

1. EL SISTEMA PENITENCIARIO, LOS DERECHOS HUMANOS Y LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Borja Mapelli Caffarena

Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad de Sevilla

I.

El Tribunal Constitucional (TC) ha dictado en los últimos años dos sentencias de una importancia muy considerable para el sistema penitenciario de nuestro país¹. Trascendentes no sólo por sus repercusiones en la praxis penitenciaria sino porque teoriza sobre los términos del compromiso del sistema penitenciario con los Derechos Fundamentales reconocidos por la Constitución Española (CE). En ellas se acude a la teoría de las relaciones especiales de sujeción para justificar una grave reducción de los derechos fundamentales de los internos. No es la primera vez que se aplica por nuestra jurisprudencia dicha teoría a las relaciones de los internos con la administración ya que esporádicamente el TS se había referido a ello², sin embargo, sí presentan novedades en las consecuencias que extrae de dicha declaración.

Permítasenos antes de abordar la posición de nuestro Alto Tribunal hacer una breve referencia al estado de la cuestión en la República Federal de Alemania donde no sólo nació esta teoría sino que su aplicación en el ámbito penitenciario ha sido recientemente repudiada por los tribunales de justicia. El debate se suscitó en este país a partir precisamente de una resolución del Tribunal Constitucional

¹ Sentencia de 21 de enero de 1987 y de 27 de junio de 1990.

² Cfr. STS 23.4.1976.

que negaba la existencia en el ámbito penitenciario de relaciones especiales de sujeción.

En Alemania —a diferencia de otros países— se había alcanzado una cierta teorización para explicar la desprotección jurídica de los internos. En efecto, doctrina y jurisprudencia coincidieron durante mucho tiempo en considerar que los penados se encuentran sometidos a una relación especial de sujeción de la que se deriva un modelo de ejecución no regulado jurídicamente. Frente a las numerosas obligaciones de los internos, orientadas para alcanzar altas cotas de seguridad y orden, apenas podían esgrimirse derechos. El status jurídico del preso quedaba reducido a una forma de ejecución extremadamente sencilla y a un tratamiento para preservar la vida y la salud. Todo ello se regía tan solo por las órdenes de servicio y ejecución que cada Estado federado dictaba para sus establecimientos³. La situación que permitía la reducción de los derechos fundamentales de las personas en función de un servicio público —ejecución de la pena— prestado por la Administración penitenciaria provocó su abandono jurídico ya que por otra parte tampoco se benefició de los principios del Derecho administrativo y llegó, sin embargo, a transformarse en la idea central que inspiraba la ejecución penal⁴. Era el resultado de un Derecho penal liberal escasamente interesado por las cuestiones penitenciarias. A lo largo del siglo XIX y hasta después de la segunda guerra mundial las cárceles, en el mejor de los casos, sólo llegaron a ser laboratorios lombrosianos.

Esta orientación político penitenciaria sustentada por una constante jurisprudencia se vio alterada por una resolución del TC alemán de 14.3.1972⁵, en ella se deja a un lado la teoría de la relación especial de sujeción para declarar que no sería constitucional una limitación de los Derechos Fundamentales de la persona en base a una norma de rango administrativo orientada a lograr ya sean los fines de

³ Vid. Schüler-Springorum, H. *Strafvollzug im Übergang. Studien zum Stand der Vollzugsrechtslehre*. Göttingen, 1969, Págs. 39 y ss., Tidemann, K. *Die Rechtstellung des Strafgefangenen nach französischem und deutschem Verfassungsrecht*. Bonn, 1963.

⁴ Schüler Springorum, H. op. cit. Pág. 40. Recoge este autor el texto de una sentencia de un tribunal ordinario que sirve para ilustrar el tenor de las resoluciones judiciales durante la influencia de la teoría de las relaciones especiales (Pág. 45). En ella se 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».

⁵ BVerfGE 33, 1 y ss. Para una recensión de la sentencia vid. Starck, Ch. *Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 14.3.1972*, en *Juristenzeitung*, 1972, Págs. 360-362.

la pena ya los del establecimiento penitenciario. La limitación de los Derechos de los internos sólo sería posible si estuviera amparada por una ley. No obstante, el Alto Tribunal señaló un plazo de transición, que no fue bien recibido por la doctrina⁶, en el que todavía se permitirían ciertas restricciones a los Derechos Fundamentales de los internos sin cobertura legal «cuando fuera imprescindible para el cumplimiento de la pena o para ejecutarla ordenadamente»; pasado dicho plazo el legislador debería desarrollar legalmente la nueva posición mantenida en la sentencia⁷.

Los principios del Estado de Derecho no sólo debían de garantizar los fundamentos legales del Derecho penitenciario y su vigencia para la Administración y para los internos, sino que lograba además una virtualidad inmediata de todos estos derechos en la legislación penitenciaria. Junto al reconocimiento general de los Derechos Fundamentales cuya esencia debía ser en todo caso respetada y del principio de legalidad (Art. 19,4 de la Const. alemana) se hace también referencia a la especial importancia del principio de igualdad para una Administración en un Estado de Derecho –sobre todo respecto de las medidas de seguridad y orden– y al fundamento jurídico constitucional del principio de proporcionalidad. Para la actividad de los jueces de vigilancia fueron significativas las referencias a la independencia judicial (Art. 97) y a la legalidad procesal (Art. 101,1)⁸.

La decisión del TC y la posterior entrada en vigor de la ley penitenciaria⁹ no sólo resultaba revolucionaria por cuanto la ciencia jurídica penitenciaria se introducía en un lenguaje de derechos del penado al que no estaba históricamente acostumbrado sino que permitía una reformulación del propio significado de la pena de prisión. En efecto, la estructuración jurídico 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 corresponden con una visión retributiva de los fines de la pena. En el

⁶ Hesse, K. *Grundzüge des verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 12ª Edic. Karlsruhe 1980, Pág. 136.

⁷ La doctrina, no obstante, ya había apuntado con anterioridad la necesidad de una reforma legal en al que el penado mantuviera esencialmente su status jurídico de persona y éste no pudiera alterarse sino de acuerdo con una ley y conforme a lo establecido por la Constitución para esos casos (Cfr. Müller-Dietz, H. *Strafvollzugsgesetzgebung und Strafvollzugsreform*. Anales Universitatis Saraviensis, Bd. 55, Köln, 1970.

⁸ Schöch en: Kaiser/Kerner/Schöch, *Strafvollzug. Ein Lehrbuch*, 3ª Edic. Heidelberg 1982, pág. 102.

⁹ Ley sobre la ejecución de la pena privativa de libertad y medidas de mejora y seguridad privativas de libertad-ley de ejecución penitenciaria (StVollzG) de 16 de marzo de 1976 (BGBl.I Pág. 581, ber. Pág. 2088).

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 mal absoluto.

Por el contrario, el abandono de la referida teoría hace que siga vigente toda la riqueza de derechos constitucionales de la persona –incluso sumando otros nuevos adquiridos en su condición de penado– como consecuencia lógica de una concepción de la pena entendida como proceso de comunicación y de aprendizaje social. La meta resocializadora se convierte en un motor de dinamización de las relaciones en el colectivo penitenciario decisivo en el plano normativo. Fruto de toda esta reformulación es la preocupación por incorporar al derecho positivo las garantías constitucionales y desarrollar posteriormente una serie de medidas encaminadas a potenciar la apertura al exterior o la democratización de las relaciones internas. La idea de un modelo penitenciario como proceso social deriva de la propia exigencia democrática de participación de los ciudadanos en la vida social¹⁰. Por vez primera los fines de la pena no se diseñaban contra el penado sino tratando de comprometerlo en un programa positivo para su propia biografía.

Pero han sido muchos años los que transcurrieron bajo la égida indiscutible de las relaciones especiales de sujeción y, por tanto, no puede esperarse que una sola reforma legislativa vaya a modificar súbitamente un estilo de gestión que por lo demás viene impuesta en gran medida por la propia naturaleza de la institución penitenciaria. «La prisión no es hija de las leyes ni de los códigos, ni del aparato judicial»¹¹. La propia teoría de la relación de supremacía aplicada al mundo penitenciario no es más que la expresión jurídica de un hecho cierto: que por encima de todo, lo que caracteriza al preso es la pérdida de libertad y las limitaciones en sus condiciones de vida. Así pues, a pesar de todas las mejoras jurídicas que se sucedieron tras esta nueva corriente jurisprudencial, señala Kerner¹² con razón, la ley penitenciaria alemana –y lo mismo puede decirse de la nuestra– sigue dibujando sin justificación aparente en muchos casos un modelo de vida prisional de sometimiento. En lugar de la búsqueda de su autodeterminación, en especial en los centros de mayor seguridad, perdura

¹⁰ Vid. Calliess, R.P., *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat. Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlagendiskussion*. Frankfurt/M. 1974, Pág. 38.

¹¹ Foucault, M. *Vigilar y castigar*, 3ª Edic., Madrid 1978, Pág. 314.

¹² Kerner, en Kaiser/Kerner/Schöch, op. cit. Pág. 314.

ante todo la idea de alienación. El recurso a expresiones inconcretas en las legislaciones penitenciarias —como sucede en nuestra ley con los criterios de «peligrosidad» e «inadaptación» que permiten el traslado a un centro de máxima seguridad— son una prueba de la vigencia de la teoría de las relaciones especiales de sujeción¹³.

Por lo demás la sentencia del TC alemán tendría repercusiones también para otras relaciones de supremacía. Aunque carece de todo fundamento pensar que tras dicha resolución fueran a desaparecer las limitaciones a los Derechos Fundamentales, no cabe duda que, al menos, se logró que las restricciones estuvieran respaldadas por una norma de rango legal, que se justificaran siempre por la necesidad imprescindible de un servicio público, que no se establecieran con carácter general sino como resultado de un conflicto de intereses individualizado y que respetaran en su esencia los Derechos constitucionales. En definitiva, limitaciones con unas garantías y exigencias que eran precisamente lo que se trataba de soslayar por medio de la teoría de las relaciones de sujeción. En consecuencia, a partir de entonces sólo puede hablarse de relaciones diversas con la Administración que eventualmente pueden determinar ciertas limitaciones en los derechos de las personas de acuerdo con el ordenamiento jurídico¹⁴.

II.

Las sentencias de nuestro TC no debieron de coger a nadie de sorpresa, el TS ya había hecho uso de ella y también la mayoría de los penitenciaristas se habían mostrado a favor de la teoría de las rela-

¹³ Para Fragoso (Fragoso, H.C. *El derecho de los presos (Los problemas de un mundo sin ley)*, en *Doctrina penal*, Núm. 14 (abril-mayo 1981) en algunos países como USA se llega a situaciones penitenciarias similares a la que se deriva de la relación de sujeción y se mantiene una fase ejecutiva prácticamente ajena al control jurídico. En el sistema norteamericano de penas indeterminadas que todavía se encuentra vigente es posible que la administración penitenciaria, mediante la aplicación de sanciones disciplinarias prorrogue la duración de la pena a límites intolerables (Pág. 251).

¹⁴ Fuss, E.W. *Zum Abschied vom besonderen Gewaltverhältnis*, 1972, *passim*. En contra de la opinión sustentada en el texto García Macho (*En torno a las garantías de los derechos Fundamentales en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción*, en *REDA*, Núm. 64 (1989), Págs. 524 y ss.) entiende que pese a la sentencia comentada no puede afirmarse que hayan desaparecido las relaciones especiales de sujeción en la praxis jurídica germana ya que sigue existiendo «la autorización de límites inmanentes entre Derechos Fundamentales» que era su función más singular. A nuestro juicio, el problema de la teoría de supremacía no era tanto fundamentar las limitaciones a los derechos constitucionales como hacerlo en un marco ajeno al derecho en el que por tanto la Administración pudiera actuar con total discrecionalidad.

ciones especiales de sujeción¹⁵. Quizás, como señala Díez Ripollés¹⁶ sin ser muy conscientes del carácter profundamente restrictivo de los derechos de los reclusos de ese concepto. Con carácter general también los administrativistas habían dado por válida la aplicación de dicha teoría en el campo penitenciario¹⁷. A diferencia pues de lo que había sucedido en Alemania, en España —en las escasas ocasiones en las que la doctrina se había preocupado por el tema— parecía incuestionable que las relaciones penitenciarias eran relaciones especiales

¹⁵ Buenos Arús, F. *Estudio preliminar*, en García Valdés, C. *La reforma penitenciaria española —Textos y materiales para su estudio—*. Madrid, 1981, Pág. 15; García Valdés, C. *Comentarios a la Ley General Penitenciaria*, Madrid 1980, Pág. 17, Garrido Guzmán, L. *Manual de ciencia penitenciaria*, Madrid 1983, Pág. 382, González Vicente, M.P. *El derecho a la tutela efectiva en el procedimiento sancionador penitenciario*, Rev. Estudios Penitenciarios, Núm. 239 (1988), Pág. 45. Alonso de Escamilla (*El control jurisdiccional de la actividad penitenciaria*, en CPC Núm. 40 (1990 Págs. 147-164). Se detiene algo más en el tema y parece apoyar una nueva formulación de la relación especial de sujeción. Con esta expresión ya no se haría referencia a la conocida teoría de Jellinek y Laband, sino «a un régimen especial que un estado democrático no puede dejar de determinar con precisión». La idea nos parece acertada pero nos sugiere de inmediato una pregunta: ¿Cuál es el sentido de mantener aún la referencia a la relación especial de sujeción, cuando se conocen las dificultades teóricas que genera? La cuestión volverá a suscitarse más adelante cuando comentemos la jurisprudencia constitucional, por lo que nos remitimos allí.

¹⁶ Díez Ripollés, J.L. *La huelga de hambre en el ámbito penitenciario*, en CPC 1986 (Núm. 30), Pág. 615. Precisamente es este autor de los pocos que, en nuestro país, critica la aplicación de la referida teoría al ámbito penitenciario porque no pueden limitarse los derechos fundamentales sin autorización de la Constitución y porque el interés público no es un fundamento suficiente para justificar privación de derechos.

¹⁷ Con todo se observa mayor cautela en el campo de la ciencia administrativa española. Así Sosa Wagner (*Administración penitenciaria*, en Rev. de Administración Pública, Núm. 80 (1976), Págs. 101-103) señala que la teoría de las relaciones especiales de sujeción son criticables por distintos motivos, aunque no obstante, es innegable que en el supuesto de los penados la institución penitenciaria establece una «relación de la que se deriva un *status* especial que nacer con el hecho de ingreso en uno de los establecimientos penitenciarios de lo cual sólo puede desprenderse una especificidad en los derechos y deberes del interno pero no un espacio jurídicamente vacío. Críticamente también Baño León (op. cit. Pág. 127). Menos crítica resulta la posición de González Navarro (*Poder domesticador del Estado y derechos del recluso*, en Homenaje a García de Enterría, Madrid 1991, Págs. 1126-1127 y 1132-1135) pues si bien considera que son de «dudosísima justificación» en un Estado de Derecho las distinciones entre relaciones jurídicas generales y especiales cuando de ellas se deriva una disminución de las garantías jurídicas de aquellos ciudadanos que intervienen en una relación de sujeción especial (Pág. 1088), sin embargo, admite como algo diferente a la relación de sujeción la «potestad domesticadora» de la Administración penitenciaria. Potestad que define como «dominio del hombre mediante la obtención de un saber de su pasado, de su presente y de su futuro» (Pág. 1133). La potestad domesticadora se manifiesta en las normas jurídicas que regulan el tratamiento. Sin entrar en una valoración crítica detallada de esta posición baste decir que la actividad de observación y tratamiento está en todo caso preservada por el consentimiento del interno quien no podrá ser perjudicado en caso de negarse. Teniendo en cuenta esta libertad de someterse o no a la observación y el posterior tratamiento se hace difícil aceptar la potestad domesticadora. Por otra parte, el tratamiento no está concebido jurídicamente como una actividad de dominio sino todo lo contrario por lo que aún aceptando dicha potestad no parece indicado calificarla de «domesticación».

de sujeción. La situación no puede menos que calificarse de paradójica pues en el país germano la jurisprudencia forzó una reforma legal para impedir que los tribunales pudieran seguir esgrimiendo la referida teoría, en tanto que en nuestro país los tribunales no parece que se hayan dado por enterados de que existe una ley —la primera ley orgánica tras la Constitución— cuyos principios resultan desde todo punto de vista contrarios a la teoría de las relaciones especiales de sujeción.

Por este motivo, pese a que el TC reitera la existencia de una relación especial de sujeción de la misma no extrae las consecuencias que lógicamente debieran de extraerse¹⁸, sencillamente porque de hacerlo así haría una reflexión coherente en un plano teórico, pero radicalmente contraria a la legislación penitenciaria e, incluso, al propio texto constitucional (Art. 25, 2).

La STC de 21.I.87 resuelve un recurso de amparo presentado por un interno de Basauri contra el acuerdo de la Junta de Régimen y Administración en el que se le imponía una sanción de catorce días de aislamiento en celdas por una falta muy grave y otra más de doce días de aislamiento por otra falta distinta. Los derechos constitucionales lesionados según la demanda son los siguientes: Derecho a la tutela judicial efectiva (Art. 24,1) por no motivar la inadmisión de pruebas y por practicar otras sin estar presente el interesado; Derecho a un proceso con todas las garantías (Art. 24,2); Derecho a la asistencia del Letrado (Art. 24,2); Derecho a un proceso público (Art. 24,2); Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (Art. 24,2) al no permitirse al actor expresarse en euskera; Principio de legalidad (Art. 25,1) porque las sanciones impuestas venían contempladas sólo en el Reglamento penitenciario; Principio resocializador (Art. 25,2) que garantiza el derecho a la integridad física y moral lesionada con un aislamiento en celdas de veintiséis días, y, finalmente, se entiende infringido el Art. 25,3 que prohíbe a la Administración imponer sanciones que directa o subsidiariamente puedan suponer privación de libertad.

Por su parte, la STC de 27.VI.90 resuelve un recurso de amparo frente a una resolución de la Audiencia Provincial de Madrid autorizando la intervención médica aún en contra de su voluntad para salvar la vida de cualquiera de los miembros del colectivo de presos del

¹⁸ Así lo entiende también Baño León, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (Remisión normativa y reglamento independiente)*, Madrid 1991, Pág. 127.

«grapo» que se encontraban en huelga de hambre reivindicando la supresión de la política de aislamiento y dispersión aplicada por la Administración penitenciaria contra presos pertenecientes a bandas armadas en el momento en que el huelguista perdiera la conciencia. En este caso la STC se centra en la posible lesión de los Arts. 15, 16,1, 17,1 y 18,1 CE e, indirectamente, los Arts. 24,1 y 25,2 CE.

Para desestimar ambos recursos las dos sentencias centran su fundamentación jurídica básicamente en la estructura de la relación especial de sujeción sin llegar a aplicarla con toda propiedad para no tener que negarle a los internos el disfrute de los derechos constitucionales. Pero es evidente que la primera de ellas se aproxima mucho más a la formulación originaria y por esta razón permite extraer unas conclusiones más graves para el sistema penitenciario. Comienza por negar algo que constitucionalmente parece insostenible: que el contenido del Art. 25,2 CE no confiere un derecho amparable «que condicione la posibilidad y la existencia misma de la pena a esa orientación». Semejante afirmación sólo deja lugar a una lectura del referido precepto: el Art. 25,2 pierde su fuerza vinculante. 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. La posición nos parece difícil de sostener ya que como ha reconocido la generalidad de la doctrina las metas resocializadoras se insertan en la propia concepción social del Estado¹⁹. Por otra parte, su ubicación entre los Derechos Fundamentales, la atemperada redacción («se orientarán») y su propio desarrollo en la legislación penitenciaria permiten concluir que el constituyente no quiso quedarse en una mera formalidad sino reconocer un derecho del penado que obligara a la Administración a través de los tribunales de justicia. Distinto es el contenido que pueda dársele a las metas resocializadoras²⁰.

La segunda grave consecuencia de esta STC también fundada en la teoría de la relación especial de sujeción se refiere al *status libertatis* del penado. En ella se afirma que «la libertad que es objeto del derecho fundamental resultó ya legítimamente negada por el contenido del fallo de la condena»²¹. Semejante afirmación no sólo desconoce el

¹⁹ Vid. por todos la obra conjunta *Sociedad y delito* en Papers. Revista de Sociología. Núm. 13, Barcelona 1980.

²⁰ Vid. Mapelli Caffarena, B. *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Barcelona 1983.

²¹ En otro momento vuelve a reiterar la misma idea: «Al estar ya privado de su libertad en la prisión, no puede considerarse la sanción como una privación de libertad, sino

sentido del derecho a la libertad ambulatoria, sino que se sitúa en una concepción de la teoría de la pena contraria a los modernos postulados resocializadores.

Por lo que se refiere al *status libertatis*, pretendidamente perdido según la STC, convendría recordar lo señalado precisamente por Jellinek a quien —como hemos señalado— se atribuye la paternidad de la teoría de las relaciones especiales de sujeción. Para este autor 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 pena²². No se puede, pues, «perder legítimamente» el referido *status*, ni siquiera puede perderse una de sus manifestaciones concretas: la libertad personal ambulatoria. La promoción de ésta en los modelos penitenciarios actuales dista mucho de aquellas prisiones con celdas y grilletes en donde el interno pasaba las veinticuatro horas del día. Hoy el modelo ordinario de ejecución permite una amplia posibilidad de movimientos dentro y fuera de la prisión. Esto es posible entre otras cosas porque la libertad ambulatoria se puede dosificar y graduar y la pena privativa de libertad sólo puede restringir ésta proporcionalmente preservando en todo caso la dignidad humana que requiere respetar en esencia el derecho fundamental.

De estas consideraciones se deriva necesariamente una conclusión a la que el TC no quiso llegar, que la sanción de aislamiento en celda conculca manifiestamente el Art. 25,3 CE. El aislamiento en celdas es una sanción que directamente implica privación de libertad y por tanto sólo judicialmente puede imponerse. Ni el carácter excepcional que le otorga la LOGP²³, ni que sea aprobada por el Juez de vigilancia cuando excede de catorce días (Art. 76,2 d/LOGP)²⁴ son garantías suficientes para resolver la inconstitucionalidad.

meramente como un cambio en las condiciones de su prisión». En el mismo sentido que la sentencia comentada, 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), en Poder Judicial, Núm. 7 (sept. 1987), Pág. 119.

²² Pérez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, Madrid 1984, Págs. 174-175.

²³ El Art. 42,3 señala que «La sanción de aislamiento en celda sólo será de aplicación en los casos en que se manifiesta una evidente agresividad o violencia por parte del interno, o cuando éste reiterada y gravemente altere la normal convivencia del centro».

²⁴ Uno de los aspectos tratados por la sentencia que comentamos hace referencia a este límite de los catorce días de sanción de aislamiento a partir de los cuales deberá aprobarse por el juez de vigilancia. En una práctica deplorable la Administración penitenciaria venía burlando esta garantía legal mediante el ardid de transformar las sanciones que su-

La Administración penitenciaria no puede imponer sanciones de aislamiento aunque sean de un día de duración. A lo sumo, podrá tomar medidas cautelares de detención con carácter de urgencia, provisionalidad y para resolver graves situaciones de peligro (Art. 45 LOGP). En contra de lo que opina el Tribunal tan degradante e inhumano resulta la celda «negra», como concebir la ejecución penitenciaria como pérdida absoluta del derecho a la libertad ambulatoria lo que se traduce en aislamiento perpetuo.

Por lo demás la resolución del alto Tribunal merece también una valoración crítica por la falta de concreción con que se expresa en otros pasajes que resultan de crucial importancia para el Derecho penitenciario. Así en relación al problema planteado de respeto al principio de legalidad se reconoce su vigencia («Una sanción carente de toda base normativa legal devendría, incluso en estas relaciones, no solo conculcadora del principio objetivo de legalidad, sino lesiva del derecho fundamental considerado»), sin embargo, se obstaculiza considerablemente su efectividad al reconocer que bastaría con que el interno disponga de «información suficiente sobre las normas jurídicas» y que éstas se formulen «con la suficiente precisión para que el interno pueda prever razonablemente las consecuencias que puedan derivar de una determinada conducta».

No basta que una norma jurídica permita «prever razonablemente» la consecuencia de una conducta infractora. Los Derechos Fundamentales están amparados por el principio de reserva absoluta de ley, es decir, que la particular afección que esta materia tiene sobre ellos —entre los que se encuentra la resocialización, que orienta e inspira también al sistema sancionador— hacen aconsejable sustraer de la administración su regulación. El sistema penitenciario sancionador descansa fundamentalmente en el reglamento, en donde se describen las conductas infractoras y la sanción correspondiente. Tan solo se reserva a la ley el catálogo de sanciones²⁵. La sentencia que comentamos

peren ese tope en varias sanciones de manera que no llegue ninguna de ellas a alcanzar los catorce días. El TC considera que ello burla el control judicial y en esta cuestión reconoce al recurrente el derecho a la tutela judicial efectiva.

²⁵ No es este el momento de entrar a analizar las llamadas consecuencias no disciplinarias de una conducta infractora que en nuestra legislación adquiere una considerable dimensión y que resultan en definitiva más graves para el interno que la propia sanción. Por una parte, porque interrumpe por lo general el sistema progresivo de cumplimiento que anticipa el momento en que el interno puede abandonar la prisión y, por otra parte, porque no está sometida a ningún control judicial. Este extenso arsenal disciplinario pese a su gravedad para los derechos fundamentales de los internos encuentra su regulación por lo general en el marco reglamentario.

da por buena esta situación que, a nuestro juicio, vulnera el principio de reserva de ley.

Tampoco puede considerarse satisfactoria la «precisión» del reglamento al describir las conductas objeto de sanción. En ocasiones se persiguen comportamientos tan solo porque puedan resultar contrarios a una determinada moral²⁶, en otras se acude a formulaciones absolutamente imprecisas que permiten castigarlo todo²⁷. Permítasenos contrastar esta liberalidad jurisprudencial con la posición del TS en la década de los setenta. Baste como ejemplo las consideraciones de esta STS de 25.3.1972:

«Si los principios fundamentales de tipicidad de la infracción y de la legalidad de la pena operan con atenuado rigor cuando se trata de infracciones administrativas, y no de contravenciones de carácter penal, tal criterio de flexibilidad tiene como límites insalvables la necesidad de que el acto o la omisión castigados se hallen claramente definidos como falta administrativa y la perfecta adecuación con las circunstancias objetivas y personales determinantes de la ilicitud por una parte, y de la imputabilidad por la otra, debiendo rechazarse la interpretación extensiva o analógica de la norma, y la posibilidad de sancionar un supuesto diferente de la que la misma contempla»... «individualizar y determinar la infracción estrictamente de manera que no deje lugar a dudas»... «a fin de reducir toda posible arbitrariedad»... «por lo que es indudable que la Administración se encuentra sometida a normas de indudable observancia al ejercer su potestad sancionadora sin posibilidad de castigar cualquier hecho que estime reprochable...».

No hay motivos para considerar que la tendencia apuntada en la resolución de TS se haya modificado, sino más bien, al contrario, la CE la consagra y estructura positivamente²⁸. El TC en ésta como en posteriores ocasiones ha perdido la oportunidad de exigir un cumplimiento más riguroso con los principios y exigencias constitucionales en el sistema de sanciones penitenciarias. No se trata de negar la posibilidad de que la administración penitenciaria disponga de un régi-

²⁶ Como es el caso del Art. 8 i/ RP que castiga los actos «contra la decencia pública».

²⁷ Baste como ejemplo de imprecisión la falta recogida en el Art. 110, f/ RP, por la que se castiga «cualquier otra acción u omisión que implique incumplimiento de los deberes y obligaciones del interno, produzca alteración en la vida regimental y en la ordenada convivencia» y no esté comprendida entre las anteriores.

²⁸ Vid. García de Enterría, e./Fernández, T.R. *Curso de Derecho administrativo*, T.I., Madrid, 1980, Pág. 165.

men disciplinario, pero éste no se deriva de ninguna relación de sujeción específica sino del cumplimiento de un fallo condenatorio²⁹. Cumplimiento que ha de ejecutarse de acuerdo con los principios resocializadores. Esta matización no es puramente discursiva sino que permite una revisión crítica de los excesos disciplinarios immanentes a la propia cultura carcelaria. Sólo cuando se impone una sanción orientada a la convivencia ordenada que permite a la vez la ejecución y propicia actividades resocializadoras se podrá justificar un castigo.

La gravedad de las sanciones —casi todas ellas de carácter personalísimo—³⁰, las condiciones de indefensión del preso, el fracaso frente a este colectivo de otros sistemas punitivos más graves o los fines resocializadores son algunas de las circunstancias concurrentes que aconsejarían mayor atención a la hora de exigir el cumplimiento los principios de legalidad, de proporcionalidad, de culpabilidad, de *ne bis in idem*, de tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías.

Por último, hay que reseñar que algún sector de la doctrina, como es el caso de Luzón Peña³¹ aún rechazando la tan citada teoría como fórmula restrictiva de carácter general, sin embargo, no ve inconveniente en que se mantenga si ésta ve limitada su eficacia al texto legal. Tal posición se encuentra muy próxima a quienes defienden el fundamento estatutario de la relación especial de sujeción. Sin embargo, a nuestro juicio tampoco es esa una solución satisfactoria pese a que nos parece la única que puede defenderse dentro de un Estado de Derecho. Pero no deja de plantear problemas. En primer lugar, nos encontraríamos con que las restricciones a las exigencias constitucionales podrían llevarse a cabo desde una regulación reglamentaria —aunque jurídica—. En segundo lugar, de mantenerse esta teoría

²⁹ También se ha querido ver en el propio texto del Art. 25, 2 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.

³⁰ Téngase en cuenta que el RP permite, por medio de la acumulación de sanciones, aislamientos continuados en celdas de hasta cuarenta y dos días de duración (Art. 115).

³¹ 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*, en Rev. de Estudios penitenciarios, Núm. 238 (1987), Pág. 49.

las eventuales restricciones seguirían haciéndose en función de una supremacía del Estado. Si es dudoso saber si puede hablarse de relaciones de supremacía, no lo es menos determinar cuándo se dan éstas y dónde se encuentran los límites del ejercicio de esa supremacía. Por último, la relación de sujeción se llegaría a convertir en un obstáculo para incorporar otras finalidades que estuvieran en contradicción con los intereses de la Administración. Por estas razones, creemos más plausible la sustitución de esa vieja teoría por la idea de prestación de servicios públicos en un marco legal sin diferenciación sustanciales entre relaciones especiales y generales que pudieran posteriormente justificar restricciones generales a los derechos fundamentales de las personas.

III.

Por su parte, la STC de 27.6.1990 refleja un debate dentro del alto Tribunal que finalmente cristaliza en el voto particular de dos de los magistrados, mostrando precisamente su disparidad en el uso de la teoría de la relación especial de sujeción que finalmente prospera en la resolución. Esta tensión que se observa en los fundamentos jurídicos de la sentencia se debe probablemente a la reacción doctrinal criticando lo que se consideraba un uso desorbitado de esta teoría durante la década de los ochenta. La sentencia a que hacemos referencia es unos años posterior y, pese a sus conclusiones, nos permite augurar que se inicia un cierto cambio jurisprudencial caracterizado por el uso restrictivo y crítico de las relaciones especiales de sujeción. Restricción en un doble sentido, por una parte, limitándose el número de relaciones caracterizadas como de supremacía administrativa, y, por otra, disminuyendo la incidencia que la misma tiene como fuente de restricción de las garantías constitucionales. Esta STC ilustra suficientemente la nueva posición no solo ya por la significación de dos votos particulares sino porque se reconoce la teoría de las relaciones como «imprecisa», «por lo que debe ser entendida siempre en un sentido reductivo compatible con el valor preferente que corresponde a los derechos fundamentales».

Excurso. La referida sentencia aborda la compleja problemática de la disponibilidad sobre la propia vida. Problemática que adquiere una mayor complejidad cuando se trata de un interno en instituciones penitenciarias que utiliza la puesta en peligro de su propia vida —su agonía— como un medio reivindicativo³². No es exagerado afir-

³² Sobre el tema vid. Díez Ripollés, op. cit.; Luzón Peña, op. cit.

mar que la doctrina española prácticamente ha agotado las posibles soluciones al caso, ya sea tratándolo específicamente o bien asimilándolo a otros comportamientos, como son los eutanásicos, suicidas o la negativa a determinados tratamientos médicos por convicciones religiosas. A continuación veremos algunas de las posiciones más definidas.

Puede considerarse doctrina dominante la que distingue los casos de huelga de hambre de los propiamente eutanásicos y concede a uno y otro un tratamiento jurídico penal diferente. Para Luzón Peña dicha diferencia radica en el desvalor de la causa que origina la situación de peligro para la vida. En la eutanasia «puede sostenerse que tiene *derecho* a soportar el riesgo de una muerte o lesión debida a causas naturales, sin someterse a remedios artificiales. Por ello las consecuencias del ejercicio de ese derecho no son un *mal* en el sentido jurídico (la muerte o la lesión aceptadas sólo constituirían en ese caso un mal naturalístico) y, por tanto, al no amenazar un «mal, no cabe estado de necesidad que ampare una intervención médica impuesta por la fuerza»³³. En el caso de la huelga de hambre, opina este autor, ya no se trata de ejercer un «derecho a matarse», la conducta aún no siendo antijurídica seguiría estando desaprobada. «Como dicha causación de la muerte si es un *mal* en sentido jurídico cabe para evitarla... una actuación médica –o funcional– de alimentación forzosa amparada por el estado de necesidad»³⁴.

La posición de Luzón Peña puede considerarse radicalmente intervencionista ya que considera que el estado de necesidad ampararía cualquier intervención, en cualquier momento siempre que estuviera sometida a los límites de necesidad, idoneidad y subsidiaridad³⁵.

³³ Luzón Peña, op. cit. Págs. 54-55.

³⁴ Luzón Peña, op. cit. Pág. 55.

³⁵ Coincidente con la posición que acabamos de exponer se muestra la Administración penitenciaria quien en una Circular de 2.1.1990 señala lo siguiente: «Cuando un interno por su situación clínica precisa ingresar en un hospital, se acompañará a la orden de traslado copia del Auto del Juez de Vigilancia que autoriza a prestar el correcto tratamiento para salvaguardar la integridad física, aún en contra de su voluntad». «En el supuesto de que según el diagnóstico de los Facultativos que les atienden por su situación clínica pudieran derivarse consecuencias insuperables para su salud, como las anteriormente citadas (repercusiones orgánicas), se aplicará el artículo 45,1 b de la LOGP y el artículo 123 del Reglamento Penitenciario, con el fin de que la alimentación asistida se lleve a cabo con garantía para el enfermo y los médicos y personal sanitario que le atienden». Los artículos mencionados hacen referencia a la posibilidad de emplear medios coercitivos para evitar daños de los internos a sí mismos. Los medios coercitivos durarán el tiempo estrictamente necesario y la administración sólo viene obligada a notificárselos al Juez de Vigilancia.

Por su parte, Díez Ripollés mantiene una opinión más ecléctica, diferenciando el tratamiento jurídico penal de acuerdo con la evolución del estado de salud del huelguista.

Para este autor, no hay diferencias entre los supuestos aquí estudiados y los de suicidio y al no ser éste un acto ni antijurídico ni ilícito, el «impedir violentamente un suicidio constituye claramente un delito de coacciones»³⁶ que en el caso de la alimentación forzada por el médico o funcionario se adecuaría al tipo agravado de coacciones del Art. 204,3 que regula supuestos de tortura en el ámbito penitenciario en concurso con el 165 *bis* que castiga a quienes obstaculizan el legítimo ejercicio de la libertad de expresión.

El tratamiento en cambio sería distinto si el huelguista hubiera perdido la conciencia. En este caso, ya sólo podría contarse con una *voluntad presunta* y la Administración estaría amparada por una causa de justificación si llegara a forzar la alimentación. Incluso, si se dieran el resto de los elementos típicos de las formas omisivas podría penalizarse la no intervención³⁷.

Finalmente, dentro de esta breve exposición de las distintas opiniones de nuestra doctrina, encontramos también quienes son partidarios del mayor respeto para la decisión de la persona. En esta posición se encuentra Del Rosal Blasco³⁸ quien, sin establecer diferencias entre los supuestos de suicidio y de huelga de hambre, entiende que el primero es un «acto desde el punto de vista jurídico libre» y, en consecuencia, si el suicida ha manifestado una voluntad libre y consciente «con carácter general (son) impunes todos los comportamientos consistentes en no impedir el suicidio –haya o no posición de garante por parte del omitente–», tan solo se respondería penalmente cuando «se pudiera demostrar que el garante ha intervenido (por omisión) decisiva o definitivamente en la formación de la voluntad suicida»³⁹.

Por nuestra parte, consideramos que el suicidio y la huelga de hambre constituyen dos supuestos distintos a los que, por tanto, co-

³⁶ Díez Ripollés, op. cit. Pág. 650.

³⁷ Aun presentando diferentes argumentos puede considerarse doctrina y jurisprudencia dominante la que acabamos de exponer. Son partidarios de diferenciar entre los estados de conciencia e inconsciencia del huelguista, entre otros: Bustos Ramírez, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 2ª Edic. Barcelona, 1991, Pág. 37). Muñoz Conde, F. *Derecho penal. Parte especial*, 8ª Edic. Valencia 1990, Pág. 72.

³⁸ Del Rosal Blasco, B., *La participación y el auxilio ejecutivo en el suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del art. 409 del Código penal*, en ADPCP, enero-abril, 1987, Págs. 94-97.

³⁹ Del Rosal Blasco, op. cit. Págs. 96-97.

responden también soluciones jurídico penitenciarias diferentes⁴⁰. En aquellos casos en los que el suicida actúe motivado directamente por su condición penitenciaria, la administración está obligada a intervenir en el marco de las funciones resocializadoras que establece el Art. 25, 2 CE y la legislación penitenciaria. El supuesto del suicidio en la sociedad libre es distinto ya que las motivaciones pueden no llegar a desaparecer y la persona se encuentra con plenitud de facultades volitivas. En prisiones se sabe que la psique humana sufre una transformación en muchos supuestos que la hace proclive a tendencias suicidas. Este estado psíquico es temporal y se resuelve en la medida que los equipos técnicos diseñen un programa de actuación terapéutica que puede incluir en sus primeras fases intervenciones más decisivas, como el aislamiento o la farmacología.

Diferente es también el caso de la huelga de hambre. Quien adopta la decisión de poner en riesgo su vida como medio de reivindicación está ejerciendo el derecho a la libertad de expresión y la interrupción de la huelga es una conducta tipificada penalmente. Hasta aquí estamos de acuerdo con la propuesta mayoritaria de la doctrina. Ahora bien, justificar la intervención una vez que, inevitablemente, el huelguista como consecuencia de su actitud, se aproxima a las fases terminales y pierde la conciencia nos parece desacertado. En primer lugar, porque es inclinarse por una solución solo aparentemente humanitaria⁴¹. Piénsese, en la degradación de la dignidad humana a que se sometería a un huelguista que se le introduce en este círculo inacabable: resolución consciente-pérdida de consciencia-alimentación forzada. En segundo lugar, las hipótesis de un Estado que aproveche la huelga de hambre para eliminar la disidencia o de los reclusos indeseables⁴² —aunque se han dado y son imaginables no pueden determinar la solución del problema. En tercer lugar, la acción no perdería su eficacia aunque se supiera con certeza que el Estado no está obligado a intervenir⁴³, sino más bien lo contrario. La dramática imagen de una persona agonizando y muriendo por lo que considera una reivindicación justa es el efecto más importante que persigue el huelguista y que mayor repercusión social tiene. Y, en todo caso, así lo considera el huelguista y así hace uso de su libertad de expresión. En cuarto lugar, no hay consentimiento presunto si el

⁴⁰ Mapelli Caffarena, op. cit. Págs. 287 y ss.

⁴¹ Muñoz Conde, op. cit. Pág. 72. También Bustos Ramírez, op. cit. Pág. 37.

⁴² Díez Ripollés, op. cit. Pág. 658.

⁴³ Díez Ripollés, op. cit. Pág. 657.

huelguista ha permanecido informado en todo momento y era conoedor hasta el final de las consecuencias de su actitud⁴⁴. La no intervención no significa abandono asistencial y médico. Por último, se olvida una cuestión ciertamente importante, la responsabilidad penal de la Administración no se plantea en la intervención o no intervención sino en conocer cuáles son las reivindicaciones del huelguista. Si la actitud de no injerir alimentación está motivada por unas condiciones penitenciarias manifiestamente ilegales de las que se derivan situaciones inhumanas o degradantes la administración se encuentra en una posición de garante frente al conflicto de intereses planteados por el huelguista entre seguir soportando dichas condiciones y poner fin a su vida como medio reivindicativo.

Hasta aquí hemos expuesto las posiciones doctrinales más frecuentes que, como ya hemos señalado, abarcan todas las soluciones posibles. Por tanto en el caso de la resolución del TC comentada no extraña tanto su adhesión a una u otra posición cuanto el fundamento de la misma. Para el alto Tribunal la alimentación forzosa al penado que se niega a ingerir alimentos viene justificada por la relación especial de sujeción. Las alimentaciones forzosas, reconoce el TC, serían ilícitas, «si se tratara de ciudadanos libres o incluso de internos que se encuentren en situaciones distintas (¿?)» pero la relación de sujeción obliga al Estado a preservar y proteger la vida.

¿Cómo puede la relación de supremacía llegar a anular el derecho del penado sobre su propia vida? ¿Qué soberanía estatal, qué servicio o qué eficacia administrativa podrían llegar a justificar semejante intervención? ¿Qué límites encontraría esa actividad coactiva del Estado basándose en las relaciones de sujeción? La resolución comentada tan solo trata de contestar esta última cuestión. Para cohonestar el derecho a la integridad física y moral —que se reconoce en el recluso— y la obligación de la Administración de defender su vida y salud se reitera la «equilibrada y proporcionada» solución recurrida «que no merece el más mínimo reproche». Esta es, permitir la intervención médica «tan solo en el momento en que según la ciencia médica,

⁴⁴ El problema de la voluntad no actualizada ha sido tratado más detenidamente en el marco de los supuestos eutanásicos, en donde se considera que no hay voluntad presunta sino cierta cuando el enfermo manifiesta su voluntad con conocimiento de una dolencia grave, cuando se refiere a una determinada forma de tratamiento médico o se nombra un «representante de la voluntad», con la intención de colocar en manos de una persona de confianza con vínculos personales las decisiones existenciales más fundamentales, antes que en las manos de un médico extraño (Cfr. *Proyecto alternativo de la ley reguladora de la ayuda a morir*, en ADPCP, set.-dic. 1988, Págs. 848-849). No habría, a nuestro juicio, para hacer extensivos dichos criterios al supuesto de las huelgas de hambre.

corra "riesgo serio" la vida del recluso y en la forma que el Juez de Vigilancia Penitenciaria determine, prohibiendo que se suministre alimentación bucal en contra de la voluntad consciente del interno».

El propio TC parece reconocer en sus propias reflexiones que semejante forma de entender la *cohonestación*⁴⁵ podría dar lugar a un trato inhumano y degradante en caso de que el huelguista reiterara sucesivamente su renuncia a la alimentación una vez recobrada la conciencia, pero entiende que no puede ser así «porque el propósito no es el de provocar el sufrimiento, sino de prolongar la vida». El argumento no convence porque «prolongar la vida» no es por sí solo un valor positivo sino que tiene que contrastarse con una realidad concreta que en esta ocasión, la convertiría en una actividad degradante.

La falta de un criterio que permita saber hasta dónde puede llegar la Administración penitenciaria en su limitación de los derechos fundamentales del interno sitúa a éste en un estadio de absoluta indefensión. Si la teoría de la relación especial de sujeción en la STC comentada anteriormente sirvió para hacer que el interno pierda su *status libertatis*, en esta ocasión se le impone vivir bajo coacción. Ni la libertad en su aspecto esencial, ni la vida o la integridad física pueden verse mermados por una relación de sujeción⁴⁶. Incluso a nuestro juicio ni siquiera el deber genérico de la Administración penitenciaria de velar por la vida y la salud de los internos (Art. 3,4 LOGP) puede esgrimirse en estos casos.

IV.

A modo de resumen consideramos que la teoría de las relaciones especiales de sujeción tiene como presupuesto una concepción absoluta del Estado. Incluso con un discurso contradictorio la jurisprudencia emplea dicha teoría para favorecer una actividad administrativa, sobre todo en el ámbito disciplinario, ajena a los principios y exigencias constitucionales.

⁴⁵ Según Moliner, M. (*Diccionario de uso del español* vox *cohonestar*, 1^ª Edic. Madrid 1970) para el DRAE «cohonestar» significar dar apariencia de justa o razonable a una acción que no lo es.

⁴⁶ En este sentido nos parece acertado el voto particular del Magistrado Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, para quien el fundamento de la relación de sujeción es desafortunado porque «el penado en relación con su vida y salud y como enfermo goza de los mismos derechos y libertades que cualquier otro ciudadano, y por ello ha de reconocérsele el mismo grado de voluntariedad en relación con la asistencia médica y sanitaria».

Sin embargo, en relación con el sistema penitenciario la relación de sujeción traspasa el marco disciplinario para servir de fundamento a un sistema penitenciario retributivo en donde el interno ve anulados o esencialmente restringidos Derechos Fundamentales que son inalienables por mandato constitucional. Por estas razones, el empleo aquí de esta teoría se torna, si cabe, más grave y criticable. Una concepción resocializadora de la ejecución penitenciaria no es imaginable en un sistema penitenciario regido por la idea de la supremacía de la Administración. La Administración penitenciaria sólo está legitimada a limitar los derechos fundamentales que no pueden ejercerse en un estado de privación de libertad. 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 pena.

3. LA «DEVALUACIÓN» DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS RECLUSOS

Iñaki Rivera Beiras

Abogado

Profesor del Instituto de Criminología
de la Universidad de Barcelona

1. PRESENTACIÓN

Aquel sector de la sociología que se ha dedicado al estudio del control social y, particularmente, al del control penal, señala que un análisis de tal tipo ha de efectuarse distinguiendo *dos momentos de actuación del derecho*: 1) el de la *creación* de las normas (penales y penitenciarias, en este caso) y 2) el de la *interpretación y aplicación* de las mismas (Bergalli 1989). Utilizando este enfoque entonces, puede ser examinada, también, la configuración de los derechos fundamentales de los reclusos tanto en su plasmación normativa cuanto en su delimitación jurisprudencial. El análisis de tales momentos de actuación del derecho, en lo que se refiere al ámbito penitenciario, constituye el objeto de estudio central de esta Ponencia.

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.

Para ello se estudiarán tanto las normas –de carácter internacional y español– como, asimismo, las principales decisiones jurisdiccionales –europeas y nacionales– que directamente afectan a los derechos

fundamentales de quienes viven privados punitivamente de su libertad. *Es decir, no se trata de afirmar que tales derechos no sean respetados por el estado actual de las cárceles –por la situación de facto–. Se trata, en cambio, de demostrar que ya en estadios anteriores se puede apreciar que los derechos fundamentales de los reclusos han sido concebidos –en las normas– y configurados –por la jurisprudencia– como «derechos de segunda categoría». Dicho de otro modo, se intentará verificar cómo se ha ido construyendo jurídicamente un «ciudadano de segunda categoría», en comparación con quienes viven en situación de libertad.*

Debido, entonces, a que este trabajo se inscribe en el género de las investigaciones dedicadas al análisis de los derechos humanos, deviene necesaria una presentación relativa a las diversas perspectivas que se han ofrecido en relación al tema de la fundamentación de tal tipo de derechos. Ello puede contribuir a entender por qué se han verificado distintos procesos de reconocimiento de aquellos derechos y qué ha sucedido cuando los mismos se orientaron al intento de consagrar toda una serie de derechos fundamentales para las personas que viven privadas de su libertad.

2. DOCTRINAS DE JUSTIFICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Suele mencionarse que determinados acontecimientos históricos, tales como la Declaración de Derechos de Virginia (de 12 de junio de 1776), la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica (de 4 de julio de 1776), o la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa (de 26 de agosto de 1789), supusieron el primer reconocimiento normativo de los derechos humanos. A partir de estas Declaraciones, y en los dos siglos posteriores, se ha verificado un «proceso de positivación» de estos derechos (Treves 1989: 7). En efecto, este proceso que se inició con las Declaraciones francesa y norteamericana –y que continuó en los siglos XIX y principios del XX con la introducción de aquellos derechos en los Preámbulos y artículos de las numerosas Constituciones promulgadas en los países democráticos– culminó con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (en 1948).

A partir de aquí, se inició otro «proceso» que Treves denomina de «internacionalización de los derechos humanos»: el Convenio Europeo para la protección de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros, marcan importantes hitos del citado proceso sobre el cual se volverá más adelante.

Ahora bien, más allá del reconocimiento normativo de los derechos humanos, es necesario conocer –aunque sea brevemente–, cómo se elaboró una *doctrina* acerca de aquéllos, puesto que la misma ha de ser necesariamente anterior al reconocimiento jurídico-positivo de los derechos humanos¹. En este sentido, es conveniente repasar las diversas fundamentaciones que se han presentado en torno a este tema.

2.1. La fundamentación iusnaturalista

Es **Bobbio** quien señala que la doctrina de los derechos del hombre nació del pensamiento iusnaturalista: en efecto, para esta escuela, y para poder justificar la existencia de derechos pertenecientes a los hombres en cuanto tales, fue necesario ofrecer la hipótesis de un estado de naturaleza donde aquellos derechos se referían esencialmente a la vida y a la supervivencia, incluyéndose en ellos los derechos a la propiedad y a la libertad (1989: 20). La explicación iusnaturalista que ofrece **Bobbio** siguiendo a **Locke** –para criticarla posteriormente–, culmina con **Kant** en su concepción acerca del único derecho del cual es titular el «hombre natural»: el derecho a la libertad, entendida ésta como la independencia de toda constricción impuesta por la voluntad de otro. El goce de esta libertad trae como consecuencia, siguiendo a los iusnaturalistas, la igualdad de todos los hombres entendida como la imposibilidad de que unos individuos posean más libertad que otros. Esta filosofía fue, precisamente, la que inspiró las primeras Declaraciones de derechos humanos, las cuales, normalmente en sus

¹ La necesidad de conocer cómo se elaboró una doctrina acerca de los derechos humanos apunta directamente al problema de la naturaleza de los mismos. Y, por ello, resulta imperioso efectuar ciertas precisiones terminológicas en torno al significado de estos derechos para que no se produzcan confusiones posteriormente. Como señala **Eusebio Fernández**, «la necesidad de contar con un lenguaje preciso, coherente y bien construido es una exigencia de cualquier conocimiento científico y, como tal, es de directa aplicación al problema de la elaboración de una Teoría de los Derechos Humanos» (1984, p. 77). Para una completa lectura en torno al fundamento de estos derechos puede verse, por todas, en la literatura española, la obra titulada «El Fundamento de los Derechos Humanos», de **Javier Mugerza y otros autores** (Edición preparada por **Gregorio Peces Barba**), Madrid 1989.

primeros artículos, consignaron fórmulas en las que se proclamaba la igualdad de todos los hombres².

2.2. La fundamentación ética

Una fundamentación diferente que también se ha planteado en torno a los derechos humanos es la llamada fundamentación ética que parte de la tesis de que el origen y fundamento de estos derechos nunca puede ser jurídico, sino previo a lo jurídico (**Eusebio Fernández**, op.cit.: 106). Para esta visión, el derecho (positivo) no crea los derechos humanos, su labor está en reconocerlos, convertirlos en normas jurídicas y garantizarlos también jurídicamente (**Eusebio Fernández**, op. cit.). La apelación a la «naturaleza humana» vuelve aquí a aparecer como fundamento último de los derechos humanos. Ello puede apreciarse, por ejemplo, en la explicación que ofrece **Truyol y Serra** cuando afirma que decir que hay derechos humanos o derechos del hombre en el contexto histórico-espiritual que es nuestro, equivale a afirmar que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados (1984: 11).

Para otro de los partidarios de esta perspectiva, **Peces Barba**, el problema de la fundamentación de los derechos humanos se refiere «a esta compleja actividad intelectual que lleva a integrar lo que llamo la filosofía y el Derecho positivo de los derechos humanos. Es un punto de encuentro entre Derecho y Moral, quizás el más relevante de todos, o dicho de otra manera, el que se sitúa en el Derecho al nivel superior del ordenamiento y en la Moral plantea los problemas centrales» (1989: 267). Y, abundando aún más acerca de ello, **Peces Barba** señala que fundamentar los derechos humanos es buscar la raíz de un fe-

² Varias son las críticas que se han formulado a la doctrina iusnaturalista de los derechos humanos. En primer lugar, la referencia a un «estado de naturaleza» supone recurrir a una ficción doctrinal que, por lo tanto, carece de toda autoridad científica, además de que la idea misma de «naturaleza» no es unívoca. Por otra parte, el hecho de que la «lista» de los derechos humanos haya ido en continuo aumento a través de los dos últimos siglos, pero principalmente en el presente, demuestra no sólo que la explicación iusnaturalista ha perdido toda credibilidad (**Bobbio**, op. cit.: 21), sino que es del mundo de las complejas relaciones sociales de donde surge la demanda por el reconocimiento de nuevos derechos fundamentales pues ya no basta con los tradicionales derechos a la vida, a la libertad, o a la propiedad.

nómeno que se explica sólo plenamente cuando está incorporado en el Derecho positivo, aunque su origen se encuentre en el plano de la moral. Para este autor, moralidad y juridicidad o moralidad legalizada, forman el objeto integral de los derechos humanos y al fundamentarlos se debe tener presente, abarcándolo en toda su extensión, su contenido integral (op. cit.: 267)³.

En síntesis, lo fundamental para los partidarios de esta perspectiva consiste en que el origen de los derechos humanos es previo al derecho y, en consecuencia, si no se acepta esa existencia moral anterior, no es posible criticar a cualquier ordenamiento jurídico porque no los reconozca o garantice, ni defender la necesidad de su incorporación al derecho positivo (**Eusebio Fernández** op. cit.: 110).

2.3. La fundamentación historicista

Según **Eusebio Fernández**, para esta corriente, los derechos humanos manifiestan los derechos variables y relativos a cada contexto histórico que el hombre tiene y mantiene de acuerdo con el desarrollo de la sociedad (op. cit.: 100-101). Se trataría entonces de derechos que se fundan, no en la «naturaleza humana», sino en las *necesidades* que los individuos van teniendo en las sociedades a medida que éstas evolucionan.

Esta tesis, tal y como señala **Eusebio Fernández**, fue la defendida por el filósofo italiano **B. Croce** en la investigación llevada a cabo por la UNESCO en 1947 acerca de los fundamentos de la Declaración de Derechos del Hombre. **Croce**, tras afirmar que los postulados iusnaturalistas –en torno al fundamento de los derechos humanos– se habían convertido en algo filosófica e históricamente insostenible, vino a afirmar que estos derechos eran, «a lo sumo, derechos del hombre en la historia. Esto equivale a decir que los derechos son aceptados como tales para hombres de una época particular. No se trata, por consiguiente, de demandas eternas, sino sólo de hechos históricos, manifestaciones de las necesidades de tal o cual época e intentos de satisfacer dichas necesidades» (citado por **E. Fernández**: 103).

³ En cuanto a la distinción/separación entre moral y derecho, el citado autor señala que «moralidad y derecho se distinguen, y es positiva la línea que inició **Tomasio**, pero no se separan: el punto de encuentro son los derechos humanos que se fundamentan en la ética como forma de realización histórica de la autonomía moral del hombre, posible por su inicial libertad de elección» (op. cit.: 277).

Lo más importante de esta corriente es haber señalado una evolución en cuanto al reconocimiento de los derechos humanos⁴. En este sentido, se señalan tres etapas que, a su vez, enfatizan tres aspectos: la forma que asume el Estado en cada período histórico, de qué forma son contemplados los individuos y el tipo de derechos que les van siendo reconocidos:

a) En el siglo XVIII, los derechos humanos suponían un simple concepto político que englobaba una serie de libertades frente al Estado. Este concepto, característico de la *forma-Estado liberal* –y, por tanto, inspirado en una filosofía de corte individualista–, se refería a los *hombres en cuanto tales*. De esta concepción se deducía la necesidad de garantizarles determinados *derechos individuales*.

b) El posterior proceso de positivación de los derechos humanos –que, fundamentalmente, ocupará el siglo XIX y parte del XX (hasta las Guerras Mundiales)– provocará la recepción, en las Constituciones que se fueron promulgando, de *derechos cívicos y políticos* que, observando ahora al *hombre como ciudadano*, contribuirá a la consolidación de la *forma-Estado de derecho*.

c) El reconocimiento de *derechos de carácter social*, proceso que contemplará al *hombre como trabajador* y que, a su vez, provocará el surgimiento de la *forma-Estado social* (en la cual ha de ser el Estado el promotor y el garante del bienestar económico y social), culmina el proceso histórico señalado.

2.4. La «construcción social» de los derechos humanos como fundamento sociológico de los mismos

Las explicaciones que hasta aquí se han ofrecido acerca de los fundamentos de los derechos humanos han tomado siempre en consideración al hombre –salvo la corriente «historicista»– como un ente

⁴ Otras tentativas se han efectuado en orden a clasificar las diversas fases, o «generaciones», de los derechos humanos. Tal vez, una de las más brillantes, sea la que B. Sousa presentó, en 1989, a la Universidad Nacional de Educación a Distancia (Ceuta), titulada «os direitos humanos na pós-modernidade». El citado autor distingue las siguientes fases o generaciones:

1^a) caracterizada por las luchas por los derechos civiles y políticos contra la opresión;

2^a) definida por las reivindicaciones de los derechos sociales en contra de la explotación;

3^a) la época de las luchas por la conquista de derechos en la esfera cultural, y simbólica contra la alienación;

4^a) que sería la actual, caracterizada por los problemas típicos de la sociedad tecnológica (como, por ejemplo, aquéllos ligados a la revolución informática, a la bioingeniería, a la defensa del medio ambiente, etc.).

abstracto, más o menos desligado de la sociedad en la cual éste ha de desenvolverse. En efecto, si para los iusnaturalistas lo esencial es el recurso al estado de naturaleza (estadio pre-estatal), y para los partidarios de la fundamentación ética lo importante es resaltar que la existencia de los derechos humanos es previa al derecho (puesto que el individuo los posee por el hecho de ser hombre), la visión que ambas perspectivas reflejan acerca el hombre es que éste puede ser considerado aisladamente, separado del contexto social en el cual vive y, asimismo, alejado de un determinado espacio histórico y de unas concretas pautas culturales y/o económicas propias de su época. En tales circunstancias, los derechos humanos devienen invariables, universales y absolutos.

La llamada corriente «historicista» es la que, por primera vez, subrayará el aspecto variable o cambiante de los derechos humanos, de acuerdo a la evolución de la historia. A partir de aquí, precisamente, estos derechos tendrán un tiempo histórico y dejarán de ser absolutos. La evolución y transformación que observarán los derechos humanos (que serán paralelas a los cambios que se operarán en las distintas formas-Estado), junto a su nueva fundamentación en el concepto de «necesidades humanas», los harán más «terrenales».

El desarrollo de la teoría sociológica, y más precisamente, de la sociología del derecho, ha aportado —recientemente⁵— una nueva fundamentación para la elaboración de una teoría de los derechos humanos que ya no contempla al hombre abstracto, al hombre en cuanto

⁵ Tal y como señala Treves, el problema de los derechos humanos ha sido durante mucho tiempo uno de los problemas específicos de la filosofía del derecho, de la moral y de la política. Más recientemente, los constitucionalistas, penalistas y administrativistas se ocuparon del tema, fundamentalmente, en los aspectos jurídico-positivos del mismo. Sin embargo, no sucedió lo mismo con los sociólogos del derecho hasta épocas muy recientes, y no porque éstos no hayan sido sensibles a los valores de la libertad y de la justicia social, sino porque «i sociologi del diritto non hanno ritenuto di dover inserire i problemi relativi ai diritti stessi tra quelli specifici della disciplina di cui si occupano» (op. cit.: 7). Tras afirmar que un repaso por las obras de los fundadores de la sociología del derecho (Enrich, Weber o Gurvitch) demostrará que el problema de los derechos humanos fue en ellos siempre un tema marginal y no un objeto de estudio específico de la materia, Treves señala las obras de Evan y Aubert como las primeras que, a principios de la pasada década, marcaron el inicio de los estudios de los sociólogos del derecho específicamente dedicados al análisis de los derechos humanos (op. cit.: 7-8). Como signo más evidente de la tendencia a incluir esta problemática entre los temas a analizar por los sociólogos del derecho, el citado autor señala las Conferencias celebradas en mayo y junio de 1988 en Ravenna y Bologna, en el ámbito de la celebración del IX Centenario de la Universidad de Bologna, del Comité de investigación en sociología del derecho de la Asociación Internacional de Sociología. Las contribuciones presentadas en las mesas redondas que se formaron en aquella ocasión se encuentran publicadas por la Università Degli Studi di Bologna, Centro Nazionale di prevenzione e difesa sociale, en la obra *Sociologia dei Diritti Umani* bajo la dirección de Renato Treves y Vincenzo Ferrari.

hombre, sino al hombre en su manera de estar y desenvolverse en la sociedad, al hombre según la categoría o sector de la vida social de la cual forma parte.

Pensar en los derechos de la mujer, de los niños, de los ancianos, de los incapaces, de las víctimas, de los refugiados, de los extranjeros, de los grupos minoritarios étnicos, religiosos, etc., supone prestar atención a toda una serie de nuevos derechos que sólo pueden ser percibidos si se asume este nuevo paradigma propio del pensamiento sociológico.

El progresivo reconocimiento de estos nuevos derechos humanos⁶ constituye lo que se ha denominado «*proceso de multiplicación y especificación*» de los mismos (Treves y Bobbio, op. cit.: 9 y 15, respectivamente). De acuerdo a la exposición que, sobre el citado proceso, ofrece Bobbio, el mismo se ha verificado por tres razones:

a) porque ha ido en aumento la cantidad de bienes considerados merecedores de una tutela específica. En este sentido, se ha verificado el pasaje de los derechos a la libertad, opinión, etc., a los derechos sociales que requieren una intervención directa por parte del Estado;

b) porque la «titularidad» de algunos derechos tradicionales se ha extendido a sujetos diversos del hombre (como la familia, las minorías étnicas o religiosas, la humanidad entera);

c) porque, finalmente, el hombre mismo ha dejado de ser considerado como un ente genérico o abstracto para ser analizado según sus diversas formas de estar y desenvolverse en la sociedad: como niño, como anciano, como enfermo, etc. Y, para ello, se han utilizado diversas *variables* tales como el sexo, la edad, las condiciones físicas, etc., que revelan diferencias específicas y, por tanto, resaltan la necesidad de no consentir igual tratamiento e igual protección.

Evidentemente, este planteamiento se halla muy distante de aquéllos que consideraban a los hombres como entes abstractos o alejados de su espacio y de su tiempo histórico. Se trata, ahora, de reconocer más bienes, más sujetos y más «status» de un único sujeto (Bobbio, op. cit.: 16). Es a partir de aquí, como señala Ferrari, de la constatación de que los derechos humanos tienen una auténtica raíz social, cuando puede entonces avanzarse en la hipótesis de una «*construc-*

⁶ Piénsese a este respecto —y a mero título de ejemplo— en la Convención de los derechos políticos de la mujer (1952); la Declaración de los derechos del niño (1959); la Declaración de los derechos de los deficientes mentales (1971); la Declaración de los derechos de las personas incapaces (1975) o la I^a Asamblea Mundial celebrada en Viena sobre los derechos de los ancianos. Estas Declaraciones y Convenciones, que han supuesto el reconocimiento normativo de nuevos derechos fundamentales, se han verificado, como puede apreciarse, en los últimos cuarenta años.

ción social de los derechos del hombre». En efecto, no se puede pensar que la autoridad política reconozca derechos que la sociedad –o ciertos movimientos sociales– no hayan previamente reconocido como tales, y hayan luchado por el reconocimiento de los mismos: he ahí el verdadero origen de los derechos humanos.

Adoptando este último marco teórico o modelo de análisis, se estudiará a continuación la problemática relativa a los derechos fundamentales de una cierta categoría de personas, las cuales, también, viven –o sobreviven– en las sociedades actuales –o al margen de ellas–: los reclusos.

3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS RECLUSOS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL Y EN ESPAÑA

Tal y como se ha dicho en la Presentación de esta Ponencia, se analizará aquí el reconocimiento normativo y la configuración jurisprudencial de los derechos fundamentales de los reclusos en el ámbito de Europa occidental y de España. Para un tratamiento más claro en torno a ello, se ha optado aquí por analizar separadamente algunos de los más relevantes derechos fundamentales que afectan a la población reclusa.

3.1. El derecho a la vida y a la integridad física y moral⁷

En el ámbito internacional, pese a que numerosas disposiciones señalan el reconocimiento de un *derecho* tan fundamental como es el *de la vida*⁸, para «todas» las personas, semejante consagración encuentra su límite si se trata de la «*ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena*» (art. 2º Convenio Europeo de Derechos Humanos –CEDH–). Además, estas normas destacan que las disposi-

⁷ Para un análisis en profundidad en torno a este derecho y, en particular, en relación al derecho a la salud en el ámbito penitenciario, véase la Comunicación presentada a estas Jornadas por **Calvet Barot**.

⁸ Véanse los arts. 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 o el 2º.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950.

ciones relativas a la consagración del derecho a la vida no se vulneran si la muerte se produce *«para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente»* (art. 2º.2 CEDH).

Por lo que a España se refiere, el art. 15 de la Constitución (CE) establece que *«todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral (...). Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra»*.

En lo que atañe a la configuración jurisprudencial dada por el Tribunal Constitucional (TC) a estos derechos fundamentales, ha de señalarse que la *STC 89/1987, de 3 de junio* indicó que no se vulnera el derecho a la integridad física o moral por denegarse la pertinente autorización administrativa para que un recluso pueda mantener comunicaciones íntimas («vis a vis») con su familia. En este caso, los recurrentes se habían apoyado en el art. 15 CE. Ante ello señaló el TC que, por importante que sea la sexualidad en la vida de las personas, *«de ello no se sigue en modo alguno, que la abstinencia sexual, aceptada por decisión propia o resultado de la privación legal de la libertad, ponga en peligro la integridad física o moral del abstinentes, tanto más cuando se trata de una abstinencia temporal como aquí es el caso»*.

Por su parte, las *SSTC 120/1990, de 27 de junio, 137/90 de 19 de julio y 67/1991, de 17 de enero* —dictadas con ocasión de resolverse numerosas cuestiones que planteó la prolongada huelga de hambre mantenida por los reclusos de los autodenominados Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre (GRAPO)— también analizaron el derecho a vida y a la integridad física y moral en el ámbito penitenciario, en relación con la prohibición constitucional de someter a nadie a torturas, ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Se analizará en este subapartado lo relativo al derecho a la vida dejando, para el próximo, cuanto atañe a la problemática de la tortura.

En la primera de las resoluciones indicadas, el TC indicó que la CE impone a los poderes públicos, y en especial al legislador, la obligación de adoptar las medidas necesarias para proteger la vida e integridad física y moral de las personas (en este caso, los reclusos), frente a los ataques de terceros (en referencia a quienes protagonizaban la huelga de hambre), *«sin contar para ello con la voluntad de sus titulares e incluso cuando ni siquiera quepa hablar, en rigor, de titulares de ese derecho (STC 53/1985)»*.

A continuación, se afirma que *«tiene, por consiguiente, el derecho a la vida un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muer-*

te». Destaca el TC que ello no impide, sin embargo, reconocer que siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquélla fácticamente disponer sobre su propia muerte, «pero esa disposición constituye una manifestación del *agere licere*, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe 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 (...). En virtud de ello, no es posible admitir que la Constitución garantice en su art. 15 el derecho a la propia muerte y, por consiguiente, carece de apoyo constitucional la pretensión de que la asistencia médica coactiva es contraria a ese derecho constitucionalmente inexistente».

Parece importante destacar aquí, en aras a poner de manifiesto la distinta configuración que estas situaciones pueden asumir según se trate de reclusos o de ciudadanos libres, que el TC destacó que «una cosa es la decisión de quien asume el riesgo de morir en un acto de voluntad que sólo a él le afecta, en cuyo caso podría sostenerse la ilicitud de la asistencia médica obligatoria o de cualquier otro impedimento a la realización de esa voluntad y cosa bien distinta es la decisión de quienes, hallándose en el seno de una relación especial penitenciaria, arriesgan su vida con el fin de conseguir que la Administración deje de ejercer o ejerza de distinta forma potestades que le confiere el ordenamiento jurídico»⁹.

⁹ Frente a esta opinión, mayoritaria en el TC, el Magistrado **Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer** —quien formuló un voto particular— señaló que «la razón principal de mi discrepancia es la de que, según la opinión mayoritaria del Pleno, la relación de sujeción especial del penado y, más genéricamente del interno, frente a la Administración penitenciaria, justificaría la imposición, que habría de calificar de "especial", de una limitación de derechos fundamentales como la que supone la alimentación forzosa, limitación que se reconoce que no sería lícita "si se tratara de ciudadanos libres o incluso de internos que se encuentran en situaciones distintas". A mi juicio, la obligación de la Administración penitenciaria de velar por la vida y la salud de los internos no puede ser entendida como justificativa del establecimiento de un límite adicional a los derechos fundamentales del penado, el cual en relación a su vida y salud, y como enfermo, goza de los mismos derechos y libertades que cualquier otro ciudadano, y por ello ha de reconocérsele el mismo grado de voluntariedad en relación con la asistencia médica y sanitaria».

En cuanto atañe a la doctrina de las «relaciones especiales de sujeción» (como fundamento de las limitaciones a los derechos fundamentales de los reclusos), véase la Ponencia presentada a estas Jornadas por **MAPELLI CAFFARENA**.

3.2. Prohibición de torturas, penas o tratos inhumanos o degradantes

Este derecho fundamental se regula en el art. 3º del CEDH, y está destinado a todas las personas, sin exclusión (de ahí la utilización de las palabras «*nadie podrá ser sometido a...*»). La concreción de estos vocablos, en especial de la palabra «tortura», se encuentra en la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas, o degradantes. Mayores problemas se plantean cuando se han de precisar las palabras «*penas o tratos inhumanos o degradantes*», especialmente, en el ámbito de la ejecución de las penas privativas de libertad (piénsese, por ejemplo, en los llamados regímenes cerrados, celdas de castigo o aislamiento, etc.).

A este respecto cabe decir que una de las tareas emprendidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), ha consistido en concretar el alcance de cada uno de los términos establecidos en el art. 3 CEDH¹⁰. Como señala **Balaguer Santamaría**, «*de las definiciones del Tribunal (se refiere al TEDH) se desprende que es la intensidad de los sufrimientos que se producen, el elemento diferenciador entre las torturas y los tratos comentados (inhumanos o degradantes), pareciendo exigir un nivel especial en el dolor que caracteriza a la tortura*» (1992: 114-115).

El TEDH al delimitar el significado preciso de tales conceptos, señaló en la *Sentencia de 25 de abril de 1978 -asunto TYRER-*¹¹, que una persona puede ser humillada al ser condenada, pero que 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 ejecuta¹².

¹⁰ El TEDH tuvo ocasión de pronunciarse en relación al art. 3 CEDH, en su *Sentencia de 18 de junio de 1971 -asunto DE WILDE, OOMS y VERSYP-* pero, en aquella ocasión, no definió los conceptos de tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes. La concreción de tales términos no se efectuó, por parte del TEDH, hasta el pronunciamiento de *18 de enero de 1978 -asunto IRLANDA contra REINO UNIDO-* que se analizará en este apartado.

¹¹ Este caso fue motivado por el señor Anthony M. Tyrer, ciudadano del Reino Unido y residente en la Isla de Man, quien al haber agredido a otro alumno de su escuela fue condenado a tres azotes con vara de abedul («birch»), lo que fue ejecutado en presencia de su padre y de un médico mientras dos agentes de la policía le sujetaban y un tercero materializaba el castigo.

¹² Analizando esta Sentencia, **Balaguer Santamaría** señala que «para que una pena sea degradante e infrinja el art. 3, 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 el 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 ejecuta» (op. cit.: 115-116).

En efecto, señala el TEDH que *«sería absurdo sostener que cualquier pena judicial, debido al aspecto humillante que ofrece de ordinario, casi inevitablemente tiene una naturaleza degradante en el sentido del artículo 3. Hay que complementar la interpretación del texto de que se trata. Al prohibir expresamente las penas «inhumanas» y «degradantes», el artículo 3 supone además su distinción de las penas en general. Entiende el Tribunal que para que una pena sea «degradante» e infrinja el artículo 3, la humillación o el envilecimiento que implica tienen que alcanzar un nivel determinado y diferenciarse, en cualquier caso, del elemento habitual de humillación que se ha mencionado en el párrafo anterior».*

Por su parte, en España, el art. 15 CE dispone, tras garantizar el derecho de «todos» a la vida y a la integridad física y moral, que *«en ningún caso»* puede alguien *«ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes».* La STC 65/1986, de 22 de mayo, indicó al respecto que la negativa a permitir visitas íntimas a los reclusos no implica, por ello, la sumisión a tratos inhumanos o degradantes, por no *«acarrear sufrimientos de una 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 (...). La privación de libertad, como preso o como penado, es sin duda un mal, pero de él forma parte, sin agravarlo de forma especial, la privación sexual».*

En cuanto al debate que se produce en torno a las sanciones disciplinarias de aislamiento en celdas, en el sentido de si las mismas pueden constituir un trato inhumano o degradante, la STC 2/1987, de 21 de enero, señaló que *«no cabe duda que cierto tipo de aislamientos 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».*

Destaca el TC que *«la Comisión de Estrasburgo en bastantes casos ha tenido ocasión de examinar quejas relativas a este tipo de confinamiento aislado, y su posible colisión con el art. 3 del Convenio de Roma. De acuerdo a la Comisión, el confinamiento solitario, debido a exigencias razonables, no constituye, de por sí, un tratamiento inhumano o degradante, sólo cuando por las condiciones (alimentación, mobiliario, dimensiones de la celda), circunstancias (de acceso a biblioteca, periódicos, comunicaciones, radio, control médico) y dura-*

ción, se llegue a un nivel inaceptable de severidad; y si ha dicho que un confinamiento prolongado solitario es indeseable, ello ha sido en supuestos en los que la extremada duración de tal confinamiento superaba, mucho más allá, el máximo legal previsto de cuarenta y dos días en nuestra legislación penitenciaria. No es la sanción en sí, sino el conjunto de circunstancias y condiciones de su aplicación, incluyendo su particular forma de ejecución, el carácter más o menos estricto de la medida, su duración, el objeto perseguido y sus efectos en la persona en cuestión, los que podrían hacer en concreto de esa sanción una infracción del art. 3 del Convenio de Roma (decisión Adm. Com. Ap. 8.395/1978, de 16 de diciembre de 1981)».

Por otra parte, la STC 137/1990, de 19 de julio señaló que, no puede ponerse en duda que la reclusión en un centro penitenciario origina una relación jurídica especial, según ha declarado la STC 2/1987, y así 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 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, cuya titularidad corresponde también a la población reclusa en los términos del art. 25.2º de la Constitución, origina un entramado de derechos y deberes recíprocos de la Administración y el recluso, entre las 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 internos».

Volviendo a la STC 120/1990, de 27 de junio, y cuando el TC analizó el concreto tema relativo a las torturas y tratos inhumanos o degradantes (Fundamento Jurídico núm. 9), señaló que el propio art. 15 CE la prohíbe, *«pero esta prohibición no puede estimarse que haya sido quebrantada por la asistencia médica cuya autorización judicial se recurre».* Tras reiterar la definición que del término tortura se contiene en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, inhumanas o degradantes, y de citar algunas sentencias del TEDH (que se han analizado aquí en páginas anteriores), la sentencia reitera su doctrina relativa a que, para apreciar si existen tratos inhu-

manos 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 la imposición de condena»*.

3.3. Prohibición de realizar un trabajo forzado u obligatorio en relación al derecho al trabajo penitenciario remunerado

El art. 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) establece que *«toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual»*, añadiendo posteriormente que *«toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social»* (art. 23.3). Por otra parte, es conocida la prohibición de que *«nadie»* pueda ser sometido a esclavitud, servidumbre, ni constreñido a realizar trabajos forzosos u obligatorios¹³.

Pese a tales estipulaciones, inmediatamente se dispone que no se considerarán infringidas tales normas cuando se trate de los *«trabajos o servicios que (...) se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada o de una persona que habiendo sido presa (...) se encuentra en libertad condicional»* (art. 8º.3 del Pacto Internacional...), o de *«todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad»* (art. 4º.2,a del CEDH).

Por lo que se refiere a la regulación en España, el derecho al trabajo penitenciario remunerado se encuentra reconocido en el art. 25.2 CE (como, asimismo, el derecho a disfrutar de los beneficios de la Seguridad Social). Pese al reconocimiento normativo del derecho al trabajo penitenciario remunerado, el TC lo ha configurado 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»* (AUTO TC de 14 de marzo de 1988).

Frente a esta resolución del TC, la doctrina española –muy crítica con aquélla– ha manifestado que *«como era de temer, el recurso a la*

¹³ Disposiciones que pueden encontrarse en el art. 8º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o también en el art. 4º.2 del CEDH.

argumentación jurídica ha servido de vía para la negación, en la práctica, de un derecho fundamental tan importante en prisión como 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». (De la Cuesta Arzamendi, 1989: 79).

3.4. Derecho a la reeducación y reinserción social

Dispone el art. 25.2 CE que *«las penas privativas de libertad (...) estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social»*. En el mismo sentido se pronuncian los arts. 1 de la LOGP y del RP, agregando ambos que, otra finalidad de tales penas, es la *«retención y custodia de detenidos, presos y penados»*.

La exacta delimitación de esta finalidad atribuida a las penas privativas de libertad, ha sido una tarea que el TC abordó en diversas ocasiones. Así, el *AUTO TC 15/1984, de 11 de enero*, señaló que la reeducación o la reinserción social del penado no constituye un derecho fundamental de la persona, *«sino un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos, aunque, como es obvio, pueda servir de parámetro para resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes penales»*.

Por ello, destaca el TC, no cabe pedir que no se ejecute una sentencia que impone una pena cinco años más tarde de haber sucedido los hechos alegándose que aquella ya *«no puede tener ningún sentido reeducador»*. En consonancia con dicha interpretación, el TC añadió posteriormente que por ello no es admisible que se solicite la anulación de una condena porque el penado *«se encuentre perfectamente reinserto»* (*AUTO TC 486/1985, de 10 de julio*).

En otra ocasión –al tener que resolver una cuestión de inconstitucionalidad promovida en torno a los arrestos sustitutorios impuestos por impago de multas penales–, la *STC 19/1988, de 16 de febrero*, indicó que *«en relación al primer argumento, concluyente en el aserto de que la medida a que puede dar lugar la aplicación del precepto cuestionado contradijera el enunciado inicial del art. 25.2 de la Constitución, no puede ser aceptado por este Tribunal. Dispone allí la norma fundamental, en efecto, que "las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social", pero de esta declaración constitucional no se sigue*

ni que tales fines reeducadores y resocializadores sean los únicos objetivos admisibles de la privación penal de la libertad ni, por lo mismo, que se haya de considerar contraria a la Constitución "la aplicación de una pena que pudiera no responder exclusivamente a dicho punto de vista" (Auto de la Sala Primera, de 19 de noviembre de 1986, Asunto 780/86)».

3.5. Derecho de defensa¹⁴

Su plasmación se encuentra, en el ámbito internacional, en los apartados b) y c) del art. 6º,3 CEDH. En primer lugar, el apartado b) establece el derecho «a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa». El derecho de defensa puede ser ejercido: por el propio interesado, por un defensor libremente escogido por él, y «si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan» (letra c del art. 6º.3 CEDH)¹⁵.

¹⁴ En relación a la problemática que plantea la consagración y tutela del derecho de defensa en el ámbito penitenciario, véase la Comunicación presentada a estas Jornadas por **Rodríguez Sáez**. Del mismo autor puede consultarse el trabajo «El derecho de defensa y de asistencia letrada en la fase de ejecución de las penas privativas de libertad. Un análisis del deber ser» (1992).

¹⁵ Abundando más en lo que a la defensa gratuita se refiere, hay que hacer mención del Reglamento del Tribunal Europeo de Derechos humanos, adoptado por el Pleno del Tribunal el 24 de noviembre de 1982, cuando en su «Addendum» regula (en los arts. 2º a 8º) el procedimiento relativo a la «asistencia judicial» ante el Tribunal Europeo. Asimismo, en el «Addendum» al Reglamento Interno de la Comisión de Derechos Humanos (texto revisado adoptado el 7 de mayo de 1983), también se establecen las normas para lograr el «beneficio de asistencia judicial» ante la Comisión Europea. Estos dos organismos, la Comisión y el Tribunal Europeo, fueron instituidos en el Convenio para la tutela efectiva de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el mismo. En los dos «Addendum» citados, se estipula que la asistencia judicial «podrá ser concedida» si la Comisión, o en su caso, el Presidente del Tribunal, la estiman necesaria para la buena marcha del caso ante el organismo de que se trate (además del requisito de carecer, el demandante de la asistencia, de medios financieros para sufragar los gastos de la misma). Se insiste, una vez más, en la no obligatoriedad de la asistencia letrada, aunque, en este caso, el supuesto es diferente al comentado anteriormente. En efecto, los «Addendum» regulan este «beneficio» (que no, «derecho») a la asistencia, sólo para los procedimientos que se sustancien ante la Comisión y Tribunal Europeo. En cambio, el art. 6º.3,c del Convenio Europeo de 1950 se refiere a un «derecho» (que no, «beneficio») de «todo acusado» ante los tribunales ordinarios de justicia y no, por lo tanto, ante los tribunales «internacionales» de justicia.

A este respecto, el TEDH señaló que, *«como puntualiza la Comisión, las razones de seguridad podrían justificar algunas restricciones en las visitas de los abogados a los presos.»* (Sentencia de 28 de junio de 1984 –asunto CAMPBELL y FELL–).

Por lo que a España respecta, la CE garantiza el derecho fundamental de toda persona detenida a ser asistida por un abogado (art. 17.3) y el derecho, de todos los individuos en general, a una defensa jurídica sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión (art. 24.1 y 2).

En cuanto al ejercicio de estos derechos constitucionales en el ámbito penitenciario, el TC ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente. En primer lugar, la *STC 77/1983, de 3 de octubre*, afirma que el derecho de defensa es también aplicable a los procedimientos administrativos sancionadores *«en forma y grado estimables como proporcionados a la falta, a la sanción y al procedimiento»*.

En otra ocasión, la *STC 74/1985, de 18 de junio*, también admitió la vigencia de estos derechos fundamentales en el ámbito penitenciario –en este caso, se trataba de analizar la potestad disciplinaria de la Administración penitenciaria–, especialmente cuando la sanción implique *«una grave restricción de la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de la pena»*. Señala esta resolución que es claro que el interno de un centro penitenciario está, respecto a la Administración, en una relación de sujeción especial de la cual deriva para aquélla una potestad sancionatoria disciplinaria, cuyo ejercicio y límites se regulan en los arts. 104 y siguientes del RP. Que sea la Junta de Régimen y Administración el órgano competente para imponer sanciones, y que sea del Director del Centro o un miembro de la Junta en quien aquél delegue, los encargados de incoar el expediente y de decidir qué pruebas propuestas son convenientes, no tiene nada de anómalo, para el TC, ni de lesivo, contra los derechos constitucionales del art. 24.1.

A continuación, añade que *«la Junta no es un órgano jurisdiccional, sino administrativo, y es normal y aún necesario que cuando la Administración, en este caso la penitenciaria, actúa en ejercicio de su potestad disciplinaria, sean órganos administrativos los que la ejerzan, respecto a los cuales no es exigible esa neutralidad o imparcialidad en su composición que el recurrente reclama»*.

Es importante destacar que esta sentencia señaló algunos límites al ejercicio del derecho constitucional a la defensa. En efecto, comienza el TC por afirmar que *«el artículo 130.1.e) del Reglamento Penitenciario exige que en el pliego de cargos se le ha de hacer constar al interno “la posibilidad de asesorarse durante la tramitación del expediente”, como en efecto se le hizo saber. El precepto transcrito no*

dice de modo expreso que tal asesoramiento pueda ser el del Letrado elegido por el interno, pero así hay que entenderlo para cumplir con el derecho de asistencia letrada del artículo 24, y así lo ha entendido el Juez, quien reconoce en su Auto que, recibiendo el pliego de cargos, si hubiese querido el interno comunicar con su Letrado para asesorarse, nada hubiese impedido hacerlo».

El problema se suscita si se atiende a que el interno no solicitó la asistencia entendida como asesoramiento, sino «**la presencia de mi abogado**», que fue lo que se le denegó. Frente a ello, el TC señaló que la limitación del asesoramiento o asistencia del abogado, implícita en la negación de su presencia, «*no puede considerarse contraria en este caso al artículo 24.2 de la Constitución, cuyo reconocimiento del derecho a la asistencia letrada, aún siendo aplicable, como lo es sin duda, a los procedimientos sancionatorios del régimen disciplinario penitenciario, admite esta regulación (...) pues, en efecto, la eficacia de la asistencia técnica no queda sustancialmente disminuida por la **falta de presencia física del Letrado**, ya que su asesoramiento está previsto que se produzca en un momento oportuno, puede versar tanto sobre el pliego de cargos como sobre la prueba, y puede dar lugar a una contestación de descargo técnicamente preparada*».

Añadió esta resolución que el asesoramiento y asistencia de letrado debe ser permitida en forma y grado estimables, como proporcionados a la falta, a la sanción y al procedimiento: «*no se trata de un derecho a la asistencia letrada, entendida como un derecho pleno a la asistencia de Letrado, incluyendo el derecho a la asistencia jurídica gratuita en caso de necesidad si se carece de los medios suficientes para ello, pues tal derecho, como resulta de los términos del art. 6.3 de la CEDH, sólo existe claramente en los procesos judiciales, y además no en todos los casos, sino cuando los intereses de la justicia lo requieren*»¹⁶.

¹⁶ **Asensio Cantisán**, a propósito de esta sentencia, manifestó que «a nuestro juicio, la postura adoptada por el Tribunal Constitucional en esta materia es desde todo punto de vista censurable, puesto que con ella permite la asistencia letrada sólo a quien pueda acceder a un Letrado con el que previamente haya contratado sus servicios, pero no quien carezca de medios para ello y si bien es cierto que en los procesos administrativos no es exigible la presencia de Letrado, ni tampoco la designación de oficio, no lo es menos que la especialísima situación en la que todo interno se encuentra, con las claras limitaciones que ello implica, lo colocan en una postura de clara inferioridad con respecto a la que se encuentran el resto de los ciudadanos ante un proceso administrativo en lo que se refiere a las posibilidades de asesoramiento y de contratación de letrados. Entiendo que estos argumentos podrían haber sido utilizados por el Tribunal Constitucional para exigir también la obligatoriedad de la designación de letrado de oficio. La especial relación de sujeción especial (...), podría aquí haberse utilizado con los fines expuestos» (1989: 40).

3.6. Derecho a un proceso equitativo («igualdad de armas»)

El concepto de «igualdad de armas» ha sido acuñado por la jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos. El derecho a un proceso equitativo se halla reconocido en el art. 6.1 CEDH y de la interpretación de esta norma surgió tal acepción. El TEDH tuvo diversas ocasiones para pronunciarse en torno a este derecho fundamental. Así, las *Sentencias de 8 de junio de 1976 -asunto ENGEL-*, *21 de febrero de 1984 -asunto OZTÜRL-* y *28 de junio de 1984 -asunto CAMPBELL y FELL-*, señalaron dos importantes orientaciones en lo que se refiere al derecho fundamental aquí analizado, concretamente en el ámbito penitenciario:

a) la primera se refiere a que el Convenio no impide que los Estados creen o mantengan la distinción entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario y señalen la línea divisoria entre ellos, pero no se deduce de lo dicho que esta delimitación sea vinculante para las finalidades del convenio;

b) la segunda indica que si los Estados contratantes pudieran, a su gusto, mediante la calificación de una infracción como disciplinaria y no como penal, evitar que se tuvieran en cuenta los preceptos fundamentales de los artículos 6 y 7, la aplicación de éstos quedaría sometida a la voluntad soberana de los Estados. Esta flexible interpretación podría llevar a resultados incompatibles con el objeto y los fines del Convenio.

Así, en la última de las resoluciones citadas, el TEDH señala que *«en su sentencia en el caso Engel y otros, tuvo buen cuidado de advertir que se limitaba, en cuanto a la separación entre lo "penal" y lo "disciplinario", al ámbito en el que se planteaba concretamente la cuestión, que era el del Servicio militar. El Tribunal no ignora que en el ámbito penitenciario hay razones de hecho y políticas que justifican un régimen disciplinario especial; por ejemplo, consideraciones de seguridad y de orden, necesidad de reprimir la mala conducta de los presos con toda la rapidez posible, la existencia de sanciones a la medida de las que los Tribunales ordinarios no pueden disponer, y el deseo de las autoridades penitenciarias de tener vara alta para asegurar la disciplina en sus establecimientos».*

Por lo que se refiere a la relación existente entre este derecho y el de no ser sancionado dos veces por un mismo acto, esta Sentencia destaca que una conducta opuesta al Reglamento de Prisiones puede, en ocasiones, constituir además una infracción penal. Así, señala el TEDH, un acto violento contra un funcionario de prisiones puede ser

un delito de lesiones, y si bien la rebelión o la incitación a ella no inciden intrínsecamente en el Derecho penal común, los hechos que la producen pueden justificar la acusación por conspiración: *«hay que recordar además que, en teoría al menos, nada impide actuar por hechos de distinta naturaleza en el territorio penal y en el disciplinario»*.

3.7. Derecho al respeto de la correspondencia

Este derecho fundamental se establece en el art. 8º.1 del Convenio Europeo: *«toda persona tiene derecho al respeto (...) de su correspondencia»*. En principio, pues, el reconocimiento de este derecho no excluye a nadie de su ejercicio. Sin embargo, el nº 2 del art. 8º establece una serie de excepciones al mismo: a) que la *«injerencia»* en la correspondencia *«sea necesaria para la seguridad nacional»*; b) o para *«la seguridad pública»*; c) o para *«el bienestar económico del país»*; d) o para *«la defensa del orden y la prevención del delito»*; e) o para *«la protección de la salud o de la moral»*; f) o para *«la protección de los derechos y las libertades de los demás»*.

El derecho al secreto de la correspondencia constituye un tema de capital importancia en la vida de la población reclusa. Por lo que se refiere a la configuración que el TEDH ha dado a este derecho, puede acudir a la *Sentencia de 21 de febrero de 1975 -asunto GOLDER-*, la cual señaló que *«la necesidad de interferir en el ejercicio del derecho de un condenado recluso respecto a su correspondencia debe apreciarse en función de las exigencias normales y razonables de la detención. La “defensa del orden” y la “prevención de infracciones penales”, por ejemplo, puede justificar interferencias más amplias en relación con un recluso que con una persona en libertad»*.

En otra ocasión, al resolver la denuncia de unos reclusos que se refería a la interceptación o demora de sesenta y cuatro cartas, el Tribunal Europeo afirmó que *«se deben tener en cuenta las exigencias normales y razonables del encarcelamiento. Reconoce el Tribunal que es aconsejable alguna fiscalización de la correspondencia de los presos, la cual no se opone al Convenio (...)»* (*Sentencia de 25 de marzo de 1983 -asunto SILVER-*).

Por lo que respecta a la configuración de este derecho en el ámbito de la normativa española, ha de señalarse que el Reglamento Penitenciario afirma que, en principio, no se establecerán limitaciones en cuanto al número de cartas que puedan recibir y remitir los internos, *«salvo cuando deban ser intervenidas por las mismas razones que las*

comunicaciones orales» (art. 98.1 RP). Además, el RP permite que el funcionario abra la carta destinada a un recluso, en presencia de éste y, «*en todo caso, la correspondencia entre los internos de distintos Establecimientos se cursará a través de la Dirección y será intervenida*» (art. 98.5 RP). En cuanto a la interpretación jurisprudencial de este derecho fundamental, he de remitirme aquí al siguiente epígrafe por la estrecha relación que guarda con los derechos que allí se analizan.

3.8. Derecho a la intimidad personal y familiar en relación con el derecho al respeto de las comunicaciones de los reclusos

El art. 51 LOGP reconoce el derecho de los internos a tener comunicaciones con sus familiares, amigos y representantes de Organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en caso de incomunicación judicial. Tales comunicaciones, señala el apartado 1, pueden ser en su propia lengua y de forma oral y escrita. Añade el segundo párrafo, que este derecho se ejercerá en armonía con el respeto a la intimidad del recluso, no pudiendo tener más restricciones que «*las impuestas por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento*». Por su parte, el apartado 2 del mismo artículo, consagra el derecho de los reclusos a entrevistarse con el abogado defensor o con el letrado expresamente llamado por el interno (y con el procurador que le represente). Esta disposición establece que estas comunicaciones han de tener lugar en departamentos apropiados, sin que puedan ser suspendidas ni intervenidas «*salvo por orden judicial y en los supuestos de terrorismo*». Dispone finalmente este artículo, en su apartado 5, que no obstante lo señalado anteriormente, estas comunicaciones orales y escritas podrán ser suspendidas o intervenidas, motivadamente, por el Director de la cárcel dando cuenta a la autoridad judicial competente.

El TC ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de las comunicaciones de los reclusos. En este sentido, la *STC 89/1987, de 3 de junio* señaló –en un supuesto en el cual se analizaban las comunicaciones íntimas o «*vis a vis*»– que, pese al reconocimiento normativo expreso de tal derecho, no existe un derecho fundamental a disfrutar de dichas comunicaciones: «*para quienes se encuentran en libertad, el mantenimiento de estas relaciones no es el ejercicio de un derecho, sino una manifestación más de la multiplicidad de actividades y relaciones vitales que la libertad hace posibles*» y las manifestaciones de la libertad no constituyen otros tantos derechos fundamentales, «*por*

importantes que sean en la vida del individuo», sino en los casos expresamente previstos en la CE. Señala Bueno Arús al respecto que, «por lo tanto, impedir las prácticas sexuales a quienes están privados de libertad tampoco implica restricción o limitación de derecho fundamental alguno» (1988: 173).

En un sentido similar al expresado se ha pronunciado la jurisprudencia del TEDH, al señalar que para precisar las obligaciones que el artículo 8 del Convenio impone a los Estados Contratantes en relación a las visitas en las prisiones, hay que tener en cuenta las normales y razonables exigencias de la reclusión y la extensión de la facultad discrecional que se debe conceder a las autoridades nacionales para regular las relaciones del preso con su familia (*Sentencia de 27 de abril de 1988 -asunto BOYLE y RICE-*). En tal sentido, el TEDH concluye indicando que *«como sucede en las visitas en prisión, hay que tener en cuenta la facultad discrecional de que disfrutaban las autoridades nacionales para regular los encuentros de un preso con su familia».*

3.9. Derecho a la libertad de expresión

El art. 10º.1 del Convenio Europeo dispone que *«toda persona tiene el derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras».* En consecuencia, este derecho fundamental abarca una serie de libertades: libertad de opinión, libertad de recibir informaciones o ideas y libertad de comunicar informaciones o ideas. El reconocimiento de las mismas no excluye, en principio, a nadie (*«toda persona...»*) y la circulación de tales opiniones, informaciones o ideas, no puede restringirse a ningún ámbito geográfico (*«sin consideración de fronteras»*).

Este amplio reconocimiento encuentra, sin embargo, numerosas restricciones y/o excepciones: a) Una, genérica, al establecerse que *«el presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa»* (art. 10º.1 «in fine»); b) Otras que pueden someterse a *«ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para»:* “la seguridad nacional”, “la integridad territorial”, “la seguridad pública”, “la defensa del orden y la prevención del deli-

to”, “la protección de la salud o de la moral”, “la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial” (art. 10º.2).

Cuando el TEDH se ocupó de configurar este importante derecho señaló que no se opone al texto del CEDH interceptar la correspondencia de los reclusos cuando las cartas van destinadas a los medios de comunicación para ser publicadas (*Sentencia de 27 de abril de 1988 –asunto BOYLE y RICE–*).

3.10. Derecho a expresarse en su propia lengua en relación con el derecho a la asistencia de un intérprete

El CEDH consagra el derecho de todo acusado «a ser asistido gratuitamente de un intérprete, sino comprende o no habla la lengua empleada en la Audiencia» (art. 6.3.e). Por su parte, la CE reconoce el derecho al uso de las distintas lenguas existentes en las diversas Comunidades Autónomas del Estado español (art. 3.2).

El TC se ha ocupado de configurar el derecho a expresarse en su propia lengua, en el ámbito penitenciario, en diversas ocasiones. Así, la *STC 82/1986, de 26 de junio*, señaló que el derecho al uso del euskera es «un derecho de aplicación progresiva, en función de las posibilidades de la Administración en cada momento, y no puede ser exigido en su totalidad de forma inmediata».

Ello ha sido repetido en otras dos ocasiones por el TC. En efecto, la *STC 2/1987, de 21 de enero* –al tener que pronunciarse acerca de si hubo o no indefensión en un recluso que alegó tal situación al no permitírsele declarar en euskera ante la Junta de Régimen y Administración del Centro penitenciario de Basauri– reiteró la doctrina sentada por la anterior sentencia citada. Se añadió, en este caso, que «no se dá además el presupuesto que el artículo 6.3 del Convenio de Roma establece para reconocer el derecho “a ser asistido gratuitamente por un intérprete”, el no comprender o hablar la lengua empleada en la Audiencia, el castellano, que ha de presumirse en todo ciudadano español, pero cuyo conocimiento consta además, como se deduce de los bien argumentados escritos personales del recurrente. De todo lo anterior se infiere que su falta de declaración oral ante la Junta, por no querer expresarse en castellano, no puede ser alegada aquí como indefensión ocasionada por el Organismo penitenciario». En idéntico sentido se pronunció la *STC 190/1987, de 1 de diciembre*.

3.11. Derecho a la libertad de reunión pacífica y de asociación

El reconocimiento de este derecho fundamental se contiene en el art. 11.1 del Convenio Europeo cuando se dispone que *«toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses»*. Como puede observarse, este derecho fundamental incluye, también, varias libertades individuales. El reconocimiento, pues, de estas libertades es amplio, para *«toda persona»* sin exclusión, en consecuencia, de nadie.

Sin embargo, el nº 2 del art. 11 señala una serie de límites al ejercicio de las mismas. Las restricciones que se señalan han de ser *«previstas por la ley»* excluyéndose, por consiguiente, todo tipo de actuación arbitraria de los poderes públicos y, a la vez, sin que sea ajustada a derecho la imposición de otras restricciones que las establecidas legalmente, por aplicación del principio de legalidad. Parece excluirse, asimismo, cualquier imposición de restricciones por vía reglamentaria si se observa el tenor literal de esta disposición. Con tales requisitos, los límites se refieren a los siguientes supuestos: *«la seguridad nacional»; «la seguridad pública»; «la defensa del orden y la prevención del delito», «la protección de la salud o de la moral»; «la protección de los derechos y libertades ajenas»*. Se permite, asimismo, la imposición de restricciones *«para los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado»*.

Dentro del ámbito penitenciario, tanto la libertad de reunión pacífica, cuanto las de asociación y sindicación en defensa de los intereses de los reclusos cobran una trascendental importancia. Es muy ilustrativo, en consecuencia, analizar el posible reconocimiento de estas libertades en la situación de privación punitiva de la libertad. En este sentido, conviene recordar la narración que hace **García Valdés** en torno a las discusiones que se mantuvieron en el Parlamento español con ocasión de la sanción de la LOGP. Tras comentar la enmienda al art. 24 del entonces Anteproyecto de LOGP que intentó introducir el Grupo Parlamentario Comunista, y que pretendía incluir este derecho fundamental para los reclusos (enmienda que no prosperó), **García Valdés** justifica dicho rechazo al señalar que se trata de un *«derecho desconocido e incompatible con la situación del sistema penitenciario en el que en aquel momento se trabajaba»* (1989: 256-257).

3.12. Prohibición de discriminación

La fundamental garantía de impedir que se produzcan situaciones discriminatorias se contempla en el art. 14 del Convenio Europeo, cuando dispone que *«el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción 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»*. Semejante reconocimiento se halla, en España, en el art. 14 CE.

Pese a ello, tal y como se ha visto en los epígrafes anteriores, tanto el TEDH como el TC han destacado que la situación de especial sujeción en la cual se encuentran los reclusos frente a la Administración penitenciaria provoca una mayor restricción en los derechos de aquéllos, respecto a quienes viven en libertad, pero no por ello ha de pensarse que se producen situaciones discriminatorias entre unas y otras personas.

4. CONCLUSIONES

Tal y como se ha visto, pese al indudable avance que ha supuesto el desarrollo de los *procesos de positivación, internacionalización, multiplicación y especificación* de los derechos humanos, *tales procesos no han logrado todavía consolidar unos verdaderos derechos subjetivos para quienes viven privados de su libertad*. Como se había anunciado en la Presentación de esta Ponencia, y ahora puede comprobarse, *esta «devaluación» de los derechos fundamentales de los reclusos ya se observa en los dos momentos de actuación del derecho que analiza la sociología jurídica: en el de la creación de la norma y en el de su interpretación y aplicación por la Jurisdicción*. Y, además de cuanto aquí se ha mencionado, *cabría analizar la penosa situación en la cual se halla la problemática relativa al derecho procesal penitenciario (cuya inexistencia provoca graves problemas de seguridad y certeza jurídicas) y que ha sido reiteradamente denunciada en las Reuniones de Jueces de Vigilancia Penitenciaria*. Podría indicarse, también, que las normas internacionales que sí han plasmado verdaderos derechos para los reclusos, carecen de vigencia efectiva en el derecho interno al ser simples «recomendaciones» que los organismos internacionales dan a los Estados Miembros. Se alude aquí a las Reglas Mínimas penitenciarias que, tanto en el ámbito de las Nacio-

nes Unidas cuanto en el del Consejo de Europa, han intentado delimitar el status jurídico del interno. Si aquí no se han analizado, ello obedece precisamente a esa falta de vigencia efectiva que impide su invocación ante la Jurisdicción.

Se ha visto, asimismo, que los argumentos esgrimidos por los más altos tribunales de justicia para justificar la «devaluación» de estos derechos, se refieren, unas veces, a *razones de orden y seguridad de los Centros penitenciarios*, otras, a la apelación a la *doctrina de la relación de sujeción especial* en la cual se hallan los reclusos frente a la Administración penitenciaria y, también en otras ocasiones, a la mención de la categoría de los *derechos de aplicación progresiva*. A propósito de ello, **Sánchez Illeras**, quien precisamente se desempeñara como Juez de Vigilancia Penitenciaria, señaló que *«la elaboración de las categorías de derechos de “aplicación progresiva” y la “relación de sujeción especial”, traducen una doctrina que fundamenta la limitación de los derechos fundamentales (...). Para resolver un conflicto de bienes jurídicos (...) se rescata la vieja doctrina de la “relación especial de supremacía” que como guardiana aparece y desaparece como fundamentadora del “status jurídico del penado” según conviene (...). Esperemos únicamente que dichas resoluciones no tengan relación alguna con la condición de penados de sus destinatarios porque ello sería reducir y supeditar su ámbito de libertades a la diligencia de la Administración en cumplir los mandatos constitucionales (...). Sólo resta esperar que no hayamos iniciado el descenso por un plano inclinado –el que justifica las limitaciones de derechos por la relación especial de sujeción– cuyo final es difícil adivinar, pero que hace que el preso sea jurídicamente algo distinto a un ciudadano»* (1992: 16-17).

No parecen existir demasiadas dudas, pues, acerca de la hipótesis que se planteó en la Presentación de esta Ponencia: *la «devaluación» de los derechos fundamentales de los reclusos, diseñada en las normas y delimitada por la jurisprudencia, ha supuesto la construcción (jurídica) de un ciudadano de segunda categoría en comparación con aquél que vive en libertad*. Y, todo ello, sin haber hablado todavía de la situación *de facto* en la cual se encuentran las cárceles. Pero, si la «devaluación» apuntada se observa en niveles anteriores al análisis empírico de la situación penitenciaria, no parece que pueda haber inversión económica suficiente que sea capaz de paliar un cuadro como el descrito, pues éste es precisamente anterior a dicha situación fáctica. Como siempre en el tema penitenciario, cabe preguntarse: ¿qué hacer entonces?

Se ha visto anteriormente que el desarrollo del pensamiento socio-

lógico otorgó un fundamento a la aparición y transformación de los derechos humanos. Se avanzó así hacia una «construcción social» de tales derechos, paradigma que ya no observaba al hombre como ente abstracto, sino en su manera de actuar en la sociedad, según la categoría o *status* que ocupe (como trabajador, como anciano, como extranjero, como enfermo, como joven, etc.). Las luchas protagonizadas por los movimientos sociales (de trabajadores, de la mujer, etc.) para lograr el reconocimiento de mayores cuotas de derechos fundamentales, supone una experiencia que también puede ser aprovechada para potenciar movimientos de defensa de los derechos fundamentales de los reclusos. Ello supone, en realidad, profundizar en la construcción de una «cultura de la resistencia» que ha de partir del convencimiento de que la lucha jurídica sólo puede constituir un medio más –puramente instrumental– para desarrollar una cultura de aquel tipo. Evidentemente, el análisis de algo semejante excede el marco de esta Ponencia¹⁷.

Mientras el empleo de la privación de la libertad no sea superado, y mientras no se produzca un verdadero debate relativo a qué políticas criminal y social ha de tener un *Estado social y democrático de derecho*, algo ha de hacerse con las miles de personas que padecen los negativos efectos de la cárcel (y aquí se alude no solo a los reclusos, sino también a sus familias). La «resistencia» también puede ser una forma lúcida de supervivencia que evite el riesgo de seguir produciendo discursos legitimadores de la cárcel (Pegoraro 1991). Por otra parte, supone que sean los propios afectados –y sus entornos comprometidos en dicha tarea– quienes construyan su propio camino emancipador. Las recientes iniciativas adoptadas por diversos movimientos sociales que, tanto en Catalunya como en el resto del Estado, están promoviendo la constitución de diversas Plataformas de integración de colectivos afectados que luchan en el ámbito penitenciario, suponen claros ejemplos de una forma de «resistencia» que ha entendido aquel mensaje¹⁸. La lucha –jurídica, social y política– encaminada a la promoción de los derechos fundamentales de los reclusos, aún cuando ha de partir del convencimiento de la imposibilidad

¹⁷ En torno a dicho tema puede consultarse Rivera Beiras, 1993, Tesis Doctoral.

¹⁸ Se alude aquí a la reciente constitución de la Plataforma de Support a Presos/es (que, en Catalunya, agrupa a numerosos colectivos afectados por la privación de libertad) y al surgimiento de la Plataforma por las Alternativas a la Construcción de Macro cárceles (que, promovida desde Euskadi por la Asociación Salhaketa, tiene ya una proyección en todo el Estado español).

de lograr una efectiva tutela de aquellos derechos en el interior de la institución de secuestro, puede suponer un escenario de representación permanente de un conflicto que, cuando menos, no puede permanecer en silencio.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ASENSIO CANTISAN, H. (1989): Régimen disciplinario y procedimiento sancionador. En «Revista de Estudios Penitenciarios», Extra 1, Ministerio de Justicia, Madrid.
- BALAGUER SANTAMARÍA, X. (1992): Derechos Humanos y Privación de la libertad: en particular, Dignidad, Derecho a la Vida y Prohibición de Torturas. En: Iñaki Rivera Beiras Coord: *Cárcel y Derechos Humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*, J.M. Bosch S.A., Barcelona, pp. 93-117.
- BERGALLI, R. (1989): El control penal en el marco de la sociología jurídica. En «El derecho y sus realidades», PPU, Barcelona.
- BOBBIO, N. (1989): Diritti dell'uomo e società. En Treves/Ferrari Coords: *Sociologia dei Diritti Umani*, Franco Angeli Ed., Milano, pp. 15-28.
- BUENO ARUS, F. (1989): La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia penitenciaria. En «Poder Judicial», núm. especial III, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- CALVET BAROT, G. (1993): La cárcel y el derecho a la salud: el diseño y la legitimación de una vulneración permanente (Comunicación presentada a estas Jornadas).
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (1989): Diez Años Después: el trabajo penitenciario. En «Revista de Estudios Penitenciarios», Extra 1, Ministerio de Justicia, Madrid.
- FERNÁNDEZ, E. (1984): Teoría de la Justicia y Derechos Humanos, Editorial Debate, Madrid, Serie de Derecho dirigida por G. Peces Barba.
- FERRARI, V. (1989): Sociología dei diritti umani: riflessioni conclusive. En Treves/Ferrari Coords: op. cit., pp. 165-182.
- GARCÍA VALDÉS, C. (1989): Escritos, Ministerio de Justicia, Madrid.
- MUGUERZA, J. (1989): El fundamento de los derechos humanos, Editorial Debate, Madrid, Edición preparada por G. Peces Barba.
- PECES BARBA, G. (1989): Sul fondamento dei diritti umani. Un problema della morale e del diritto. En Treves/Ferrari Coords: op. cit., pp. 101-116.
- PEGORARO, J. (1991): Degradación o Resistencia: dos modos de vivir en una cárcel. Ponencia presentada al Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati.
- RIVEIRA BEIRAS, I. (1993): La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La cárcel, los movimientos sociales y una cultura de la resistencia. Tesis Doctoral, Departamento de Derecho Penal y Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona (en prensa).
- RODRÍGUEZ SÁEZ, J.A. (1993): Derechos fundamentales en la cárcel: referencia al derecho de defensa (Comunicación presentada a estas Jornadas).

- RODRÍGUEZ SÁEZ, J.A. (1992): El derecho de defensa y de asistencia letrada en la fase de ejecución de las penas privativas de libertad. Un análisis del deber ser. En: Iñaki Rivera Beiras Coord: op. cit., pp. 195-232.
- SÁNCHEZ ILLERAS, I. (1992): Derecho a la tutela judicial efectiva de personas privadas de libertad (especial referencia a la asistencia letrada). Ponencia presentada a la Mesa Redonda sobre «Cárcel y Derechos Humanos», organizada por el Grup de Presons de la Comissió de Defensa dels Drets de la Persona del Col·legi d'Advocats de Barcelona, el 22 de febrero de 1992.
- SOUSA, B. (1989): Os direitos humanos na pós-modernidade. En *Direito e Sociedade* (Boletín de la Associação Portuguesa de Estudos sobre o Direito em Sociedade), marzo 1989, nº 4, pp. 3-12.
- TREVES, R. (1989): Diritti umani e sociologia del diritto. En TREVES/FERRARI Coords: op. cit., pp. 7-14.
- TRUYOL Y SERRA, A. (1984): Los derechos humanos, Ed. Tecnos, Madrid.

1. CONFRONTACIÓN O COLABORACIÓN

Remei Bona Puigvert

Magistrada-Juez del Juzgado
de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Barcelona

Las relaciones entre la Administración Penitenciaria y los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria están de actualidad, ya que los medios de comunicación social han puesto en su punto de mira toda la materia penitenciaria a partir de determinados sucesos luctuosos en los que han sido protagonistas penados que estaban disfrutando de beneficios penitenciarios, como permisos, regímenes abiertos o en situación de libertad condicional.

La natural consternación producida por dichos sucesos, han hecho cuestionar tanto la legislación penitenciaria, como las concretas resoluciones judiciales que en último término, concedieron los beneficios penitenciarios a las personas que han sido los presuntos autores de nuevos delitos, mientras disfrutaban de dichos beneficios.

Las declaraciones de responsables políticos o de la administración penitenciaria ante los medios de comunicación, han estado preferentemente dirigidas a adjudicar la responsabilidad dimanante –tanto de la concesión de los beneficios como de los resultados negativos de algunos de ellos– a las resoluciones de la autoridad judicial, ya que a ésta corresponde la última decisión, y ello independientemente que la actuación judicial haya estado en consonancia con las propuestas de la propia administración penitenciaria, eludiendo así su propia responsabilidad, o las carencias de medios materiales y humanos que están en el origen de la deficiente aplicación de la normativa penitenciaria.

Al mismo tiempo se ha producido una reacción social contraria a la política penitenciaria, en concreto a la concesión de permisos, clasificación en regímenes abiertos o acortamiento de penas, tildando la

vigente L.O.G.P. de ingenua o utópica, atribuyendo a dicha normativa con carácter casi exclusivo, la inseguridad ciudadana, olvidando el caldo de cultivo social en que germinan determinadas conductas delictivas, como la marginalidad, la pobreza, las deficiencias educacionales o de formación, la desestructuración familiar o la violencia y agresividad que es consustancial en el seno de la propia sociedad. Es decir, que se ha puesto el acento en la política penitenciaria como la causante de los males sociales, desechando la búsqueda de las causas por las que estos males tienen lugar.

No es mi intención en este trabajo ahondar en dichas causas, ni tampoco contribuir a la exacerbación de la polémica entre Administración Penitenciaria y Juzgados de Vigilancia Penitenciaria en el sentido de eludir la responsabilidad exclusiva de la actual situación, y ello por lo estéril de la citada polémica, sino que mi aportación estará dirigida, precisamente a clarificar las funciones que corresponden a cada uno de los estamentos, poniendo especial acento en las competencias de carácter judicial, señalando los problemas y conflictos actuales y proponiendo soluciones o alternativas para evitar en lo posible las actuales disfunciones.

LA JURISDICCIÓN PENITENCIARIA

Competencias genéricas

Hasta la vigente regulación penitenciaria, había sido una constante en nuestro Derecho confiar a las autoridades administrativas la ejecución de las penas privativas de libertad. Así la competencia del Tribunal Sentenciador terminaba con el ingreso del penado en el establecimiento penitenciario, sin perjuicio de la posterior intervención del órgano judicial para proceder al licenciamiento definitivo.

En otras palabras, la jurisdicción se despedía del reo a la puerta del penal, limitándose a constatar su permanencia en el mismo hasta la extinción de la pena. Más aún, incluso dicho licenciamiento definitivo no dejaba de ser marcadamente formal, ya que por lo común el interno había abandonado antes el establecimiento para disfrutar de la libertad condicional, en cuya concesión el Tribunal Sentenciador no había tenido intervención decisoria.

Tanto la Constitución Española de 1978, como la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979, y el posterior Reglamento Penitenciario de 1981, vinieron a modificar sustancialmente esta situación in-

introduciendo el control jurisdiccional en la ejecución de la pena. Se trataba de evitar, pues, que la Administración pueda variar, sin control judicial, el sentido del fallo condenatorio; corregir los abusos y desviaciones que pueda incurrir la propia Administración en el trato con los penados y garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los reclusos que no hubieran quedado limitados o restringidos por la sentencia condenatoria.

Así, si no queremos conformarnos con una apariencia de legalidad, habrá que reconocer que las penas, más que por el nombre, se identifican por su contenido. Este contenido –en el que se incluye, en su caso, la duración–, es lo que importa para establecer la imprescindible proporcionalidad entre la pena y la culpabilidad del condenado. Los Jueces y Tribunales no pueden ni renunciar a lo que se integra en su función específica, ni entregar a la Administración esas «penas en blanco» que, a semejanza de lo que sucede en los cheques entregados en tales circunstancias, serán luego rellenados por el portador.

No basta pues, con fijar un límite temporal máximo, y ello no sólo porque, como se ha indicado, el contenido de la pena no depende únicamente de su duración, sino también y sobre todo porque se trata de la individualización penal.

La sentencia penal no es algo estático y quieto, sino –como escribe Ruiz Vadillo– un principio de actividad que dinámicamente se agrava o se atenúa. La pena es una institución delicadísima que se pone en manos del Poder Judicial y ha de ser concebido como un todo infraccionable. De ahí que sus alteraciones deban someterse a unas garantías que enlazan con el propio Art. 24 de la C.E.

Por todo ello, las tres facetas sobre las que actúa la jurisdicción penitenciaria: la ejecución en sentido estricto; la problemática meramente administrativa y la necesidad de garantizar con eficacia los *Derechos Fundamentales* que el penado conserva, queda claro el complejo carácter de lo que, en definitiva, se entiende como Jurisdicción Penitenciaria.

Competencias concretas

Al margen que el Juez de Vigilancia del estado español se aproxime más al italiano o al francés –como sostienen algunos autores–, habría que reconocer que hemos acabado con una figura híbrida, y ello por las numerosas funciones que se le han atribuido –mucho más extensas y polifacéticas que entre sus homólogos extranjeros–, el órgano judicial español ofrece una complejidad difícilmente superable.

Intentando una labor de síntesis, pueden distinguirse tres grupos de funciones dentro del Art. 76 de la L.O.G.P.

Funciones que ya correspondían a los Jueces Penales: garantizar el cumplimiento de la condena y efectuar las visitas a los C.P.

Las que tenían atribuidas las Salas de lo Contencioso Administrativo: resolver reclamaciones de naturaleza administrativa (sanciones y clasificación en segunda instancia).

Las que correspondían a la Administración Penitenciaria: beneficios penitenciarios, sanciones, régimen interno, permisos y paso a regímenes cerrados.

A éstas deben añadirse las atribuidas en el Art. 77 de la L.O.G.P. en relación con las propuestas que la autoridad judicial puede formular a la Administración.

En síntesis pues, la jurisdicción penitenciaria presenta tres vertientes de actuación muy diversa: En primer lugar, responde al ya indicado propósito de judicializar la ejecución, es decir, el reforzamiento de la garantía de ejecución, convirtiéndola de administrativa en judicial, o si se prefiere, judicializando por completo lo que antes sólo estaba en una pequeña parte.

En segundo lugar, el Juez de Vigilancia Penitenciaria se convierte en el garante del correcto funcionamiento de los establecimientos penitenciarios, al menos en aquellos casos que más directa y particularmente afecten a los derechos de los internos.

Finalmente, tiene atribuida la facultad de formular propuestas a la Administración Penitenciaria en aquellas materias relativas a actividades regimentales, económico administrativas y de tratamiento penitenciario en sentido estricto.

LAS RELACIONES ENTRE LA ADMINISTRACIÓN PENITENCIARIA Y LOS JUECES DE VIGILANCIA PENITENCIARIA - UNA DIFÍCIL COLABORACIÓN

Sentadas las funciones atribuidas a la jurisdicción penitenciaria, las relaciones entre la misma y la Administración penitenciaria se mantienen en un continuo equilibrio inestable, a cuyo mantenimiento contribuyen una serie de factores, en muchos casos ajenos a ambos estamentos y que hacen difícil el cumplimiento de lo previsto en el párrafo 2º de la Disposición Transitoria Quinta del Reglamento Penitenciario cuando previene que «los diversos organismos de la Administración Penitenciaria, en sus respectivos casos, se relacionarán con

dichas Autoridades (los Jueces de Vigilancia), a efectos de elevación de expedientes y colaboración en cuantos asuntos sean legalmente de su competencia».

Si a ello se añade que el Tribunal Supremo se ha pronunciado en el sentido de considerar «que la actividad administrativa penitenciaria tiene un carácter subordinado e instrumental, respecto de las decisiones jurisdiccionales que afecten a la libertad personal», de acuerdo con los Arts. 103 y 106, de la Constitución Española que establecen el sometimiento pleno de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho y que atribuye a los Tribunales el control de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, puede tenerse una idea aproximada de la complejidad de esta relación que descansa sobre el binomio **sometimiento-colaboración**.

Los factores que contribuyen a dificultar las relaciones entre la Administración penitenciaria y los Juzgados de Vigilancia pueden resumirse en los siguientes apartados:

Insuficiencia normativa

No existe desarrollo alguno en materia procesal, lo que ha dado lugar a múltiples problemas para determinar el sistema de recursos; los efectos de los mismos; la legitimidad de las partes o la asistencia letrada de los reclusos.

Así, todavía se siguen planteando conflictos para determinar la legitimación del Ministerio Fiscal en determinadas materias penitenciarias, y en el caso de la propia Administración parece que la misma no está legitimada como parte en el marco de la jurisdicción penitenciaria, a pesar de que algunas resoluciones judiciales le afecten de forma directa.

A nivel sustantivo también se detectan importantes lagunas, principalmente en aquellas materias en las que la competencia de la Administración y de la Jurisdicción penitenciaria no están bien delimitadas, como el régimen interno de los establecimientos penitenciarios que afecta de forma directa a los internos.

Falta de unificación jurisprudencial

El hecho de que las resoluciones en materia penitenciaria tengan vedado el acceso al recurso de casación, ha provocado que en la ac-

tualidad coexistan una serie de criterios dispares sobre materias penitenciarias, existiendo tantas interpretaciones como Salas de Audiencias Provinciales en todo el Estado Español, que conocen de los recursos de apelación que interponen las partes contra las resoluciones de los distintos Jueces de Vigilancia Penitenciaria.

Ello es motivo de continuas disfunciones, ya que la Administración Penitenciaria no puede atenerse a un criterio judicial uniforme, y, en muchas ocasiones elude la jurisdicción de determinados Jueces de Vigilancia Penitenciaria, sustrayendo de su jurisdicción determinadas materias mediante la política de traslados de los reclusos.

Insuficiente regulación en materia de quejas y peticiones de los reclusos

Dichas peticiones o quejas se refieren en la mayoría de las veces, a cuestiones relativas al régimen interior de los C.P., cuya competencia corresponde a la Administración a menos que afecten a los *Derechos Fundamentales* de los internos.

En algunos casos, y en base a esa deficiente regulación, los penados los utilizan como recursos innominados sobre materias específicas que ya tienen prevista la vía del recurso concreto (clasificaciones en la mayoría de ocasiones).

En cualquier caso, se trata de una problemática que incide en áreas en las que la frontera entre las competencias administrativas y judiciales no está bien definida, y aún en el supuesto de que sea estimada la queja interpuesta por el interno, la facultad jurisdiccional queda limitada a la formulación de la correspondiente propuesta a la Administración, lo que en muchas ocasiones conduce a la ineffectividad de la queja estimada.

Sanciones Disciplinarias

La tramitación de los Expedientes Disciplinarios, esencialmente de carácter administrativo y en los que el Juzgado de vigilancia Penitenciaria tiene sólo atribuidas funciones de conocimiento en segunda instancia, hace ineficaz en muchas ocasiones el principio de la presunción de inocencia de los internos, ya que por la propia dinámica de la tramitación de dichos Expedientes los partes están avalados por varios funcionarios y los internos en contadas ocasiones pueden

aportar pruebas de descargo esencialmente de carácter testifical, máxime cuando por la carga de trabajo de los Juzgados y el gran número de expedientes disciplinarios no puede hacerse tampoco efectivo el principio de inmediación judicial.

En el caso de la imposición de sanciones, la administración en muchas ocasiones las convierte en ejecutivas, aún cuando el interno haya interpuesto el correspondiente recurso y, aunque formalmente no las ejecute inmediatamente, utiliza el recurso de los medios coercitivos (aislamiento provisional), por el que sólo tiene que dar cuenta al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

Permisos

Toda la materia relativa a la concesión de los permisos de salida adolece también de una serie de disfunciones. En primer lugar porque en muchas ocasiones la política de concesión de dicho beneficio a determinados internos está condicionada por circulares o instrucciones internas, en las que priman una serie de factores, en muchas ocasiones de naturaleza política o de oportunidad al margen de la real evolución del penado.

En segundo lugar, porque en los Centros Penitenciarios principalmente aquellos que acogen a un gran número de internos, los equipos de tratamiento carecen de los medios materiales y humanos suficientes para el conocimiento y valoración idónea de la población reclusa, así como para determinar las garantías de buen uso de la salida y ello debido a la masificación en dichos establecimientos.

Finalmente, porque los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria carecen también de medios materiales y humanos para poder contrastar mediante peritos de su confianza, los informes de los equipos técnicos de los Centros Penitenciarios, y ello a diferencia de otras jurisdicciones en que las partes asumen los honorarios de los expertos designados por el Juez, ya que en Vigilancia Penitenciaria, el único profesional a disposición del Juzgado es el Médico Forense.

Clasificaciones

En esta materia, valga reproducir lo expuesto en el apartado anterior, añadiendo que en muchas ocasiones la propia administración procede al oportuno traslado del recluso, cuando su clasificación sea

más o menos conflictiva, dependiendo de la jurisdicción de vigilancia que pueda conocer del eventual recurso que el interno o el Ministerio Fiscal pueda interponer en su día.

A ello debe añadirse que por carencia de plazas en régimen abierto, especialmente en el caso de las mujeres, en muchas ocasiones los internos clasificados en Tercer Grado por resolución judicial deben aguardar varios meses para acceder a la Sección Abierta.

Redenciones de penas por el trabajo

Esta materia ha sido también fuente de conflictos y disfunciones entre la administración y la jurisdicción penitenciaria, ya que al margen de que la administración pueda estar interesada en un acortamiento de condenas, debido a la insuficiencia de plazas penitenciarias como sostienen algunos estamentos judiciales, lo cierto es que la **inexistencia de ocupación laboral para la totalidad de la población reclusa, hace inoperante el derecho al trabajo de los penados reconocido en el Art. 25.2 de la C.E. y, en su consecuencia, la inexistencia de ocupación retribuida y el acortamiento estrictamente legal de las penas previsto en el vigente Reglamento de los Servicios de Prisiones, ya que la Administración procede a suplir estas carencias con el establecimiento de una serie de actividades de toda índole para tener ocupada a la población reclusa, elevando las correspondientes propuestas de redención por las mismas, a fin de que sean aprobadas judicialmente.**

La indefinición normativa en este sentido, ya que el Reglamento Penitenciario no preveía la redención de penas por el trabajo, que si bien se mantiene en el citado Reglamento de Servicios de Prisiones, unido a la imposibilidad de control efectivo por parte de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria sobre esta materia, máxime si ostentan la jurisdicción de varios Centros Penitenciarios y la falta de unificación jurisprudencial, es en estos momentos una de las fuentes de conflicto entre la administración y la jurisdicción penitenciaria.

CONCLUSIONES Y ALTERNATIVAS A LA ACTUAL SITUACIÓN

1º) El insuficiente desarrollo normativo en materia penitenciaria, especialmente en materia procesal, es fuente de continuos conflictos y disfunciones entre la administración y la jurisdicción penitenciaria,

máxime cuando ambos estamentos se encuentran deficitarios tanto en medios materiales como humanos para que la aplicación de la vigente normativa contenida en la L.O.G.P. como en el R.P. no sea pura retórica.

En este sentido, debe ser considerado paradójico que se proponga por parte de algunos medios la derogación o reforma de la L.O.G.P., sin que en la práctica se haya podido aplicar por falta, precisamente, de los medios idóneos previstos en su articulado.

2ª) Es urgente la correspondiente **regulación procesal en materia penitenciaria y su inclusión en la Ley de Enjuiciamiento Criminal**, precisamente en el apartado relativo a la ejecución de las penas. La presente normativa contenida en la Disposición Adicional Quinta de la L.O.P.J. es además de insuficiente, incongruente y fuente continua de conflicto entre Administración, Ministerio Fiscal, Juzgados de Vigilancia Penitenciaria y Salas de Audiencia Provincial.

3ª) **La unificación de criterios judiciales en la ejecución es más importante aún que a nivel de aplicación de penas.** Si no se logra una unificación jurisprudencial continuará la situación actual, en la que basta el traslado del interno de un centro a otro para eludir o modificar el contenido real de una resolución.

Los agravios comparativos conllevan siempre una dosis de injusticia, pero sus efectos son particularmente graves en el ámbito penitenciario. La Administración debería operar, a su vez, de manera uniforme.

4ª) Tanto la Jurisdicción como la Administración penitenciaria deben asumir su respectiva cuota de responsabilidad en tanto no se modifique la situación actual, sin pretender eludir el resultado de sus propias actuaciones, analizando las causas y no tanto los efectos de los fracasos que se produzcan en esta materia, sin perder de vista la orientación constitucional de que la ejecución de la pena ha de estar dirigida a la reinserción de los penados aún en situaciones en las que la reacción social parezca contraria a la finalidad resocializadora, y ello por la responsabilidad que constitucionalmente tienen atribuida.

La regresión a actitudes correccionalistas no sólo sería contraria a la letra y espíritu de nuestro ordenamiento jurídico, como ineficaz y estéril en cuanto niega los medios para aquellos penados que estén en condiciones de modificar sus conductas antisociales, resultando estas actitudes regresivas –potenciadas y manipuladas por los medios de comunicación–, como altamente perjudiciales para la comunidad en su conjunto por la carga de violencia y agresividad que comportan.

2. ADMINISTRACIÓN Y JURISDICCIÓN PENITENCIARIA: RESPONSABILIDADES Y CONFLICTOS

Jesús Alonso Cristóbal

Coordinador de la Fiscalía de Vigilancia Penitenciaria
del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya

Como punto de partida, hay que señalar que el panorama jurídico español en materia de ejecución de penas ha variado totalmente después de la Constitución de 1978, pues si bien es cierto que antes de la misma ya existía el doble contenido de la función jurisdiccional como facultad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, no lo es menos que la intervención del poder judicial en la ejecución de las penas en la España preconstitucional fue prácticamente inexistente; así podríamos decir que la misma se limitaba a ordenar el ingreso de los penados en el establecimiento penitenciario, y pasado el tiempo de la condena, a decretar el licenciamiento definitivo del penado y el archivo de la ejecutoria correspondiente. En ese lapso de tiempo, variable según la pena, era la Administración la que controlaba y determinada cómo se cumpliría la sentencia impuesta. Sólo el artículo 526 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se refería a la intervención del Juez en ese período *administrativo* de la pena al señalar: «El juez instructor visitará una vez por semana, sin previo aviso ni día determinado, las prisiones de la localidad, acompañado de un individuo del Ministerio Fiscal, que podrá ser el Fiscal municipal delegado al efecto por el Fiscal de la respectiva Audiencia; y donde exista este tribunal, harán la visita el Presidente del mismo o el de la Sala de lo Criminal y un Magistrado, con un individuo del Ministerio Fiscal y con asistencia del Juez instructor.

En la vista se enterarán de todo lo concerniente a la situación de

los presos o detenidos, y adoptarán las medidas que quepan dentro de sus atribuciones para corregir los abusos que notaren».

Las escasas y poco concretas competencias que en la ejecución de la pena de privación de libertad se atribuían a los órganos jurisdiccionales con anterioridad a la creación de la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria, no plantearon problemas de ningún tipo por su general incumplimiento. Ahora bien, si el panorama era desolador respecto al poder judicial, ¿qué es lo que pasaba y qué perspectivas ofrecía el Ministerio Fiscal?: la respuesta no puede ser otra que una desolación aún mayor; efectivamente, si poco intervenía el Juez menos lo hacía el Fiscal.

El Fiscal, ese sujeto tan desconocido del ordenamiento jurídico español, tenía ya en su ser las potencialidades que en la actualidad está desarrollando de forma plena; además de su diversa caracterización jurídico-política, a lo largo de toda su existencia (que lo llevó de ser el representante del Gobierno ante los tribunales, a órgano de comunicación natural del ejecutivo con la administración de justicia, y de aquí a integrante autónomo del poder judicial) el Ministerio Público siempre fue el defensor de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos. Todo esto, de idéntica forma a como ocurrió en otras parcelas de nuestro sistema legal, varió radicalmente con la promulgación de la Constitución, origen y guía del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 30 de diciembre de 1981 (a partir de ahora E.O.M.F.). En efecto, el Ministerio Fiscal se encuentra regulado en el Título VI de la Carta Magna, bajo la rúbrica *DEL PODER JUDICIAL*, en cuyo artículo 124 se lee: «El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como a velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.

El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.» Esta definición la volvemos a encontrar en el artículo 1º del EOMF, y en el art. 2º se remacha lo anterior al decir que: «El Ministerio Fiscal, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, ejerce su misión por medio de órganos propios...». De todo esto se deriva que en la actualidad la unidad de actuación y la dependencia jerárquica son meros aspectos instrumentales al servicio de la le-

gualidad e imparcialidad que prevalecen sobre cualquier otra consideración.

Vista a grandes rasgos la configuración actual del Ministerio Fiscal cabe preguntarse cuál es su intervención en la jurisdicción penitenciaria, una vez promulgada la Ley Orgánica General Penitenciaria de 26 de septiembre de 1979 y su Reglamento de 8 de mayo de 1981; de la lectura de ambos textos legales sacamos la conclusión de que está ausente de los mismos; ni una sola mención aparece en su articulado; ¿quiere esto decir que el Fiscal no interviene en el mundo penitenciario, que su misión de velar por los derechos y libertades de los ciudadanos choca contra los muros de la prisión sin penetrarlos?, ¿acaso es posible que los ciudadanos más desvalidos no gocen de la protección del Ministerio Público? La respuesta a estas preguntas es clara y contundente: a pesar de esas lagunas, el Fiscal es parte esencialísima de la jurisdicción penitenciaria, tal como se deduce claramente de la lectura de la Constitución y del EOMF; en efecto, el Estatuto Orgánico confiere la misión de velar para que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente... ejercitando en su caso las acciones, recursos y actuaciones pertinentes (art. 3,1º); así mismo el art. 4,2º establece que el Fiscal podrá: «Visitar en cualquier momento los centros o establecimientos de detención, penitenciarios o de internamiento de cualquier clase de su respectivo territorio, examinar los expedientes de los internos y recabar cuanta información estime conveniente». Por lo tanto, el ciudadano preso o detenido, podrá gozar de la protección del Ministerio Fiscal en toda su extensión y con plenitud de garantías.

Lo ideal hubiese sido que la legislación penitenciaria hubiese mencionado expresamente la figura del Fiscal, tal como se hizo en *Las Prevenciones de la Presidencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1981*, pero de todos modos la laguna se cubre con la legislación mencionada.

Sentado el marco de la plena y total intervención del Fiscal en el mundo penitenciario cabe preguntarse qué relación mantiene el mismo con la administración penitenciaria, es decir, ¿existe colaboración o confrontación? El principio general es, por supuesto, de colaboración, como no podría ser menos en instituciones responsables que tienen por finalidad lograr que la población reclusa goce de todos sus derechos y libertades, con la sola excepción de los limitados por las propias sentencias; ahora bien, en el fondo subyace un recelo mutuo, fruto no sólo de nuestra historia pasada en el que la Administración penitenciaria era dueña y señora del período comprendido

entre la entrada y salida de la prisión, sino también porque la susodicha administración sigue considerando el control jurisdiccional como una injerencia de individuos e instituciones *extraños a la prisión y que no viven ni entienden su peculiaridad*. El Juez y el Fiscal de Vigilancia penitenciaria, frente a la administración, se constituyen en garantes de los derechos y libertades de los internos, por cuanto en ellos, como integrantes del poder judicial (el primero como magistratura decisoria y el segundo como magistratura postulante), reside la decisión última en infinidad de cuestiones, decisión que en ocasiones coincidirá con la de la administración, y en otras no. Luego cabe declarar que la colaboración, en el respeto de las mutuas y diferentes funciones, es lo que preside la actuación del Fiscal y del Juez con respecto a la administración.

LA JURISDICCIÓN PENITENCIARIA

La perfecta separación entre el poder judicial y la administración penitenciaria ha de ser un hecho asumido por todas las instituciones implicadas; pero esta separación no quiere decir que exista distanciamiento ni falta de colaboración, sino todo lo contrario; pero como decía García Valdés, *el juez de vigilancia tampoco debe configurarse como un híbrido de juez-agente penitenciario, sino autoridad judicial especializada e independiente; y lo mismo debe decirse del Fiscal de VP*. A sensu contrario, la administración no debe de ningún modo intentar convertirse en un ente u órgano pseudojudicial.

La jurisdicción penitenciaria, en la actualidad, está determinada y configurada por la Constitución de 1978, la Ley Orgánica General Penitenciaria (a partir de ahora LOGP), el Reglamento Penitenciario y la Ley Orgánica del Poder Judicial; en concreto las competencias del Juez de Vigilancia se recogen en los artículos 76, 77 y 78 de la LGP; también encontramos competencias en los arts. 17,3º a propósito de la libertad condicional y en el 45,2º en cuanto a la obligación del director de la prisión de poner en conocimiento del juez el uso de medios coercitivos; pero resumiendo y globalizando, podríamos decir que las facultades y competencias del juez son las siguientes:

1º) Adoptar todas las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo, asumiendo las funciones que corresponderían a los jueces y tribunales sentenciadores.

2º) Resolver todas las propuestas de libertad condicional y sus revocaciones.

3º) Aprobar las propuestas que formulen los centros penitenciarios sobre beneficios que puedan suponer acortamiento de condena.

4º) Resolver reclamaciones de naturaleza administrativa, como sanciones y clasificaciones en segunda instancia.

5º) Las propuestas que el Juez de VP puede hacer a la administración según el tenor literal del artículo 77 de la LOGP.

Establecidas las funciones y competencias del juzgado de VP, ¿cuál es la intervención concreta del Fiscal?: la respuesta no puede ser otra que la de una intervención en paralelo a la del juez; en el campo penitenciario el Fiscal tiene la función principal de velar por el cumplimiento de la legalidad en todas las cuestiones relativas a la situación de presos y detenidos, y en cuanto tal, se le dan traslado de todos los escritos en solicitud de quejas o recursos que se planteen ante el juzgado de Vigilancia para que informe; también tiene el Ministerio Fiscal funciones de vigilancia y control sobre el régimen de vida en prisión, y puede promover cuantas acciones sean necesarias frente al incumplimiento de la normativa penitenciaria; además el Fiscal, por sí mismo y sin intervención previa del juez, puede recabar de la administración y de los centros la información que estime por conveniente, puede recibir denuncias de los internos que luego tramitará ante el juzgado de VP; puede recibir a internos y familiares de éstos para tramitar sus quejas y sustanciarlas en el caso de estimarlas ajustadas, y en definitiva, todas aquellas que las leyes confieren el Ministerio Fiscal, por cuanto no debe olvidarse que el Ministerio Público es único y como tal, todos sus integrantes participan de la plenitud de funciones conferidas al total de la Institución.

Una ventaja del Fiscal de Vigilancia frente al Juez de la misma jurisdicción radica en las Diligencias informativas que ambos pueden abrir para examinar e investigar la existencia de hechos posiblemente delictivos o infractores de normas y reglamentos administrativos; mientras que el Juez de VP, en cuanto tiene noticia de hechos delictivos tiene que enviar el material recogido al juzgado de guardia, el Fiscal, por las competencias que le confiere su Estatuto Orgánico, puede agotar esa investigación y en el caso de considerar que los hechos investigados revisten los caracteres de delito, interponer la oportuna querrela en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal; o si considera que los hechos investigados revisten carácter administrativo, recabar la intervención de la administración competente para depurarlos. Por tanto, la ventaja radica en que quien investiga ejercita la acción penal, con el conocimiento que le da comprender la jurisdicción de la que dimana.

Ahora bien, ¿cómo se articulan estas competencias, o mejor dicho, qué procedimiento está previsto para ejercerlas?: la LOGP no establece un procedimiento, sino que deja eso a una ley posterior; desgraciadamente, esa ley no existe y nos tenemos que conformar con unos principios procesales magros y poco más o menos ininteligibles; me estoy refiriendo, como no, a la Disposición Adicional Quinta de la LOPJ, cuya enrevesada lectura y difícil comprensión se convierte en un ejercicio de funambulismo jurídico. Si existe una jurisdicción que requiera un procedimiento sumario, ágil y con garantías suficientes, ése es el de la jurisdicción penitenciaria; frente a esto, tenemos que hacer uso por analogía de las normas dispuestas en la ley de enjuiciamiento criminal, que si ya pecan de lentas para la jurisdicción a la que van dirigidas, en cuanto *ponen el pie* en el ámbito penitenciario alargan los trámites al infinito. El legislador se olvida que aquí se requiere una respuesta rápida que haga efectivos no sólo los derechos de los internos, sino también las sanciones y reproches de la administración penitenciaria sobre los mismos. No olvidemos que por la especialísima sujeción que se da entre los sujetos sometidos a esta jurisdicción, la comunicación o retroalimentación entre ellos ha de ser casi instantánea.

Pero no solamente tenemos el problema de la ausencia de un «derecho procesal» propio (que la buena voluntad de las Reuniones de Jueces de Vigilancia Penitenciaria no ha podido suplir), sino que también carecemos de unidad jurisprudencial por imposibilidad de que se pueda acudir al recurso de casación, lo que hace que exista tanta jurisprudencia como Audiencias Provinciales existen en España, lo que a su vez introduce un gran peligro: que la administración, sabiendo los criterios judiciales que rigen en cada demarcación judicial, puede elegir para determinados presos el juez *más adecuado* a sus pretensiones; también tiene el peligro de que esa falta de unificación en la cúspide suponga un quebrantamiento del principio constitucional de igualdad de tratamiento. Esto podría ser paliado por la actuación uniforme del Ministerio Fiscal en el ámbito de España, pero lejos de esto, la Fiscalía General del Estado no ha establecido normas concretas de actuación para los Fiscales de esta jurisdicción, a pesar de que los propios jueces así se lo han pedido en diversas reuniones. De todos modos, en el ámbito de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, pionera en tantas cosas, no sólo se han realizado Juntas Generales para tratar de estos asuntos, sino que se ha creado un servicio propio de Vigilancia Penitenciaria, con una estructura piramidal a cuyo frente se ha situado un Fiscal Coordina-

dor de la materia, que realiza periódicas Juntas de Fiscalía de VP con el fin de unificar criterios de actuación y de este modo lograr, ante peticiones similares, respuestas iguales; del contenido de las mismas, como es lógico, se da cuenta a la Junta general de fiscalía, y para su conocimiento, a los diversos juzgados de vigilancia y a la administración penitenciaria.

De todos modos, y para no ser injustos, si bien es cierto lo dicho en líneas anteriores, no lo es menos que existen diversas Circulares y Memorias de la Fiscalía General del Estado en las que se contienen estudios y reflexiones de especial interés sobre estos temas, consecuencia de la inquietud y preocupación de los respectivos fiscales siempre en contacto con la realidad social, jurídica en general y penitenciaria en particular, dadas las atribuciones que tienen encomendadas.

ASPECTOS PENITENCIARIOS DE INTERÉS FISCAL

1º) Clasificación: El Fiscal de VP ha tenido y tiene especial interés en el control jurisdiccional de las progresiones y clasificaciones de grado, especialmente de clasificación inicial, habida cuenta de la importancia y trascendencia que dicha facultad de la Administración penitenciaria tiene a la hora de llevar a cabo un cumplimiento efectivo de las penas privativas de libertad y la función de velar por la eficacia de las resoluciones judiciales que al Ministerio Público compete.

2º) Permisos de salida: El Fiscal de VP tiene especial interés en esta materia, no sólo porque durante los mismos se puede presentar una ocasión de vulnerar la efectividad de las resoluciones judiciales, sino porque de acuerdo al fin constitucional de lograr la resocialización y reinserción de los penados, corresponde al Fiscal, como garante de la legalidad, vigilar que el interno reúne los requisitos exigidos por la ley y que con esa salida su tratamiento científico se verá favorecido; el problema radica en que en estas materias, no se pone al preso frente al delito cometido, sino frente a su comportamiento regimental, con las desvirtuaciones que esto puede suponer en orden a su correcto tratamiento individualizado.

3º) Redenciones: La importancia de esta materia radica en que con su aprobación, se produce una disminución sustancial de la duración de las penas impuestas por los jueces y tribunales. El Fiscal de VP debe ser diligente en la constatación de la realización de las acti-

vidades que dan lugar a la generación de la redención (en su doble vertiente de ordinaria y extraordinaria), para de este modo evitar que con actividades ficticias o nulas se vulnere el mandato judicial contenido en las sentencias.

4º) Sanciones disciplinarias: El control jurisdiccional de este tipo de actuación administrativa es, en la práctica, meramente formal, por no tener otro medio de conocimiento del hecho sancionable que el remitido por el propio centro. El principio de presunción de inocencia prácticamente brilla por su ausencia, dado que la palabra del funcionario en la mayoría de las ocasiones conlleva la sanción correspondiente, amén de la dificultad probatoria que tiene el preso, no sólo por su situación, sino también por la lentitud de los trámites en este tipo de expedientes.

5º) Régimen del artículo 10: El Fiscal de VP tiene especial interés en este régimen de vida previsto en la ley orgánica, por cuanto el mismo se ha utilizado frecuentemente como un puro régimen sancionador de aislamiento, superior al señalado por la LOGP y su reglamento. Además, dada su dureza y la inexistencia en la mayoría de los centros de un proyecto medioambiental para este tipo de situaciones, es preciso su estrecho control para evitar que el mismo afecte al interno de manera negativa. Por tanto el Fiscal de VP debe procurar que en este régimen el interno goce de un tratamiento adecuado a su situación, individualizado e independiente del de los demás internos.

6º) Libertad Condicional por aplicación del artículo 60: En este tipo de situaciones, el Fiscal actúa con criterios ciertamente restrictivos, no sólo para evitar situaciones de abuso por parte de la administración, que de este modo vulneraría el deber que tiene de cuidar y velar por la salud de los internos, si no también para evitar además situaciones sangrantes de presos que son puestos en la calle por este artículo y acto continuo vuelven a recuperar las fuerzas y delinquen nuevamente.

CONCLUSIONES

Para finalizar, es necesario establecer el marco en el cual, como integrante de la jurisdicción penitenciaria, creo posible desarrollar las labores que tanto la Constitución como el EOMF me otorgan; por eso, las alternativas a la actual situación podrían ser las siguientes:

1º) Es necesario que el legislador, asumiendo la importancia de la jurisdicción penitenciaria, desarrolle *la legislación procesal correspon-*

diente, para de este modo garantizar adecuadamente los derechos de los internos, haciendo efectivo el principio constitucional de un procedimiento sin dilaciones indebidas.

2º) Delimitación adecuada de las funciones de los juzgados de vigilancia y de la administración penitenciaria, extendiendo al máximo posible la competencia judicial, evitando de este modo la existencia de zonas negras no controlables por el poder judicial.

3º) Establecer la posibilidad del recurso de casación en materia penitenciaria, para que con la existencia de una jurisprudencia clara y uniforme garantizar la unidad de actuación de los diversos juzgados de vigilancia, haciendo efectivo a su vez el principio de igualdad.

4º) Creación de organismos de apoyo de los juzgados con sus correspondientes profesionales (criminólogos, sociólogos, psiquiatras, etc.), para que frente a los dictámenes de la administración penitenciaria, el juzgado cuente con profesionales propios que elaboren dictámenes que sirvan de contrapunto a los efectuados por los primeramente citados.

5º) Establecimiento por la Fiscalía General del Estado de una serie de normas de actuación que unifique los criterios de las diversas fiscalías de vigilancia penitenciaria de España. Así mismo que por la normativa procesal penitenciaria se recoja positivamente la figura del Fiscal de VP como integrante de la jurisdicción penitenciaria, regulando su actuación en todos los ámbitos de este campo jurídico.

Todo un mundo de esperanzas es lo que se abre a nuestros ojos; todo está por hacer y permite, por tanto, que la intervención personal de cada uno sea lo suficientemente importante como para poder marcar el camino a seguir. Si el espíritu de nuestra LOGP sobrevive, habremos conseguido dar pasos de gigante frente a la tendencia actual de restricción y correccionalismo. A todos compete, pero sobre todo a los que actuamos en esta jurisdicción, hacer efectivo el desideratum constitucional de lograr la reinserción y resocialización de los presos en el marco de un estado social y democrático de derecho.

COMUNICACIONES PRESENTADAS A LAS JORNADAS

1. DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CÁRCEL: REFERENCIA AL DERECHO DE DEFENSA

José A. Rodríguez Sáez

Abogado

Miembro del Grupo de Prisiones de la Comisión de Defensa
de los Derechos de la Persona
del Colegio de Abogados de Barcelona

1. PLANTEAMIENTO

«El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria», nos dice el artículo 25.2 de la Constitución Española, a modo de «axioma» democrático. En el Estado de Derecho, la pena privativa de libertad no puede ser configurada partiendo de otra base o fundamento.

Es, por tanto, tarea obligada de cualquier jurista o de cualquier operador del Derecho, estudiar y analizar cada uno de esos derechos fundamentales de los que son titulares los penados y establecer su grado de respeto en la realidad, tras determinar las condiciones legislativas y técnicas necesarias para que puedan ser reales y efectivos.

Uno de estos derechos fundamentales referidos, cuya absoluta esencialidad en el Estado de Derecho nadie ha discutido, es el de DEFENSA. Se trata de un reconocido derecho básico, sea cual sea el enfoque, técnico-jurídico, filosófico o ideológico, que se le quiera dar. Sin embargo, tanto a un nivel legislativo, como al de la organización de las Administraciones de Justicia y penitenciaria, la presencia y respeto del derecho de defensa en el interior de las cárceles están totalmente obstaculizados.

Las razones últimas de ello se han de buscar más en un enfoque sociológico que en el puramente jurídico, pero, si éste se hace, no puede admitir que los presos son ciudadanos «de segunda categoría», sino que debe determinar cómo debe ser el derecho —el positivo— para que todos los principios y garantías, sobre todo los procesales, se relacionen de manera coherente y lógica¹.

El preso-penado es titular del derecho de defensa y, además, lo es de forma ilimitada, porque no se ve expresamente limitado, ni por el fallo condenatorio, ni por el sentido de la pena ni por la ley penitenciaria (si ésta última lo hace es por omisión-descuido pero no «expresamente»). También porque casi todos los principios (sin duda los de contradicción y publicidad) y garantías procesales son igualmente aplicables —sobreviven— en todas las fases del Proceso Penal, incluida, claro está, la ejecutiva, que es en la que se encuentra el preso-penado. Y, finalmente, porque el «TODOS» que emplea el artículo 24 de la Constitución, donde se regula el derecho de defensa y se proscribela indefensión no puede ser más tajante y claro.

Vayamos por partes.

2. EL PROCEDIMIENTO

Cuando, en la Ley Orgánica General Penitenciaria, se creó la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria, como respuesta a la necesidad de controlar jurisdiccionalmente la ejecución de la pena privativa de libertad (art. 117.3 de la Constitución), pasó demasiado desapercibida la inexistencia en aquella Ley de normas procedimentales que regularan el cómo debía realizarse aquel control, así como la actuación de las partes procesales en todo ese camino que supone «hacer ejecutar lo juzgado»².

Hubo incluso quien alabó, con cierta ingenuidad, la «libertad de trámites» que quedaba establecida, con el argumento de que se ganaría en agilidad e inmediatez. Pero, igual que a nadie se le ocurre desmantelar el sistema procedimental existente en la fase declarativa del proceso penal, todos nos hemos dado cuenta de lo indispensable de las normas procedimentales, como instrumento para hacer respe-

¹ Se puede tratar, en realidad, en esta cuestión, del derecho efectivo a la tutela efectiva ante Juzgados y Tribunales, tal y como se ha configurado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 70/84, de 11 de junio.

² El art. 78 de la L.O.G.P. y la Disp. Adicional 5ª de la L.O.P.J. son del todo insuficientes, e incluso, como ocurre con ésta última, contraproducente por su confusión.

tar los principios y garantías que son esenciales en ese proceso. El derecho de defensa sufre especialmente dicha carencia, porque le hace depender de la *improvisación y el voluntarismo en las oficinas judiciales*, por un lado, y, por otro, *le niega armas frente al hermetismo de la actuación administrativa* (sus necesidades requieren autonomía y arbitrariedad, y que los presos quieran defenderse, ejercitando derechos, es una molestia, sobre todo si han de intervenir profesionales independientes como los Abogados).

Pero el que la L.O.G.P. y el R.P. se olvidaran de regular el cauce por el que ejercitar el derecho de defensa, no significa que no se puedan aplicar, ya sea por el principio de supletoriedad o por analogía, otros cuerpos procedimentales (Ley de Enjuiciamiento Criminal, Ley de Procedimiento Administrativo...), los cuales brillan por su ausencia, especialmente en la intervención de la Administración Penitenciaria.

3. LOS PRINCIPIOS

Los derechos de Defensa y de Tutela Judicial Efectiva requieren, para su existencia, la vigencia legislativa o normativa de una serie de principios generales, así como la disposición de instrumentos determinados. No existiría sin un adecuado desarrollo técnico de los principios de *contradicción y publicidad*.

Cualquier preso ha de tener la posibilidad –sin obstáculos– de *contradecir* cualquier decisión que se adopte, ya sea por la Administración Penitenciaria, por el Juzgado de Vigilancia o por el Tribunal Sentenciador, y que afecte al *cómo* se ejecute la pena, es decir, al principio de legalidad penal.

Cualquier preso debe tener la oportunidad de alegar la improcedencia, la ilegalidad o el error, de cualquiera de aquellas decisiones, siendo tal alegación digna de tutela por el órgano administrativo o judicial que la reciba. Como ejemplo representativo de ello quiero destacar la materia de la clasificación en grados de tratamiento –junto a la previa y no controlada clasificación interior por fases en cada Centro–, puesto que, sin duda, afecta a los más mínimos detalles de la concreta vida que ha de desarrollar el interno, desde las salidas al exterior, hasta las comunicaciones, pasando por las actividades con el que se llene el tiempo de estancia en la cárcel, la misma duración de tal estancia, etc...

Cualquier decisión sobre el grado de tratamiento que se adopte,

debe poder ser recurrida por el interno, porque sigue siendo parte en el proceso, y para recurrir con cierta perspectiva de eficacia se debe conocer contra qué hechos y argumentos se debe contrarrestar, es decir, el interno debe poder saber, para poder recurrir, las razones tenidas en cuenta para adoptar la decisión, ya sean fácticas o jurídicas, y que pueden aparecer en Informes del Equipo de Tratamiento o en resoluciones de la Junta de Régimen y Administración.

Así, tenemos que el principio de contradicción se hace de imposible respeto sin los mecanismos procesales adecuados para hacer vigente, de forma previa, *el principio de publicidad*. Ello no ocurre en el mundo jurídico de los penados, quienes jamás tienen acceso a una información, por mínima que sea, sobre las razones que han motivado la decisión administrativa de clasificarle en un grado determinado de tratamiento, ni siquiera verbal. Las revisiones de grado —realizadas cada seis meses, aunque éste es un plazo máximo, según el art. 243.4 del R.P.— han de ser recurridas por el interno, ante el Centro Directivo, sin saber los argumentos que ha de rebatir, negar, etc... Después la resolución del Centro Directivo incluye una escueta motivación —dos o tres párrafos, alguno de ellos genérico—, pero se siguen «escondiendo» los Informes y acuerdos existentes previamente. Solamente al llegar un segundo recurso del interno al J.V.P. podrá tener vista o acceso de todo ello, ¡pero si disfruta de permisos de salida y coincide con los días en que se tramita el recurso!, de manera que los presos que no contactan con el exterior acaban recibiendo la resolución judicial sin que acabe de conocer las últimas razones de su clasificación.

Ello es especialmente grave en los casos de regresión a primer grado, en los que el aislamiento impuesto obliga a la indefensión total, plasmada en la imagen del preso situado como «OBJETO» —y no sujeto— del proceso.

Un instrumento indispensable

El derecho fundamental a la defensa no existiría en el mundo del Derecho sin la *asistencia letrada*. Creo que nadie, sea jurista o no, podría decir lo contrario, puesto que la cada vez mayor complejidad de cada uno de los cuerpos normativos hacen imposible su conocimiento e interpretación para los ciudadanos, quienes deben acudir a técnicos del Derecho en busca de asesoramiento o de acciones concretas. No es necesario, entonces, invocar los sagrados preceptos del art. 6 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y

de las Libertades Fundamentales o del art. 24 de la Constitución Española; solamente hace falta tener sentido común y ser coherente.

Sin embargo, tradicionalmente, en la fase ejecutiva del proceso penal, sobre todo la que se desarrolla en la cárcel, ha destacado la *ausencia* de aquellos técnicos en Derecho que asesoraran y defendieran los intereses jurídicos de los penados. La situación aún pervive, a pesar de los cambios políticos y normativos de la última década en el país. Las causas son múltiples pero la que, a mi entender, destaca es la actitud obstruccionista de la Administración Penitenciaria, siempre tendente al hermetismo y la falta de transparencia en sus actuaciones, siempre necesitada de autonomía y de falta de controles externos –a pesar de que se rige, procesalmente y respecto a la Jurisdicción, por los principios de instrumentalidad y subordinación.

El preso no conoce el *artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, ni puede ir al Juzgado de Vigilancia para saber cuándo puede intervenir, ni está capacitado para alegar correctamente la extensa y compleja legislación penitenciaria; sin embargo, la mayoría de los penados acaban defendiéndose ellos mismos, con unos resultados francamente lamentables; solamente hay que echar una mirada a cualquier expediente personal en el JVP y observar la tramitación de cualquier recurso (al JVP siempre se llega por recurso), ya sea por clasificación en grados de tratamiento, por permisos de salida, por expedientes disciplinarios, por intervención de correspondencia, etc..., y sea cual sea la importancia o la complejidad técnica de la cuestión: un escueto escrito del penado, hecho a mano y con faltas de ortografía, acompañado de otro escueto documento, presentado por la Administración y contradictorio de aquél, aunque hecho con ordenador y por diferentes técnicos y funcionarios, un Dictamen de la Fiscalía de Vigilancia Penitenciaria –el más escueto de todos– que no acostumbra a exceder de un párrafo de ocho o diez líneas, y todo ello coronado por una resolución del JVP. Desde que escribe a mano aquél primer escrito, lleno de referencias fácticas, el penado no vuelve a intervenir en el procedimiento.

La cuestión, entonces, es cómo garantizar que los penados puedan ejercitar eficazmente los derechos a la defensa y a la tutela efectiva, sobre todo mediante el previo a la asistencia letrada.

La respuesta es, con la aplicación rigurosa de los artículos 119 de la Constitución Española y 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, permitir y crear las condiciones para que cada penado disponga del asesoramiento y de la asistencia técnico-jurídica que solamente

un Abogado puede ofrecerle. Hay que *abrir el Turno de Oficio*³ de cada Colegio de Abogados a la ejecución de la pena –ahora no existe–, hay que crear *Servicios de Orientación con visitas periódicas de Abogados a las cárceles* –como ya existen en varias Comunidades Autónomas aunque no aquí en Catalunya, desgraciadamente.

Pero quiero insistir en la necesidad de *construir un «procedimiento de Ejecución penal»*, en el que el penado –que es la parte procesal– y su Abogado defensor puedan ejercitar los derechos de defensa y de tutela efectiva con efectividad y garantías, es decir, con todas las armas procesales –principios, garantías...– que existen en la fase declarativa. Y ello no ha de ser un objeto únicamente de la actuación defensora ante el JVP, sino que es más importante ante la Administración Penitenciaria, que es la que, impidiendo la información, el acceso a los expedientes y a los Informes, despreciando cualquier norma procedimental, etc... está creando más indefensión en los penados.

Se trata, en definitiva, de algo tan difícil –ahora– como conseguir que tenga mucho más valor el derecho de defensa de los penados, con todo lo que significa de lo dicho hasta ahora⁴, que los intereses propios de la Administración Penitenciaria, centrados en la conservación del orden y la disciplina en el interior de las cárceles. Se trata de que cualquier penado pueda ejercitar su derecho a la defensa y a la tutela efectiva sin miedo a ser represaliado por la Administración y con la transparencia necesaria en los cauces procedimentales. Todo ello requiere la presencia de Abogados –con mayúscula– en las cárceles, trabajando para que el Derecho –también con mayúscula– entre en ellas.

³ La VI Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria, celebrada en Madrid los días 21 a 23 de mayo de 1992, en su Acuerdo 6º, considera «subsistente el derecho a la asistencia jurídica gratuita de los internos que están cumpliendo condena» y decide «instar a los Colegios de Abogados a que atiendan las solicitudes en este sentido que reciban de los internos e instar asimismo al Consejo General del Poder Judicial a la celebración de Convenios entre el Consejo, la Administración Pública y los Colegios de Abogados para facilitar la asistencia letrada a los internos».

⁴ Por lo mismo, no podemos estar ante un «derecho de aplicación progresiva».

2. LA CÁRCEL Y EL DERECHO A LA SALUD: EL DISEÑO Y LA LEGITIMACIÓN DE UNA VULNERACIÓN PERMANENTE

Gemma Calvet Barot

Abogada

Miembro del Grupo de Prisiones de la Comisión de Defensa
del «Il·lustre Col·legi d'Advocats» de Barcelona

«Toda nuestra tradición cultural con respecto a la justicia tiende a convertirse en punitiva. Exterminando a un malhechor, o encerrándole tras unos muros de piedra, podemos olvidarnos de él y de nuestra participación en haberlo creado».

DEWEY

INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO:

Salud y cárcel vienen asociados irremediablemente, no sólo por la propia configuración de la población reclusa donde la presencia de la enfermedad tiene cotas extremadamente elevadas, sino también por lo que supone la cárcel de reducción de las garantías sanitarias y de asistencia médica, para las personas que se encuentran en ella.

La presencia de la enfermedad en la cárcel es determinante en su configuración y vida, siendo el tratamiento sanitario deficitario que reciben los enfermos en la prisión condicionado por los criterios, medios y objetivos que rigen el sistema penitenciario. Se trata de evitar que el preso pueda encontrar mejor trato siendo enfermo, por lo que se han de mantener esas condiciones deficitarias en todo momento¹.

¹ DE LA TORRE MARTÍNEZ, Raúl, «Reforma de la Asistencia Sanitaria en los Centros Penitenciarios» In: *Revista de Estudios Penitenciarios*, Extra 1-1990, pág. 20: «...en determi-

Ello provoca en el plano de la realidad objetiva, que la condición de enfermo/a quede subsumible, y supeditada a la condición de preso/a; y extrapolándolo en el plano normativo supone que el derecho a la salud quede supeditado a la condena de privación de libertad².

Tratar el tema de la salud como derecho obliga a nivel metodológico, por una parte a definir el concepto de salud, y por otra a analizar cómo lo recoge la legislación en su articulación de derecho fundamental. El reconducir el estudio de la salud como derecho en el ámbito penitenciario obliga a hacer especial referencia a la realidad terrible y dura de nuestras cárceles y desentrañar esas contradicciones entre lo explicitado en la legislación y la voluntad política de diseñar y mantener una institución donde el orden interno y el control del individuo son las únicas y exclusivas metas.

Ello supone enfocar el análisis insistiendo en cómo la institución carcelaria se convierte en una *fábrica de enfermos*³, en sí misma.

LA CÁRCEL COMO ATENTADO⁴ A LA SALUD DE LOS PRESOS/AS:

Si en algo se han puesto de acuerdo los técnicos al definir el concepto de salud ha sido precisamente en el carácter relativo y dinámico de tal noción, y en la superación de relacionarla con ausencia de enfermedad. La definición de la salud según la OMS⁵, es «el estado de completo bienestar físico, mental y social». Ello determina que la enfermedad sea una consecuencia y no la causa, debiendo solucionar en lo posible las causas primarias (alimentación, trato emocional,

nados hospitales de cada provincia se habilitan zonas especiales para los ingresos de internos de los centros penitenciarios locales (...) y son en la actualidad departamentos inhóspitos, sótanos mal iluminados, donde el personal sanitario acude a «pasar visita» (...) en cualquier caso se conseguirá dignificar la asistencia sanitaria requerida por este tipo de enfermos, intentando en lo posible que el «régimen penitenciario» no sea excesivamente distinto del habitual para no incentivar las estancias...».

² Véase RIVERA BEIRAS, Iñaki: «Los derechos fundamentales en la privación de libertad» En: CÁRCEL Y DERECHOS HUMANOS. (J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1992). Pág. 87 «...habrá que pensar entonces que existen «unos» derechos para quienes no están en la cárcel y «otros» para quienes habitan las reclusiones de reclusión institucional.»

³ Véase ERMANNIO GALLO, VICENZO RUGGIERO: «Il carcere inmateriale. La detenzione come fabbrica di handicap», (Edizioni Sonda s.r.l. Milano, 1989) págs. 74-105.

⁴ Véase la definición que da el Diccionario de la Real Academia Española de *atentado*: «Agresión contra la vida o la integridad física o moral de una persona».

⁵ Completando dicha definición aportamos la opinión del Profesor Lambert, Subdirector del Laboratorio de Antropología Física de París «Toda definición de la Salud debe tener en cuenta la facultad de adaptación humana». (Citado por Hernán San Martín: Salud y Enfermedad. México, Ed. Prensa Médica Mexicana, 1981, pág. 12).

condiciones de habitabilidad, expectativas de promoción personal, etc...).

Parece iluso partir de este concepto si precisamente la condena de privación de libertad intrínsecamente ya pone en riesgo la salud por el deterioro físico y psíquico que conlleva el encierro y la separación de la sociedad, para el propio preso/a y sus familias⁶. Incrementado además, por las escasas condiciones de habitabilidad y alimentación.

Es por esa razón que se puede afirmar que la cárcel atenta contra la salud de los presos/as a dos niveles. El primero como institución de encierro y control en sí misma, a través de la propia dinámica interna, articulada por el régimen disciplinario y el tratamiento penitenciario.

El segundo en tanto que las personas presas y enfermas no tienen acceso a una asistencia sanitaria y de hábitat, acorde con la del exterior. La incidencia del SIDA (así como de numerosas otras enfermedades) hace de esta deficiente asistencia médica, causa de contagios indiscriminados y numerosas muertes aceleradas⁷.

El «régimen penitenciario» y el tratamiento:

En relación al primer nivel apuntado, la pena de prisión, esa «extracción» del reo del cuerpo social, se ejerce impidiendo la verdadera sociabilidad y la verdadera comunicación, incidiendo en su salud física y mental⁸.

Toda la articulación interna del sistema penitenciario tiene como substrato los ejes de *disciplina y corrección*. Esta tensión entre el régimen disciplinario y el ser objeto de «tratamiento» (en aras a la falacia reinsertadora⁹) supone un seguro desgaste psíquico para cualquier ser humano. El sentirse continuamente vigilado y acechado, duran-

⁶ Véase MANZANOS, César: «Cárcel y Marginación Social» (Tercera Prensa, Hirugarren Prents, S.A., 1992) Págs. 272-276.

⁷ La Organización Mundial de la Salud (OMS), en el encuentro internacional de 1987 en Ginebra, elaboró entre otras declaraciones, una demanda de investigación sobre los medios para potenciar actuaciones más extensas de atención sanitaria en las prisiones.

⁸ Reiteramos la mención de los autores de la nota nº 1, quienes han incidido especialmente en el estudio de determinadas enfermedades físicas y psíquicas provocadas especialmente por la cárcel. Asimismo nos permitimos citar a VALVERDE MOLINA, Jesús «La cárcel y sus consecuencias» (Ed. Popular S.A., Madrid 1991) págs. 100-125. (Este autor estudia y desarrolla las consecuencias psicósomáticas del encierro carcelario).

⁹ BERGALLI, Roberto: «Ideología de la resocialización. La resocialización como ideología. La situación en España» In: «La qüestió penitenciària. Papers d'Estudis i Formació», núm. especial, abril 1987. Centre d'Estudis i Formació, Departament de Justícia, Generalitat de Catalunya, Barcelona.

te las 24 horas del día, sin intimidad ni autonomía, con la posibilidad permanente de ser sancionado no sólo a través del régimen disciplinario sino también a través de los informes negativos del Equipo de Tratamiento que afectan a la concesión de permisos, a la progresión de grado, o a la propuesta de libertad condicional, todo ello contribuye al desgaste físico y psíquico de la persona que deriva en numerosas enfermedades³. Así, la falsa pretensión correctiva (como función declarada) y el mantenimiento del orden y del control (como objetivo fundamental de la cárcel a nivel interno), son ejercidas por la institución a través de todas las piezas del engranaje, de tal manera que el control externo del preso/a se convierte en un control interno profundamente desestabilizador.

La enfermedad y la muerte en prisión:

En relación al segundo nivel anunciado, nos remitimos a estadísticas de la propia Administración¹⁰, que establece que las causas de las defunciones en los centros penitenciarios están repartidas de la siguiente manera: SIDA (37%), Suicidios (18%), las enfermedades cardiovasculares (6%), y las hepatopatías (6%), hay un porcentaje (12%) de causas mal diagnosticadas o mal notificadas, y en el 22% restante se incluyen de modo residual desde las sobredosis y las agresiones físicas hasta infecciones meningoencefálicas. Estos datos hablan por sí solos en relación a lo expuesto anteriormente¹¹.

Es de resaltar la mención del SIDA como causa mayor de mortalidad, la alta incidencia del suicidio y el porcentaje –de un 12% nada menos–, de las causas mal diagnosticadas o defectuosamente recogidas en el certificado de defunción. Se ha de precisar la falta de estudios estadísticos serios y públicos referente a este tema, tanto a nivel estatal como de la Administración catalana (en la Memoria del De-

¹⁰ Revista de Estudios Penitenciarios «Monográfico de Sanidad Penitenciaria» Extra 1-1990. Artículo de MARTÍN SÁNCHEZ, Marisa, Jefa del Área de Sistemas Penitenciarios (D.G.I.P.) pág. 77.

¹¹ Dado que la estadística anterior sólo se refiere a porcentajes relativos a las causas de muerte en prisión, y no al porcentaje de muertes sobre la población reclusa, nos permitimos aportar esta remisión al «Estudio Estadístico sobre muertes en las prisiones españolas» SALHAKETA, Vitoria, 1990. Publicada la referencia en «Marginación, Droga i Càrcel» pág. 13. De este estudio se concluyó en determinar que por término medio, cinco personas mueren al mes en prisión. Constatando la tendencia ascendente de muertes y el hecho de que muchas personas son trasladadas al Centro Hospitalario justo antes de fallecer, para evitar que consten como muertas en prisión.

partament de Justicia del año 1991, hay distintas estadísticas y gráficas de prisiones, sin que se dé ninguna de la incidencia de la enfermedad en prisión)¹².

Precisamente el SIDA se contrae y se manifiesta de una manera precoz en la cárcel al no darse las condiciones de alimentación, de vida y sanitarias necesarias para hacer frente al avance de esta enfermedad con resultado irreversible¹³. Las muertes se producen indiscriminadamente y de una forma inhumana¹⁴, (sin que en la mayoría de los casos pueda darse junto a la familia), convirtiéndose la pena privativa de libertad en una pena de muerte encubierta, en la medida que, en relación al marco legal, se pueda considerar responsable a la Administración¹⁵.

COBERTURA LEGISLATIVA DEL DERECHO A LA SALUD EN LA PRISIÓN:

El art. 3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP) 1/1979 establece que la actividad penitenciaria se ejercerá respetando la personalidad humana de los reclusos y sus derechos e intereses jurídicos no afectados por la condena. Asimismo se prevee el derecho de los presos/as y sus familiares a percibir las prestaciones de Seguridad Social. Finalmente establece que *la Administración Penitenciaria será la encargada de velar por la vida, la integridad y la salud de los internos*.

El Reglamento Penitenciario, además de reiterar lo anterior, en el art. 8 establece que se impartirá la asistencia médica, *en condiciones análogas a la vida en libertad*¹⁶.

¹² Tal situación ha sido denunciada por los informes de los últimos años del Defensor del Pueblo, del Síndic de Greuges, y de Amnesty Internacional (en el informe de 1991 incluyó un informe sobre la enfermería de la Prisión Modelo de Barcelona, relacionando la situación asistencial con lo que supone de malos tratos físicos a los internos).

¹³ GARCÍA HUETE, Enrique: «Sida i Presons». *Papers d'Estudis i Formació*, nº 6, pág. 15: «...tot el que esmentat ens dona suficients variables per justificar l'aparició d'alteracions emocionals (...), si reflexionem sobre els pronòstics dels afectats pel VIH dins de les presons, i la possibilitat de desenvolupar la SIDA, trobarem que la majoria de les condicions poden afavorir-ne l'aparició amb una probabilitat molt superior a la de la població en general.»

¹⁴ Desde hace ya dos años que diversas asociaciones no gubernamentales (*Salhaketa, ACT-UP, entre otras*), han incidido en denunciar la situación de los enfermos del sida en prisión, reclamando entre otras cosas la aplicación del art. 60 del Reglamento Penitenciario que permite la excarcelación de los enfermos incurables.

¹⁵ El art. 15 de la Constitución Española prohíbe expresamente la pena de muerte (con excepción de lo que puedan disponer las leyes militares en tiempo de guerra).

¹⁶ Toda la normativa internacional en materia de prisiones recoge también estas ga-

Por último, y jerárquicamente superior nos remitimos al art. 15 de la Constitución, donde incorporado en la Sección de Derecho Fundamental se determina: «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso se pueda someter a torturas ni a penas ni a tratos degradantes. Queda abolida la pena de muerte (...)». Ha sido el mismo Tribunal Constitucional (sentencia de 2 de julio de 1990, del recurso de amparo nº 443/1990), quién se ha pronunciado en relación a esta obligación de la Administración por velar por la salud de los reclusos, a propósito de la huelga de hambre mantenida por los presos del GRAPO. Dicha sentencia justificaba la alimentación forzosa impartida por la Administración a los presos huelguistas.

Tal razonamiento constitucional se podría centrar en dos puntos: el primero es la reconducción del derecho a la salud en la población reclusa al art. 15 de la Constitución Española, —por tanto de rango fundamental, con protección de amparo—.

El segundo se refiere a establecer a la Administración como *GARANTE* y *DEPOSITARIA* de la salud y la integridad física de los presos/as de tal manera que, en aquel caso, se justificaba la impartición de alimentación forzosa, precisamente en la *OBLIGACIÓN* de la Administración Penitenciaria de mantener la vida de las personas reclusas. Esta función implica, pues, *RESPONSABILIDAD* de la Administración en el caso que ese derecho a la salud no sea respetado por falta de medios, o sea vulnerado de forma ostensible por el mismo régimen penitenciario.

Delimitar en qué tipo de responsabilidad incurre la Administración Penitenciaria no es propósito de esta comunicación, aunque sí puede ser establecida por los Tribunales en la medida que los propios presos¹⁷, o a través de las acciones de las Asociaciones y Entidades de acción social que los apoya, se dirijan de modo eficaz a este fin.

Otra vía directamente efectiva, sería la propia del *Juzgado de Vi-*

rantías y el criterio de ofrecer al recluso todas las atenciones médicas, incluso las que se dispensan en el exterior. Véase DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS (1948), art. 22 y 25; REGLAS MÍNIMAS PARA EL TRATAMIENTO DE LOS RECLUSOS (Resolución 73.5 adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa de 19 enero 1973) art. 22-26; NORMAS PENITENCIARIAS EUROPEAS (Resolución 87.3 adoptada el 12/2/87), art. 26-32.

¹⁷ Precisamente la situación de privación de libertad afecta a los presos/as en todos sus derechos, y en este contexto, el derecho de defensa se ve profundamente menguado. Véase RODRÍGUEZ SÁEZ, José Antonio: «El derecho de defensa y de asistencia letrada en la fase de ejecución de las penas privativas de libertad. Un análisis del deber ser» CÁRCEL Y DERECHOS HUMANOS (J.M. Bosch Editor, S.A.), Barcelona 1992.

gilancia Penitenciaria, quien, en virtud del art. 76 de la LOGP, tiene como función característica la salvaguarda de los derechos de los internos¹⁸.

CONCLUSIONES:

Podrían agruparse en dos sentidos: el primero se refiere a la posibilidad de ejercer una lucha jurídica permanente en defensa del derecho a la salud de la población reclusa, derecho de carácter colectivo:

– Se impone un debate global y profundo sobre *el alcance punitivo de la cárcel*, y las implicaciones que sobre ello pueda asignarse a la propia Administración.

– Agilizar este debate supone, de entrada, constatar desde los organismos e instituciones que trabajan en el ámbito penitenciario, la situación actual de las prisiones. Y denunciar ante los Tribunales lo que se derive de ello, hasta provocar un pronunciamiento constitucional que, como mínimo, tendría que explicar esta grave contradicción entre el diseño normativo de protección de un derecho fundamental, y el diseño político de una institución que, en esencia, lo vulnera.

El otro nivel de reflexión, a modo concluyente, iría encaminado a insistir en la *necesidad de potenciar toda acción inmediata*, destinada a paliar los efectos actuales e individualizados, que supone la cárcel, contra la salud y la integridad física de la población presa. Ello supone *dirigir, canalizar y dinamizar esfuerzos, para que, de forma eficaz, no contribuyan a mantener la institución carcelaria, sino que finalmente, –que no utópicamente–, la misma se pueda llegar a superar.*

¹⁸ En este sentido se pronunció la Oficina de Ejecutorias, Sección 1ª, el 23 de julio de 1990, –ratificando una comunicación del Juzgado de Vigilancia nº 1 a la Direcció General de Serveis Penitenciaris i Rehabilitació, a propósito de la enfermería de la Prisión Modelo de Barcelona–. En tal resolución se establecía «el derecho a la salud de los internos es un derecho subjetivo defendible erga omnes por parte de este colectivo y no un derecho de “implantación progresiva” como otros.» El Juzgado incidía en la posibilidad de que la Administración incurriera en responsabilidad administrativa por desviación de poder, y penal por negligencia si *se pudiera establecer por casos concretos una relación de causalidad directa e inmediata entre la pasividad de la Administración y un empeoramiento, contagio o retardamiento en un proceso curativo determinado.*