlassenen: Störung, Bhandlung, Erwartung, en LÜDERSEN-SCHUMANN, Hrsg., *Gewerkschaften und Strafvollzug*, Frankfurt/M., 1978.

OLARIETA ALBERDI, J.M., “La intervención de las comunicaciones del abogado en prisión”, en VV.AA., *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1994.

OLDENQUIST, A., “An Explanation of Retribution”, *Journal of Philosophy*, nº. 9, 1988.

ORDÓÑEZ SÁNCHEZ, B., “El tratamiento en Instituciones penitenciarias, Segunda parte”, en *Tratamiento penitenciario: su práctica*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985.

RABOSI, E., “Sobre la justificación moral del castigo”, *Problemas actuales de las Ciencias Penales y de la Filosofía del Derecho-Homenaje al profesor L. Jiménez de Asúa*, Pannedille, Buenos Aires, 1970.

- “Sobre la justificación moral de las acciones. El tema del castigo”, *Crítica, Revista Hispanoamericana de Filosofía*, nº. IV, 1972.

RACIONERO CARMONA, F., “El derecho a las comunicaciones. Regímenes especiales”, en VV.AA., *I Curso monográfico para Jueces de Vigilancia Penitenciaria*, noviembre de 1995, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.

- *Derecho Penitenciario y privación de libertad. Una perspectiva judicial*, Dykinson, Madrid, 1999.

RAMOS VÁZQUEZ, I., “Cárceles públicas y privadas en el Derecho medieval y castellano: el delito de cárceles particulares”, *Revista de Estudios histórico-jurídicos*, nº. 28, 2006.

RASHDALL, H., “The Theory of Punishment”, *International Journal of Ethics*, nº. 2, 1981.

- RAVENTÓS, D., “Trabajo(s) y renta básica”, Seminario Treball, producció i sostenibilitat, *Trabajo, producción y sostenibilidad*, VI Seminario urbano, Centre de Cultura Contemporània de Barcelona, 17-19 octubre 2001.
- RAVENTÓS, D., NOGUERA, J.A. y CASASSAS, D., “Catorce respuestas sobre la renta básica”, *Revista El Ciervo*, nº. 610, 2002.
- RAWLS, J., *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, trad. de M. A. Rodilla, Tecnos, Madrid, 1999.
- REDONDO, S., *Evaluar e intervenir en las prisiones Texto impreso: análisis de conducta aplicada*, PPU, Barcelona, 1992.
- *Desviació, delinquència i control social*, Centre de studis Jurídics i Formació Especialitzada, 1998.
- REED, D.S., *On Equal Terms. The Constitutional Politics of Educational Opportunity*, Princeton University Press, Princeton, (Nueva Jersey), 2007.
- RENART GARCÍA, F., “El sistema de sanciones en el régimen disciplinario penitenciario”, *Diario La Ley*, t. II, nº. 5476, 2002.
- RENOM, A., *La reinserción social: un proceso necesario para el retorno a la comunidad*, Generalitat de Catalunya, Dpto. de Justicia, Presó i Comunitat, Caixa de Barcelona, Barcelona, 1988.
- REVIRIEGO PICÓN, F., “Intimidación corporal y cacheos con desnudo integral tras las comunicaciones íntimas de los reclusos a la luz de la CTC 218/2002, de 25 de noviembre”, *Revista General Informática de Derecho*, nº. 1, 2003.
- “Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales. Algunos apuntes sobre el derecho a la intimidad en los Centros penitenciarios”, *Panóptico*, Observatorio penitenciario. Una versión de este artículo, *Revista Derechos y Libertades*, nº. 13, fue presentado como Comunicación al VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, celebrado en la Universidad de Sevilla en diciembre de 2003.
 - “Notas a STC 218/2002, de 25 de noviembre: intimidad corporal de los reclusos”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, t. XXXVIII, 2005.
 - “El secreto de las comunicaciones en los Centros Penitenciarios. Comunicaciones escritas entre reclusos”, *Cuadernos de Derecho Penitenciario*, nº. 13, 2005.
 - “Los derechos de los reclusos”, en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., (coord.), *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
 - “Justicia, cárceles y derechos, y demás historias”, *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, nº. 13, 2006.
 - *Los derechos de los reclusos en la Jurisprudencia constitucional*, Universitat, Madrid, 2008.
 - España: centros penitenciarios y derechos fundamentales”, en CESANO, J.D. y REVIRIEGO PICÓN, F., (coords.), *Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones*, Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2010.
- REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.

- “Las huellas de la igualdad en la Constitución”, *Pensar la igualdad y la diferencia (Una reflexión filosófica)*, R. Mate, Madrid, 1995.
- REY PÉREZ, J.L., *El Derecho al trabajo y el ingreso básico. ¿Cómo garantizar el derecho al trabajo?*, Dykinson, Madrid, 2007.
- RIDAURA MARTÍNEZ, M.J., “El derecho a las comunicaciones en Centros penitenciarios: el régimen de comunicaciones y visitas”, en LÓPEZ GUERRA, L.M., (coord.), *Estudios de Derecho Constitucional: homenaje al profesor D. Joaquín García Morillo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- RÍOS MARTÍN, J.C., *Vientos de libertad: experiencia compartida de lucha contra la cárcel y el sida*, Sal Terrae, Santander, 1994.
- *Mil voces presas*, Universidad Pontificia de Madrid, Madrid, 1998.
 - “Cárcel y Derechos Humanos”, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario* (dir. de M. Balado y J.A. García Regueiro), Bosch, Barcelona, 1998.
 - “El principio de oportunidad en el procedimiento disciplinario: la mediación penitenciaria”, en DE CASTRO ANTONIO, J.L. y SEGOVIA BERNABÉ, J.L., (dirs.) *El juez de vigilancia penitenciaria y el tratamiento penitenciario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.
- RÍOS MARTÍN, J.C. y CABRERA CABRERA, P.J., “La cárcel: Descripción de una realidad”, *Cuaderno de Derecho Penitenciario*, nº. 5, 1999.
- *Mirando el abismo. El régimen cerrado*, Universidad Pontificia de Madrid, Madrid, 2002.
- RIVACOBIA Y RIVACOBIA, M., *Crisis y pervivencia de la tortura*, Libro homenaje al profesor J. Antón Oneca, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982.
- RIVERA BEIRAS, I., “La cárcel en España: de la autonomía administrativa al control jurisdiccional”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 44, Instituto Universitario de Criminología, Universidad Complutense de Madrid, Edersa, Madrid, 1991.
- “Los derechos fundamentales en la privación de la libertad. (Análisis socio-jurídico de la normativa internacional), en RIVERA BEIRAS, I., (coord.), *Cárcel y Derechos Humanos: un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*, Bosch, Barcelona, 1992.
 - *Cárcel y derechos humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los Derechos Fundamentales de los reclusos*, Bosch, Barcelona, 1992.
 - *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos: la cárcel, los movimientos sociales y una cultura de la resistencia*, Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, Bosch, 1993.
 - “La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos”, en RIVERA BEIRAS, I., (coord.), *Tratamiento Penitenciario y Derechos Fundamentales*, Jornadas Penitenciarias organizadas por la Associació Catalana de Juristes Demócrates, Primera Ponencia “Sistema penal y penitenciario y derechos fundamentales de los reclusos”, Bosch, Barcelona, 1994.
 - *Cárcel e Indefensión social: reclusos jurídicos y sociales*, Bosch, Barcelona, 1995.
 - *La cárcel en el sistema penal. Un análisis estructural*, Bosch, Barcelona, 1995.
 - “Sociología de la cárcel”, en BERGALLI, R., *Control social punitivo. Sistema penal e instancias de aplicación (policía, jurisdicción y cárcel)*, con la colaboración de

- RECASÉNS I BRUNET, A., DOMÍNGUEZ FIGUEIRIDO, J.L. y RIVERA BEIRAS, I., Bosch, Barcelona, 1996.
- *La cárcel en España en el fin del milenio, (a propósito del vigésimo aniversario de la Ley Orgánica Penitenciaria)*, Bosch, Barcelona, 1999.
 - *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de 2º categoría*, Bosch, Barcelona, 2000.
 - “La cárcel y el sistema penal (en España y en Europa), en BERGALLI, R. y otros, *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
 - “Qué son los Centros de Internamiento”, 2006.
 - *La cuestión carcelaria. Historia, epistemología, derecho y política penitenciaria*, Del Puerto, Buenos Aires, 2006.
- RIVERA BEIRAS, I. y ALMEDA, E., *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Anthropos, Barcelona, 2005.
- RIVERA BEIRAS, I. y CANO, F., *Privación de libertad y derechos humanos. La tortura y otras formas de violencia institucional*, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona, Icaria, Barcelona, 2008.
- ROCA AGAPITO, L., *El sistema de sanciones en el Derecho penal español*, Bosch, Barcelona, 2007.
- RODRÍGUEZ BLANCO, M., *La libertad religiosa en Centros Penitenciarios*, Ministerio de Interior, Madrid, 2008.
- RODRÍGUEZ CASADO, J.N., *Vivir en Centro Penitenciario. Análisis criminológico del internamiento*, Bilbao, 2005.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº. 219, 1965.
- “Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte”, en ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios al Código Penal*, t. I, Edersa, Madrid, 1982.
 - *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*, Cívitas, Madrid, 2002.
- RODRÍGUEZ NUÑEZ, A., “Prisión y derecho a la educación”, *Anuario de la Escuela de Práctica Jurídica*, nº. 1, 2007.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “Nuevas dimensiones de la igualdad: No discriminación y acción positiva”, *Persona y Derecho*, nº. 44, 2001.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., “El derecho a la libertad: régimen de la prisión provisional”, *Poder Judicial*, nº. 1, 1986.
- RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J., *La razón de los derechos: perspectivas actuales sobre la fundamentación de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1995.
- ROIG BUSTOS, L., “La sanción de aislamiento en celda en el Derecho Penitenciario español”, *La Ley*, nº. 977, 1984.

- ROMAGNOLI, U., “Del derecho del trabajo al Derecho para el trabajo”, *Revista de Derecho Social*, nº. 2, 1998.
- ROSTAIN, C., “Les détenus: de la stigmatisation à la négociation d’autres identités”, en *L’exclusion, l’état des savoirs*, Découverte, Paris, 1996.
- ROTTER, J., “Generalized expectancies for internal versus external control of reinforcement”, *Psychological Monograph*, nº. 80, 1966.
- ROUSSO LENOIR, F., “¿Derechos de las minorías o igualdad?”, en *Tolerancia y minorías. Problemas jurídicos y políticos de las minorías en Europa*, (coord.), Colección Humanidades, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 1996.
- ROXIN, C., “Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht”, *Fest. Bockelmann*, 1978, trad. “Culpabilidad, prevención y responsabilidad en Derecho Penal”, *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, Reus, Madrid, 1991.
- “¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho Penal?”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 30, 1986.
 - *Dogmática penal y Política Criminal*, Idemsa, Lima, 1998.
 - “Sentido y límites de la pena estatal”, *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. de Luzón Peña, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1981 y trad. De Luzón Peña, 2º ed., Civitas, Madrid, 1997.
- RUIDÍAZ GARCÍA, C., “Una mirada a la vida en las prisiones: los reclusos y su mundo”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 54, 1994.
- RUÍZ MIGUEL, A., “Derechos liberales y derechos sociales”, *Doxa*, nº 15-16, vol. II, 1994.
- “Discriminación inversa e igualdad”, en VALCARCEL, A., *El concepto de igualdad*, Pablo Iglesias, Madrid, 1994.
 - “La igualdad como diferenciación”, en VV.AA., *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1994.
 - “Principio de igualdad y Derecho penitenciario”, *Poder Judicial*, nº. 45, 1997.
 - “Validez y vigencia: un cruce de caminos en el modelo garantista”, en CARBONELL, M. y SALAZAR, P., (eds.) *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 2005.
- RUÍZ VADILLO, E., “Algunas consideraciones sobre la reforma de las penas privativa de libertad”: El sistema penitenciario, *Estudios Penales y Criminológicos*, nº. 2, 1977-1978.
- “El derecho a la vida y la integridad física”, *XIII Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990.
 - “La sociedad y el mundo penitenciario, la protección de los derechos fundamentales en la cárcel”, *Eguzkilore*, nº. 13, 1999.
- RUNDE, P., *Resozialisierung als wissenschaftliches und sozialpolitisches problem*, en Kaufmann, A., Hrsg, Die Strafvollzugsreform, Karlsruhe, 1971.
- SABA, R., “Discriminación, trato igual e inclusión”, en ABREGÚ, M. y COURTIS, C., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Del Puerto, Buenos Aires, 2004.

- SADURSKI, W., “Distributive Justice and the Theory of Punishment”, *Oxford Journal of Legal Studies*, nº. 5, t. 1, 1985.
- SAIZ DE LA HOYA, P. y ORTEGA, E., (coords.) *Protocolos de coordinación entre servicios sanitarios penitenciarios y hospitales de referencia. Infección VIH y VHC*. Scientific Communication Management, 2004.
- SALGUERO, M., “El Derecho a la educación”, en BETEGÓN, J., LAPORTA, F.J., DE PÁRAMO, J.R. y PRIETO SANCHÍS, L., *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.
- SALVADOR MARTÍNEZ, M., “La igualdad”, en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- SAMBOLA I CABRER, F.X., “Los derechos fundamentales de los internos en los Centros Penitenciarios: derecho a la intimidad, a la integridad física y moral y al secreto de las comunicaciones. Doctrina del Tribunal Constitucional”, UNED, Madrid, 2000.
- SANCHA MATA, V., “Modelos de tratamiento”, Ponencia de I Jornadas Penitenciarias Andaluzas, Jerez de la Frontera, 12 y 13 de noviembre de 1982, Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía, Cádiz, 1982.
- SANCHA MATA, V. y GARCÍA GARCÍA, J., “Tratamiento psicológico-penitenciario”, *Papeles del Psicólogo*, nº. 30, 1987.
- SANCHA MATA, V., GARRIDO GENEVÉS, V. y otros, *Tratamiento Penitenciario; su práctica*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985.
- SÁNCHEZ CONCHEIRO, M^a T., *Para acabar con la prisión. La mediación en el Derecho Penal. Justicia de proximidad*, Sociedad y Opinión, Icaria, Barcelona, 2006.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- (coord.), *En torno a la igualdad y a la desigualdad*, Dykinson, Madrid, 2009.
- SÁNCHEZ MATA, V., “Hacinamiento y prisión”, *Cuadernos de Política*, nº. 48, 1992.
- SÁNCHEZ QUINTANAR, “Repercusiones del Derecho del Trabajo en las Instituciones penitenciarias”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº. 178-179, 1967
- SANGUINÉ, O., *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- SANZ DELGADO, E., *El humanitarismo penitenciario español del s. XIX*, Edisofer, Madrid, 2003.
- *Regresar antes: los beneficios penitenciarios*, Ministerio del Interior, Madrid, 2007.
- “El trabajo penitenciario y el principio de flexibilidad”, en GARCÍA VALDÉS, C., CUERDA RIEZU, A., MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., ALCACER GUIRAO, R. y

- VALLE MARISCAL DE GANTE, M., (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, Edisofer, Madrid, 2008.
- SANZ MORÁN, A.J., *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*, Colección Monografías penales, Lex Nova, Valladolid, 2003.
- SASTRE ARIZA, S., “Hacia una teoría exigente de los derechos sociales”, *Revista de Estudios políticos*, nº. 12, 2001.
- SAVATER, F. y MARTÍNEZ FRESNEDA, G., *Teoría y presencia de la tortura en España*, Anagrama, Barcelona, 1982.
- SCARFÓ, F., *Indicadores sobre las condiciones de realización del derecho a la educación en las cárceles*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata, Argentina, 2008.
- SHELLHOSS, H., “Kleines kriminologisches Wörterbuch”, Freiburg i. Br. 1974.
- SCHNEIDER, H.J., *Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug*, München, 1976.
- SCHOEN, B., “Administrative Supervision of Prison Administration”, *Monitoring Prison Conditions in Europe* (report of a European seminar held in Marly-le Roi, France on 25-27, october, 1996, París, 1997.
- SCHÜLLER-SPRINGORUM, H., *Strafvollzug im Übergang. Studien zum Stand der Vollzugsrechtslehre*, Göttingen, 1969.
- SCHÜNEMANN, B., “Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, 1997.
- SEGOVIA BERNABÉ, J.L., “En torno a la reinserción social y a otras cuestiones penales y penitenciarias”, *Anuario de la Escuela de Práctica Jurídica de la UNED*, nº. 1, 2006.
- SEMPERE RODRÍGUEZ, C., “Artículo 18. Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen”, en ALZAGA VILLAAMIL, O., (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. II, Edersa, Madrid, 1997,
- SEPÚLVEDA, M., *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, Amberes, 2003.
- SERRANO ALBERCA, J.M., “Las garantías jurisdiccionales como derechos fundamentales”, *Anuario de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid*, nº. 3, 1984-1985.
- SERRANO BUTRAGUEÑO, I., “Las penas en el Código Penal de 1995”, *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, nº. 1, 1996.
- SIMÓN, F.H., *Prisoners' work and vocational training*, Routledge, Londres, 1999.

- SMITH, D. y STEWART, J., “Probation and Social Exclusion”, *Social policy & Administration*, nº. 31, 1996.
- SOBREMONTA MARTÍNEZ, J.E., “La Constitución y la reeducación y resocialización del delincuente”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 12, 1980.
- SOLANES CORELLA, A., “Más allá de la pena: sobre la dualidad de la sanción”, *Teoría y metodología del Derecho*. Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba, vol. II, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2008.
- SOLER ARREBOLA, J.A., *La relación laboral especial penitenciaria*, Comares, Granada, 2001.
- “El despido en la relación laboral especial penitenciaria (Comentario a la STS de 5 de mayo de 2000)”, *Tribunal social: Revista de Seguridad social y laboral*, nº. 121, 2001.
- SORIANO DÍAZ, R., *Los derechos de las minorías*, Mad, Sevilla, 1999.
- “Las minorías y la Constitución española”, en BETEGÓN, J., LAPORTA, J.J., PRIETO SANCHÍS, L. y DE PARAMO, J.R., *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.
- SPADARO, A., “Il problema del “fondamento” dei diritti “fondamentali””, *Diritto e Società*, nº. 3, 1991.
- STELLA, F., “Il problema della prevenzione della criminalità”, *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Il Mulino, Bologna, 1980.
- SUBIJANA ZUNZUENGUI, I.J., “Los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad y la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº. 12, 1998.
- “El juez en la ejecución de las penas privativas de libertad”, *Revista electrónica de Ciencia penal y criminología*, nº. 07-11, 2005.
- TAFT, B.D., *Criminology*, Nueva York, Toronto, 1970.
- TAMARIT SUMALLA, J. M., “El tratamiento penitenciario”, en TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., SAPENA GRAU, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., (coords.), *Curso de Derecho Penitenciario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- TARRÍO GONZALES, X., *Huye, hombre, huye. Diario de un preso F.I.E.S*, Virus, Barcelona, 1.997.
- TAVERA BENITO, E., “El funcionario de prisiones: pasado, presente y futuro”, *Conferencia inaugural del Curso Teórico del Cuerpo de Ayudantes 1996*, pronunciada el 1 de abril de 1997 en el Centro de Formación de la Policía Nacional.
- TAYLOR, I., “Free Markets and the Costs of Crime: An Audit of England and Wales”, en WALTON, P. y YOUNG, J., *The New Criminology Revisited*, Houndmills, Basingstoke, Hampshire, MacMillan Press, New York, St. Martin’s Press, 1998.

- TAYLOR, J.S. (ed.), *Personal Autonomy. New Essays on Personal Autonomy and its Role in contemporary Moral Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge (Reino Unido), 2005.
- TÉLLEZ AGUILERA, A., *Seguridad y disciplina penitenciaria, Un estudio jurídico*, Edisofer, Madrid, 1998.
- *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones, Derecho y realidad*, Edisofer, Madrid, 1998.
- TERRADILLOS BASOCO, J., “Marginalidad social, inmigración, criminalización”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C. y DÍAZ SANTOS, D., *El derecho penal ante la globalización*, Colex, Madrid, 2002.
- TORIO LÓPEZ, A., “La prohibición constitucional de los tratos inhumanos o degradantes”, *Revista del Poder Judicial*, nº. 4, 1986.
- TORRENTE, D., *Desviación y delito*, Alianza Editorial, Madrid, 2001.
- TRINIDAD FERNÁNDEZ, P., *La defensa de la sociedad: Cárcel y delincuencia en España (siglos XVIII-XX)*, Alianza, Madrid, 1991.
- URÍAS MARTÍNEZ, J., “El valor constitucional del mandato de resocialización”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº. 63, 2001.
- VALERO GARCÍA, V., “El tratamiento penitenciario: realidad y perspectivas”, en DE CASTRO ANTONIO, J.L. y SEGOVIA BERNABÉ, J.L., (dirs.), *El juez de vigilancia penitenciaria y el tratamiento penitenciario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.
- VALVERDE MOLINA, J., *La cárcel y sus consecuencias. La intervención sobre la conducta desadaptada*, Popular, Madrid, 1991.
- *El proceso de inadaptación social*, Popular, Madrid, 1993.
 - “Propuestas de intervención ante los efectos del encierro”, *Cuartas Jornadas Nacionales y Seminario Interdisciplinario, Las consecuencias del encierro en la subjetividad. Cultura y educación en el proceso de inclusión*, Conferencia del 8 de noviembre de 2006.
- VARIOS AUTORES, “Sociedad y delito”, *Papers. Revista de Sociología*, nº. 13, Barcelona, 1980.
- VEGA ALONSO, J., *Consideraciones en torno a la ejecución de las penas de libertad*, Madrid, 2001
- VERVAECK, L., “Le role du médecin dans la prison moderne”, *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1934.
- VILLAREJO, J., Prólogo de la obra de ARNÁNZ, E., *Cultura y prisión. Una experiencia y un proyecto de acción sociocultural penitenciaria*, Popular, Madrid, 1988.
- VIS, R., *Mothers and babies in prison*, Report of the Social, Health and Family Affairs Committee, Council of Europe, Parliamentary Assembly, Doc. 8762, 9 June 2000.

- VON HIRSCH, A., *Censurar y castigar*, Trotta, Madrid, 1998.
- WACQUANT, L., *Las cárceles de la miseria*, Alianza Editorial, Madrid, 2000.
- WALKER, N., “La eficacia y la justificación moral de la prevención”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 11, 1980.
- WARD, D.A. y KASSEBAUM, G.G., *Prisión de mujeres. Estructura social y sexual*, Aura, Barcelona, 1977.
- WATTS, M., “A System of Basic Income Versus the Job Guarantee”, *Ponencia presentada en el 9th International Congress of the Basic Income European Network*, Ginebra, 12-14 septiembre, 2002.
- WEALE, A., “Toleration, Individual Differences and Respect for Persons”, *Aspects of Toleration*, J. Morton y S. Mendus, Methuen, Londres, Nueva York, 1985.
- WELDON, J., “Housing Design and Development”, en BALCHIN, P. y RHODEN, M., (eds.), *Housing. The Essential Foundations*, Routledge, Londres, 1998.
- WELLMAN, C., *An Approach to Rights. Studies in the Philosophie of Law and Morals*, Kluwer Academia Publishers, Dordrecht, 1997.
- WESTEN, P., *Speaking of Equality. An Analysis of the Rhetorical Force of “Equality in Moral and Legal Discourse”*, Princeton (N.J.), Princeton University Press, 1990.
- WHEELER, S., “Socialization in Correctional Communities”, *American Sociological Review*, nº. 26, 1961.
- WINDACHEID, B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Stuttgart, 1879.
- WOLFGANG, R. y MICHAEL, N., “Franz Joseph Gall and his “talking skulls” established the basis of modern brain sciences”, *Wien Med Wochenschr*, nº. 158, 2008.
- YAGÜE, C., “Mujer, delito y prisión: Un enfoque diferencial sobre la delincuencia femenina”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº. 249, 2002.
- ZAFFARONI, E. R., “Las penas crueles son penas”, *Lecciones y Ensayos*, nº. 56, 1996.
- ZARAGOZA TEULER, V.A., “Intervención de las comunicaciones: puntuales aspectos sustantivos y procesales”, *Área Legal*, 2003.
- ZAPATERO SAGRADO, R., “El cooperativismo penitenciario”, *Actividad laboral penitenciaria*, nº. 6, 1986.
- ZIPF, H., “Alteraciones dogmáticas en los fines de la pena de la prevención especial y de la prevención general”, *Estudios jurídicos sobre la reforma penal*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1987.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “La prevención penal en la individualización judicial de la pena”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t, 34, 1981.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “El tratamiento penitenciario”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (coords.), *Manual de Derecho Penitenciario*, Colex, Madrid, 2001.

ZURITA GARCÍA, J., “La redención de penas por el trabajo: controvertido origen y dudosa justificación actual”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº. 241, 1989.