

IGNACIO CAMPOY CERVERA
(Editor)

LOS DERECHOS DE LOS RECLUSOS
Y LA REALIDAD
DE LAS CÁRCELES ESPAÑOLAS
*Perspectivas sociales,
políticas, jurídicas y filosóficas*

Iñaki Rivera Beiras
Ángel Luis Ortiz González
Lorena Ruiz-Huerta García de Viedma
Antonio Viedma Rojas
María José Bernuz Beneitez
Fernando Reviriego Picón
Oscar Pérez de la Fuente
Noelia Igareda González



Instituto de Derechos Humanos
"Bartolomé de las Casas"
Universidad Carlos III de Madrid



Debates del Instituto Bartolomé de las Casas n.º 27

Dykinson, S.L.

IGNACIO CAMPOY CERVERA
(ED.)

**LOS DERECHOS DE LOS RECLUSOS
Y LA REALIDAD DE LAS CÁRCELES
ESPAÑOLAS: PERSPECTIVAS
SOCIALES, POLÍTICAS, JURÍDICAS
Y FILOSÓFICAS**

IGNACIO CAMPOY CERVERA
(ED.)

LOS DERECHOS DE LOS RECLUSOS Y LA REALIDAD DE LAS CÁRCELES ESPAÑOLAS: PERSPECTIVAS SOCIALES, POLÍTICAS, JURÍDICAS Y FILOSÓFICAS

IÑAKI RIVERA BEIRAS
ÁNGEL LUIS ORTIZ GONZÁLEZ
LORENA RUIZ-HUERTA GARCÍA DE VIEDMA
ANTONIO VIEDMA ROJAS
MARÍA JOSÉ BERNUZ BENEITEZ
FERNANDO REVIRIEGO PICÓN
OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE
NOELIA IGAREDA GONZÁLEZ



Instituto de Derechos Humanos
"Bartolomé de las Casas"
Universidad Carlos III de Madrid

HURI-AGE
Consolider-Ingenio 2010

DYKINSON

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

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

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

© Copyright by
Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas
Universidad Carlos III de Madrid
Madrid

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69

e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-9148-310-6

Maquetación:
Germán Balaguer Valdivia - german.balaguer@gmail.com

ÍNDICE

<i>Prólogo</i>	9
IGNACIO CAMPOY CERVERA	
<i>El análisis desde la perspectiva del recluso</i>	17
INTERNO DE CENTRO PENITENCIARIO DE MADRID	
<i>Los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de unos derechos devaluados</i>	21
IÑAKI RIVERA BEIRAS	
<i>Vías de solución a la situación actual de las prisiones en España</i>	53
ÁNGEL LUIS ORTIZ GONZÁLEZ	
<i>Vías de solución a la situación actual: el análisis desde la perspectiva de las organizaciones no gubernamentales</i>	79
LORENA RUIZ-HUERTA GARCÍA DE VIEDMA	
<i>La situación de la educación en prisión en España: realidades y expectativas de transformación</i>	95
ANTONIO VIEDMA ROJAS	
<i>Los derechos de los menores en los centros de internamiento: teoría y práctica</i>	119
M ^a JOSÉ BERNUZ BENEITEZ	
<i>Derechos de los reclusos; el análisis desde la perspectiva de las personas con discapacidad</i>	139
FERNANDO REVIRIEGO PICÓN	

<i>La realidad de las cárceles españolas: el análisis de los derechos de la minoría gitana</i>	161
OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE	
<i>Derecho y prisión: el análisis desde la perspectiva de los derechos de las mujeres</i>	197
NOELIA IGAREDA GONZÁLEZ	

PRÓLOGO

IGNACIO CAMPOY CERVERA

*Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas".
Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho.
Universidad Carlos III de Madrid*

En nuestras sociedades actuales hay diferentes grupos de personas que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad, la cual trae causa, entre otras, en una combinación de prejuicios anclados en mitos, o construcciones irreales en relación con personas reales, que han permitido y siguen permitiendo mantener situaciones de discriminación, opresión, dominio, marginación y exclusión social. Dichas personas se encuentran en esas situaciones porque pertenecen a grupos que se identifican por determinadas características personales, sociales o culturales, a las que se asocian unos mitos perjudiciales con los que se ha construido una sociedad que les impide poder participar en igualdad de condiciones que las demás en la toma de decisiones públicas, en la determinación de cómo se ha de construir esa sociedad en la que viven y en la toma de las propias decisiones sobre cómo ha de ser su desarrollo vital.

La cultura de los derechos humanos se ha ido desarrollando, desde su mismo origen, para liberar a las personas de esas situaciones de discriminación, opresión, dominio, marginación y exclusión social. La lucha ha sido y sigue siendo dura. La identificación de dichos mitos y de dichas situaciones, la necesidad de develarlos y de articular derechos y mecanismos jurídicos capaces de superar esa situación, es una labor complicada. Sobre todo porque en contra de ella se sitúan no sólo los que se favorecen de dichas situaciones de opresión y dominio, sino también una gran parte de la población que vive y convive con los prejuicios, formando una sociedad en la que los prejuicios se han aceptado acríticamente, asumiéndolos como verdades con las que se concibe el mundo. De esta manera, la lucha por los derechos humanos se ha hecho contra las concepciones arraigadas en el inconsciente colectivo de la sociedad, frente a concepciones construidas y deseadas por los que tienen un ma-

yor poder político, económico o cultural, y a veces incluso contra las propias preconcepciones de las que partían los mismos defensores de los derechos humanos.

Esa lucha ha hecho que los derechos humanos hayan tenido que vivir su propia transformación, su propia evolución. Se equivocan los que han creído y los que creen que los derechos humanos pertenecen a un grupo humano, a una ideología o a una cultura concreta. Claro que existe un origen histórico de los mismos, pero su grandeza ha sido y es que sin traicionar el fin último de respetar la dignidad predicable por igual de todas las personas y procurar la máxima liberación posible de cada una de ellas, la propia concepción y fundamentación de los derechos ha sabido evolucionar, como tendrá que seguir haciéndolo en el futuro.

En este libro se pretende develar la situación de exclusión, discriminación, marginalización y opresión en la que viven las personas reclusas en nuestras cárceles (o centros penitenciarios), así como ofertar caminos de solución a la misma conforme al debido respeto, reconocimiento y efectiva protección de sus derechos.

Los objetivos planteados y la forma de conseguir alcanzarlos responden a un esquema que ya se desarrolló para otros dos libros publicados en esta misma colección de Debates del Instituto Bartolomé de las Casas: I. Campoy Cervera (ed.), *Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, colección “Debates del Instituto Bartolomé de las Casas”, núm. 7, Dykinson, Madrid, 2007; y *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, colección “Debates del Instituto Bartolomé de las Casas”, núm. 2, Dykinson, Madrid, 2004. Todos los libros tuvieron su origen en un congreso o seminario en el que especialistas en el tema reflexionaban, desde diferentes ámbitos, sobre la situación de los respectivos grupos de personas y aportaban soluciones para que dicha situación pudiese mejorarse de acuerdo con los esquemas propios de los derechos humanos. Y en todos ellos participaron siempre personas que pertenecían a los grupos excluidos, en la comprensión de que su voz era única para conocer su situación y de que cualquier intento de superar su situación había de contar necesariamente con ellas, que son las principales protagonistas, las que, precisamente conforme a la teoría de los derechos humanos, son las que han de ser agentes principales en toda la toma de decisiones que les afecten.

En esta ocasión, el origen del libro se remonta a un Congreso que tuvo lugar en noviembre de 2010. Ha pasado mucho tiempo desde entonces, y los autores del libro, que participaron todos en dicho Congreso, han hecho el esfuerzo de comprobar en qué medida era necesario actualizar sus contenidos y, en su caso, hacerlo. Las dificultades para la edición de este libro han sido numerosas y variadas, pero, en todo caso, su definitiva publicación ha sido gracias, entre otros, a la generosidad y permanente disponibilidad de los autores, al apoyo durante estos años del Director del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Francisco Javier Ansuátegui Roig, a la editorial Dykinson, a las ayudas financieras de la Universidad Carlos III de Madrid y del Ministerio de Ciencia e Innovación, que financiaron sendos proyectos de investigación: CONGRESO VI-2010 y DER2010-10725-E, y, finalmente, a la del Proyecto Consolider-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos”, CSD2008-00007, que fue definitiva para hacer posible la publicación del libro.

En el Congreso participaron dos internos, uno del Centro Penitenciario Madrid-II (Alcalá-Meco) y otro del Centro Penitenciario Madrid-III (Valdemoro); ambos prefirieron conservar su anonimato para la publicación del Congreso y por eso se le mantiene el mismo también en este libro. Su presencia y su testimonio en primera persona resultaron muy importantes en el desarrollo del Congreso. Sólo uno se decidió finalmente a mandar unas páginas para su posterior publicación, se lo agradezco, con ellas he querido comenzar este libro. Valgan las mismas para ilustrar una experiencia vital que nos acerca a la comprensión de la realidad de las cárceles y a las reivindicaciones que de una forma valiente se realizan para conseguir su mejora desde el necesario punto de vista interno, el de aquellos que directamente sufren las condiciones de la reclusión en nuestras cárceles.

Los tres siguientes capítulos permitirán al lector tener un marco adecuado para comprender con mayor profundidad la realidad de las cárceles españolas, así como para analizar diferentes planteamientos que podrían mejorar la situación de los reclusos de acuerdo con el debido reconocimiento y protección de sus derechos.

En concreto, el enfoque del Iñaki Rivera parte de una aproximación a algunos de los distintos tipos de fundamentación que se ha dado de los derechos humanos, para comprender que hablar de los derechos humanos de los reclusos se corresponde con un tipo de fundamentación sociológica de los mismos, que de alguna manera responde al proceso de especifi-

cación de los derechos humanos del que hablara Norberto Bobbio. De esa manera, a lo largo del capítulo se analizan algunos de los derechos fundamentales más importantes de los reclusos atendiendo a su reconocimiento normativo y a su aplicación en España, aunque con las necesarias referencias a su reconocimiento y protección en el ámbito europeo. De ese análisis resulta la comprensión de cómo los reclusos encuentran en gran medida “devaluados” sus derechos en relación con el resto de los ciudadanos. El desarrollo de la normativa y la acción de los tribunales de justicia, con la creación de teorías como la relación de sujeción especial de los reclusos frente a la Administración penitenciaria, la categoría de derechos de aplicación progresiva o la necesidad de garantizar el orden y la seguridad en los centros penitenciarios, ha contribuido a que exista esa situación de los derechos fundamentales de los reclusos. Frente a ello, Rivera aboga por una “cultura de la resistencia”, que, liderada por los propios reclusos y las personas de su entorno, pueda luchar por el reconocimiento y la protección de sus derechos fundamentales.

Por su parte, Ángel Luis Ortiz expone algunos de los problemas que se plantean en el actual ordenamiento que afectan a los condenados a penas privativas de libertad en España, señalando aspectos de una regulación procedimental y penal que facilita, en algunos casos, las sentencias condenatorias. Pero también señala posibles situaciones de mejora para esa situación, como son los programas de tratamiento de los condenados que se centran en la reeducación y la reinserción social de los penados, poniendo como ejemplos los que funcionan para condenados por delitos relativos a la seguridad vial o contra la salud pública, y que, por consiguiente, están fuera de buscar la pena retributiva por el delito cometido. En este sentido, cabe destacar la defensa que hace del procedimiento de mediación penal. Frente a la justicia retribucionista, que supone la actual solución judicial de los problemas, el sistema de mediación penal ha de contar con la participación del delincuente y de las víctimas del delito en la decisión final a la que se llegue; siendo así, finalmente, más eficaz y beneficiosa tanto para el delincuente, como para la víctima del delito, como para la propia sociedad.

Y Lorena Ruiz-Huerta hace una descripción de la población reclusa centrada en nuestra sociedad, del hacinamiento de las cárceles y de la falta de recursos humanos y materiales disponibles, que hace muy difícil que los tratamientos que se realizan puedan tener éxito. No obstante, aboga por no renunciar a la idea de la resocialización de las personas,

para que puedan vivir una vida libre y digna. Y para la consecución de ese fin señala la necesidad de incorporar el trabajo y las propuestas de las asociaciones y ONGs en las cárceles; una vía que ha permitido poner ya en funcionamiento nuevos programas, más efectivos, que cuentan con la implicación de los reclusos y con una mayor comunicación con la sociedad.

En esa línea, en el siguiente capítulo, Antonio Viedma nos expone precisamente uno de esos nuevos programas que se han incorporado en las cárceles españolas, y que facilitan la resocialización de los reclusos a través de su educación. En este caso, a través de la introducción del uso de las TICS y los Campus digitales de la UNED. Un programa que se ajusta plenamente, pues, al discurso ilustrado y de los derechos humanos. De esta manera, Antonio Viedma expone los problemas que existen en nuestras cárceles respecto a la educación de los reclusos, que muestran como la falta de educación va unida a la dificultad de integrarse en la sociedad. En este sentido, se observa que es necesario realizar cambios importantes en el sistema actual, en la filosofía que justifica la educación en las cárceles y en su puesta en funcionamiento; incorporando programas que sean más acordes con los derechos de las personas y más eficaces, para lo que, de nuevo, se resalta que es ineludible contar con la participación activa de los propios reclusos.

Finalmente, los últimos cuatro capítulos del libro se dedican a analizar algunas de las poblaciones reclusas que se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad. Pues a la situación de discriminación, exclusión y opresión en la que vive la población reclusa en general, hay que añadir la discriminación, exclusión y opresión en la que viven otros grupos poblacionales en España y que siguen viviendo, en mayor grado pues, en los centros penitenciarios. Ése es el caso de los niños, de las personas con discapacidad intelectual, de la comunidad gitana o de las mujeres, entre otros colectivos.

Así, María José Bernuz analiza la situación de los niños desde tres ámbitos. Desde los principios inspiradores de la justicia de menores; entre los que cabe destacar el interés superior del niño, el derecho a ser escuchado y la desinstitucionalización. Desde la evolución experimentada por la legislación de menores a través de las sucesivas reformas de la Ley orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de menores, y la práctica en su aplicación por parte de los jueces de menores y los fiscales. Y desde la realidad vivida en los centros de menores por los

niños, para cuya comprensión es fundamental escuchar lo que los propios niños tienen que decir y dicen.

Fernando Reviriego expone la realidad de las personas con discapacidad, sobre todo intelectual, en las cárceles españolas; las razones de fondo de esa realidad y la exigencia que existe de superarla desde el debido respeto por sus derechos y por los fines constitucionalmente establecidos para el sistema penitenciario. En este sentido, resulta necesario tanto diferenciar nítidamente lo que es la discapacidad intelectual de lo que es el delito que pueda cometer una persona con discapacidad intelectual, cuanto atender a las exigencias del adecuado tratamiento resocializador para esas personas con discapacidad intelectual que hayan podido cometer un delito.

Por su parte, Oscar Pérez de la Fuente trata la relación que existe en nuestra sociedad entre las personas de la minoría gitana y el sistema penal penitenciario, exponiendo los prejuicios estigmatizadores y discriminatorios que existen en nuestro Derecho penal y en nuestro sistema penal penitenciario. Su amplio análisis abarca el debate, desde un plano más general, sobre cómo cabe considerar la justicia –como inclusión, redistribución y reconocimiento–, y el castigo –conforme a las teorías retribucionista, utilitarista y retributiva–; así como, desde un plano más concreto, su afectación a la comunidad gitana. De esta manera, la determinación de las teorías más justificadas en una sociedad democrática le permitirá apuntar cuál podría entenderse que sería la más beneficiosa también para la minoría gitana.

Por último, Noelia Igareda nos acerca a la realidad de las prisiones de mujeres. Así, expone la situación actual de las mujeres presas en España y el diferente tratamiento que se da a las mujeres antes y después de la pena de prisión, atendiendo a cómo sus especiales circunstancias sociales terminan significando una situación de mayor discriminación social, de mayor vulneración de sus derechos.

Como se observa, la pretensión de este libro no es muy ambiciosa, quien se lo lea no va a terminar teniendo un cuadro acabado de la situación de las cárceles españolas y un análisis exhaustivo de un sistema concreto para mejorar su situación. No obstante, con el libro sí que se pretende hacer una valiosa contribución para mejorar la situación de los reclusos conforme a las exigencias del modelo de los derechos humanos. El lector obtendrá, tras su lectura, abundante información sobre cuál es la realidad vivida por nuestros reclusos y por grupos poblacionales dema-

siadas veces ignorados al estudiar la realidad de nuestras cárceles (niños, personas con discapacidad intelectual, comunidad gitana y mujeres); así como la comprensión de profundos y rigurosos análisis de por qué existe esa realidad y cómo podemos articular sistemas generales y programas concretos que nos permitan mejorarla, que permitan la reeducación y la reinserción social de los reclusos, así como una mayor justicia social, a través del debido reconocimiento y protección de sus derechos.

EL ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DEL RECLUSO

INTERNO DE CENTRO PENITENCIARIO DE MADRID

En primer lugar, quiero dar las gracias a los organizadores de este Congreso por haberme invitado. Considero que la participación de los internos en estos foros es importante porque acerca a la sociedad la realidad de las prisiones, que son muy distintas de lo que la gente se imagina. Quiero recalcar, al inicio de mi intervención, que no vivimos en hoteles de lujo; ni estamos todo el día, si me permiten la expresión, “tocándonos la barriga”; ni disponemos de portátiles; etc. Lo cierto es que la palabra cárcel es sinónimo de encierro, impotencia, distanciamiento, burocracia, dolor, soledad... Y en cada una de estas palabras me he sentido identificado en algún momento de mi privación de libertad; y créanme que a fecha de hoy, a pesar de que mi situación penitenciaria ha mejorado, al encontrarme en tercer grado, me sigo identificando con esas palabras.

Estoy condenado por un delito contra la salud pública a una pena de 9 años de prisión. Era mi primer delito y jamás había tenido problemas con la justicia, pero un error de inmadurez me hizo caer y cometer el delito.

Cuando entré en el centro penitenciario de Soto del Real se me cayó el mundo encima, pensaba que todo esto era una pesadilla, y la primera vez que ves que el funcionario te cierra la puerta de tu celda es cuando te das cuenta de donde estás. Se te pasan mil preguntas por la cabeza: ¿por qué lo hice?, ¿por qué cogí ese vuelo?, ¿cómo estará mi familia?, ¿cuánto tiempo estaré aquí?, ¿será como en las películas?; pero, por suerte, te das cuenta de que la gente a tú alrededor se encuentra en la misma situación o por lo menos parecida.

El tiempo pasa y te acabas adaptando al régimen de la prisión con la esperanza de que los días pasen o te pongan una fianza, cosa que en mi caso era imposible. En ese tiempo en el que estás en situación de preventivo, a la espera de juicio, debes marcarte unos objetivos claros para pasar

el tiempo, esto es, ir a la escuela, hacer deporte, procurar comer, leer, escribir, etc.; de este modo tu cabeza no piensa en el sitio en el que estás.

Una vez juzgado es cuando el planteamiento cambia, para poder luchar y conseguir los permisos que te hagan merecedor del tercer grado y, posteriormente, de la libertad condicional. En mi caso, una vez juzgado y llevando ya dos años como preventivo, mi único objetivo era luchar por salir pronto de allí. Afortunadamente lo conseguí, pero no por el camino que yo hubiese deseado, ya que me concedieron el tercer grado por motivo de una enfermedad grave, ya que se me diagnosticó leucemia, para la que a fecha de hoy recibo tratamiento de quimioterapia. Desgraciadamente, mi madre, tan pronto se enteró de que estaba ingresado en el hospital, luchó por estar conmigo y cogió un avión que le llevó hasta Barcelona, y desde allí alquiló un coche para venir a Madrid, pero un trágico accidente la tiene postrada en una silla de ruedas, con una pierna amputada y también parte de la otra. Aunque, afortunadamente, se está recuperando y puedo disfrutar de buenos momentos con ella.

Con todo lo expuesto aquí, no quiero transmitirles la sensación de “pobrecillo”, “qué mala suerte tiene”. Hoy no estoy aquí para dar pena a nadie. Solo quiero transmitir a todos ustedes que la cárcel es el precio que tiene que pagar uno por no cumplir las reglas que la sociedad te marca, pero también quiero manifestarles que construir más cárceles no engrandece un país.

Por otra parte, se debe apostar por reducir la tremenda burocracia a la que se somete a los internos con las denominadas “instancias”. Es decir, si quieres hablar con el educador, hay que mandar una instancia; si quieres que te visite un amigo, otra instancia; si quieres irte de permiso, instancia; si quieres hacer gimnasia, instancia y así sucesivamente.

También es importante que la educación sea obligatoria para todos, pues es una parte importante en el desarrollo de una persona que está en prisión.

Así mismo se han de utilizar mecanismos de mediación para la solución de conflictos, que no sean únicamente para el conflicto entre interno/interno o interno/funcionario; y quiero explicar más este punto. La mediación penitenciaria se está utilizando en alguna de nuestras cárceles con fines estrictamente regimentales, es decir, para evitar una posible sanción disciplinaria, obteniendo buenos resultados. No obstante, considero que debemos subir un peldaño más, y es utilizar estos mecanismos cuando existe conflicto entre la administración penitenciaria y el interno; esto

es, en el momento en el que, y a pesar de haber realizado el trabajo que se nos marca en nuestro Programa Individualizado de Tratamiento, no se nos progresa de grado o no se nos concede un permiso.

En otro orden de asuntos, es también importante que se fomente en las secciones abiertas la posibilidad de realizar cursos de capacitación, la puesta en marcha de talleres o la inserción laboral a través de acuerdos con entidades. Debemos ser conscientes de que la crisis no solo la padecen los ciudadanos “normales”, sino que también la padecen las secciones abiertas, ya que el porcentaje de personas internas que trabajan en las secciones abiertas es de un escaso 10% respecto a los que no salen a trabajar. Por eso es de especial importancia atender al acceso restringido a las nuevas tecnologías, a través de portales de búsqueda de empleo, en los que el interno pueda acceder a posibles ofertas laborales o a cursos de formación, sin olvidar que la contratación de una persona que se encuentra en prisión se beneficia de una reducción importante en la seguridad social, de hasta un 60%.

En otro orden de cosas, me gustaría tratar el aspecto de las conducciones, tanto para traslados a otros centros por diligencias, como para visitas al hospital. Es de especial importancia que cuando un interno sea trasladado de un centro a otro, por cuestiones de juicio o diligencias, se realice de la manera menos perjudicial para el interno. Pongo el caso de una persona que lleva dos años en un centro como Nanclares de Oca, que está en situación de preventivo, que tiene juicio en Cádiz, que lleva trabajando en el economato 1 año, que conoce a los funcionarios y a sus compañeros, que tiene sus comunicaciones; pues bien, desvincularle de todo eso supondría que pierda su trabajo, que tenga nuevos compañeros, que tenga que solicitar de nuevo los números de teléfonos para contactar con su familia, que en muchos centros deba acreditarse de nuevo la vinculación con los contratos –no valiendo los que se tenía anteriormente–, que transite por muchas prisiones, que se desvincule de la familia, etc. Toda esa situación se podría mejorar con la puesta en marcha de mecanismos de videoconferencia. Y respecto a los traslados para visitas al hospital para tratamientos, resulta de vital importancia que se haga realidad el traspaso de competencias en materia de sanidad, con el objeto de poner en marcha protocolos de actuación, programas comunes y recursos electrónicos, como la telemedicina, sin necesidad de acudir a un centro; así como también habría que evitar

tener que estar en una sala de espera de un hospital esposado y con la custodia correspondiente.

Para finalizar, me gustaría que la institución hiciese hincapié en la participación en los equipos técnicos o juntas de tratamiento de los funcionarios que trabajan en los módulos, cuya valoración resulta importante para la obtención de beneficios y en los que muchas veces se reduce a trabajos meramente administrativos o de vigilancia. El funcionario conoce perfectamente a cada interno que está en el módulo, en muchos casos hasta por su nombre, conoce sus actividades, sus vicios, sus defectos; por todo ello, parece necesario que su valoración de un interno sea escuchada.

Como resumen a todo lo expuesto, debo decir que el sistema penitenciario español debe avanzar y poner en práctica, o cuanto menos en forma de prueba, algunas de las reivindicaciones aquí planteadas.

Me gustaría terminar esta charla con una frase del profesor Beristaín (Catedrático de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco): “Probablemente un alto porcentaje de vosotros, habéis cometido un delito; pero nadie tiene derecho a deciros que sois delincuentes”. Gracias una vez más por la oportunidad que me habéis dado y os animo a que continuéis con esta importante divulgación a la sociedad del sentido y la realidad de la prisión y de los que viven en ella. Muchas gracias.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS RECLUSOS. LA CONSTRUCCIÓN JURÍDICA DE UNOS DERECHOS DEVALUADOS

IÑAKI RIVERA BEIRAS

*Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos
Universitat 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 este trabajo.

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, 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 fun-

damentales 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 positivización” 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 también los derechos a la propiedad y a la libertad (BOBBIO, 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 cua-

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” (FERNÁNDEZ, 1984: 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 Muguerza y otros autores (edición preparada por Gregorio Peces-Barba), Madrid 1989.

les, normalmente en sus 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 (FERNÁNDEZ, 1984: 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 (FERNÁNDEZ, 1984). 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 nuestro contexto histórico-espiritual 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 (TRUYOL Y SERRA, 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” (PECES-BARBA, 1989: 267). Y, abundando aún más acerca de ello, Peces-Barba

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, 1989: 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.

señala que fundamentar los derechos humanos es buscar la raíz de un fenómeno 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 (PECES-BARBA, 1989: 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 (FERNÁNDEZ, 1984: 110).

2.3. La fundamentación historicista

Según Eusebio Fernández, para la corriente historicista, 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 (FERNÁNDEZ, 1984: 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

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” (PECES-BARBA, 1989: 277).

tal o cual época e intentos de satisfacer dichas necesidades” (citado por FERNÁNDEZ, 1984: 103).

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 positivización 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, lo 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), que culmina el proceso histórico señalado.

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 dereitos humanos na pós-modernidade”. El citado autor distinguió 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 bio-ingeniería, a la defensa del medio ambiente, etc.).

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 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 las 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 fun-

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 estos 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” (TREVES, 1989: 7). Tras afirmar que un repaso por las obras de los fundadores de la sociología del derecho (Ehrlich, 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,

damentación para la elaboración de una teoría de los derechos humanos que ya no contempla al hombre abstracto, al hombre en cuanto 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 las personas con discapacidad, 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, 1989: 9; y BOBBIO, 1989: 15). 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 de libertad, opinión, etc., a los derechos sociales que requieren una intervención directa por parte del Estado;

marcaron el inicio de los estudios de los sociólogos del derecho específicamente dedicados al análisis de los derechos humanos (TREVES, 1989: 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 del Renato Treves y Vincenzo Ferrari.

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 1ª 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.

- b) porque la “titularidad” de algunos derechos tradicionales se ha extendido a sujetos diversos del hombre (como la familia, las minorías étnicas o religiosas, o 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, 1989: 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 “construcción social de los derechos del hombre”. En efecto, no se puede pensar que la autoridad política vaya a reconocer 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

Conforme a lo que se ha señalado en la Presentación de este Capítulo, 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. Y para un tratamiento más claro, se ha optado 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 moral

En el ámbito internacional, pese a que numerosas disposiciones señalan el reconocimiento de un derecho tan fundamental como es el de la vida para “todas” las personas⁷, 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. 2.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos –en adelante CEDH–). Además, esas normas destacan que las disposiciones 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. 2.2 CEDH).

Por lo que a España se refiere, el art. 15 de la Constitución (en adelante 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 (en adelante 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 las 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 tor-

⁷ Véanse los arts. 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 o 2.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950.

turas, ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. No obstante, en este subapartado se analiza lo relativo al derecho a la vida, dejándose 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 muerte”. 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 del 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”⁸.

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

Este derecho fundamental se regula en el art. 3 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 (en adelante TEDH) ha consistido en concretar el alcance de cada uno de los términos establecidos en el art. 3 CEDH⁹. 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

⁸ Frente a esta opinión, mayoritaria en el TC, el Magistrado Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer señaló, a través de un voto particular, 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”.

⁹ 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.

un nivel especial en el dolor que caracteriza a la tortura” (BALAGUER SANTAMARÍA, 1992: 114-115).

El TEDH, al delimitar el significado preciso de tales conceptos, señaló, en la Sentencia de 25 de abril de 1978, asunto TYRER¹⁰, que una persona puede ser humillada al ser condenada, pero que lo que interesa a los efectos de conceptualizar a una pena como “degradante” es que la humillación se produzca, no por la mera existencia de la condena, sino por la forma en la cual ésta se ejecuta¹¹. En efecto, señaló 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

¹⁰ 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.

¹¹ 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 tienen que alcanzar un nivel determinado y diferenciarse en cualquier caso del elemento normal 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 ejecute” (BALAGUER SANTAMARÍA, 1992: 115-116).

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 duración, 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 había ya declarado la STC 2/1987 y se desprende directamente de la propia Constitución; pue el art. 25.2 de la Constitución, “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 limita-

ciones que no son de aplicación a los ciudadanos comunes” y así, 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”.

Y finalmente, volviendo a la STC 120/1990, de 27 de junio, el TC, al analizar en concreto el 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 inhumanos o degradantes es necesario que “éstos acarreen sufrimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada 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 (en adelante DUDH) establece que “toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual”; añadiendo posteriormente, en el punto 3, 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 o servidumbre, ni constreñido a realizar trabajos forzosos u obligatorios¹².

Pese a tales estipulaciones, también 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. 8.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en adelante PIDCP), o de “todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad” (art. 4.2.a 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). Sin embargo, 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).

En todo caso, frente a esa resolución del TC, la doctrina española – muy crítica con ella – ha manifestado que *“como era de temer, el recurso a la argumentación jurídica ha servido de vía para la negación, en la práctica, de un derecho fundamental tan importante en prisión como 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 Ley Orgánica General Penitenciaria (en adelante LOGP) y 2 del Reglamento Penitenciario (en adelante RP), agregando ambos que otra finalidad de tales penas es la “retención y custodia de detenidos, presos y penados”.

¹² Disposiciones que pueden encontrarse en el art. 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o también en el art. 4.2 CEDH.

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, en 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 que 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”.

Y en consonancia con dicha interpretación, el TC añadió posteriormente que 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); y en otra ocasión, al tener que resolver una cuestión de inconstitucionalidad promovida en torno a los arrestos sustitutorios impuestos por impago de multas penales, 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)” (STC 19/1988, de 16 de febrero).

3.5. Derecho de defensa

La plasmación del derecho de defensa se encuentra, en el ámbito internacional, en los apartados b) y c) del art. 6.3 CEDH. Por una parte, el apartado b) establece el derecho “a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa”. Y por otra, conforme

al apartado c), 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”, podrá “ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan”¹³.

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

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).

Y en cuanto al ejercicio de estos derechos constitucionales en el ámbito penitenciario, el TC ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente. En primer lugar, en 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”; y en otra ocasión, en la STC 74/1985, de 18 de junio, también admitió la vigencia de estos derechos fundamentales en el ámbito penitenciario. En este último caso se trataba de analizar la potestad disciplinaria de la Administración penitenciaria,

¹³ 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. 2 a 8) 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 el Tribunal Europeo. En cambio, el art. 6.3.c CEDH 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.

especialmente cuando la sanción implique “una grave restricción de la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de la pena”; señalando 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 aquella 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 el Director del Centro, o un miembro de la Junta en quien aquel delegue, el encargado de incoar el expediente y de decidir qué pruebas propuestas son convenientes, no tiene, para el TC, nada de anómalo ni de lesivo contra los derechos constitucionales del art. 24.1. Y 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”.

En todo caso, es importante destacar que esa sentencia del Tribunal Constitucional señaló algunos límites al ejercicio del derecho constitucional a la defensa. En efecto, comienza el Tribunal 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 hubiere impedido hacerlo”. No obstante, 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, aun 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”¹⁴. Finalmente, se añadió en esta resolución que el asesoramiento y asistencia de letrado debe ser permitido 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*”¹⁵.

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 la existencia de dos importantes orientaciones en lo que se refiere al derecho fundamental aquí analizado, concretamente en el ámbito penitenciario:

¹⁴ Los subrayados han sido realizados por el autor de este Capítulo (nota del editor).

¹⁵ Asencio 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” (ASENCIO CANTISÁN, 1989: 40).

- 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 de lo dicho no se deduce 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. Y 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 señaló 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”. Y por otra parte, por lo que se refiere a la relación existente entre este derecho y el de no ser sancionado dos veces por un mismo acto, la 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

El derecho fundamental al respeto de la correspondencia se establece en el art. 8.1 del Convenio Europeo: “toda persona tiene derecho al respe-

to (...) de su correspondencia”. En principio, pues, el reconocimiento de este derecho no excluye a nadie de su ejercicio. Sin embargo, el art. 8.2 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 acudirse a la Sentencia de 21 de febrero de 1975, asunto *GOLDER*, en 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*).

Y en cuanto a la configuración de este derecho en el ámbito de la normativa española, ha de señalarse que el RP afirma, en su artículo 46.1, 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*”. Además, el RP permite que el funcionario abra la carta destinada a un recluso en presencia de éste, y, conforme al artículo 46.7, “La correspondencia entre los internos de distintos centros penitenciarios podrá ser intervenida mediante resolución motivada del Director y se cursará a través de la Dirección del establecimiento de origen...”. 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. Y en el segundo párrafo se añade 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 de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo”. Y finalmente, se dispone, en el apartado 5 de este artículo 51, 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, en la STC 89/1987, de 3 de junio, señaló (respecto a 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. A este respecto, señala Bueno Arús que, “por lo tanto, impedir las prácticas sexuales a quienes están privados de libertad tampoco implica restricción o limitación de derecho fundamental alguno” (BUENO ARÚS, 1988: 173).

Y en un sentido similar al expresado se ha pronunciado la jurisprudencia del TEDH, al señalar que para precisar las obligaciones que el

art. 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. 10.1 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”).

Ese 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 las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa” (art. 10.1 “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 delito”, “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. 10.2).

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 comu-

nicación 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, en diversas ocasiones, de configurar el derecho a expresarse en su propia lengua en el ámbito penitenciario. Así, en 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”. Lo que ha sido repetido en otras dos ocasiones por el TC. En efecto, en 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; y añadió que, en este caso, “no se da 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”. Y en idéntico sentido se pronunció en 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”; lo que supone la exclusión de todo tipo de actuación arbitraria de los poderes públicos y, a la vez, que no sea ajustada a derecho la imposición de otras restricciones que las establecidas legalmente, por aplicación del principio de legalidad. Parece excluirse, asimismo, si se observa el tenor literal de esta disposición, cualquier imposición de restricciones por vía reglamentaria. 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”. Aunque 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 trataba de un “derecho desconocido e incompatible con la situación del sistema penitenciario en el que en aquel momento se trabajaba” (GARCÍA VALDÉS, 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, también 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 aquellos 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 positivización, 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 este Capítulo, 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 Naciones 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” (SÁNCHEZ ILLERAS, 1992: 16-17).

No parecen existir demasiadas dudas, pues, acerca de la hipótesis que se planteó en la Presentación de este Capítulo: 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 sociológico otorgó un fundamento a la aparición y transformación de los derechos humanos. Se avanzó, así, hacia una “construcción social” de tales

derechos, que ya no observaba al hombre como un 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 este Capítulo¹⁶.

Mientras el empleo de la privación de la libertad no sea superado, y mientras se 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 los 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, en el 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 mensaje¹⁷. La lucha –jurídica, social y política– encaminada a la promoción de los derechos fundamentales de los reclusos, aun cuando ha de partir del convencimiento de la imposibilidad de lograr una efectiva tutela de aquellos derechos en el interior de la institución de secuestro, puede suponer el diseño, el trazado de un escenario de trabajo y de re-

¹⁶ En torno a dicho tema puede consultarse RIVERA BEIRAS, 2006.

¹⁷ Se alude aquí a la constitución de la Coordinadora para la Prevención de la Tortura, que tiene ya una proyección en todo el Estado español, reuniendo a una cuarentena de organismos sociales, Colegios de Abogados y algunas Universidades que trabajan en la denuncia de la tortura y abogan por la constitución los llamados Mecanismos Nacionales de Prevención de la tortura, previstos en el Protocolo Facultativo a la Convención de la ONU contra la tortura, firmado por el Gobierno español.

presentación permanente de un conflicto que, cuando menos, no puede permanecer en silencio.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASENCIO CANTISÁN, H. (1989), “Régimen disciplinario y procedimiento sancionador”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, Extra 1.
- BALAGUER SANTAMARÍA, X. (1992), “Derechos Humanos y Privación de la libertad: en particular, Dignidad, Derecho a la Vida y Prohibición de Torturas”, en I. Rivera Beiras (Coord.), *Cárcel y Derechos Humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*, J. M. Bosch, Barcelona.
- BERGALLI, R. (1989), “El control penal en el marco de la sociología jurídica”, en R. Bergalli (Coord.), *El derecho y sus realidades*, PPU, Barcelona.
- BOBBIO, N. (1989), “Diritti dell’uomo e società”, en R. Treves y V. Ferrari (Coords.), *Sociologia dei Diritti Umani*, Franco Angeli Ed., Milano.
- BUENO ARÚS, F. (1989), “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia penitenciaria”, *Poder Judicial*, núm. especial III.
- CALVET BAROT, G. (1994), “La cárcel y el derecho a la salud: el diseño y la legitimación de una vulneración permanente”, en I. Rivera Beiras (Coord.), *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales: Jornadas Penitenciarias*, J. M. Bosch, Barcelona.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. (1989), “Diez Años Después: el trabajo penitenciario”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, Extra 1.
- FERNÁNDEZ, E. (1984), *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, Editorial Debate, Madrid.
- FERRARI, V. (1989), “Sociologia dei diritti umani: riflessioni conclusive”, en R. Treves y V. Ferrari (Coords.), *Sociologia dei Diritti Umani*, Franco Angeli Ed., Milano.
- GALLEGO DÍAZ, M., P. CABRERA CABRERA, J. C. RÍOS MARTÍN y J. SEGOVIA BERNABÉ, (2010), *Andar 1 km. en línea recta. La cárcel del Siglo XXI que vive el preso*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid.
- GARCÍA VALDÉS, C. (1989), *Escritos*, Ministerio de Justicia, Madrid.
- MUGUERZA, J. (Coord.) (1989), *El fundamento de los derechos humanos*, edición preparada por G. Peces-Barba, Editorial Debate, Madrid.
- PECES-BARBA, G. (1989), “Sul fondamento dei diritti umani. Un problema della morale e del diritto”, en R. Treves y V. Ferrari (Coords.), *Sociologia dei Diritti Umani*, Franco Angeli Ed., Milano.

- PEGORARO, J. (1991), “Degradación o Resistencia: dos modos de vivir en una cárcel”, Ponencia presentada al Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati.
- RÍOS MARTIN, J. C. y P. J. CABRERA CABRERA (1998), *Mil voces presas*, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid.
- RÍOS MARTIN, J. C. y P. J. CABRERA CABRERA (1998b), “La cárcel: descripción de una realidad”, *Cáritas, suplemento*, nº 388, octubre.
- RIVERA 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, Universitat de Barcelona.
- RIVERA BEIRAS, I. (1994), *La “devaluación” de los derechos fundamentales de los reclusos: la construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*, en I. Rivera Beiras (Coord.), *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales: Jornadas Penitenciarias*, J. M. Bosch, Barcelona.
- RIVERA BEIRAS, I. (2006), *La cuestión carcelaria. Historia, epistemología, derecho y política penitenciaria.*, Editores del Puerto, Buenos Aires.
- RODRIGUEZ SAEZ, J. A. (1993), “Derechos fundamentales en la cárcel: referencia al derecho de defensa”, en I. Rivera Beiras (Coord.), *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales: Jornadas Penitenciarias*, J. M. Bosch, Barcelona.
- RODRIGUEZ SAEZ, 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 I. Rivera Beiras (Coord.), *Cárcel y Derechos Humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*, J. M. Bosch, Barcelona.
- 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 Comisió 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”, *Direito e Sociedade*, núm. 4, marzo 1989, pp.3-12.
- TREVES, R. (1989), “Diritti umani e sociologia del diritto”, en R. Treves y V. Ferrari (Coords.), *Sociologia dei Diritti Umani*, Franco Angeli Ed., Milano.
- TRUYOL, A. y SERRA (1984), *Los derechos humanos*, Tecnos, Madrid.

VÍAS DE SOLUCIÓN A LA SITUACIÓN ACTUAL DE LAS PRISIONES EN ESPAÑA

ÁNGEL LUIS ORTIZ GONZÁLEZ
*Magistrado en excedencia*¹

1. SITUACIÓN ACTUAL DE LA PENA DE PRISIÓN EN ESPAÑA

En el mes de enero de 2015 en las prisiones españolas había 65.039 personas encarceladas². Ese número de internos supone que España ocupa los primeros puestos en la tasa de encarcelamiento en Europa, alcanzando las 143 personas encarceladas por cada 100.000 habitantes. En el resto de países de nuestro entorno, Gran Bretaña tiene 149 personas encarceladas por cada 100.000 habitantes, Francia 100, Portugal 137 y Alemania 77.

El informe publicado durante el año 2014 por el Consejo de Europa pone de manifiesto que España ocupa el tercer lugar en Europa en cuanto a la estancia media de prisión, en concreto 19,1 meses, por delante sólo se sitúan Turquía, con 45 meses, y Rumanía, con 28,3 meses. La estancia media en Europa es de 10,4 meses. Por otra parte, en cuanto a la tasa de criminalidad por cada 1.000 habitantes, en el año 2014, fue de 44,8 delitos por cada 1.000 habitantes, mientras que la media europea estaba en 62,8 delitos por cada 1.000 habitantes. Todos estos datos ponen de manifiesto que España, con unas tasas de criminalidad bajas, ocupa los primeros puestos en el número de personas que se encuentran en prisión.

¹ Actualmente ocupa el cargo de Director General de los Servicios Jurídicos del Ayuntamiento de Madrid. Durante la elaboración de este trabajo se encontraba destinado en el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 1 de Madrid.

² Todos los datos que aparecen en este trabajo han sido obtenidos o bien de la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias (<http://www.mir.es>) o bien de las noticias facilitadas por la página web del Colegio de Abogados de Pamplona (<http://www.derechopenitenciario.com>). Cuando los datos han sido obtenidos de otras fuentes, se indica expresamente la fuente.

Y no sólo entran muchas personas en las prisiones españolas, sino que cuando entran permanecen en ellas más tiempo que las que lo hacen en el resto de países de nuestro entorno.

Además, un sistema penal basado en la pena privativa de libertades un sistema penal caro. Prueba de ello es que durante el año 2014, el coste anual de cada interno en España fue de 23.725 €. Esto supone un coste por interno/día en el caso español de 65 €. La media europea del coste por interno/día, según el informe del Consejo de Europa, fue de 49 € día. El país que menos dinero dedicó a esos fines fue Ucrania, con 3 € día, y el que más Suecia, con 621 €.

2. CAUSAS QUE HAN DADO LUGAR A LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA PENA DE PRISIÓN EN ESPAÑA

El Código Penal de 1995 apostó por penas alternativas a la pena de prisión, ya que hasta entonces esa pena ocupaba un puesto esencial y casi exclusivo a la hora de sancionar los delitos. Después del Código Penal de 1995 se ha producido la promulgación de una serie de leyes en las que de forma progresiva se han ido endureciendo las penas, llegándose a crear lo que algunos autores han definido como “el derecho penal de cárcel”, en el que todo gira en torno a la pena de prisión.

La producción legislativa con la que se han ido endureciendo las penas surge, a partir del año 2003, con las siguientes normas:

- Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.
- Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal.
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género.
- Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de seguridad vial.

Algunas de esas leyes se aprobaron tras la dramática visión que del fenómeno criminal ofrecen los medios de comunicación, los cuales aumentan la alarma social por la forma con la que tratan la crónica de sucesos. La sensación de impunidad que se refleja en las informaciones

en modo alguno responde a la realidad, pues las cifras de personas encarceladas y las tasas de delitos graves cometidos, claramente ponen de manifiesto la eficacia del derecho penal. Esa alarma social y la sensación de impunidad se han traducido políticamente en un endurecimiento de las penas privativas de libertad.

Con todo ese arsenal punitivo se ha creado lo que Hassemmer³ denominó como derecho penal simbólico, en el que la mera promulgación de la norma agota todas sus pretensiones, al tiempo que se calma a la opinión pública al transmitir que se actúa protegiendo determinados valores, muchos de los cuales deberían de protegerse al margen del derecho penal y por supuesto lejos de la pena privativa de libertad, ya que el derecho penal utilizado como instrumento de pedagogía no logra los fines que con él se pretenden. Como indica Sáez Valcárcel⁴, se crean en la opinión pública unas expectativas respecto del derecho penal, como vehículo de solución de conflictos, que nunca podrá cubrir. Solamente la Ley Orgánica 5/2010, que modificó el Código Penal rebajando la penalidad de los delitos contra la salud pública, permitió reducir el número de personas en prisión, ya que de las más de 76.000 personas que estaban en prisión en el año 2009, se ha pasado a las 65.039 personas que cumplían condena en el mes de enero de 2015.

Las leyes anteriormente mencionadas y el Código Penal de 1995 en unos casos han atraído hacia el derecho penal un buen número de situaciones que antes permanecían fuera de él y en otros supuestos han introducido determinados requisitos a la hora de cumplir la pena que en la práctica generan un alargamiento del tiempo que hay que permanecer en prisión. A continuación se exponen ejemplos de cuanto se acaba de indicar.

2.1. El Código Penal y las crisis de convivencia

Se utiliza el derecho penal para la protección de bienes jurídicos que antes eran protegidos al margen de ese derecho. Se aprecia claramente esa realidad al observar la forma en la que se han ido regulando las

³ W. HASSEMER, “Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, *Pena y Estado*, núm. 1, 1991.

⁴ R. SÁEZ VALCÁRCEL, *El incumplimiento de medidas acordadas en procesos de familia. El delito de impago de pensiones*, Asociación Española de Abogados de Familia, Dykinson, Madrid, 1996.

consecuencias jurídicas que afectan al matrimonio o a las uniones de convivencia en general, cuando en ellas aparecen situaciones de crisis.

Corresponde al derecho civil, por su naturaleza y función, ofrecer soluciones y pacificar las diferencias que puedan aparecer cuando una pareja que convive decide dar por finalizada su vida en común. Es un hecho innegable que el derecho penal, con mayor o menor intensidad, en función de cada época, ha venido interviniendo en esas crisis. En el caso concreto de nuestro ordenamiento, en el año 1989 se introdujeron determinados tipos penales que de forma directa incidían en las crisis matrimoniales, concretamente se reguló el impago de pensiones cuando judicialmente se hubieran reconocido y el ejercicio de violencia física dentro de la pareja.

El problema fundamental que aparece cuando el derecho penal interviene en el matrimonio, se centra en determinar hasta dónde puede llegar la coacción como mecanismo de solución de conflictos y cuál es la eficacia que presenta el derecho penal para los intereses de las personas que están en ese conflicto. Debe tenerse presente que a esa parte del derecho sólo se acude cuando es absolutamente imprescindible, que el mismo tiene un carácter fragmentario, limitado y que es la última razón, el último mecanismo que utiliza el Estado para imponer el orden jurídico quebrantado.

Las carencias que pueda presentar la ejecución civil o la jurisdicción civil en modo alguno pueden, ni deben, ser suplidas con el Código Penal. Acudir al Código Penal en estos casos supone reconocer de alguna manera el mal funcionamiento de la justicia civil, en cuanto a que su respuesta es lenta en muchos casos e insatisfactoria, al no ser capaz de ejecutar en toda su plenitud sus resoluciones.

En el caso concreto del delito de impago de pensiones, el Código Penal en su artículo 227 regula el delito por el incumplimiento de obligaciones derivadas de los convenios judiciales aprobados o de las resoluciones judiciales en los supuestos de procedimientos relacionados con el derecho de familia⁵.

⁵ Art. 227: “1. El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses. 2. Con la misma pena será castigado el que dejare de

Tanto la doctrina como los pronunciamientos jurisprudenciales ponen de manifiesto que se trata de un delito que ha sido objeto de numerosas críticas, especialmente en relación con uno de los principios informadores del derecho penal: el principio de intervención mínima, sobre todo cuando el tipo penal incide en el ámbito familiar.

El antecedente legislativo más cercano se produjo con la *ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal*, al introducir la misma el artículo 487 bis, como un complemento al delito que ya existía de abandono de familia. La aparición de ese artículo se justificó, en el propio Preámbulo de la ley, con la finalidad de proteger a “los miembros económicamente más débiles de la unidad familiar frente al incumplimiento de deberes asistenciales por el obligado a prestarlos (...) intentando así otorgar la máxima protección a quienes en las crisis matrimoniales padecen las consecuencias de la insolidaridad del obligado a prestaciones de aquella clase”.

El Código penal de 1995 mantuvo el tipo delictivo introducido en el año 1989, concretamente en el artículo 227, si bien la redacción actual del citado artículo ha sido realizada por la Ley 15/2003, de 25 de noviembre.

En opinión de algunos autores, con este delito se utiliza el derecho penal para dar cumplimiento a las obligaciones civiles preexistentes y prevenir mediante la coacción el incumplimiento de obligaciones futuras⁶. Se aproxima, así, ese tipo penal a la llamada “prisión por deudas”, la cual se encuentra prohibida por el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, donde se señala que “nadie será encarcelado por el sólo hecho de no poder cumplir una obligación contractual”.

Los detractores de este delito estiman que el derecho civil contiene mecanismos suficientes para hacer posible que el obligado al pago haga efectiva la cantidad que le corresponde, sin tener que acudir a la sanción penal. Citan, para ello, el artículo 91 del Código Civil, que permite al juez dictar todas las medidas que sean necesarias, el artículo 93 de dicho texto legal, que se refiere a las medidas que han de asegurar las pensiones alimenticias de los hijos, y el artículo 103.3, que menciona las garantías,

pagar cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior. 3. La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas”.

⁶ J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español. Parte especial*, Dykinson, Madrid 1990, pp. 345 y 346.

depósitos, retenciones u otras medidas cautelares convenientes. Además, el artículo 776 de la Ley de Enjuiciamiento Civil recoge que en la ejecución de las medidas adoptadas en procesos de nulidad, separación o divorcio se pueden imponer multas coercitivas al cónyuge o progenitor que incumpla de manera reiterada las obligaciones de pago de cantidad. Algunos autores consideran que la auténtica protección de los miembros de la familia más desprotegidos pasa por la creación de un Fondo de Garantía de Pensiones⁷. En igual sentido se ha pronunciado el Defensor del Pueblo en sus informes anuales presentados al Parlamento correspondientes a los años 2000 y 2001. Sobre este punto sólo cabe desear que la “Disposición adicional única Fondo de garantía de pensiones” de la *Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio*, se haga pronto realidad⁸.

Al hilo de cuanto se acaba de exponer, también hay que señalar que las sucesivas reformas efectuadas en materia de violencia de género han ido introduciendo una mayor intensidad punitiva al tiempo que creaban nuevas infracciones, que en muchos casos han transformando antiguas faltas en nuevos delitos (artículos 153, 171.4, 172.2 del Código Penal). En otros supuestos el efecto expansivo del derecho penal o bien ha ampliado de forma importante tipos delictivos que ya existían (artículo 173.2, anteriormente artículo 153 del Código Penal) o bien ha agravado determinados delitos en atención a la especial situación del sujeto pasivo (números 4 y 5 del artículo 148 y el segundo párrafo del número 2 del artículo 172 del Código Penal).

Como colofón a ese afán de querer resolver todo usando el derecho penal, hay que señalar que el punto 5 del artículo 87 ter de la *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, en la redacción que le dio el artículo 44 de la *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, ha excluido

⁷ Así B. SILLERO CROVELTO y P. LAURENZO CAPELLO, *El impago de pensiones derivadas de rupturas matrimoniales en la realidad judicial. Estudio de los casos registrados en los Juzgados de Málaga en el periodo 1992/1993*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla-Málaga, 1996, pp. 162 y ss.

⁸ Que textualmente dice: “El Estado garantizará el pago de alimentos reconocidos e impagados a favor de los hijos e hijas menores de edad en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial, a través de una legislación específica que concretará el sistema de cobertura en dichos supuestos”.

a la mediación como fórmula para encontrar una solución a las crisis de convivencia.

2.2. El Código Penal y la seguridad vial

La última de las reformas que ha servido para incrementar el ámbito de actuación del derecho penal se ha producido con la *Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modificó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de seguridad vial*. La finalidad de esa reforma era loable, pues pretendió dar respuesta al fenómeno de la violencia vial. La principal duda que surge respecto de tal reforma es la de determinar hasta qué punto puede ser eficaz el Código Penal para garantizar la seguridad vial, o por qué motivo se han adelantado las barreras de protección de bienes jurídicos que tradicionalmente se han visto protegidos por el derecho administrativo sancionador.

La nueva redacción que se ha dado a los artículos 379 a 385 del Código Penal, equipara la distinción entre delitos de peligro abstracto y concreto, objetivando los tipos de tal forma que llega a desvirtuar la auténtica naturaleza del derecho penal. Es cierto que las conductas que serán castigadas penalmente con mayor frecuencia (conducir a velocidad excesiva, conducir bajo la influencia de drogas tóxicas o bebidas alcohólicas –artículo 379 C.P.– y conducir sin permiso para hacerlo –art. 384 C.P.–), tienen prevista una sanción que necesariamente no supone la imposición de una pena privativa de libertad⁹, ya que el condenado puede recibir una pena de prisión de 3 a 6 meses, o una pena de multa de 6 a 12 meses o una pena de trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 90 días. En junio de 2010, aproximadamente 1.400 personas se encontraban en prisión por delitos contra la seguridad vial.

2.3. Reformas normativas que afectan a la forma en la que se cumplen las condenas privativas de libertad

Además de las reformas legislativas comentadas, que han atraído hacia el derecho penal nuevas conductas o han ampliado otras que ya

⁹ Los artículos 379 y 381 del Código Penal fueron modificados, en cuanto a su penalidad, por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, publicada en el BOE de 23 de junio de 2010.

existían, se han producido también otras modificaciones normativas, con las que se han introducido determinados requisitos a la hora de cumplir la pena de prisión, que en la práctica generan un alargamiento del tiempo que hay que permanecer en prisión.

La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, introdujo el llamado periodo de seguridad en el artículo 36.2 del Código Penal, de tal forma que cuando la duración de la pena de prisión impuesta fuese superior a 5 años, la clasificación del condenado en tercer grado de tratamiento penitenciario no podía efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta. Este artículo fue modificado por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en el sentido de asignar al tribunal sentenciador la facultad de imponer o no ese periodo de seguridad, salvo en 4 tipos delictivos, en los que legalmente se impone siempre ese periodo de seguridad.

La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, modificó también los artículos 76 y 78 del Código Penal, elevando en 10 años el límite máximo de cumplimiento, al pasar de 30 años, que se fijaba en la redacción inicial del Código Penal de 1995, a 40 años. Tal reforma tiene tintes claramente retribucionistas, si bien es cierto que el límite máximo de cumplimiento de 40 años afecta en exclusiva a situaciones concursales cuando existen delitos muy graves (condenados por dos o más delitos de terrorismo, cuando alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años). En cuanto a los beneficios penitenciarios, permisos de salida, clasificación en tercer grado y el cómputo del tiempo para la libertad condicional, el apartado 1º del artículo 78 introduce una previsión, de tal forma que cuando por aplicación de los límites de cumplimiento (triple de la pena mayor) previstos en el artículo 76 del Código Penal (supuestos de personas condenadas por dos o más delitos), la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, todos esos beneficios, permisos y clasificaciones se podrán conceder teniendo en cuenta la totalidad de las penas impuestas en las distintas sentencias.

Por último, la Ley Orgánica 7/2003 introdujo, en el artículo 90 del Código Penal y en el artículo 72.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, el requisito de tener satisfecha la responsabilidad civil derivada del delito por el que haya sido condenado para poder ser progresado a tercer grado y para acceder a la libertad condicional, especialmente cuando la condena fuera por un delito contra el patrimonio, el orden socioeconómico, los derechos de los trabajadores, la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra la Administración pública, de los

comprendidos en los capítulos V al IX, del Título XIX, del Libro II, del Código Penal.

Otra de las reformas que también está teniendo una incidencia importante en la forma en la que se cumplen las condenas privativas de libertad es la que se produjo con la Ley Orgánica 15/2003, con ella se modificó, entre otros artículos, el artículo 36.1 del Código Penal, reduciendo el límite mínimo de la pena de prisión a tres meses. Inicialmente, el Código Penal de 1995, estableció ese límite mínimo en 6 meses. Sobre este particular hay que señalar que es una opinión generalizada, dentro de la doctrina y de la política criminal de un buen número de países, abogar por la supresión de las penas de prisión de corta duración, ya que debido al breve periodo de tiempo que se está en prisión no es posible ofrecer un tratamiento rehabilitador, produciendo, por el contrario, efectos desocializadores para el interno primario. La citada Ley suprimió la pena de arrestos de fin de semana.

La última reforma del Código Penal, realizada con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, ha introducido en el Código Penal la prisión permanente revisable y también ha modificado la naturaleza de la llamada libertad condicional, que ahora pasa a denominarse suspensión de la condena. En términos generales se mantiene la duración de las penas privativas de libertad, por lo que no es esperable un descenso de la población penitenciaria. En todo caso, la aparición de esa pena y la introducción de determinados requisitos temporales para poder obtener el tercer grado y la suspensión de la condena, podrían tener como consecuencia un incremento del tiempo medio de estancia en prisión.

3. INICIATIVAS PARA MEJORAR LA RESPUESTA SANCIONADORA DEL DERECHO PENAL

3.1. Potenciar el tratamiento

La Ley Orgánica General Penitenciaria (Ley Orgánica 1/1979) establece, en su artículo 59, que el tratamiento consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y la reinserción social de los penados. El concepto legal de tratamiento es muy amplio y posee una fuerza atractiva tal que hace que en el mismo sea susceptible de ser incluida buena parte de la actividad penitenciaria. Cualquier actividad, en la medida en que esté orientada a la admisión de

unos hábitos, habilidades o pautas de conducta cuya carencia pueda estar relacionada con la actividad delictiva pasada o futura, tiene la consideración de actividad tratamental. La legislación española ha optado por el sistema de individualización científica, como forma de cumplimiento o ejecución, según la terminología utilizada por el artículo 72 de la citada Ley Orgánica.

En este sentido, la normativa española se ajusta plenamente a las principales normas internacionales sobre esta materia, por un lado, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas y, por otro, las Reglas Penitenciarias del Consejo de Europa. En esos dos textos se declara que, siempre que la duración de la condena lo permita, deberá inculcarse en los internos la voluntad de vivir de acuerdo con la Ley, creando en ellos las condiciones precisas que faciliten su reinserción. En este sentido el Reglamento que desarrolla la Ley Orgánica General Penitenciaria (Real Decreto 190/1996) relaciona el tratamiento con la formación, la cultura, el deporte y el trabajo como actividades complementarias. Por esta razón resulta insuficiente enfocar el tratamiento pensando sólo en la intervención desde una única perspectiva. Resulta más conveniente organizar alrededor del interno un ambiente en el que se utilicen los medios y programas que propicien su participación y ofreciéndole la posibilidad de recibir formación, cultura, deporte y trabajo. Este estímulo es fundamental, puesto que en ningún caso resulta posible el tratamiento penitenciario sin la participación activa y voluntaria del interno.

El tratamiento penitenciario exige de la Administración no sólo una actitud de oferta en constante adaptación y un esfuerzo de análogas características para la motivación de los internos. También exige la existencia de unas condiciones materiales suficientes, que permitan el mantenimiento de unos niveles adecuados de intimidad, seguridad, salud e higiene personal y, en segundo lugar, unas instalaciones adecuadas y personal suficiente para la oferta de actividades de índole formativa, laboral y ocupacional.

En la actualidad la pena privativa de libertad, normativa y doctrinalmente, sólo resulta admisible si junto a la retención se pretende la reinserción y la rehabilitación del condenado, el puro castigo y la retribución han sido desterradas. En el medio penitenciario existe la percepción arraigada de que el sistema penitenciario sólo fracasa cuando se produce un quebrantamiento de condena y el recluso logra burlar los controles

físicos que le han sido impuestos, no obstante, la falta de un tratamiento adecuado raramente es percibida por la Administración como un fracaso.

3.1.1. Programas de tratamiento para condenados por delitos relativos a la seguridad vial

El artículo 90.2 del Código Penal, al regular la libertad condicional, permite al juez de vigilancia penitenciaria imponer a los penados alguna de las reglas de conducta o medidas previstas en los artículos 83 y 96.3 del Código¹⁰. En el artículo 83.1.5 expresamente se establece la obligación de participar en programas de educación vial. En cuanto al artículo 96.3, en la nueva redacción que se ha dado al apartado 3, se incluye, en el punto 3, la medida no privativa de libertad vigilada. A su vez, el artículo 106 del Código Penal, al definir en qué consiste esa libertad vigilada –redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010, incluye, en el punto 1 letra j), la obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares.

Por otro lado, el artículo 83, al regular la suspensión de la ejecución de la pena, también establece la posibilidad del tribunal sentenciador de condicionar la suspensión a que el condenado participe, como ya se ha indicado, en programas de educación vial.

Haciendo uso de esas previsiones legales, especialmente utilizando el artículo 90.2 del Código Penal, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 1 de Madrid, en colaboración con la Dirección General de Emergencias y Protección Civil-SAMUR del Ayuntamiento de Madrid, viene aplicando, desde el mes de abril de 2008, un programa de intervención psicológica para personas condenadas por delitos relacionados con la seguridad vial.

El citado programa tiene como objetivo general la reeducación vial de personas implicadas en accidentes de tráfico con consecuencias graves, mediante el cambio de actitudes respecto a conductas peligrosas, la adopción de medidas de seguridad vial, la toma de conciencia de las consecuencias de un accidente de tráfico y la concienciación de factores de riesgo en la conducción. Como objetivos específicos, con el programa se pretende valorar a la persona al inicio y al final, intervenir psicosocialmente en el condenado, lograr una adecuada relación de comunicación,

¹⁰ Ambos artículos fueron reformados por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

confianza y trabajo entre la persona y el psicólogo y conseguir que la persona valore de forma positiva su participación en este proyecto.

El programa tiene tres fases. En la primera de ellas se hace una valoración inicial del condenado, tratando de obtener información acerca de sus características personales (habilidades, capacidades, personalidad, etc.), especialmente se intenta conocer su historial como conductor, su actitud ante la conducción, su experiencia antes y después del accidente y la valoración de su propia manera de conducir.

En la segunda fase, es en la que se produce la intervención psicosocial, para ello la persona que participa será observadora de uno o más accidentes de tráfico, experimentando “in situ” situaciones trágicas, que fomenten cambios de actitudes que se traduzcan en cambios de conductas. También será observadora de las intervenciones que realizan los psicólogos del SAMUR con familiares de personas fallecidas. Con ello se pretende sensibilizar a la persona sobre la importancia de una conducta adecuada, concienciarle de las consecuencias dramáticas de un accidente grave de tráfico y concienciarle sobre factores de riesgo: alcohol, exceso de velocidad, no llevar cinturón de seguridad, etc.

Para conseguir todo eso se realiza una intervención adaptada e individualizada para cada persona, utilizando distintas técnicas y estrategias a nivel psicológico. Las pautas de intervención que se realizan son las siguientes:

- Fomentar la motivación hacia un cambio de actitud.
- Identificar y modificar los pensamientos distorsionados respecto a una conducción peligrosa.
- Facilitar la expresión de pensamientos y sentimientos, que produce la visualización de accidentes, víctimas y sufrimiento de familiares.
- Reestructuración cognitiva breve, sobre los pensamientos y sentimientos anteriores.
- Reforzar los cambios positivos de actitud.
- Fomentar la empatía.
- Sensibilizar ante el dolor de los otros, familiares de fallecidos o pacientes graves, y como sus vidas quedan destrozadas después de perder de forma repentina a un ser querido.
- Habilidades de comunicación verbal y no verbal.

En esta segunda fase, también está prevista la intervención psicosocial con el condenado en el supuesto de que aparezca alguna sintomatología adversa como consecuencia de exponerle a situaciones dramáticas de emergencia. Para ello se ofrecen técnicas de control de ansiedad, se facilita un relato coherente del suceso, se controlan, modifican y canalizan las emociones (rabia, ira, etc.) y se ofrecen habilidades de comunicación.

En la tercera fase, se realiza una valoración final del condenado para conocer si ha cambiado de actitudes sobre la conducción, se evalúa si se ha conseguido que tome conciencia sobre los factores de riesgo en la carretera y se obtiene información sobre la valoración personal por haber participado en este programa. Al finalizar esta última fase se está en condiciones de predecir el comportamiento futuro como conductor de la persona que se ha sometido al programa y de poder discriminar el umbral subjetivo de riesgo que tendrá en la conducción.

Desde el mes de abril de 2008 hasta el mes de octubre de 2010, se derivaron a este programa a 10 condenados. La mayoría de esas personas habían sido condenadas por imprudencias graves con resultado de muerte y alguno de ellos había sido condenado por conducir sin permiso de conducir e ir bajo los efectos de bebidas alcohólicas. Desde el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria se les fijó el número de sesiones en las que tenían que intervenir, cada sesión se componía de 9 horas (de 5 de la tarde a 2 de la madrugada) y se impartieron los viernes o los sábados, para poder hacer posible que esa persona pudiera conocer “in situ” las consecuencias que provocan los accidentes graves de tráfico. El condenado se desplazaba a la unidad de intervención psicológica del SAMUR-Protección Civil, donde permanecía recibiendo la intervención psicológica y desde donde se trasladaba al lugar del accidente.

3.1.2. Programa de tratamiento para condenados por delitos contra la salud pública

En el mes de abril del año 2009, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 1 de Madrid y el SAJIAD (Servicio de Asesoramiento a jueces y atención al drogodependiente) pusieron en marcha un programa de tratamiento para condenados por el delito contra la salud pública cuando el penado no es drogodependiente.

El objeto general de ese programa se centra en sensibilizar a las personas condenadas por esos delitos de las consecuencias derivadas del uso

de las sustancias estupefacientes. Se pretende concienciar acerca de la participación individual en el entramado general del tráfico y consumo de drogas, así como en prevenir la aparición de estas situaciones en el futuro. De forma específica, con ese programa se pretende fomentar la capacidad de empatizar, concienciando ante las dificultades y el sufrimiento de los demás. Se entrena en habilidades a los usuarios del programa para que puedan desarrollar un estilo de vida normalizado, se les facilita información para que conozcan las drogas y los efectos que producen, eliminando pensamientos y creencias irracionales. Se aumenta la capacidad de introspección y análisis de sus conductas, se identifican los factores desencadenantes de situaciones de riesgo de reincidencia y se les facilitan habilidades sociales para la resolver esas situaciones de riesgo.

La metodología de ese programa tiene una primera fase individual, en la que se realizan entrevistas personales a los liberados condicionales a los que se les impuso como regla de conducta el participar en este programa. En la segunda fase se trabaja en grupos, ofreciéndose 15 sesiones de 1 hora y media a cada grupo, que aproximadamente lo componen 10 penados. Los contenidos que se ofrecen son los siguientes:

- Sensibilización acerca de las consecuencias del consumo y/o tráfico de drogas.
- Habilidades sociales.
- Reestructuración cognitiva.
- Módulo de prevención.

Dentro de la sensibilización acerca de las consecuencias del consumo y/o tráfico de drogas, se abordan las siguientes cuestiones:

- Concepto de drogas.
- Clasificación de las drogas.
- Consecuencias físicas, a corto y a largo plazo, del consumo de cada sustancia.
- Consecuencias psicológicas del abuso/dependencia.
- Impacto social de las drogodependencias.
- Pensamientos irracionales sobre drogas.
- Consecuencias sociales, familiares y laborales de los ingresos penitenciarios de larga duración.
- Sensibilización sobre el riesgo físico del transporte dentro del cuerpo de sustancias psicoactivas.

En el apartado de las habilidades sociales, se trabaja para:

- Reconocer los pensamientos de los demás.
- Aprender a adaptarse a las señales emocionales que indican lo que otros necesitan o quieren.
- Ponerse en el lugar del otro.
- Aprender y/o mejorar la expresión de los propios sentimientos.

Antes de empezar el siguiente módulo los usuarios del programa son derivados a diversos centros de atención a drogodependientes con objeto de sensibilizarles en cuestiones relacionadas con el consumo de drogas. Los centros a visitar se dividen en centros de impacto, de reflexión y de inmersión, en función del tipo de recursos que se ofrecen en los mismos y del tipo de drogodependientes que allí asisten.

En el módulo relativo a la reestructuración cognitiva, se abordan las siguientes materias:

- Reconocimiento y definición de los problemas.
- Identificación de los propios sentimientos asociados a los mismos.
- Recogida de información sobre los problemas.
- Análisis de las posibles soluciones.
- Adopción de la mejor solución respecto a cada uno y puestas en práctica.

En el último de los módulos, el relativo a la prevención, se tratan las siguientes cuestiones:

- Se brindan las herramientas necesarias para que una persona sepa reconocer cuales son las creencias, mitos, síntomas y signos individuales, familiares y contextuales que pueden llevar a repetir una conducta.
- Se reconocen fortalezas y limitaciones, como forma de reducir la exposición a situaciones de riesgo, sabiendo evitarlas y creando nuevas estrategias de afrontamiento, contrastando los viejos modelos con los nuevos.
- Se desmonta la idea de la inevitabilidad.
- Se presta atención al pensamiento como mediador entre la situación y el sentimiento.
- Se explica la función que ejercen los antecedentes y las consecuencias de los comportamientos.

- Se proporcionan estrategias de control, evitación y escape ante situaciones de riesgo.
- Se anticipan y valoran las consecuencias que se derivan de las conductas.
- Se identifican factores de protección y como utilizarlos.

El número de personas que pasaron por este programa durante el año 2009 fue de 71; la edad media de los penados fue de 39 años y 8 meses; el 78% eran hombres y el 22% mujeres; el 41,79% eran españoles, el 22,38% colombianos, el 7,46% ecuatorianos, igual proporción de ciudadanos de la República Dominicana y el 5,97% marroquíes. De las 71 personas, un 77,61% fue derivado a intervención grupal, un 17,91% necesitó intervención individual y un 4,47% requirió intervención mixta. La evaluación de los primeros meses, según el SAJIAD, fue favorable tanto en los contenidos que se ofrecieron como en la participación activa de las personas que participaron en el programa.

3.2. Mediación penal

La idea esencial sobre la que gira la justicia penal se centra en la noción del castigo y ello genera irresponsabilidad, despersonalización, incapacidad para asumir las consecuencias negativas de los actos y, finalmente, reiteración en la comisión de actos delictivos –reincidencia–. Frente a esa justicia retribucionista, en la que el interrogatorio prima sobre el diálogo y en la que se incentiva o se propicia que el acusado de un delito tenga que mentir, aparece la llamada justicia restaurativa o justicia reparadora. Tradicionalmente la justicia penal ha sido la encargada de saciar la sed de venganza de la comunidad castigando al culpable; sin embargo, en todo ese proceso, que gira principalmente alrededor de la pena privativa de libertad –la cárcel–, se ignora por completo, hasta épocas muy recientes, a la persona más vulnerable: la víctima, sin lugar a dudas la gran olvidada dentro del proceso penal. La mayoría de los perjudicados por un delito acuden al juzgado y se someten a un ritual procesal de difícil comprensión para ellos. Durante el proceso no comprenden lo ocurrido y normalmente no llegarán a conocer la verdad de lo ocurrido, ya que el acusado se defenderá negando los hechos. Al terminar la actuación de la justicia, la víctima desconocerá cuál será el futuro de la persona condenada y el porqué fue elegida ella, o si volverá a asumir ese papel en el futuro. Lo único que queda por parte de la víctima en muchas

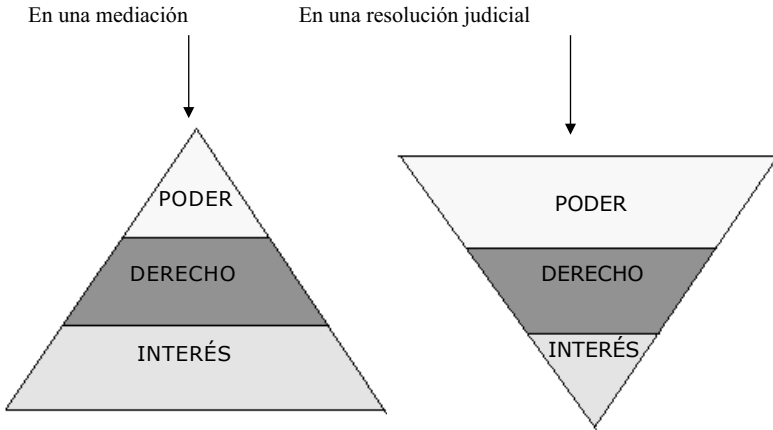
ocasiones es un sentimiento de venganza que trata de paliar deseando una larga pena de prisión para el condenado.

La mediación reparadora permite compensar el daño y restituir la paz, va a propiciar el diálogo, la asunción de responsabilidades, el conocimiento y la confrontación del sufrimiento del otro. Todo ello basado en una ética de deliberación y comunicación. De esa forma, infractor y víctima van a poder conocer los motivos que dieron origen al delito, la situación personal de cada uno de ellos, liberando emociones, expresando su impotencia frente a la agresión o su desesperación, el impacto psicológico, el beneficio obtenido por el delito, si es que lo hubo, el daño causado y muchas veces la desproporción de los medios utilizados en relación con lo obtenido, la irracionalidad del hecho. Es, en definitiva, una actividad que resalta y se apoya en la confianza en el ser humano y en lo positivo que toda persona lleva dentro.

El acuerdo final, cuando se alcance, puede abarcar variadas posibilidades según cada caso, así pueden citarse: arrepentimiento del autor, manifestación de perdón y aceptación del mismo, reparación del daño, obligación de realizar trabajos para la víctima o para la comunidad, compromiso de realizar programas de tratamientos, obligación de no acercarse a la víctima, etc.

Uno de los aspectos más importantes que pueden contribuir al éxito de la mediación, como alternativa a la resolución judicial de los problemas, es el que se refiere a la participación de las partes en la decisión final que se logre. Son los sujetos del conflicto los que determinan una solución para el mismo.

Como se aprecia en la siguiente representación gráfica, tanto en un acuerdo finalizado tras un proceso de mediación, como en una resolución judicial, siempre aparecen tres aspectos, que inevitablemente estarán presentes en la parte final del acuerdo o de la resolución judicial: poder, derecho e interés. La diferencia radica en el diferente grado de incidencia que esos tres aspectos tienen según se trate de una mediación o de una resolución judicial, mientras que en la primera lo que prima es el interés de las partes, en la sentencia lo fundamental será el poder, como expresión última del imperio de la Justicia a la hora de resolver conflictos. Hay que resaltar que en la mediación existe una ausencia total de poder institucional, el mediador actúa en situación de igualdad con las otras dos partes. Esa falta de poder del mediador es la que le induce a mantener una posición activa que resulte propicia al diálogo y a la escucha.



La inevitable participación de las partes en el proceso mediador, que siempre tendrá un carácter voluntario, da lugar a que las mismas adquieran un mayor compromiso de cara a respetar y cumplir el resultado final que se adopte. Resulta esencial la voluntad con la que hacen frente a las obligaciones que se derivan del documento en el que quedan plasmadas las mismas. El grado de satisfacción es muy diferente cuando el acuerdo es consensuado y se obtiene con la participación de las partes, a cuando la decisión la adopta un tercero y se impone de manera coactiva por imperativo legal. En toda mediación la persona aparece como protagonista en la resolución de su conflicto.

Desde el punto de vista de la víctima del delito, la mediación debe buscar la reparación o el resarcimiento del daño, la recuperación del sentimiento de seguridad y evitar los inconvenientes y perjuicios que origina la llamada victimización secundaria. Conviene tener en cuenta en este punto que un 57,18% de las sentencias dictadas durante el año 2005 por los juzgados de lo penal fueron de conformidad. En todos esos casos la víctima fue llamada al juicio y al margen de ella se obtuvo un acuerdo en el que muchas veces ni siquiera fue informada. La ley en la que se regule la intervención de la víctima debe contemplar la capacidad de la misma para poder apartarse de la mediación en cualquier momento, aunque inicialmente haya prestado su consentimiento.

Para la persona responsable del hecho delictivo la mediación tiene que servir para apoyar su resocialización y para hacerse responsable del hecho que ha cometido y de sus consecuencias, propiciando que pueda

evitar el ingreso en prisión a cambio de realizar otro tipo de penas (multa o trabajos en beneficio de la comunidad). En el caso de infractores que carezcan de medios económicos para hacer frente a las obligaciones que se deriven de su comportamiento ilícito, la futura normativa debería contemplar formas de mediación indirecta, bien a través de prestaciones personales a favor de la víctima o bien mediante la llamada reparación simbólica. En el caso del derecho penal, esta clase de reparación puede contribuir a que la víctima recupere su dignidad como persona, a que restablezca su sensación de seguridad y a liberar el miedo producido por el delito.

En todo caso, respecto de la persona que participa en un proceso de mediación como autor de un hecho delictivo, habrá que respetar su derecho a la presunción de inocencia, por ello la mediación sólo podrá intentarse en aquellos casos en los que la persona denunciada admite, al menos parcialmente, su intervención en los hechos, debiendo contar siempre con la asistencia de un abogado.

Como garantía para la víctima y para al denunciado, el juez, el fiscal y el mediador deberán informarles, de manera clara y comprensible, de sus derechos y facultades, así como de su derecho a poner fin al proceso de mediación en cualquier momento.

3.3. Otras reformas legislativas que sería preciso realizar para mejorar la respuesta del derecho penal frente al delito

3.3.1. Modificar la legislación de extranjería respecto del extranjero irregular que finaliza su condena y se encuentra reinsertado y rehabilitado en España

Cualquier valoración que se haga en estos momentos de la situación penitenciaria en España, requiere inevitablemente hacer referencia al número de personas extranjeras privadas de libertad. De los 9.174 internos extranjeros que había en el año 2000 –un 18% del total–, se ha pasado a 27.067 el 1 de enero de 2010, es decir, un 35% del total.

Esa realidad pone de manifiesto la gran incidencia que dentro del sistema penitenciario español tiene en este momento el fenómeno de la extranjería y da lugar a importantes reflexiones acerca de cómo se relaciona el derecho penal y penitenciario con la normativa en la que se

regula la extranjería, y en qué medida se está produciendo la reeducación y reinserción social de los penados extranjeros que se encuentran en las prisiones españolas.

Mientras que el derecho penal y penitenciario intenta avanzar introduciendo nuevas condenas alejadas de la tradicional privación de libertad e introduciendo fórmulas que, desde el respeto a la dignidad de la persona, permitan la inclusión y la reinserción social; la normativa de extranjería se presenta cada vez más con una finalidad defensiva y con dos principios incuestionados, que son: la impermeabilización de las fronteras y, cuando ésta falle, la expulsión, sin tener en cuenta las consideraciones de carácter humanitario que puedan existir en cada caso.

Esas dos filosofías producen en la práctica un serio conflicto en aquellas personas que encontrándose en prisión no han nacido en España. Ya que, por un lado, la Ley Orgánica General Penitenciaria y el Reglamento Penitenciario no establecen distinción alguna entre penados nacionales y extranjeros respecto a los aspectos rehabilitadores, tratamentales y reinsertadores, que afectan a todos los internos con independencia de su nacionalidad; y por otro, la legislación de extranjería impide que finalizada la condena el penado pueda permanecer en España, aunque esté reinsertado y rehabilitado.

El marco normativo que determina la orientación reeducadora y de reinserción social de las penas privativas de libertad, comienza en la Constitución y se desarrolla en diferentes leyes, reales decretos y acuerdos que en lo esencial se enumeran a continuación.

En primer lugar, el artículo 25.2 de la Constitución proclama que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social”, añadiendo que el condenado gozará de los derechos fundamentales que se recogen en la Constitución y que, en todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social.

Por su parte, el artículo 13 de la Constitución dispone que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el Título Primero de dicha norma en los términos que establezcan los tratados y la ley. Como ha declarado el Tribunal Constitucional (Sentencias 197/1984 y 99/1985), los derechos de los extranjeros son, por tanto, de configuración predominantemente legal, con excepción de los que son inherentes a la dignidad humana (derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, etc.).

En definitiva, los derechos y deberes de los extranjeros en prisión se presentan iguales a los de cualquier ciudadano español privado de libertad (artículos 13, 14 y 25 de la Constitución).

Buena prueba de cuanto se acaba de decir aparece reflejado en la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, Ley General Penitenciaria (LOGP). Concretamente, en su artículo 3 proclama que la actividad penitenciaria se ejercerá con respeto a la personalidad humana y sin discriminar a los penados por razón de su raza, opinión política, creencias religiosas, condición social o cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza. Por su parte, los artículos 62.c) y 63 de la LOGP hacen referencia a la individualización del tratamiento como principio básico de la actividad y el tratamiento penitenciario.

La reeducación y reinserción social de las personas condenadas ha tenido su desarrollo normativo, entre otros, en el Real Decreto 782/2001, de 6 de julio, en el que se regula la relación laboral especial penitenciaria de los internos que realizan actividades laborales en talleres penitenciarios y su protección de Seguridad Social. En ese Real Decreto se regula el trabajo productivo dentro de prisión, recogiendo, en su artículo 5.1.a), que los internos trabajadores tienen el derecho a no ser discriminados para el empleo o una vez empleados por razones, entre otras, de su nacionalidad.

El Reglamento (Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre) que desarrolla la Ley Orgánica 4/2000 (Ley de Extranjería) en su Disposición adicional Primera estableció, con carácter general, que cuando las circunstancias de naturaleza económica, social o laboral lo aconsejaren y en supuestos no regulados de especial relevancia, a propuesta del titular de la Secretaría de Estado de Seguridad, el Consejo de Ministros podría dictar instrucciones que determinaran la concesión de autorizaciones de trabajo.

Como consecuencia de tal previsión normativa, el Consejo de Ministros aprobó, el 1 de julio de 2005, un Acuerdo por el que se determinó el procedimiento para autorizar el desarrollo de actividades laborales, por parte de los internos extranjeros, en los talleres productivos de los centros penitenciarios y el ejercicio de actividades laborales a penados extranjeros en régimen abierto o en libertad condicional.

Con ese Acuerdo, básicamente se reconoce, en primer lugar, que la resolución judicial en la que se ordena el ingreso en prisión de un interno extranjero tiene validez de autorización de trabajo a los efectos de poder ser dado de alta en la Seguridad Social para desarrollar actividades laborales en talleres productivos.

En segundo lugar, se establece que la Subdelegación del Gobierno o la Delegación del Gobierno, según los casos, pueden conceder validez de autorización de trabajo a la resolución de la Administración penitenciaria de clasificación en tercer grado o al Auto del Juez de Vigilancia Penitenciaria por el que se acuerda dicha clasificación o se concede la libertad condicional, siempre que el interno reúna determinadas condiciones.

Toda la normativa que se acaba de exponer, desde la Constitución hasta el Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005, pasando por la Ley Orgánica General Penitenciaria y por los diferentes Reglamentos que la han desarrollado, queda desactivada y su efecto en la práctica es nulo de cara a los aspectos rehabilitadores, tratamientos y reinsertadores de la intervención penitenciaria de los internos, cuando un solo artículo (art. 57.2) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, es suficiente para dejar sin efecto todo ese arsenal normativo en el que se proclama sin distinción la reinserción, la reeducación de los condenados y el derecho a un trabajo remunerado.

Efectivamente, el artículo 57.2 de la mencionada Ley estableció que es causa de expulsión, la condena dentro o fuera de España por una conducta dolosa cuando la pena que se imponga sea superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.

Como se señalaba al inicio de este apartado, en la práctica existe un conflicto entre el derecho penal y penitenciario, por un lado, y la legislación de extranjería, por otro. Ese conflicto se puede simplificar de la siguiente forma. En muchos casos, bien la Administración penitenciaria o bien el juez de vigilancia penitenciaria, a lo largo de la ejecución de una condena posibilitan que el condenado extranjero pueda tener un trabajo retribuido, primero dentro de prisión y después fuera de ella, que le permita rehabilitarle e incluso hacer frente al pago del daño que originó con su acción delictiva; y al día siguiente de cumplir su condena, sin comprobar cuáles son las circunstancias personales que concurren en esa persona, se aplica el artículo 57.2 de la Ley de Extranjería y se le expulsa, malgastando, de esa forma, el esfuerzo, el tiempo y el dinero que la Administración penitenciaria dedicó al proceso reinsertador de un condenado.

A modo de conclusión, y teniendo en cuenta las diferentes situaciones que se están produciendo cuando un ciudadano extranjero comete un delito y cumple una condena en España, podrían efectuarse las siguientes reflexiones:

A.- La política criminal debe dar lugar a una normativa homogénea y coherente, que permita una interpretación sin contradicciones del conjunto de leyes, reglamentos y demás normativa que componen el ordenamiento jurídico.

B.- Teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 13, 14 y 25 de la Constitución; los artículos 62.c) y 63 de la Ley Orgánica General Penitenciaria; el Real Decreto 782/2001, en el que se regula la relación laboral especial penitenciaria para actividades laborales y el Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005; no es posible mantener en su actual redacción dentro del mismo ordenamiento un precepto como el citado artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000. Este artículo pone de manifiesto que finalmente no sirven para nada los logros de la Administración penitenciaria para reinsertar a los condenados extranjeros.

En todo caso, tal y como se ha solicitado desde la Pastoral Penitenciaria en más de una ocasión, cuando el ciudadano extranjero condenado cuente con un pronóstico favorable de vida en libertad, por tener medios de vida, y el interesado solicite quedarse en España, siempre que la Administración Penitenciaria confirme que se ha producido un correcto proceso reinsertador, la legislación de extranjería debería contemplar la posibilidad de abrir un periodo de residencia legal a prueba, en el curso del cual habrá de objetivarse su alejamiento del delito y la efectiva normalización de su vida. Transcurrido dicho plazo, el efecto jurídico debería ser el de considerarles en la misma situación que la de los demás extranjeros con posibilidades de regularizar su situación en España.

C.- Hasta que se pudiera lograr la modificación anterior, la interpretación que la Administración tiene que hacer del ordenamiento en esta materia debería ser más acorde con los principios que dimanen del artículo 25.2 de la Constitución, aplicando el Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005 con la finalidad con la que fue aprobado, es decir, posibilitar que los internos que estén en condiciones de salir de prisión puedan trabajar. De igual forma, cuando el ciudadano extranjero condenado hubiera obtenido con anterioridad a su condena la autorización de residencia y solicite la renovación de la misma después de cumplir su condena, debería aplicarse el artículo 31.4 de la Ley de Extranjería valorando las circunstancias de cada supuesto, teniendo en especial consideración los informes que la Administración Penitenciaria haya emitido sobre el proceso reinsertador llevado a cabo por el solicitante.

3.3.2. *Ampliar en el Código Penal los supuestos de libertad condicional para aquellos casos de largas condenas que no admiten la aplicación del límite máximo de cumplimiento*

En este momento existen condenados cumpliendo penas privativas de libertad cuya duración supera la esperanza de vida media de las personas, se trata de condenas que sumadas superan los 30, 40 ó 50 años de prisión. En la práctica esa situación supone una condena perpetua. A esos condenados no es posible aplicarles los límites máximos de cumplimiento previstos en el artículo 76 de Código Penal, y por ello no pueden alcanzar la libertad condicional que contemplan los artículos 90 y 91 de dicho texto legal. Para paliar esa situación, desde la plataforma “Otro derecho penal es posible” se propuso, con ocasión de la tramitación de la reforma del Código Penal, que en esos casos se pudiera acordar la libertad condicional teniendo en cuenta las circunstancias que concurran en el penado, su personalidad, sus antecedentes, su evolución en el tratamiento reeducador, la dificultad para delinquir y sus condiciones de vida. Tal propuesta no fue incluida en la reforma del Código Penal.

La reforma realizada en el Código Penal con la Ley Orgánica 1/2015, lejos de abordar el problema expuesto anteriormente, ha introducido la prisión permanente revisable (artículos 33, 36, 78 bis y 92). Con esa nueva pena, la obtención del tercer grado, en los supuestos más graves, requiere haber cumplido un mínimo de 25 años, y la suspensión de condena (libertad condicional) exige, en los casos más graves, haber estado en prisión de forma efectiva hasta 30 años.

3.3.3. *Aprobar una ley de procedimiento para regular la ejecución de la pena privativa de libertad*

Desde un punto de vista procesal, la fase de ejecución en el proceso penal no cuenta con una ley de procedimiento. Esta situación genera en la práctica conflictos o situaciones equívocas respecto a que órgano judicial (tribunal sentenciador o juzgado de vigilancia penitenciaria) es el competente para resolver determinadas cuestiones (licenciamiento definitivo, acumulación de condenadas, modificación de medidas de seguridad, etc.). Sería bueno aprovechar la aprobación de esa ley procesal para hacer confluir en un solo órgano judicial las competencias que en materia de ejecución hoy están dispersas entre los órganos sentenciadores

y los juzgados de vigilancia penitenciaria. No parece lógico que la responsabilidad civil derivada de un delito la ejecute y controle el tribunal sentenciador y, sin embargo, ese hecho resulte esencial para muchas de las decisiones que tiene que adoptar el juzgado de vigilancia penitenciaria, el cual a la hora de decidir tiene inevitablemente que solicitar información al tribunal sentenciador.

3.3.4. *Regular de forma efectiva el derecho de defensa, asignando un letrado a cada persona que cumple una pena privativa de libertad*

El marco normativo actual, en el que se regula la asistencia letrada en el proceso penal, refuerza y garantiza la presencia del letrado en la fase de instrucción y en el juicio oral, donde su actuación es preceptiva; y, sin embargo, poco o nada dice acerca de la asistencia preceptiva del abogado en la ejecución de la pena. A este respecto el artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al referirse al derecho de defensa, hace aparecer ese derecho desde el momento en que se le comunice a la persona la existencia de un hecho punible del que pueda resultar responsable. Por supuesto, el letrado del acusado también intervenga en el juicio oral (arts. 737, 788 y 801 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), pero, sin embargo, nada se regula de la intervención letrada cuando el acusado es condenado e ingresa en prisión para cumplir una pena privativa de libertad.

En la fase de ejecución de una pena privativa de libertad pueden presentarse situaciones de cierta complejidad jurídica para un ciudadano que carezca de formación jurídica (tanto ante el tribunal sentenciador como ante el juez de vigilancia penitenciaria). En esa fase del proceso están previstas determinadas decisiones que afectan de manera importante a la forma en la que se cumple la pena, que pueden incluso determinar el no cumplimiento de la misma; y, sin embargo, el ordenamiento actual no exige el asesoramiento y la defensa de un letrado para que el condenado cuando comparece o solicita la intervención judicial vaya debidamente asesorado.

La normativa penitenciaria contiene una mínima referencia al abogado. Así, el artículo 51.2 de la LOGP, al regular las comunicaciones y visitas, recoge que “Las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales (...) se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser

suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo”. El artículo 48 del Reglamento Penitenciario desarrolla el citado precepto de la LOGP.

Otra referencia aparece en el artículo 242.i) del Reglamento Penitenciario, en donde se recoge la obligación que tiene el instructor de un expediente disciplinario de indicar al interno que puede asesorarse por letrado, por funcionario o por cualquier persona que designe durante la tramitación del expediente y para la redacción del pliego de descargos.

De cualquier forma, las disposiciones existentes son confusas, están dispersas y son incompletas. Cada reforma que se realiza contribuye un poco más a ir aumentando esa confusión. Así, por ejemplo, con la Ley Orgánica 7/2003 se reformaron, entre otros, los artículos 36.2, 78.3 y 91 del Código Penal. En esos artículos se faculta al juez de vigilancia penitenciaria para que pueda acordar que se aplique al penado el régimen general de cumplimiento o que se le adelante su libertad condicional, para ello hay que oír a “las demás partes”, y, sin embargo, nada se dice de escuchar al letrado del penado, pudiéndose presentar la situación en la que esas partes intervengan con letrado y el condenado no.

El panorama descrito requiere de una previsión legal clara y coherente, en la que se establezca, sin excepciones, la asistencia letrada al condenado a una pena privativa de libertad desde el mismo momento en que ingresa en un centro penitenciario a cumplir una condena. Con ello se estaría en mejores condiciones para evitar posibles vulneraciones de los derechos de los penados. Sobre este particular hay que señalar que en el informe del Observatorio de la Justicia Gratuita¹¹ presentado el mes de noviembre de 2010, se incluyó, dentro de sus recomendaciones, que en el ámbito penitenciario se implantasen Servicios de Orientación y Asistencia Jurídica Penitenciaria en todos los centros penitenciarios y que fuese preceptiva la intervención del letrado ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria para cualquier incidente, queja o recurso.

¹¹ Dicho Observatorio fue creado por el Consejo General de la Abogacía Española.

VÍAS DE SOLUCIÓN A LA SITUACIÓN ACTUAL: EL ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES

LORENA RUIZ-HUERTA GARCÍA DE VIEDMA
Universidad Carlos III de Madrid

1. INTRODUCCIÓN

La idea de la reinserción empezó a ser cuestionada a partir de los años 80, habiéndose convertido hoy día, para muchos, en una utopía. Como no se han conseguido los objetivos que se pretendían alcanzar, reina sobre ella un gran escepticismo.

La propia filosofía de la reinserción suscita serios interrogantes en cierto sector de la doctrina. De este modo, algunos autores cuestionan si el objetivo de modificar las actitudes internas del condenado es legítima en una sociedad democrática y pluralista, en la que conviven diversos valores, porque, en este sentido, el Estado no ha de poder imponer ninguna educación a un adulto¹.

Otros interrogantes se plantean en relación con los resultados que se pretende conseguir con los programas de tratamiento, pues si lo que se procura es la asimilación por parte del condenado de determinados valores, se pueden poner en peligro su libertad y su dignidad; y si lo que se busca es sólo un acatamiento externo de la norma por el temor a la pena, difícilmente se podrá asegurar un mínimo de eficacia del programa resocializador.

Por otro lado, también hay sujetos perfectamente adaptados a la sociedad que no necesitan ser resocializados, por lo que hay un sector doctrinal que señala que resulta hipócrita pretender reinsertar al conde-

¹ B. MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Thomson-Civitas, 4ª ed., Navarra, 2005, pp. 150-151.

nado en la misma sociedad que genera las causas de la delincuencia, sin antes tratar de eliminarlas².

Finalmente, otras dificultades previenen de que resulta paradójico que se intente preparar para la vida en libertad privando de libertad.

No es de extrañar, por tanto, que ante el escepticismo reinante en torno a la resocialización y, sobre todo, ante la falta de resultados visibles, no falten quienes pretenden volver a planteamientos retributivos y de prevención general, como los introducidos en algunas de las reformas llevadas a cabo últimamente en nuestro Código Penal desde 2003.

Pero el sistema penitenciario no puede dejar cerrada la esperanza al penado, sino que tiene que ofrecerle la ayuda necesaria para avanzar en el propósito de la reinserción en la sociedad.

Y ello es así, no sólo porque se encuentre regulado en el artículo 25.2 de la Constitución Española. Y aunque la importancia de dicho artículo es evidente, hay que recordar que, a partir de lo establecido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional³, quedó aclarado que la obtención de la reinserción social a la que se refiere ese artículo se trata tan sólo de una directriz al legislador penal y penitenciario, y no de un derecho fundamental.

Apostar por la reinserción social como fin primordial de la pena también es una consecuencia de lo dispuesto en el artículo 1 CE, cuando establece que estamos en un Estado social y democrático de Derecho. No obstante, nos encontramos con la circunstancia de que conceptos tan amplios como Estado social o Estado democrático se han ido llenando de contenidos muy diversos, por lo que resulta conveniente remontarnos, siquiera sea brevemente, a los orígenes de este Estado moderno, en el que vivimos en la actualidad y que nació con el proyecto político de la Ilustración. En este sentido afirmaba Kant que: *“los hombres, por mucho que amen la vida, aman más aquello que hace a la vida digna de ser vivida. Entre todo aquello que merece ser conservado y por lo que merece la pena rebelarse, no hay nada más irrenunciable que la dignidad. Y, con*

² J. CHOCLÁN MONTALVO, *Individualización judicial de la pena: función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*, COLEX, Madrid, 1997, pp. 95 y ss.

³ STC 21/01/1987; ATC 11/02/1988, de 19 de octubre; STC 19/02/1988, de 16 de febrero, entre otras.

*ella, aquello que la hace posible, la libertad; y aquello que ella exige a este mundo, la justicia*⁴.

En el concepto de dignidad como aspecto irrenunciable del ser humano, y en la libertad de cada miembro de la sociedad como primer principio del Estado civil y piedra angular del edificio del Derecho, es donde se asienta la importancia de la finalidad reinsertadora de la pena, para lograr, o al menos aspirar, a que todas las ciudadanas y ciudadanos vuelvan a ser libres y a tener una vida digna, una vez cumplida su condena penal.

Por todo esto, es preciso continuar en el empeño de que el sistema penitenciario devuelva a la sociedad ciudadanos y ciudadanas libres y capaces de vivir una vida digna. Pero si esto no es del todo posible en un ámbito de privación de libertad, que tiene sus propios códigos y sistema de valores, que son internalizados por los presos produciendo lo que los psicólogos han llamado el efecto de “prisionización”⁵, sí debemos tratar al menos de conseguir, por medio del tratamiento penitenciario, que el efecto desocializador de la cárcel sea el más leve posible.

2. ¿QUIÉNES SON LOS PRESOS?

En relación con lo antes enunciado, resulta necesario recordar “quiénes son” o cuál es el perfil mayoritario de las personas que se encuentran en prisión⁶. En este sentido, podemos afirmar que los presos:

- Son hombres en un 90% de la población penitenciaria. Si bien España tiene el porcentaje más elevado de mujeres presas de Europa. En general, y como término medio, en Europa por cada 95 hombres en prisión hay 5 mujeres (Francia tiene 3,8%, Reino Unido 5,8%, Italia 4,7%, Bélgica el 4% y Portugal el 7%). Y el promedio mundial de mujeres reclusas es del 4%. Sin embargo, en España este porcentaje es muy superior, ya que se sitúa en el 8,1%.

⁴ C. FERNÁNDEZ LIRIA y L. ALEGRE ZAHONERO, *El orden de El Capital*, Akal, Madrid, 2010, pp. 8-9.

⁵ J. VALVERDE MOLINA, *La cárcel y sus consecuencias*, Editorial Popular, Madrid, 1997.

⁶ M. GALLEGO DÍAZ, P. CABRERA CABRERA, J. RÍOS MARTÍN y J. SEGOVIA BERNABÉ, *Andar 1 km en línea recta. La cárcel del siglo XXI que vive el preso*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2010, pp. 61 y ss.

- En general, se trata de un grupo que cuenta con escasa vinculación afectiva y de pareja en el exterior.
- Constituye un núcleo de población muy joven, puesto que el 40% de la población reclusa tiene entre 30 y 40 años.
- En cuanto a la situación laboral y profesional que presentan:
 - El 7.2% afirma no haber trabajado nunca en un empleo durante un periodo mínimo de 3 meses.
 - El 33.8% ha trabajado en empleos no cualificados y el 22% en la Hostelería, lo que constituye el 56% de la población reclusa, cuando en la sociedad española este tipo de empleos suponen el 30% del sector profesional.
- En lo referente al nivel de estudios:
 - El 53.5% tiene sólo estudios primarios, mientras que en la sociedad constituyen sólo el 16,5% de la población.
 - Y sólo el 3,8% posee estudios universitarios, cuando en la sociedad son el 34.6%.
- Son hijos, además, en un alto porcentaje, de trabajadores poco cualificados y con un bajo nivel de estudios.

Una vez examinado el perfil medio de las personas que se encuentran privadas de libertad, podemos afirmar que la exclusión social se encuentra detrás de muchos recorridos vitales que acaban en una pena de prisión y, por consiguiente, la cárcel no es la única responsable en este campo. La exclusión social es parte fundamental de las carencias de muchos de los presos.

Por todo ello cobra gran importancia el aspecto *tratamental* dentro de la prisión. A pesar de que la realidad nos muestra, de forma cotidiana, que son muchas las limitaciones e insuficiencias que existen para lograr la efectiva reinserción; desde la esencia misma de la pena, hasta los medios que se utilizan para su ejecución.

De este modo, ha supuesto un verdadero avance la superación del concepto de tratamiento proveniente de las Escuelas Positiva italiana y Correccionalista española, que insistían en la necesidad de incidir sobre la personalidad “enferma” del interno⁷. En la actualidad, y sobre todo desde la redacción del Reglamento Penitenciario de 1996, el tratamiento tiene

⁷ A. CASTRO MORENO, *El por qué y el para qué de las penas. (Análisis crítico sobre los fines de la pena)*, Dykinson, Madrid, 2008.

por objeto ofrecer los medios al sujeto para que no vuelva a delinquir. De este modo, los presos tienen la posibilidad de participar en los centros penitenciarios en actividades formativas, laborales y culturales, en función de sus diferentes necesidades y carencias. Sin embargo, también es cierto que muchos de los programas de tratamiento existentes se centran en aspectos relacionados con la salud física y mental de los reclusos, como los programas de tratamiento de los drogodependientes o los destinados a agresores sexuales y condenados por violencia de género.

En todo caso, como antes se apuntaba, uno de los problemas fundamentales con que se encuentra el tratamiento penitenciario es que los equipos de tratamiento de los que están provistas las prisiones son claramente insuficientes. En este sentido, cabe destacar que si la población penitenciaria ha crecido en el periodo 1999-2009 en un 66%, el personal que trabaja en Instituciones Penitenciarias ha crecido sólo un 23%, por lo que la ratio de presos por trabajador ha empeorado de 2,02 a 2,73⁸. Si tenemos en cuenta, además, que el incremento de la plantilla de trabajadores de Instituciones Penitenciarias corresponde principalmente a funcionarios en labores de seguridad, y en bastante menor medida a personal en funciones de tratamiento⁹, el personal técnico a quien están encomendadas las actividades de tratamiento difícilmente puede atender las demandas de la población presa. De este modo, no sólo nos encontramos con que en muchas ocasiones el medio es inhóspito para llevar a cabo un específico tratamiento, sino que la situación de hacinamiento y sobreocupación hace imposible que se puedan atender suficientemente bien las demandas de tanta gente con tan pocos trabajadores.

Por ello, la entrada en prisión y la colaboración de las ONG ha constituido uno de los cambios más importantes en la evolución del sistema penitenciario hasta la fecha. Su aportación se hace imprescindible porque contribuyen al incremento de ofertas de programas, actividades formativas, culturales, laborales u ocupacionales; además de la importancia que tiene la entrada de la sociedad civil dentro de la prisión, pues la toma de contacto de los presos con el exterior es uno de los pilares sobre los que se asienta la preparación para la futura vida en libertad.

⁸ M. GALLEGRO DÍAZ, P. CABRERA CABRERA, J. RÍOS MARTÍN y J. SEGOVIA BERNABÉ, *Andar 1 km en línea recta. La cárcel del siglo XXI que vive el preso*, cit., p. 97.

⁹ *Op. cit.*, p. 51.

3. PROGRAMAS DE FORMACIÓN PROFESIONAL U OCUPACIONALES

De la preocupación por el incesante incremento de presos en las cárceles españolas, y debido a que gran parte de ellos están en prisión por motivos relacionados con el consumo y el tráfico de drogas, la Asociación Madrid Positivo –con la que colaboré durante el periodo 2004-2008– realizó para el Plan Nacional Sobre Drogas, en 2008, un estudio de investigación titulado “*Drogodependientes infractores penales en proceso de incorporación sociolaboral*”¹⁰. En este trabajo se investigó si se obtenían mejores resultados en la incorporación laboral de los drogodependientes penados cuando éstos cumplían su condena en un módulo terapéutico dentro de prisión o cuando lo hacían en un recurso terapéutico externo a la prisión. En ambos casos se estudiaron recursos que ofrecían algún tipo de actividad destinada a la incorporación laboral de los participantes. Para la realización de este estudio, se tomaron como muestra exclusivamente las Comunidades Autónomas de Madrid y Andalucía. Debido a que tanto los programas de deshabituación como los programas de incorporación laboral que se analizaron estaban gestionados por Asociaciones y ONGs, resulta interesante traer a este foro algunas de las conclusiones obtenidas en este estudio.

De las encuestas realizadas a las entidades que desarrollan estas actividades, se obtuvo como resultado que la media de personas que encuentran trabajo después de seguir alguno de estos programas es del 48%, y el porcentaje de las que obtienen el alta sin trabajo, pero con un buen pronóstico de empleabilidad, es del 43%. Sólo el 14% de la población que pasa por estos programas de incorporación laboral sale de alta sin trabajo y con escasas posibilidades de encontrarlo.

Por lo tanto, los datos reflejados ponen de manifiesto la utilidad de estos programas, si bien es cierto que fueron obtenidos con anterioridad a la crisis económica que en la actualidad atravesamos, que ha repercutido de forma tan negativa en los índices de desempleo.

La población encuestada que ha encontrado trabajo, lo ha hecho, en un 60% de los casos, en empresas “normales”. Sólo el 13,3% lo ha hecho en empresas de inserción, y el 6,7% ha encontrado un puesto de

¹⁰ Proyecto de investigación realizado por la Asociación Madrid Positivo para el Plan Nacional Sobre Drogas en el marco de la Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo SCO/3676/2007, de 4 de diciembre, BOE núm. 57, de 6 de marzo de 2008.

trabajo en mercados protegidos o en empresas normales con un puesto de trabajo adaptado a su situación. Constituye éste un dato positivo, dado que la integración en el mercado de trabajo normalizado es el objetivo último del proceso de incorporación sociolaboral.

Sin embargo, el porcentaje de personas que ha encontrado trabajo en una empresa de inserción es todavía muy bajo, sobre todo si se tiene en cuenta que en numerosas ocasiones nos encontramos ante personas difícilmente “empleables” en puestos de trabajo “normales”. El porcentaje de personas que encuentran trabajo en empresas de inserción es más alto en Andalucía que en Madrid, probablemente porque la propia Administración andaluza ha creado algunas empresas de inserción para dar salida profesional a los usuarios de los recursos de la red pública asistencial andaluza.

En todo caso, una de las posibilidades para conseguir la incorporación sociolaboral de los drogodependientes penados es la inversión en empresas de inserción, y esto es algo que sólo puede resultar rentable para la Administración pública, por ser la única que puede transformar el concepto de gasto público en el de inversión. Así, por ejemplo, para la Administración puede llegar a resultar más rentable invertir en estas empresas de inserción que en cualquiera de sus mecanismos de punitivismo y control social.

Otra de las conclusiones del estudio fue determinar que lo que la población drogodependiente y penada considera más importante para acceder al mercado laboral es *recuperar los hábitos perdidos, aprendiendo a asumir responsabilidades y a relacionarse con otras personas con normalidad*. Aunque le otorgan también mucha importancia a la formación, a aprender a resolver sus problemas de manera más adecuada y a la integración en puestos de trabajo protegido.

Por otro lado, los usuarios de estos programas consideran que lo que más dificulta su incorporación al mercado de trabajo son los *prejuicios de los empresarios*, así como el *estigma de haber pasado por prisión*. Y también los profesionales de los recursos entrevistados consideran que la principal dificultad de los usuarios para acceder al mercado de trabajo son los prejuicios que los empresarios mantienen hacia este grupo de población.

Por ello, resultan muy positivas, para contrarrestar ese tipo de prejuicios, algunas actividades –todavía minoritarias– que las entidades llevan a cabo en este sentido, como las Jornadas para la sensibilización

de empresarios realizadas en 2008, en Madrid, por la Red Araña; las publicaciones realizadas por la Fundación ATENEA – Grupo GID; o el Servicio de Apoyo al Empleo Protegido, desarrollado por el Servicio de Orientación Sociolaboral del Ayuntamiento de Madrid.

4. PROGRAMAS DE DESHABITUACIÓN A LAS DROGODEPENDENCIAS

Los programas de actuación especializada más extendidos en los centros penitenciarios son los de drogodependencias, pues la drogodependencia, como antes se apuntaba, sigue siendo un problema grave dentro de las cárceles.

Los más frecuentes son los programas libres de drogas, que llevan a cabo entidades como Proyecto Hombre, Asociación Punto Omega o Cruz Roja. Son programas para cuyo desempeño se realiza un módulo llamado “terapéutico”, en el que se llevan a cabo actividades de terapia de grupo, de recuperación o adquisición de hábitos y habilidades personales y, en menor medida, de capacitación profesional.

El propio centro penitenciario, a través del servicio médico, suministra también metadona y medicación para aquellas personas que desean dejar de consumir; pero, por lo general, ello no va acompañado de otras actividades terapéuticas o de capacitación profesional.

Los programas libres de drogas que desempeñan las ONG en prisión son, por lo tanto, más completos, además de que suelen gozar de la consideración judicial de que quienes participan en ellos “están en tratamiento de deshabituación”, frente a los programas de la prisión de mantenimiento con metadona, que no disfrutan de la misma consideración. De este modo, la asistencia a programas libres de drogas tiene como consecuencias, en numerosas ocasiones, desde la clasificación en tercer grado del artículo 182 del Reglamento Penitenciario, a la suspensión de la pena establecida en el artículo 87 del Código Penal; circunstancias que no les ocurren a quienes se encuentran en programa de metadona.

Sin embargo, por una parte, estos programas suelen imponer el tratamiento libre de drogas sin observar la diversidad existente en la población drogodependiente; y, por otra, existe un numeroso sector de la población drogodependiente a la que le va mejor el tratamiento con metadona. De

este modo, es deseable que la misma oferta que hay en la sociedad para poder “desengancharse”, la haya dentro de la prisión para los internos.

Los profesionales de este tipo de programas, entrevistados en el estudio realizado para el Plan Nacional Sobre Drogas, coincidieron en subrayar la trascendencia de las recaídas en el consumo como factor determinante de la reincidencia delictiva. Tomando en consideración algunas de sus afirmaciones, según las cuales se producen una serie de reacciones y factores neurológicos en los drogodependientes que les dificultan la superación de la adicción a las drogas, cabría preguntarse si debe exigirse la abstinencia total en el consumo para la superación de algunos programas de tratamiento, y especialmente, cuando se supedita a la superación de dicho programa el mantenimiento del régimen de semilibertad o la medida alternativa a la prisión.

Así pues, es necesario que entre la mayor diversidad de programas posibles en prisión, con el mayor número de ofertas diferentes de deshabitación, o que los ya existentes amplíen sus posibilidades para dar cobertura al mayor número de población posible.

Si bien es cierto que los programas de drogas son los que mayor cobertura ofrecen, pues del 32,2% de la población reclusa que reconoce ser drogodependiente, el 65% está recibiendo algún tratamiento específico¹¹. Sin embargo, todavía hay un 11% de la población penitenciaria que se reconoce drogodependiente y que no está recibiendo ningún tratamiento; lo que supondría que a principios de 2008 habría unas 7.500 personas sin tratamiento en las cárceles españolas¹².

Por otra parte, de los reclusos que reciben tratamiento, casi un 40% participa en un programa de mantenimiento con metadona y el 20% en un programa libre de drogas. Y mientras que, de los que están en programa de mantenimiento con metadona, sólo el 20% declara estar muy satisfecho con el programa, de los de programa libre de drogas, el 37% dice estar muy satisfecho¹³.

Así pues, sería necesario ampliar la oferta de programas de tratamiento, que incluyendo la oferta de actividades de los programas libres de drogas, admitieran también a gente que está en programa de mante-

¹¹ M. GALLEGRO DÍAZ, P. CABRERA CABRERA, J. RÍOS MARTÍN y J. SEGOVIA BERNABÉ, *Andar 1 km en línea recta. La cárcel del siglo XXI que vive el preso*, cit., p. 112.

¹² *Op. cit.*, p. 112.

¹³ *Op. cit.*, p. 113.

nimiento con metadona y a la que resulta imposible o muy difícil dejar de ingerir esta sustancia.

El índice de abandono de los programas de tratamiento de las drogodependencias por los usuarios penados es muy bajo. Por ello, resulta necesario subrayar que, al producirse tan pocos abandonos de los programas tanto intra como extra penitenciarios, también es muy bajo el índice de quebrantamientos de condena que se producen, circunstancia que probablemente debería alentar a las autoridades judiciales y penitenciarias a hacer un mayor uso de los regímenes de semilibertad y de las penas alternativas a la prisión¹⁴.

En cuanto a la participación de las mujeres presas en programas de deshabitación, hay que tener en cuenta que al constituir una población mucho más reducida que la masculina, hasta hace poco tiempo no se programaban en los centros penitenciarios actividades y programas específicos para mujeres, porque no resultaban rentables a la Institución Penitenciaria. Por el contrario, las mujeres que quieren participar en estos programas, se encuentran la mayor parte de las veces con que tienen que incorporarse a programas estandarizados, que no integran la perspectiva de género.

Sin embargo, numerosos estudios, realizados desde el ámbito socio-sanitario, manifiestan que existen diferencias muy significativas en el consumo de drogas por parte de los hombres y las mujeres, y alertan de la necesidad de impulsar programas de atención a la drogodependencia específicamente para mujeres¹⁵.

Así, el tipo de droga consumida, el ciclo vital, las motivaciones, las estigmatización, la respuesta familiar, etc., difieren en función del género. Por ejemplo, la percepción social sobre las mujeres adictas es mucho más negativa que sobre los hombres, especialmente si son madres. Debido a ello, las mujeres adictas son más propensas a recibir malos tratos, físicos y psíquicos, y abusos. Muchos estudios relacionan el hecho de sufrir malos tratos previos o la prostitución, con el inicio en el consumo de drogas¹⁶. A su vez, la adicción suele suponer el abandono del marido, los hijos y los padres, porque la mujer adicta deja de ser vista como buena madre y buena esposa. Y también influye el género a la hora de seguir un

¹⁴ L. RUIZ-HUERTA GARCÍA DE VIEDMA, *Drogodependientes infractores penales en proceso de incorporación sociolaboral*, Plan Nacional Sobre Drogas, Madrid, 2008.

¹⁵ ASOCIACIÓN ACOPE, *Mujer y prisión*.

¹⁶ *Op. cit.*

proceso de deshabitación, ya que las cargas familiares y el temor a ser etiquetada como una “mala madre” supone una barrera para la iniciación del tratamiento¹⁷.

5. ASOCIACIÓN ACOPE, UN MODELO DE INTERVENCIÓN EN PRISIÓN

La Asociación Acope se creó en el año 1986, cuando la prisión de Yaserías de Madrid era una cárcel para mujeres y madres con niños.

Al principio los voluntarios y voluntarias de ACOPE se encontraron sobrecogidos por la dureza de la vida en prisión y la historia dramática que había detrás de cada mujer y sus hijos. Ante esto, su primera reacción fue intentar resolver todas sus carencias y necesidades, pero pronto descubrieron que eran infinitas e inabarcables. A pesar de ello, pusieron toda su ilusión y energía en tratar de resolver todas las demandas que les planteaban las mujeres.

La tarea les dejaba exhaustos y con la sensación de ser una actividad siempre insuficiente. Pero de modo fundamental, se dieron cuenta de algo más importante: su actitud de “*querer ayudar*” no estaba fomentando en las mujeres posturas y comportamientos de emancipación, sino de dependencia.

Cuando fueron conscientes de esto decidieron cambiar su modelo de intervención, de manera que a partir de ese momento su trabajo tenía que estar más enfocado a que las mujeres conocieran sus derechos y que fueran capaces de hacer valer sus demandas por sí mismas, de tal modo que sus peticiones no fueran un acto de “mendigar caridad”, sino de hacer valer sus derechos.

También descubrieron cómo con frecuencia, al igual que hace la prisión, les decían cómo debían organizar su vida en el futuro y les aconsejaban lo que tenían que hacer, transmitiendo con ello su desconfianza en la propia capacidad de las mujeres para orientar su vida.

Observaron también que la prisión era un espacio de soledad y aislamiento y que la convivencia obligada no llevaba a establecer relaciones de solidaridad y de amistad. Por el contrario, casi todas las relaciones en prisión se establecían en términos de dominio o de sumisión y de des-

¹⁷ *Op. cit.*

confianza, siguiendo el viejo lema de “*sálvese quien pueda*”. Desde este análisis, ACOPE consideró prioritario crear espacios donde se fomentaran relaciones en términos de igualdad y respeto, donde cualquier tarea se realizara en equipo, con la colaboración y la responsabilidad de todas.

En ACOPE afirman que, después de años de experiencia en la cárcel con mujeres, la presencia en el interior de la prisión de personas no vinculadas al ámbito penitenciario es beneficiosa para las mujeres, ya que se introducen formas, maneras de hacer y de plantearse la vida diferentes, que rompen la percepción de inmutabilidad que tienen las mujeres sobre su propia vida y su futuro. La presencia de las personas que no pertenecen al ámbito penitenciario es una referencia de normalización, de cosmovisión valorativa y normativa diferente, de estrategias distintas para hacer frente a la realidad. Creen que esta actuación con continuidad y con rigor rompe lo cotidiano, introduce una disonancia con lo de todos los días, aporta novedad, estímulo y motivación.

Esta presencia en el interior de la prisión demandó al poco tiempo un espacio en el exterior, donde las mujeres pudieran estar cuando obtuvieran permisos penitenciarios y no tuvieran un lugar a donde ir. Así se abrió una casa en Villaverde (un barrio de Madrid). En este piso las mujeres pasan unos días tomando contacto con el mundo exterior y recuperando hábitos básicos perdidos. Con el tiempo también se abrió la casa de Alcorcón, donde las mujeres pueden pasar su tercer grado y libertad condicional.

ACOPE se planteó también la necesidad de estar presentes en la prisión cuando menos actividad hay, normalmente los fines de semana, y programar actividades con las mujeres, buscando en todo momento que ellas se implicasen en la actividad y que se tratara de un trabajo en equipo. Así surgió la organización de fiestas, que normalmente implican meses de preparación y de implicación personal de las mujeres. Estas actividades fomentan tanto la cooperación como la responsabilidad en la consecución de las mismas.

ACOPE también cuenta con un proyecto de inserción laboral, que es la creación de un vivero en régimen de cooperativa, que las propias mujeres gestionan y en el que las presas tienen la oportunidad de aprender un oficio relacionado con la jardinería.

Por otro lado, desde ACOPE se plantean que la prisión no es el marco adecuado para un proceso educativo, por eso, aunque no renuncian a

ello, en muchas ocasiones su intervención tan sólo servirá para detener, contener o frenar el proceso de prisionización.

Además, ACOPE se plantea que las actividades que realizan dentro de la prisión deben estar desligadas del sistema de premio-castigo propio de la prisión, porque perderían todo el poder educativo que pretenden darles. La práctica demuestra cómo es importante que las mujeres participen en una actividad por interés propio y de modo voluntario, sin que esté vinculada a redenciones de pena o beneficios penitenciarios.

6. MEDIACIÓN PENITENCIARIA

Otra de las actividades muy interesantes que se llevan a cabo en el interior de las prisiones por parte de Asociaciones y ONG, es la mediación penitenciaria. Esta actividad, busca la resolución de los conflictos entre los internos a través del diálogo.

La mediación penitenciaria está en marcha en numerosos centros penitenciarios, como por ejemplo en el centro penitenciario Madrid IV (Navalcarnero), donde la Asociación para la Resolución de Conflictos “En Mediación” lleva a cabo uno de estos programas de mediación entre presos.

Con la mediación penitenciaria se ayuda a los presos a resolver a través del diálogo algún conflicto que hayan tenido entre ellos. De este modo, las mediadoras que acuden al centro penitenciario se entrevistan individualmente con cada una de las partes que han participado en el conflicto, y les preguntan si desean “hablar sobre su problema con la otra parte”. En ocasiones los entrevistados no se muestran interesados en realizar la mediación, pero las mediadoras afirman que quienes aceptan participar, por el simple hecho de que se les haya expuesto en qué va a consistir la mediación, entran ya con una actitud diferente en la sala, por ejemplo estrechando la mano de la otra parte.

La mediación no tiene consecuencias jurídicas en el ámbito penitenciario. La participación en el programa de mediación no excluye la apertura del pertinente expediente disciplinario, ni de la concreta sanción que se pudiera imponer como resultado del mismo, en caso de que el conflicto sobre el que se va a realizar la mediación hubiera dado lugar al mencionado procedimiento disciplinario. Tampoco tiene efectos en relación con otros elementos penitenciarios, como los permisos de salida, la

progresión de grado, etc.; no hay, en este sentido, recompensa “material”. La esencia de la mediación es romper la dinámica del “ojo por ojo” en un espacio como la cárcel, en el que todo es punitivismo.

Sin embargo, de la lectura de la Memoria realizada por la citada Asociación en 2009, puede inferirse que los resultados obtenidos para quienes participan en este programa son muy positivos. A continuación se exponen algunas de las respuestas manifestadas por los presos tras su paso por el programa de mediación, y que han sido puestas de manifiesto en la Memoria:

- *Agradezco este espacio que me ha permitido pedir disculpas y reconocer mis errores.*
- *Me he sentido escuchado y esto en la cárcel es muy difícil.*
- *Me ha ayudado mucho a desahogarme y a ver el conflicto con más serenidad.*
- *Me ha servido para darme cuenta de que el conflicto se inició por una tontería y que no hay que dar credibilidad a los bulos.*

7. CONCLUSIONES

A pesar del escepticismo imperante en torno a la idea de resocialización como finalidad de la pena, y al papel que la prisión pueda jugar verdaderamente en la consecución de este objetivo, el sistema penitenciario no puede dejar cerrada la esperanza al penado, sino que tiene que ofrecerle la ayuda necesaria para avanzar en el propósito de la reinserción social. Y ello es así toda vez que nos encontramos en un Estado Social, Democrático y de Derecho, nacido con el proyecto político de la Ilustración, en el marco del cual todos los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a la dignidad y a la libertad; y es obligación del Estado dotar de los instrumentos necesarios a toda la ciudadanía para alcanzar esos derechos en condiciones de igualdad.

Para la consecución de este objetivo, dadas las dificultades reales con que se encuentra la prisión, debido a las condiciones de hacinamiento de los presos y a la escasez de funcionarios para el tratamiento penitenciario, así como por lo inhóspito que resulta en ocasiones el medio carcelario para llevar a cabo el tratamiento, resulta imprescindible la entrada de la sociedad civil en las cárceles. La entrada de ONGs, asociaciones, personal voluntario, programas de tratamiento gestionados por entidades

externas a la prisión, etc., crea dinámicas nuevas dentro de la prisión, y constituye una forma de que la sociedad entre en la cárcel, y también de que la cárcel salga un poco afuera, a la sociedad.

Resulta comprensible que exista un filtro por el cual se seleccione a las entidades privadas que pueden entrar en prisión, de tal forma que no pueda entrar “cualquiera” a desempeñar una actividad de cualquier índole o ideología, sobre todo porque también es responsabilidad de la Administración velar por el tratamiento que ofrece a los penados, por lo que es prudente que se estudie y que se cuide cuáles son las ofertas más convenientes para entrar a trabajar con los presos dentro de la prisión.

Sin embargo, para lograr una efectiva reinserción social o, al menos, para mitigar lo máximo posible el efecto desocializador de la prisión, es imprescindible permitir que entre en prisión la mayor representatividad posible de lo que la sociedad ofrece, el máximo de actividades culturales, formativas, profesionales, ocupacionales o religiosas. De igual modo que en la sociedad existe una variadísima oferta de todo este tipo de actividades, modelos educativos, religiosos, culturales, políticos, etc., para los diferentes ciudadanos, con diferentes proyectos personales e ideas de cómo ser feliz, resulta también necesario, para poder hablar verdaderamente de que se está persiguiendo un objetivo educativo y reinsertador, cubrir las diferentes necesidades que puedan tener los casi 77.000 presos que hay actualmente en España. Y esto sólo resulta posible permitiendo, cada vez en mayor medida, la entrada de la sociedad civil dentro de la prisión, en todas sus variadas modalidades.

Para ofrecer un modelo de tratamiento penitenciario verdaderamente orientado a la reinserción, debe abandonarse el actual modelo homogenizador del tratamiento y permitir el mayor contacto posible de la población penitenciaria con el exterior. Ya que se hace tan escaso uso de otras figuras inicialmente destinadas también a la reinserción social, como los permisos de salida o la clasificación en alguno de los regímenes de semilibertad, debe permitirse al menos una entrada lo más amplia y variada posible de la sociedad civil en la cárcel, porque no parece posible educar para la libertad, estando privados por completo de ella.

LA SITUACIÓN DE LA EDUCACIÓN EN PRISIÓN EN ESPAÑA: REALIDADES Y EXPECTATIVAS DE TRANSFORMACIÓN

ANTONIO VIEDMA ROJAS
UNED

1. PRESENTACIÓN

En las prisiones españolas se realizan habitualmente dos tipos de actuaciones educativas, que conviene diferenciar cuando se va a observar la situación de la educación en prisión. Así, por un lado, se desarrollan cientos de intervenciones de carácter cultural o de ocio que buscan, sobre todo, ocupar el tiempo de las personas privadas de libertad. Estas actividades sirven para mejorar el clima social, la convivencia y la seguridad pasiva de la prisión. Así mismo, también pretenden mejorar la salud física y mental de los presos, elevar su grado de autonomía o difundir normas que faciliten sus procesos de inserción social. Estos programas conforman gran parte de la actividad diaria de los centros penitenciarios. Los encargados de coordinar estos programas son los equipos de tratamiento de la institución penitenciaria, pero la ejecución de los mismos la suelen llevar a cabo Organizaciones No Gubernamentales u otras instituciones de carácter público o privado. La heterogeneidad en la oferta temática es la norma en estas actividades. El deporte, la cultura, el teatro y un sin fin de propuestas son ofertadas. Aunque tienen gran importancia, no parece acertado incluir esos programas en el análisis que aquí se propone, puesto que muchas de esas acciones se orientan más a mantener la seguridad pasiva de la prisión que a la educación de las personas privadas de libertad.

En este documento, cuando hablamos de educación en prisión nos referimos al segundo grupo de actividades, las que realiza el sistema educativo oficial, aquellas acciones que posibilitan la obtención de un título académico oficial, las denominadas “enseñanzas regladas”. En un

mundo en el que el conocimiento adquirido en el sistema educativo es tan valioso por la mejora personal que produce en los individuos como por el capital social y simbólico¹ que otorga la acreditación al poseedor, las posibilidades de mejora de las condiciones para la inserción social y laboral están directamente relacionadas con el éxito escolar. Además de la mejora de las posibilidades de inserción, la potencialidad de esta acción educativa está en su capacidad para trascender el carácter punitivo de la institución penitenciaria, los estudiantes transforman el tiempo de castigo en un tiempo dedicado a construir sus opciones de futuro. La educación es un acto de resistencia al castigo, un modo de superar la espera, la rutina.

En el marco jurídico español, el derecho a la educación en prisión se enuncia en el artículo 25.2 de la Constitución Española. La vinculación de la pena de privación de libertad a los procesos de mejora de la “reinserción”, “resocialización” y “reeducación” de los penados lo justifica. El derecho a la educación en prisión es una cuestión de la que ya no se discute dentro de la institución penitenciaria; pero tampoco se hace sobre la calidad de la enseñanza y su futuro, los resultados que se obtienen o su vinculación con los procesos de inserción social. Ninguno de estos aspectos está en el centro del debate sobre la acción educativa penitenciaria. Lejos quedaron los momentos en los que la discusión promovía una reflexión permanente. Por este motivo, el resultado de la primera mirada es que desde una perspectiva general se podría decir que la acción se ha burocratizado. Falta investigación, reflexión crítica e innovación educativa.

La educación reglada es, junto con el trabajo penitenciario, la acción formativa más importante que se realiza en España en ese ámbito penitenciario. Desde el año 2001, de manera regular, alrededor del 30% de la población penitenciaria está implicada cada curso en la educación formal. No obstante, y aun cuando las cifras absolutas de participación muestran la dimensión del esfuerzo institucional, por sí solas no son capaces de explicar si tal esfuerzo es adecuado y suficiente. Para poder comprender la situación real hay que hacer un análisis más profundo, pormenorizado, y ponderar este esfuerzo a la luz de las necesidades de la población penitenciaria, su tamaño y características educativas. Ése fue el primero de los objetivos de mi intervención en el Congreso “Los derechos de los reclusos y la realidad de las cárceles españolas: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas”, organizado por la Cátedra “Norberto Bob-

¹ P. BOURDIEU, *El sentido práctico*, Siglo XXI Argentina, Buenos Aires, 2007.

bio” de Igualdad y No Discriminación Laboratorio Consolider-Ingenio 2010 HURI-AGE, del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid. El segundo objetivo fue ofrecer una perspectiva de las posibles vías de transformación y mejora de la situación educativa. Esas son las dos cuestiones que se expondrán a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA ORGANIZACIÓN DE LA EDUCACIÓN EN PRISIÓN EN ESPAÑA

El marco jurídico de la acción educativa en prisión no se diferencia del que regula el sistema educativo oficial. Los niveles de educación obligatoria se organizan del mismo modo que la educación oficial de adultos. El resto de niveles (educación no obligatoria, Curso de Acceso a la Universidad y nivel universitario) son los del régimen educativo general.

Los niveles ofertados en prisión son:

Educación Básica: las enseñanzas impartidas son específicas para adultos, pero equivalentes a la Primaria y la Secundaria. Se trata de un sistema modular que consta de tres niveles:

- Nivel I: alfabetización.
- Nivel II: consolidación de conocimientos y de técnicas instrumentales (lectoescritura y cálculo).
- Nivel III: educación secundaria para adultos, presencial y a distancia (al final se puede obtener el título de Graduado en Educación Secundaria). Bachillerato, Formación Profesional de Grado Superior.

Educación Universitaria: este nivel sólo es ofertado por la UNED. Hay la posibilidad de cursar todas las enseñanzas regladas de la UNED excepto la Ingeniería Industrial y las Ciencias Medioambientales.

También se contabilizan en el grupo de la educación reglada las enseñanzas oficiales de idiomas, el Aula Mentor y la Garantía Social.

En general, se puede decir que la oferta educativa en prisión abarca todos los niveles y, por tanto, es adecuada.

El modo en que se concibe teóricamente la intervención educativa en prisión es la segunda cuestión que hay que tener en cuenta a la hora de examinar la organización. El funcionalismo y el cognitivismo liberal

han sido las dos corrientes que más han influido históricamente e influyen en la actualidad en la conformación de este marco de la intervención². Para el funcionalismo, el delincuente es considerado como alguien que no tiene educación ni habilidades sociales suficientes para alcanzar objetivos socialmente aceptables. La educación, en consecuencia, es un medio, un instrumento, para facilitar oportunidades sociales y laborales, una vía para escapar del delito y corregir la conducta criminal. El cognitivismo liberal entiende que el delito es fruto de las malas decisiones individuales originadas por la falta de madurez intelectual, una elección racional errónea causada por las deficiencias académicas y sociales del individuo. La educación, por tanto, es un medio para mejorar la comprensión de la realidad social y la valoración del coste-beneficio del delito que hace el individuo. En ambos casos, la educación es planteada desde una perspectiva instrumental.

Además de estas dos corrientes, la educación en prisión está asociada teóricamente al “tratamiento penitenciario” y al modelo médico hegemónico en este espacio social. Es decir, la educación forma parte de las decisiones de clasificación, evaluación de necesidades y tratamiento de los presos. De hecho, la subdirección de tratamiento es la responsable de organizar la actividad educativa en prisión.

En suma, las perspectivas teóricas utilizadas conciben al estudiante como delincuente, incapacitado social y académico o enfermo, antes que como un adulto con suficiente autonomía como para plantearse la mejora de su formación para el futuro reingreso en la sociedad. No se han considerado las teorías críticas que conciben la educación como un derecho, como una vía para construir la emancipación de las personas privadas de libertad³. Hay cierto paternalismo y domesticación en la acción.

Bajo el amparo de esos postulados teóricos, se ha construido la idea del sentido rehabilitador de la pena (reeducación / reinserción / resocialización)⁴, reduciendo la educación a una perspectiva que la imbrica inexorablemente con la lógica de la acción penitenciaria. La

² H. S. DAVIDSON, *Schooling in a “Total Institution”*. *Critical Perspectives on Prison Education*, Bergin & Garvey, Westport, 1995.

³ P. FREIRE, *La educación como práctica de la libertad*, Siglo XXI Editores, España, 2009.

⁴ M. J. ARANDA CARBONELL, *Reeducación y reinserción social. Tratamiento Penitenciario. Análisis teórico y aproximación práctica*, Ministerio del Interior / Dirección General de Instituciones Penitenciarias, Madrid, 2007.

educación ha perdido, así, su autonomía y ha adoptado un carácter secundario frente al control y la seguridad establecida por el sistema social de la prisión. Al entenderla como parte de la acción penitenciaria es lógico que ésta se supedita a la exigencia del contexto social organizado en torno al castigo. La seguridad, el régimen y la clasificación prevalecen sobre la acción educativa. El castigo se antepone a la educación y ésta pasa a ser materia de intercambio social en el control de la vida cotidiana en el encierro. Una etiqueta para clasificar los buenos y malos presos. Un medio para premiar o castigar el ascenso hacia el derecho a la libertad o un factor ejemplar para que el juez o la Junta de Tratamiento valore el grado de adecuación a la norma social impuesta por el contexto social al condenado. En síntesis, un instrumento de control más en manos de los que deciden el futuro de la condena del preso. ¿Cómo puede extrañar por tanto que los presos utilicen la participación en el sistema educativo como un instrumento para mejorar sus posibilidades de acceder a la libertad o mejorar sus condiciones de vida en la cárcel? La instrumentalización de la acción se da por ambos actores, la institución y los presos.

Es hora ya de que la difusión de la educación en prisión sea considerada en todas sus dimensiones: la primera, socializadora, ya que la educación facilita el desarrollo social de las personas presas y ayuda en su preparación para la vida autónoma en comunidad. La segunda, instrumental, porque mejora las posibilidades sociales y laborales del reingreso y la salida de situaciones de exclusión tras la excarcelación. La tercera, emancipadora, porque la educación es una vía que ayuda a mejorar la capacidad de resistencia de las personas presas ante la potencial vulneración de sus derechos. La cuarta, facilitadora, porque la educación es un derecho fundamental que tiene como especial característica capacitar a las personas para poder desvelar y comprender otros derechos que atañen a su dignidad y libertad. Y, la quinta, organizadora de la vida en prisión, ya que la educación, junto con el trabajo y otras actividades culturales y de ocio, es una de las principales ocupaciones en la organización temporal de la vida cotidiana en el encierro.

Ninguna de estas dimensiones está directamente relacionada con el “tratamiento penitenciario” del delito cometido previamente al ingreso en prisión. La proyección de un futuro mejor fuera de la prisión es, sin duda, el sentido principal de la acción. En el ámbito educativo, antes de cualquier valoración, el preso debe ser considerado como un estudiante adulto con necesidades específicas. La educación debe independizarse

del acto penitenciario. Tal como se plantea en los foros internacionales, la normalización de la actividad educativa en prisión debe ser el principio rector de la intervención⁵.

En este sentido, la transferencia de las competencias educativas del Ministerio de Educación a las Comunidades Autónomas, a principios de la década anterior, supuso un hecho de extrema importancia, ya que tanto los docentes de prisiones como la organización de la educación pasaron de depender de la Institución Penitenciaria a las Consejerías de Educación de cada Comunidad Autónoma. Aunque de momento muchos de los docentes que provenían del sistema penitenciario se han mantenido en sus puestos, lo cierto es que con el paso del tiempo se producirá un recambio de personal. Esta autonomía ya está suponiendo la desconexión, en el campo de la educación, entre la lógica penitenciaria y la lógica educativa. Los maestros, al depender de otra administración pública, no tienen la obligación de elaborar informes sobre el comportamiento de los presos ni participar en los órganos de decisión sobre su clasificación. En la práctica, la falta de control real de la Institución Penitenciaria sobre su actividad docente debería permitir la normalización de su tarea. Es decir, ha llegado el momento en el que la institución educativa diagnostique, valore y asigne recursos para cambiar una realidad que, como veremos más adelante, todavía es de profunda exclusión.

La institución educativa es la responsable de la educación de los ciudadanos, con independencia del espacio social en que vivan, y debe ejercer su responsabilidad por encima del control del contexto de castigo. La prisión se debe adecuar a las necesidades de la acción educativa y no al contrario. La solución para la normalización de su estatus ha de cambiar la perspectiva hacia la de una responsabilidad social institucional que garantice la calidad integral del servicio. Como veremos más adelante, la situación educativa actual de estas personas debería enfocarse de un modo muy diferente. Lo que sucede en el ámbito educativo no tiene que ver ni con el delito ni con la capacidad para pensar, decidir, razonar o educarse de estas personas, sino con la miopía institucional, la pobreza y la exclusión social de la que provienen y agrava la cárcel.

⁵ Las recomendaciones de la European Prison Education Association (<http://www.epea.org/>), la UNESCO y los resultados de las intervenciones educativas en los países nórdicos proponen un proceso de “normalización” de toda la actividad cotidiana de la prisión. La educación debe concebirse del mismo modo que se hace para la población adulta (vid. <http://www.norden.org/en/publications/publications/2005-526>).

3. CARÁCTERÍSTICAS EDUCATIVAS DE LA POBLACIÓN PENITENCIARIA

La situación educativa de la población penitenciaria en España es comparativamente mucho peor que la de la población adulta en general. El bajo nivel de formación es la característica que más diferencia a dicha población. La brecha es muy importante y muestra las dificultades de integración social que tienen aquellos que no consiguen superar los niveles de educación básicos en las sociedades modernas actuales.

Es cierto que la reflexión sobre la incidencia de las desigualdades educativas y laborales en el ingreso en prisión no es una corriente predominante; el individualismo neoliberal y las teorías de la elección racional que responsabilizan exclusivamente a los sujetos de sus actos son hegemónicas, pero los datos de la población penitenciaria son demasiado elocuentes como para no considerar hipótesis que se enuncien incluyendo cuestiones sociales relacionadas con la educación, la pobreza y la exclusión como factor de vulnerabilidad ante el encarcelamiento.

Si se toma como referencia de análisis los datos del año 2011 que proporciona el Sistema de Indicadores del Instituto Nacional de Estadística y se comparan con los datos del mismo año del nivel educativo declarado por los presos al ser clasificados cuando ingresan en prisión, los resultados muestran una profunda brecha que recorre todos los niveles educativos.

En el primer nivel considerado, el del desconocimiento de la lectoescritura y las operaciones aritméticas básicas, los llamados “analfabetos absolutos”, cuya situación tiene su origen en la desescolarización, se observa que mientras que entre la población general el porcentaje de este grupo, referido a los de 16 años y más, fue del 2,25%⁶, entre la población penitenciaria su presencia fue del 8,1%. Alrededor de 4.000 de las cerca de 50.000 personas que estaban encarceladas en 2011 eran “analfabetas absolutas”⁷. Es conocido que uno de los factores que influye en el nivel educativo es la edad. En la población general, cuando se refiere a los que tienen entre 55 y 64 años el peso de este grupo de analfabetos asciende al 13,1%. Una de las posibles explicaciones del elevado número de analfabetos en prisión podría ser el peso del grupo de mayores, pero

⁶ Datos referidos a los últimos datos publicados del INE, año 2010.

⁷ Este dato se refiere a los presos que ingresaron en prisión durante 2011. Dato publicado en el Informe General de 2012, referidos a 2011.

si observamos su peso en la pirámide poblacional esta hipótesis pierde consistencia. La población mayor de 60 años representaba, en diciembre de 2011, el 2,8%. Aunque no se puede afirmar con seguridad, dadas las limitaciones de los datos, sí se puede considerar que el problema transcurre esta variable. El problema de los analfabetos absolutos en prisión parece que va más allá de la edad.

El segundo nivel, formado por los definidos como “sin estudios” (menos de 5 ó 6 años de escolarización), que saben leer y escribir, tienen un peso entre el grupo de penitenciarios del 26,8%, tres veces más de lo que representa este grupo de 16 y más años en la población general (8,35%). Estos dos primeros niveles, considerados conjuntamente, representan el 35,15% de la población que ingresa en prisión, más de tres veces la representación que existe entre la población general.

El tercer nivel, que incluye a aquellos que han completado la Educación primaria, muestra diferencias inversas. La proporción de reclusos que lograron concluir la primaria es mayor que en la población general. Entre los reclusos el porcentaje es del 32%, mientras que entre la población general es del 19,97%. Estos datos no son positivos; lo que muestran es el filtro que supone la Educación Secundaria para los presos. Como se podrá observar a continuación, los que no aparecen en este grupo entre la población general es porque han llegado a la secundaria y en el caso de los presos es porque se quedaron más abajo.

Así, en el cuarto nivel, los que han concluido estudios de secundaria, se invierte la relación. Mientras que entre los reclusos hay un 29,5%, en la población general se llega al 45,15%.

Las diferencias en el nivel de la Educación Superior también son grandes. En la población penitenciaria este grupo representa el 3,5%, mientras que en la población general se llega al 24,4%. También parece evidente que los procesos de socialización que implica el recorrido de todos los niveles educativos influyen en la probabilidad de ingresar en prisión. Lógicamente, no se está planteando que esto sea una relación causal, simplemente se constata cómo la educación superior y las posiciones sociales ocupadas por los universitarios hacen que la prisión sea un acontecimiento más improbable en sus vidas.

En síntesis, la imagen que muestran las diferencias resulta esclarecedora: a) proporcionalmente, en prisión hay muchos más analfabetos y personas sin estudios que fuera de ella. Esta situación está relacionada con la exclusión y las dificultades de sobrevivir sin estudios en socie-

dades en las que el acceso al mercado laboral está condicionado por el nivel de estudios alcanzado; b) aunque la diferencia con la población que ha llegado a la secundaria es menor, hay que tener en cuenta que la secundaria tiene dos ciclos y que en el primero se quedan casi dos de cada tres reclusos, mientras que en la calle la proporción es de uno de cada dos, es decir, con el segundo ciclo de secundaria concluido sólo entró en prisión un 11%; c) la diferencia de la educación superior es tan grande (7 veces más fuera que dentro de prisión) que muestra por sí sola los resultados protectores frente a la prisión que tienen los contextos educativo, económico y familiar de los que llegan al final del camino del sistema educativo.

Tabla 1. Nivel educativo de la población penitenciaria al ingreso en prisión (año 2010) y población general (año 2010).

Nivel educativo al ser clasificados en prisión	Población Penitenciaria %	Población General %
Analfabetos	8,1	2,25
Sin estudios	26,8	8,35
Educación primaria	32,0	19,97
Educación Secundaria	29,5	45,15
Educación Superior	3,4	24,28
TOTAL	100	100

Fuente: Instituto Nacional de Estadística y la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

No obstante, si se comparan los resultados disponibles desde el año 2005, se podrá observar cómo poco a poco la proporción de las categorías de analfabetos y personas sin estudios ha ido descendiendo y ha pasado del 12,1% al 8,1% de analfabetos y del 32,2% al 26,8% de sin estudios; cómo la de los que concluyeron la primaria ha ido ascendiendo y ha pasado del 26,2% al 32%; cómo la secundaria ha mejorado también, pasando del 26,2% al 29,5%; y la universitaria ha pasado de 3,2% a 3,6%. Esta misma mejora es la que se ha ido produciendo fuera, con lo que la cárcel no es más que el reflejo de lo que sucede en el contexto que la incluye. Eso sí, más que ante un fenómeno de reflexión, estaríamos frente a un fenómeno de refracción, en el que los peor situados en la pirámide

educativa perderían. Nada diferente ocurre con el acceso al trabajo, a los bienes culturales, al ocio y a todo lo que tenga que ver con el capital económico, simbólico o cultural. La cárcel refleja, ahí sí, lo que pretende, ser un reflejo de las desigualdades sociales.

Tabla 2. Nivel educativo de la población penitenciaria: año 2003-2014.

Nivel educativo (1*)		Curso 2004		Curso 2006		Curso 2007		Curso 2010	
		TOTAL	%	TOTAL	%	TOTAL	%	TOTAL	%
Analfabeto	Analfabetos	6030	12,1	5627	10,6	5328	9,8	4065	8,1
Educación primaria	Estudios Primarios incompletos	15984	32,2	15900	29,8	16055	29,5	13406	26,8
	Estudios Primarios completos	13039	26,2	15505	29,1	16676	30,7	15983	32
Educación secundaria	Primera Etapa (2*)	8498	17,1	9359	17,6	8978	16,5	9269	18,5
	Segunda Etapa	4545	9,1	5173	9,7	5420	10	5486	11
Enseñanza universitaria	Primer Ciclo	1048	2,1	1135	2,1	1197	2,2	1214	2,4
	Segundo Ciclo	511	1	475	0,9	619	1,1	521	1
	Tercer Ciclo	47	0,1	122	0,2	118	0,2	55	0,1
	TOTAL	49702	100	53296	100	54391	100	49992	100

Fuente: Datos publicados en los informes de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. (1*) Nivel de Instrucción alcanzado por los internos a su ingreso en prisión. (2*) El título de Graduado Escolar se asimila a esta etapa.

En conclusión, aun cuando no consideremos los efectos que ha tenido la educación para ingresar en prisión, se puede decir que el déficit educativo de estas personas es tan grande que, sin lugar a dudas, la educación será la gran barrera que tengan para plantearse la integración cuando al finalizar la condena reingresen en la sociedad. En las condiciones laborales y sociales actuales sólo hay que analizar la composición del grupo para comprender las dificultades que tendrán a su salida: algo más de 1 de cada 10 es analfabeto absoluto, 3 más de esos 10 sólo saben leer y

escribir y pueden ser considerados analfabetos funcionales, 5 más de esos 10 sólo concluyó la educación primaria, menos de 1 de esos 10 concluyó la secundaria y 0,03 de los diez ha sido universitario. En resumen, 9 de cada 10 se encuentran en una situación de desigualdad y vulnerabilidad educativa tan grande que sólo podrán acceder, si lo consiguen, a los peores puestos laborales. No hace falta un análisis muy profundo para poder decir que la educación en prisión debería situarse en la primera línea de acción para proporcionar oportunidades vitales alternativas a las que ofrece el delito.

Otra de las cuestiones que se pueden extraer de la información obtenida es que la población penitenciaria no puede ser observada como un grupo homogéneo. La diversidad de situaciones personales exige que haya un planteamiento diferenciado en la acción educativa. De los datos anteriores se deduce la existencia de grupos diversos, que pueden ser considerados como minorías con distintas necesidades. Los jóvenes, las mujeres, los universitarios o potenciales universitarios (considerando también a los que han acabado la secundaria) y los ancianos podrían ser cuatro grupos a tratar de un modo diferenciado. Los analfabetos absolutos, analfabetos funcionales y los que no han acabado la primaria son un grupo mayoritario, que requeriría de un esfuerzo institucional coordinado mucho mayor. La transformación de la prisión en una oportunidad para el sistema educativo alejado del control penitenciario puede ser la clave.

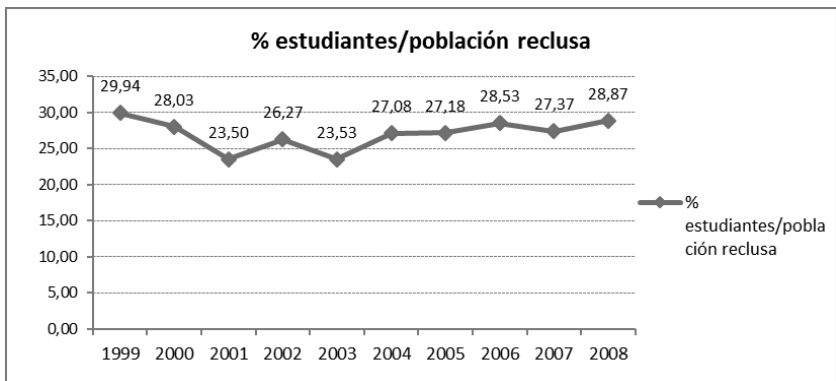
El resto de características observadas se pueden resumir en la masificación y la elevada diversidad cultural, religiosa, étnica y, cada vez más, social que se está produciendo al extender el encarcelamiento como un medio de control social más amplio. Las dificultades de organización parecen obvias: menores recursos físicos y docentes, puesto que en el mismo espacio hay cada vez más presos y mayor complejidad para gestionar la diversidad de los estudiantes.

4. PARTICIPACIÓN DE LA POBLACIÓN PENITENCIARIA EN EL SISTEMA EDUCATIVO

El segundo grupo de datos que nos ayuda a construir la imagen de la situación de la educación en prisión en España se refiere al grado de participación de los presos en el sistema educativo. Aunque parece claro el esfuerzo que se hace por escolarizar a la población penitenciaria y aunque la participación, durante el curso 2014-2015, sobrepasó los

17.000 estudiantes, la incapacidad para integrar en el sistema a todos los que lo necesitan se hace evidente. La tasa de escolarización ha rondado el 28%; la más baja fue en 2001, con un 23,5%; en el curso 2008-2009 el porcentaje de escolarizados fue del 28,87%; y en la actualidad ha mejorado, llegando al 36,7%. El descenso de la población penitenciaria, unido al mantenimiento de la oferta, ha permitido una cobertura mayor. No obstante, si consideramos que el sistema integra a algo más de 3 de cada 10 presos, y observamos que sólo los grupos de analfabetos absolutos y analfabetos funcionales representan casi el 44% al ingreso, podremos comenzar a hacernos una idea de la difícil situación por la que pasa el sistema.

Figura 1. Porcentaje de estudiantes respecto a la población penitenciaria total de cada período.



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de informes de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

Si analizamos, de manera diferenciada, el esfuerzo que realiza el sistema educativo en prisión según los niveles establecidos anteriormente, obtendremos también una información significativa del esfuerzo real. En el curso 2008-2009 participaron en alfabetización 5.428 personas, el 10,8% de la población penitenciaria. Si tenemos en cuenta que la población media en las prisiones del ámbito de la Secretaría General fue de 55.400 y que alrededor del 10% eran analfabetos, significa que prácticamente la totalidad de este grupo participó en el sistema.

En el segundo grupo, en concreto, los que no acabaron la primaria pero sabe leer y escribir, se escolarizaron a 5.469, un 9,9%. Si tenemos en cuenta que el peso de este grupo es del 31,1% de la población penitenciaria, es decir, cerca de 16.000 personas, se entiende que más de 10.000 quedaron fuera del sistema educativo.

En la secundaria participaron 4.324 estudiantes, es decir, el 7,8%. Los estudiantes potenciales de este grupo representaban el 45,3% de la población, esto es, alrededor de 25.000. Lo que supone que más de 21.000 no fueron escolarizados.

En el caso de los estudios universitarios, aun cuando la participación se incrementó de manera importante respecto a cursos anteriores, la situación ha sido similar. En el programa de la UNED participaron 1.190 estudiantes, de los cuales 469 estaban realizando el Curso de Acceso para Mayores de 25 años, y los estudiantes potenciales, es decir, aquellos con estudios secundarios y universitarios concluidos era de 6.500. Sin embargo, el trabajo sobre la situación de este nivel educativo en los sistemas penitenciarios europeos: *Eurodesip, diagnóstico sobre la situación de la educación superior en las instituciones penitenciarias en Europa*, realizado en el año 2007 por un grupo de investigadores de diferentes países de la Unión, entre ellos la UNED, concluyó que cerca del 5% de la población penitenciaria en Europa tendría suficiente nivel académico como para realizar estudios universitarios. Esa estimación supondría que en España el número de posibles estudiantes sería de 4000.

Con estos datos, podemos concluir que si bien la participación es importante, excepto en el nivel de alfabetización, donde se cubren las necesidades, en el resto de niveles el sistema no integra a gran parte de los potenciales estudiantes. El caso del segundo y tercer grupo es realmente preocupante. En un primer análisis se observa que en algunos niveles el sistema es incapaz de absorber la potencial demanda que tiene.

Otro hecho fundamental es la práctica inexistencia de la Formación Profesional reglada en prisión. Poco más de un centenar de presos participaron en este nivel educativo en el curso 2008-2009. Aun cuando es cierto que se realizan otro tipo de cursos de formación profesional en los programas de empleo, la situación de la enseñanza reglada en este campo es deficitaria.

Para concluir este apartado sobre participación, y dado el impacto que tiene entre los estudiantes y el sistema educativo, haremos una especial mención al problema del abandono escolar por los estudiantes. La

situación es tan difícil que muchos de los datos que se han ofrecido sobre participación deberían ser matizados si se tuviera en cuenta el abandono escolar durante el curso. La producción de información estadística en esta área es todavía muy deficitaria, por lo que se deberían incorporar otros indicadores paralelos para evaluar la participación real. Los datos que conocemos de los que acaban niveles es desolador.

La situación real en la que se desarrolla la educación es que existe un grado de abandono tan elevado que en la práctica es imposible formar aulas estables. Los alumnos entran y salen del sistema permanentemente. La práctica docente y discente no se puede estabilizar en muchos casos.

El origen causal del abandono se encuentra en los traslados de prisión, en la competencia con el trabajo penitenciario y en la descoordinación educativa entre centros penitenciarios, incluso de la misma comunidad. El traslado tiene relación con la organización penitenciaria, con las comparecencias judiciales y con las peticiones de los presos para acercarse a los centros penitenciarios que están más cerca de su familia. Cada vez que se produce un traslado el preso vuelve a partir de cero en el centro al que llega. Reintegrarse en el sistema educativo significa volver a solicitar, esperar y ser admitido o excluido en función de la situación de cada centro. Como en el caso de otros programas, el traslado debería respetar los tiempos de la escuela o que la continuación de estudios en los centros nuevos de acogida fuera automática.

La competencia entre educación y trabajo penitenciario es permanente. Los presos deben elegir entre una u otra actividad. Las dos causas que hacen pasar a la educación a un segundo plano son: la incompatibilidad entre el horario laboral y educativo, y la obtención de recursos. El horario entre trabajo y educación coincide, por tanto el preso debe decidir. La organización de los horarios de los docentes y los responsables de la actividad laboral externos prima por encima de los horarios de los presos. El tiempo de la prisión y el laboral de los docentes se imponen y condicionan la elección de los presos.

El trabajo es la única fuente de obtención de recursos en prisión. Así es que la decisión para unas personas con graves carencias económicas está condicionada. O estudian, y dependen de la ayuda exterior para vivir en la prisión, o trabajan, para mantener cierto grado de autonomía o, incluso, como el caso de muchas mujeres extranjeras, para ayudar a sus familias. El problema es que en muchos casos los presos que quieren

trabajar y estudiar son los mismos, porque son también los que tienen mayor formación y posibilidades de adaptarse al reingreso en la sociedad.

La solución a estos condicionantes ya es conocida: adaptación de horarios a la situación de los estudiantes (no es posible que la escuela sólo funcione por las mañanas), remuneración de la actividad educativa exitosa (las becas deberían considerar estas situaciones de exclusión) y educación a distancia con utilización de TICs.

5. EXPECTATIVAS DE TRANSFORMACIÓN

Observada la situación a la luz de los datos expuestos, parece que el sistema reclama una profunda remodelación. Sin duda, dada la movilidad de los presos por todo el territorio nacional, la primera cuestión a tener en cuenta es que cualquier acción que se tome debe ser coordinada y global. Es decir, debe haber una conexión permanente entre las administraciones educativas de las diferentes Comunidades Autónomas, puesto que los estudiantes pueden cambiar de una a otra a lo largo del curso.

La segunda cuestión a considerar es la toma de conciencia, por parte de las autoridades educativas responsables de la acción social pública, sobre la situación de vulnerabilidad y exclusión de este grupo de personas. Llama la atención que aun siendo uno de los grupos que en peor situación educativa se encuentran, sean menos tenidos en cuenta que otros con lo que se realizan programas de inclusión de manera sistemática (inmigrantes, grupos étnicos, etc.). Aunque pasar de 17.000 estudiantes puede ser considerado como un gran esfuerzo, si se pone en relación con la situación real es evidente que lo que se hace es insuficiente.

La tercera cuestión se refiere a que aun cuando el proceso educativo en prisión se debe normalizar, parece muy necesario que los docentes tengan un conocimiento profundo del contexto social en el que van a intervenir. Es decir, una cosa es que no caigan en la lógica punitiva de la prisión y otra que actúen con la ingenuidad que provee el desconocimiento o el paternalismo, incluso poniendo en riesgo su seguridad. El contexto de la intervención es complejo y debe ser comprendido por quienes actúan en él. Hay un marco jurídico que hay que conocer y respetar para poder trabajar adecuadamente. Y esto no significa que haya que sacrificar la autonomía docente. Parece evidente que los centros de formación del profesorado se deberían plantear esta labor.

La última cuestión se refiere a la introducción de las TICs en el ámbito educativo. Esta posibilidad, unida a la educación a distancia, sigue siendo una de las soluciones con mayor proyección para atajar gran parte de los problemas organizativos actuales. Hasta el momento, la introducción de las TICs educativas es prácticamente inexistente. Tan sólo el intento de introducir los campus electrónicos de la UNED parece que está fructificando. Sin embargo, en este aspecto, la brecha con respecto a los sistemas penitenciarios europeos se está haciendo cada vez más amplia.

Además de las cuestiones de seguridad, conocimiento y confianza en la introducción de las TICs, es cierto que el problema de la coordinación entre administraciones educativas para iniciar el desarrollo de los campus docentes electrónicos es fundamental. La no inclusión de estas tecnologías supondría un crecimiento mayor aún de la brecha educativa. En este caso de la brecha digital.

Vamos a exponer brevemente el modo en que se ha organizado la introducción de los campus digitales de la UNED, para que sirva de referencia a otras posibles actuaciones.

El proceso de implantación y desarrollo tecnológico de la intervención está siendo llevado a cabo conjuntamente entre los técnicos de la UNED y de Instituciones Penitenciarias. El acceso a los espacios digitales educativos tiene las siguientes características:

- a) Las comunicaciones y la navegación son seguras y controladas en todo momento, de forma que se puede supervisar y controlar el tráfico de información desde los centros penitenciarios a la estructura de la UNED y viceversa.
- b) Se garantiza que los estudiantes, a través de esta conexión, sólo puedan acceder a los espacios digitales educativos de la UNED, en donde se llevan a cabo las actividades docentes de las asignaturas en las que están matriculados. El acceso permite la salida a Internet.
- c) El acceso de los estudiantes a este espacio digital es selectivo respecto a los servicios que pueden usar el conjunto de los estudiantes. Es decir, los estudiantes presos sólo pueden utilizar determinados servicios generales y tienen restringida la posibilidad de usar otros. Por ejemplo, las zonas de comunicaciones con otros estudiantes no están disponibles. Las herramientas comunicativas como foros de discusión, mensajería interna, salas de chat, videoconferencias

on-line y similares ni siquiera se ven desde el acceso de la prisión. En la práctica, los estudiantes pueden acceder a toda la parte de contenidos, evaluación continua, pruebas y ejemplos programados por el profesor.

- d) Los estudiantes no pueden realizar ninguna entrega de material utilizando esta vía de comunicación. Para hacerlo deben entregarlo al profesor que físicamente va a la prisión y está con ellos en el aula.

En síntesis, la idea que se plantea es que la comunicación en el espacio digital sea de una sola dirección. Es decir, el estudiante puede utilizar todos los contenidos que pone el profesor, pero no comunicarse directamente con él. La vía de regreso de las comunicaciones de los estudiantes con el profesor se realiza siempre mediante la estructura física creada a través de los “asesores UNED” o por las vías tradicionales. En general, este planteamiento permite el acceso y el mantenimiento de la máxima penitenciaria de la restricción y control de las comunicaciones de los presos con el exterior.

Para poder garantizar este acceso se ha utilizado la arquitectura que a continuación se explica. El sistema se ha creado utilizando una estructura de cuatro capas (véase la Figura 2).

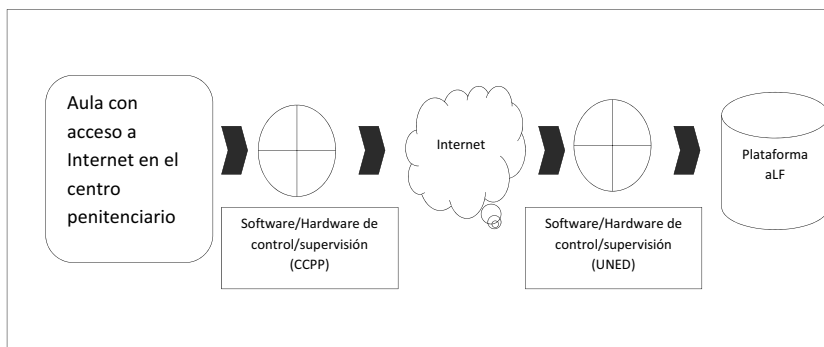


Figura 2. Estructura general.

La primera capa la constituyen las aulas UNED, habilitadas en los centros penitenciarios (CCPP), a las que acceden los estudiantes matriculados. Estas aulas están dotadas de ordenador, impresora y conexión con acceso a Internet.

El acceso a Internet que se posibilita en estas aulas se realiza a través de una segunda capa, que se corresponde con el hardware/software de control/supervisión instalado dentro de los sistemas informáticos de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (SGIP). Entre otros componentes, se gestiona el acceso a Internet mediante un software denominado proxy, que permite filtrar las direcciones de navegación por Internet y supervisar el tráfico de red, monitorizando las comunicaciones hacia y desde el exterior (lógicamente, sólo se da paso a las direcciones permitidas).

Esta segunda capa se gestiona desde los servicios informáticos de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y proporciona un primer nivel de control/supervisión a la dirección de acceso de los alumnos (<https://centrospenitenciarios.uned.es/>). Dado que la información debe pasar a través de Internet, las comunicaciones solo se permiten hacia ese punto y se asegura el canal de comunicación, usando el protocolo HTTPS (HTTP seguro), para asegurar que la información que atraviesa “la nube” no pueda ser descifrada por elementos externos a la SGIP y la UNED.

La tercera capa se corresponde con el proxy de la UNED, ya ubicado dentro de la infraestructura informática del CInDetec (Centro de Innovación y Desarrollo tecnológico de la UNED). Este software se ubica en un servidor específico, asegurado, que gestiona las comunicaciones, desde los centros penitenciarios, filtrando todas las direcciones IP que solicitan acceso a ese punto de entrada (<https://centrospenitenciarios.uned.es/>) y denegando el acceso en caso de que dichas direcciones no se correspondan con la lista proporcionada por la propia Institución Penitenciaria. De esta forma, es posible controlar que ningún ordenador fuera de la lista de válidos pueda acceder desde el exterior de un aula de centros penitenciarios. Este servidor dispone de medidas de seguridad adicionales (firewall, IDS, etc.) para poder detectar accesos no válidos o intentos de comprometer la seguridad del mismo.

Esta tercera capa, una vez validada la petición, permite el acceso a los cursos virtuales de grados, aunque no de manera completa, ya que se deben tener en cuenta las restricciones anteriormente definidas. En la práctica, el proxy está configurado para permitir el acceso solo a los contenidos de los cursos y deniega el acceso al resto de elementos/herramientas de la plataforma aLF, quedando a disposición, entre otros, los siguientes servicios:

- Calendario, que contiene el plazo de entrega de los materiales.
- Guía del curso.
- Guía de Estudios y Contenidos de cada asignatura, puestos por sus profesores en las herramientas de contenidos: Tabla de contenidos, Glosario, Planificador del curso y Repositorio de documentos.

El proxy se configura mediante reglas de acceso, de forma que al aumentar las capacidades y herramientas de la plataforma, se dispone de un mecanismo flexible para añadir nuevas funcionalidades, si se aprueba su uso por parte de la Institución Penitenciaria.

La última capa es la propia plataforma educativa aLF, con todas las herramientas disponibles para su uso en los cursos virtuales por el conjunto de matriculados en el curso. La plataforma aLF dispone de muchas funcionalidades, tal y como se muestra a continuación.

Restricciones técnicas impuestas.

Adicionalmente a la implantación tecnológica, existe una serie de requisitos que es imprescindible poner en marcha para desarrollar un entorno de acceso seguro:

- 1) Los usuarios de los centros penitenciarios no disponen de acceso a la plataforma aLF directamente, incluso desde el exterior. Se ha habilitado un proceso de comprobación de credenciales para dichos usuarios que les niega el acceso en caso de encontrarse ubicados en el plan de matriculación de centros penitenciarios. De esta forma, se asegura que ninguna persona con los datos de dichas credenciales pueda usar la plataforma en su totalidad (esto es, básicamente las herramientas de comunicación) o añadir información desde el exterior (<http://www.innova.uned.es>). Esto conlleva un procedimiento asociado a la asignación de permisos penitenciarios, para habilitar el acceso en caso de encontrarse en el exterior con dicho permiso. Y solo se habilita en el caso de que haya una autorización previa por parte de la Dirección General de Instituciones penitenciarias.
- 2) Los contenidos que se habiliten mediante un formato de documento se convierten automáticamente en documentos en formato PDF de solo lectura (protegidos por certificado de usuario y/o contraseña), de forma que los alumnos que los descarguen no puedan hacer anotaciones ni recibir información extra en dichos contenidos (por

ejemplo, comentarios en los documentos de Microsoft Word). Para implementar esto, se analizan las peticiones de documentos y su extensión, convirtiéndose automáticamente en formato PDF en la propia llamada. De esta forma, se evita que los equipos docentes tengan que realizar una labor específica de generación de contenidos adaptados a este tipo de alumnos y sus restricciones.

- 3) Para la realización de los trabajos de evaluación continua se permite que los alumnos tengan acceso a las actividades, pero solo para descargarse los enunciados o realizar los cuestionarios de evaluación correspondientes. En el caso en el que la actividad tenga un enunciado se aplican las mismas reglas que en el apartado anterior. Para la entrega de los trabajos, el procedimiento implica que el alumno no sube la solución de dicha actividad, sino que existe un procedimiento supervisado por un responsable en el centro penitenciario que verifica/supervisa la información del documento y sube la solución del alumno a través de la plataforma aLF.

Acceso por parte de los alumnos a los cursos en línea de Grados.

La identificación inicial se hace en base a unas credenciales de acceso (usuario y contraseña) que se les proporcionan a los alumnos de los centros penitenciarios. Con esos datos, y solo desde dentro del aula del centro penitenciario, se puede acceder a la página de inicio: <https://centrospenitenciarios.uned.es>. Una vez identificado, el alumno del centro penitenciario tiene acceso a su portal de usuario (de la misma forma que cualquier alumno de la UNED), tal y como se muestra en a Figura 3. En dicha figura se ha ocultado el nombre del alumno, obviamente, por razones de seguridad. Cualquier opción no permitida está deshabilitada por las reglas de navegación y se le muestra un mensaje al alumno indicándole que no tiene permiso de acceso a dichos contenidos/opciones (Figura 4).

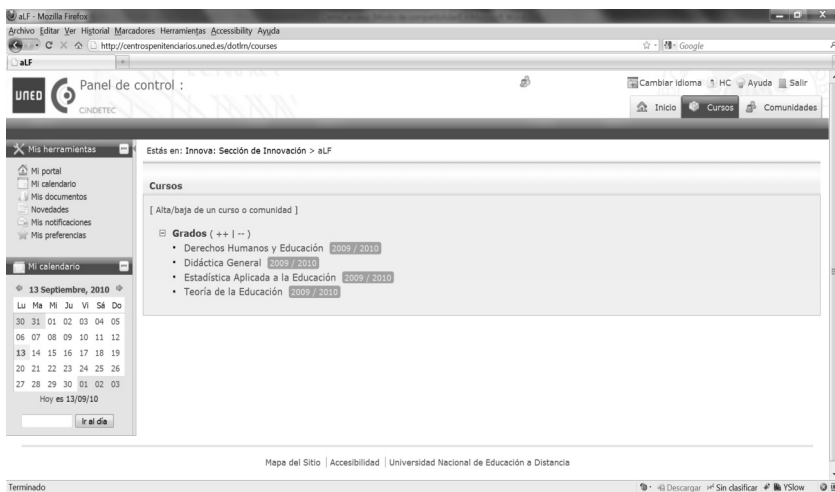


Figura 3. Portal del usuario en la plataforma de acceso desde centros penitenciarios.

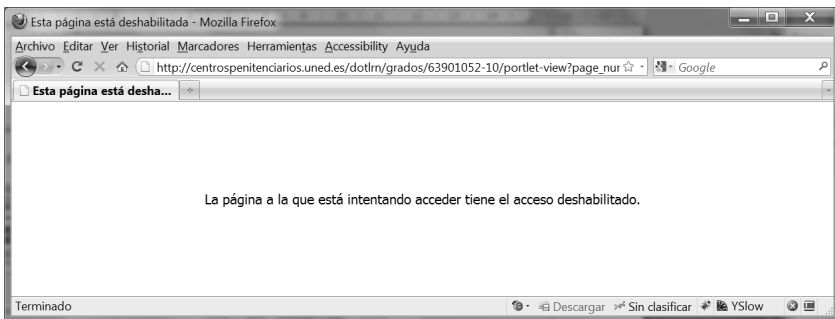


Figura 4. Página de denegación de acceso a contenidos no permitidos a los reclusos.

Para acceder a los contenidos del curso, el alumno no tiene más que seleccionar su asignatura en su portal (Figura 3) y entrará automáticamente en el espacio del curso, como el resto del alumnado (tal y como se muestra en la Figura 5).



Figura 5. Portal de un curso en línea correspondiente a una asignatura de Grados de la UNED.

Como se puede observar en la figura 5, la herramienta de planificación muestra al alumno todas las opciones disponibles en el curso y la distribución de recursos asociados por unidades/temas/capítulos. El alumno del centro penitenciario solo tiene acceso a las herramientas de contenido y los enlaces (documentos, actividades) situados en el planificador (tal y como se muestran en la Figuras 6 y 7).

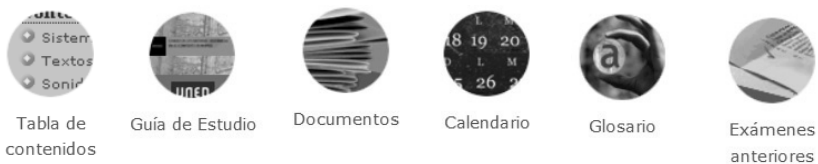


Figura 6. Herramientas disponibles desde el planificador con acceso al contenido del equipo docente de la asignatura.

PRIMERA UNIDAD DIDÁCTICA: CONCEPTOS BÁSICOS

- Primera prueba de evaluación a distancia
- PEAD1SOLUC.doc
- pract3R.zip
- actividad_tema3_demostración.pdf

Tema 1. La estadística en el proceso de investigación pedagógica empírica

- Actividades Tema 1 (Enunciados)
- Actividades Tema 1 (Soluciones)
- Dudas Tema 1
- evalmaterial

Tema 2: Problema, hipótesis/objetivos, variables y datos. Escalas/niveles de medida

- Actividades Tema 2 (Enunciados)
- Actividades Tema 2 (Soluciones)
- Dudas Tema 2
- evalmaterial

Figura 7. Recursos disponibles desde la herramienta planificador.

Este ejemplo es una muestra de las posibilidades que la tecnología educativa ofrece en el espacio penitenciario. Está claro que si se asegura la comunicación a los requisitos legales la intervención educativa podrá crecer exponencialmente. Del mismo modo que se introdujo la Televisión, la radio, los libros y la comunicación escrita, está claro que le ha llegado el turno a la comunicación educativa digital.

Hay que tener en cuenta las posibilidades multiplicadoras de la acción educativa en estos espacios. Por estas plataformas puede navegar otro tipo de contenidos culturales o de formación laboral. La creación de materiales para la formación a lo largo de la vida es ya un hecho que no puede dejarse de lado en la acción de la prisión moderna.

LOS DERECHOS DE LOS MENORES EN LOS CENTROS DE INTERNAMIENTO: TEORÍA Y PRÁCTICA

M^a JOSÉ BERNUZ BENEITEZ
Universidad de Zaragoza

1. PRESENTACIÓN

En el marco de un Congreso sobre “Los derechos de los reclusos y la realidad de las cárceles españolas: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas” (celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid los días 4 y 5 de noviembre de 2010, en el que se discutieron algunas ideas que se desarrollan en este capítulo) hacer referencia a la perspectiva de los niños puede llevarnos a pensar en dos temáticas totalmente distintas e igualmente importantes desde el punto de vista de los derechos de la infancia. De un lado, nos encontramos con la realidad de los niños que se encuentran internados en las cárceles porque sus padres –y más precisamente sus madres– han cometido algún delito y tienen la posibilidad de vivir con ellas en los módulos de madres o en las cárceles de mujeres. En todo caso, ése es un tema que dejaré de lado en este capítulo, por razones de extensión y porque ha tendido a abordarse –acertadamente o no– desde la perspectiva de los derechos y la situación de las mujeres presas. De otro lado, hablar de niños y cárceles nos acerca al tema de los menores que han cometido, efectiva o presuntamente, un delito –supuestamente grave, con violencia e intimidación– y existe una medida judicial que determina que deben permanecer en un centro de menores cautelarmente o como cumplimiento de una decisión firme del juez de menores. En este capítulo nos vamos a centrar en la situación de esos niños que pasan por los centros de justicia de menores y en la protección de sus derechos.

2. INTERNAMIENTO *VERSUS* DERECHOS DE LOS NIÑOS

De entrada, puede parecer paradójico hacer referencia a una situación de internamiento por medida judicial y, a la vez, pretender hacer referencia a los derechos de la infancia. Sobre todo porque cualquier situación de internamiento, cautelar o definitivo, terapéutico o no, en cualquiera de sus regímenes –cerrado, semiabierto o abierto– va a suponer, cuanto menos, una limitación y una restricción de derechos importante para los menores internados.

De hecho, los planteamientos y las teorías de justificación del castigo más retributivas aseguran que el internamiento no sólo supone sino que debe suponer una restricción de derechos, para que se pueda responder proporcionalmente al delito o falta cometidos y, así, legitimarse como castigo. Por su parte, los planteamientos más utilitaristas aseguran que la pena, y en este caso, la medida de internamiento de los menores, sólo se justificaría si lograrse cumplir una serie de funciones sociales o individuales, y la principal es evitar la comisión de delitos por quienes aún no los han cometido y reducir la reincidencia de quienes cumplen con la medida. Esto es, el internamiento se legitimará cuando cumpla funciones de prevención general y de disuasión del resto de la población, o de prevención especial y de limitación de la reincidencia de quien cometió el delito. Apuntaré muy sumariamente que el castigo, en general, y la medida de internamiento, en particular, cumplen con fines de prevención general porque refuerzan el sistema de valores sociales y se presentan como una amenaza a quien tenga intención de delinquir. La medida de internamiento asegurará funciones de prevención especial cuando consiga evitar la reincidencia de los menores que delinquieron, sea fomentando su reinserción social, sea aislándolos durante un tiempo más o menos largo. Son muchos los penalistas y criminólogos que han considerado que la forma de definir y dar contenido al castigo define una sociedad. Y de eso se trata en este capítulo, de averiguar qué sociedad tenemos mediante el análisis de la teoría y la práctica de los derechos de los niños en los centros de menores en el Estado español¹.

¹ La bibliografía sobre las teorías de justificación del castigo es inmensa. Me contento con destacar algunas referencias que considero importantes, que resumen perfectamente las distintas perspectivas y que provienen de autores con distintas formaciones y sensibilidades. Me refiero a: M. ABEL SOUTO, *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado democrático*, Dilex, Madrid, 2006, pp. 23-53; A. CASTRO MORENO, *El por qué y el para*

Antes de abordar el tema de las funciones de la medida de internamiento—que de alguna manera podría ser nuestra conclusión—, volvamos al tema del internamiento y a la consiguiente restricción de derechos que supone. Siempre partiendo de la base de que, en un Estado social y democrático de Derecho, la única restricción de derechos consentida y pretendida por la normativa de menores a través del internamiento es la de libertad de movimientos. El resto de derechos básicos de los menores deben respetarse y hacerse respetar por las autoridades e instituciones que tienen bajo su tutela, mientras dura la medida, a los menores privados de libertad. De hecho, la última Recomendación del Consejo de Europa sobre el tema, la (2008) 11, sobre *Reglas Europeas para menores infractores sujetos a sanciones o medidas privativas de libertad*, llega al extremo de declarar que ni siquiera la falta de medios por parte de los países puede justificar un atentado contra los derechos de los menores tutelados y custodiados por el Estado.

Hay que destacar que todas las normativas internacionales que regulan el internamiento de menores hacen una referencia especial a los derechos de la infancia, siendo conscientes de que cualquier situación de internamiento supone, cuanto menos, la limitación de otros derechos básicos de los menores, aparte de la libertad de movimientos².

qué de las penas. Análisis crítico sobre los fines de la pena, Dykinson, Madrid, 2008; J. CERZO MIR, *Curso de Derecho Penal, Parte I*, Tecnos, Madrid, varias ediciones; M. J. FALCÓN Y TELLA y F. FALCÓN Y TELLA, *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 21-37; A. MESSUTI, “La pena en el pensamiento penal”, en ID., *La justicia deconstruida*, Bellaterra, Barcelona, 2008, pp. 53-84; I. RIVERA BEIRAS, “Historia y legitimación del castigo”, en VV.AA., *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 83-133.

² Entre las normativas relativas a la protección de los derechos de los niños, nos gustaría destacar, sin ánimo de ser exhaustivos, sólo algunas de las normativas que han tenido mayor impacto en las normativas españolas de protección de la infancia y de justicia de menores. Así, serían de obligada referencia, las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia a menores*, adaptadas por su Asamblea General en su Resolución 40/33, denominadas *Reglas de Beijing*; la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño* (1989); y las *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad* (1990). A nivel europeo, sería destacable la *Carta Europea de los Derechos del Niño*, publicada en el DOCE número 241, de 21 de septiembre de 1992; así como la ya citada *Recomendación del Consejo de Europa (2008) 11, sobre Reglas Europeas para menores infractores sujetos a sanciones o medidas privativas de libertad*. A nivel nacional, es preciso tener en cuenta tanto la Constitución Española, como la *LO 1/96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor* y la *LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*; la *LO 5/2000,*

De entrada, todas las normativas sobre infancia están de acuerdo en la importancia del contexto familiar para el menor, dicho de otra forma, en el derecho del niño a ser cuidado por sus padres o a vivir con su familia; o, como mínimo, si las circunstancias no lo permiten o no lo hacen oportuno, en el derecho del menor al contacto y a la proximidad con ellos. Cuando el menor se encuentra interno en un centro, parece claro que ese derecho se ve mermado. Por eso mismo, todas las normativas internacionales relativas a la situación de los menores institucionalizados insisten en la importancia de facilitar el contacto con la familia, asegurando las visitas y destacando, en ese sentido, la necesidad de mantener al menor en un centro próximo al domicilio familiar³. En la práctica, no todas las provincias cuentan con centros de menores; lo que necesariamente obliga a prever el desplazamiento de los menores hacia centros ubicados a veces fuera del alcance geográfico y también económico de sus padres y de su entorno familiar y social.

Además, como derecho fundamental de todos, está el derecho a la salud física y psíquica. El cual, como han demostrado estudios clínicos y psiquiátricos sobre el tema, es una asignatura pendiente en las cárceles de adultos, tanto por las condiciones del propio internamiento, que recluye a la persona en pocos metros cuadrados la mayor parte del día, como también por las condiciones más específicas de algunas cárceles españolas⁴. Consciente de esta realidad en adultos, la Recomendación (2008) 11 destaca que los menores internados son altamente vulnerables desde un punto de vista individual y social, y por ello habrá que proteger espe-

de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, y su Reglamento de desarrollo, aprobado mediante el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio; aparte de las normativas vigentes en cada una de las Comunidades Autónomas relativas a la protección de los derechos de la infancia.

³ Vid., en ese sentido, el artículo 37 de la *Convención sobre los Derechos del Niño*; el artículo 53.5 de la Recomendación (2008) 11, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, *sobre Reglas Europeas para infractores juveniles sometidos a sanciones o medidas*, adoptada el 5 de noviembre de 2008; y, a nivel nacional, el artículo 46.3 de la LO 5/2000.

⁴ Existen estudios que muestran que la salud física queda gravemente afectada (musclicatura, vista, olfato, equilibrio, etc.) cuando se trata de internamientos largos. Vid., como ejemplo, los testimonios de las propias personas presas que recoge el libro de J. C. RÍOS MARTÍN y P. J. CABRERA CABRERA, *Mil voces presas*, Universidad Pontificia Comillas de Madrid, Madrid, 1999; o, últimamente, el de M. GALLEGO DÍAZ, P. CABRERA CABRERA, J. RÍOS MARTÍN y J. SEGOVIA BERNABÉ, *Andar un kilómetro en línea recta: la cárcel del siglo XXI que vive el preso*, Universidad Pontificia Comillas de Madrid, Madrid, 2010; y sobre la prisión perpetua revisable, J. C. RÍOS MARTÍN, *La prisión perpetua en España. Razones de su ilegitimidad ética y su inconstitucionalidad*, Tercera Prensa, San Sebastián, 2013.

cialmente su integridad física y mental, al tiempo que habrá que fomentar su bienestar integral. La Recomendación (2008) 11 insiste en que los menores que tengan enfermedades mentales diagnosticadas deberán ser internados en centros de salud mental, con profesionales especializados para el tratamiento de su enfermedad, siendo consciente igualmente de que los menores que entran en un centro con alguna deficiencia psíquica no mejoran su estado de salud durante su estancia.

Entre los derechos específicos de los menores también se encuentra el derecho a una educación obligatoria y normalizada. Algo que es posible cuando el régimen de internamiento es abierto o semiabierto, pero que resulta totalmente imposible cuando hablamos de menores que se encuentran en un régimen cerrado que les imposibilita la salida. Por ello resulta fundamental que los centros de menores cuenten con sus propios cuerpos docentes, que se encarguen de impartir una docencia reglada a estos menores que en teoría, deberían pasar el mínimo tiempo posible en régimen cerrado. Además, dado que entre las funciones de los centros estará la de fomentar la reinserción social de los menores y teniendo en cuenta que suelen ser menores de más de catorce años y, generalmente, de más de dieciséis, se potenciarán los cursos de formación profesional para mejorar su capacitación y favorecer que los menores puedan integrarse en el mercado de trabajo a su salida del centro.

En definitiva, se podría decir que el derecho fundamental del menor cuando llega a un centro de menores es el de que se le prepare para salir al exterior, a que se potencien las medidas que permitan su reinserción social, educativa y familiar. Entre esas medidas no sólo se cuentan aquéllas que preparan al menor para integrarse en el entorno escolar o laboral, sino también las que permiten trabajar con las familias simultáneamente, las que fomentan las libertades condicionales y los permisos, y las que alientan la desinstitucionalización progresiva de los menores, complementando el internamiento con medidas de libertad vigilada y supervisada por un educador de los Equipos de Medio Abierto.

3. EL PRINCIPIO DE LA DESINSTITUCIONALIZACIÓN EN LA JUSTICIA DE MENORES

Quizás por las restricciones que la medida de internamiento –sobre todo cuando es en régimen cerrado– supone, intencional o colateralmente,

para los derechos básicos de los menores, y porque todas las decisiones relacionadas con menores deberán tener en cuenta el interés superior del menor, la *Convención sobre los Derechos del Niño* destaca, entre sus principios inspiradores, el de la desinstitucionalización. Principio que deberá observar el juez cuando decida la medida a cumplir por el menor, teniendo en cuenta tanto la proporcionalidad con los hechos cometidos y sus circunstancias, como la individualización o adaptación de la medida a la situación personal, familiar y social del menor. Ahora bien, se trata de un principio que tiene una multiplicidad de manifestaciones en las legislaciones nacionales y que ha dado lugar a una diversidad de prácticas que lo desarrollan.

La manifestación más importante del principio de desinstitucionalización, recogida y reiterada en todas las normativas internacionales, es la utilización residual y mínima del internamiento. Es decir, la opción por la medida de internamiento debe ser restrictiva en varios sentidos. En primer lugar, supone que el internamiento, sobre todo cuando hablamos de internamiento en régimen cerrado, debe ser considerado como un recurso último, sólo se puede utilizar cuando previamente se han impuesto otras medidas alternativas con el menor y éstas han fracasado⁵. Además, el internamiento se impondrá por el mínimo tiempo necesario para favorecer la responsabilización del menor por los hechos cometidos, y siempre concediendo al juez de menores la discrecionalidad que le permita revisar la medida para adaptar el régimen de internamiento a las circunstancias y la evolución del menor y para alentar la reinserción del menor en la sociedad. Igualmente, deberá ser una medida prevista únicamente para los supuestos de mayor gravedad. En definitiva, que la medida de internamiento debe ser considerada como una medida de último recurso y mínima.

Algo evidente es que para fomentar la desinstitucionalización efectiva, es decir, para permitir que el internamiento sea considerado por los jueces como una medida residual y mínima, la Administración pública

⁵ Esther Fernández destaca que, a nivel europeo, la tendencia durante los años 80 fue la de disminuir el internamiento; y, sin embargo, en los 90 se mantuvo estable en torno al 20%. La autora pone de manifiesto las declaraciones de Naciones Unidas asegurando que se ha interpretado mal ese principio de la consideración del internamiento como una medida de último recurso. Para el Comité de los Derechos del Niño “esa expresión significa ‘que puede recurrirse a la privación de libertad sólo cuando no exista otra forma de brindar al niño la protección que necesita’”. (Vid. E. FERNÁNDEZ MOLINA, *Entre la educación y el castigo. Un análisis de la justicia de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 109).

deberá proveer a aquéllos de un abanico de medidas de medio abierto suficientes y adecuadas a las necesidades y exigencias de los menores⁶. Sin embargo, como ha destacado Fernández Molina, la tasa de internamientos a nivel europeo se ha mantenido estable, en torno a unos porcentajes, que giran entre el 7 y el 20%, que parecen irreductibles. De manera que se podría concluir que las medidas alternativas no han supuesto opciones reales al internamiento –que se mantiene estable–, sino que han sido alternativas a las medidas comunitarias⁷.

Además, las normativas internacionales concretan el principio de la desinstitucionalización, también en el momento de la ejecución, en el hecho de que los menores deberán permanecer separados de los adultos por el mayor tiempo posible. Ello supone la necesidad de articular una serie de medidas que permitan la implementación de este principio, como serán la previsión de módulos especiales para menores dentro de las cárceles o la creación de centros específicos de menores para cumplir con las medidas de internamiento propuestas por los jueces. Esa lectura del principio de la desinstitucionalización también supondrá retrasar la edad en que el menor que ha delinquido siendo menor de edad pueda ser trasladado al centro penitenciario. Sobre todo porque se entiende que el interés del menor exige su permanencia el mayor tiempo posible en el centro de menores, bajo la supervisión de personal especializado y con programas adaptados a su edad y circunstancias. Algo distinto será si en la práctica los menores, superada la mayoría de edad penal, consideran que su interés va en otro sentido distinto del planteado por la *Convención sobre los Derechos del Niño* y por las normativas internacionales.

Asimismo, el principio de desinstitucionalización se ha traducido en la exigencia de una desinstitucionalización progresiva que permita preparar al menor para su salida. La desinstitucionalización progresiva supone que la medida de internamiento se divide en dos periodos de cumplimiento. El primer periodo se cumple en el régimen de internamiento previsto en la decisión del juez de menores y el segundo en el régimen de libertad vigilada supervisada por un educador del Equipo de Medio Abierto. También apuesta por la desinstitucionalización progresiva la necesaria revisión de la medida de internamiento hacia regímenes menos severos, que permitan las salidas y el contacto del menor con el exterior.

⁶ En ello insiste, más precisamente, la Regla de Beijing número 18.

⁷ Vid. E. FERNÁNDEZ MOLINA, *Entre la educación y el castigo. Un análisis de la justicia de menores*, cit., p. 110.

Con esta previsión se pretende que la transición de los menores entre el centro y la salida en libertad se produzca escalonadamente y siempre acompañado por un educador, que se encargará de su supervisión y servirá de referencia y de apoyo para facilitar el proceso de reinserción social del menor.

Con la pretensión de crear un entorno que tenga en cuenta el interés superior y las especiales condiciones de los menores, la *Convención sobre los Derechos del Niño* también aconseja que el régimen de funcionamiento de los centros se aleje del régimen penitenciario vigente en las cárceles de adultos. De hecho, el Consejo de Europa, en su Recomendación (2008) 11, insiste en esa idea e insta a que se evite recurrir a la fuerza como mecanismo para resolver los conflictos que se produzcan en el interior del centro y a las celdas de reflexión por un tiempo superior a 24 horas, la medida de separación del grupo deberá realizarse siempre con autorización judicial y excepcionalmente, al tiempo que aboga por primar las medidas de conciliación y reparación del daño sobre las de carácter puramente disciplinario.

4. LA INCORPORACIÓN DEL PRINCIPIO DE DESINSTITUCIONALIZACIÓN EN LA LO 5/2000

No planteamos ninguna novedad cuando destacamos que las pretensiones de las normativas internacionales no siempre se cumplen en las legislaciones nacionales, y que cuando se cumplen lo hacen con distinta intensidad. Por ello resulta importante ver hasta qué punto la LO 5/2000, *reguladora de la responsabilidad de los menores*, ha asumido en nuestro Estado los postulados de la Convención y de la normativa internacional. En todo caso, hay que precisar que nuestra relativamente reciente historia de la normativa de justicia de menores muestra algún que otro vaivén en su proximidad con la normativa internacional. De hecho, la LO 5/2000 surgió con la idea de crear una normativa integral y completa de Justicia de Menores, adaptada a la Constitución Española y a la *Convención sobre los Derechos del Niño*⁸. Y así lo hizo en su redacción inicial, muy próxima a los principios inspiradores de la Convención. Sin embargo, las suce-

⁸ *La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño*, en cuanto Tratado internacional válidamente celebrado, forma parte del ordenamiento jurídico español, según el artículo 96.1 de la Constitución Española, una vez publicado oficialmente en España. Algo que ocurrió en 1991.

sivas modificaciones de la LO 5/2000, que se han producido tanto antes como después de su entrada en vigor, han ido desvirtuando ese espíritu inicial y han tendido a aproximar la justicia de menores a la jurisdicción penal ordinaria y a las nuevas tendencias penales a nivel internacional⁹. Veámos brevemente en qué sentido se aproxima y en qué cuestiones se aleja la LO 5/2000 del principio de desinstitucionalización propuesto por la Convención y por el resto de la normativa internacional.

Ya destacábamos que una de las manifestaciones principales del principio de desinstitucionalización se traduce en que el internamiento, sobre todo en régimen cerrado, debe constituir una opción última y mínima. Cuando analizamos las reformas de la LO 5/2000 podemos apreciar cómo todas y cada una de ellas han supuesto un alejamiento de esa idea. Es decir, cada modificación de la LO 5/2000 ha supuesto un aumento del tipo de situaciones y circunstancias que pasan a integrar ese núcleo duro de la delincuencia juvenil que necesariamente tendrá como respuesta una medida de internamiento; al tiempo que cada nueva modificación ha supuesto un incremento en la duración de las medidas de internamiento prevista para ese núcleo duro. Así, la modificación introducida por la LO 7/2000 amplió la duración de la medida de internamiento para los delitos más graves –asesinato, homicidio, agresión sexual grave y violación– y creó un régimen especial para los menores que cometieran delitos de terrorismo¹⁰; y la LO 8/2006 volvió a incrementar la duración de las medidas de internamiento previstas para los menores de 15 y 16 años, e incluyó en ese núcleo duro a los menores que cometieran delitos en grupo o al servicio de bandas. De esta manera, en esos supuestos graves, y

⁹ En varias ocasiones las modificaciones de la LO 5/2000 se han producido anteponiendo la atemorizada opinión pública, que, supuestamente, pide una mayor dureza por parte de la justicia de menores. Sin embargo, algunos estudios demuestran que la opinión pública no resulta tan punitiva cuando se les pregunta por la solución a casos concretos. Vid. E. FERNÁNDEZ MOLINA y P. TARASCÓN GÓMEZ, “Populismo punitivo y delincuencia juvenil: mito o realidad”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 12-8, 2010.

¹⁰ Sobre las modificaciones y consecuencias que supuso la LO 7/2000 se puede consultar M. J. BERNUZ BENEITEZ, “Justicia de menores española y nuevas tendencias penales: La regulación del núcleo duro de la delincuencia juvenil”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 07-12, 2005. Y también se puede ver una tabla indicativa de dichas transformaciones en E. FERNÁNDEZ MOLINA, “El internamiento de menores. Una mirada hacia la realidad de su aplicación en España”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 14-18, 2012.

excepcionales, la normativa española establece que el internamiento no es la última, sino la primera ratio, con una duración mínima a cumplir en régimen cerrado¹¹.

El principio de desinstitucionalización también se concretaba en la necesidad de adaptar el régimen de internamiento a las circunstancias y la evolución del menor. En ese sentido, la redacción inicial de la LO 5/2000 destacaba que las medidas impuestas por el juez de menores serían revisables sólo en un sentido favorable al menor. Sin embargo, la modificación introducida por la LO 8/2006, así como por el RD 1774/2004, que desarrolla la LO 5/2000, apuesta por la necesidad de adaptar el régimen de cumplimiento en el centro a la evolución del menor, tanto favorable como desfavorablemente al mismo. Así, facilita que un menor que se encuentra cumpliendo su medida de internamiento en régimen cerrado pueda cambiar su medida a régimen semiabierto cuando haya cumplido los objetivos de la medida; ahora bien, también prevé que cuando su evolución no sea favorable en el nuevo régimen semiabierto, pueda volver al régimen cerrado o se le pueda prohibir que salga a realizar actividades al exterior. Igualmente la LO 5/2000, en su artículo 50.2 prevé que si un menor no cumple con la medida de Libertad Vigilada impuesta por el juez de menores, ésta se pueda sustituir por una medida de internamiento en régimen abierto¹². De esta manera, con la nueva reforma, es posible modificar el régimen

¹¹ Fernández Molina destaca que “Hay que insistir que en ambos supuestos (delinquentes que cometan delitos graves, menos graves violentos o en banda y que además sean reincidentes y delinquentes que cometan hechos delictivos de especial intensidad) no es que se amplíe el ámbito de discrecionalidad para que el Juez pueda, si lo desea, proporcionar una respuesta más severa, sino que le obliga a acudir al internamiento en régimen cerrado sin que pueda modificarse hasta que haya transcurrido un año en el primer supuesto o la mitad de la duración de la medida en el segundo. Se trata pues de una obligación que anula la discrecionalidad del Juez de menores que es la piedra angular sobre la que se sostiene una justicia individualizada”. (Vid. E. FERNÁNDEZ MOLINA, “El internamiento de menores. Una mirada hacia la realidad de su aplicación en España”, cit. p. 6).

¹² Se trata de una modificación que ha generado mucha polémica, porque podría suponer la imposición a un menor de una medida de internamiento por un hecho que, quizás, no tenga atribuida esa medida. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha descartado, en el Auto núm. 33/2009, de 27 de enero, que esa sustitución sea contraria al principio de seguridad jurídica. En todo caso, el informe de la Fiscalía General del Estado del año 2010 ha aclarado que la exigencia de que los hechos que dieron lugar a la libertad vigilada sea sustituida por la medida de internamiento en régimen abierto “se desprende, sin embargo, del conjunto del sistema”. El último informe de la Fiscalía General del Estado ha destacado que, una

de internamiento tanto en un sentido favorable al menor como en uno que, en principio, puede resultar desfavorable, por ser más severo y restrictivo de derechos.

En las sucesivas modificaciones de la LO 5/2000 también se aprecia una tendencia a especializar los centros en función del delito cometido o del menor que lo comete. Así, aparte de los distintos regímenes de internamiento, es preciso hacer referencia al internamiento de menores en centros terapéuticos, el internamiento de quienes han cometido delitos de terrorismo o el cumplimiento de la medida de internamiento por los que han cometido delitos en grupo o al servicio de bandas. De entrada, los centros terapéuticos, que habían sido una demanda constante por parte de los operadores sociales, se presentan como centros especializados en los que trabajan profesionales de la educación y la salud mental para menores que presentan problemas de adicción graves o psiquiátricos. Para los menores que han cometido delitos de terrorismo, la LO 7/2000 estableció la creación de centros especiales, que dependen de la Comunidad de Madrid y que se encuentran separados de los domicilios de esos menores. Por su parte, la LO 8/2006 dispuso que cuando los menores hayan cometido delitos en grupo o al servicio de bandas, para evitar que la banda siga funcionando en el interior del centro, los menores podrán ser ubicados en diferentes centros; de manera que, finalmente, pueden acabar cumpliendo la medida en un centro de internamiento alejado de su entorno familiar y social.

Por su parte, contra la pretensión de la normativa internacional de crear un régimen de funcionamiento de los centros de menores distinto del vigente en las cárceles de adultos, el Real Decreto 1774/2004, que desarrolló la LO 5/2000, supuso la traslación del régimen penitenciario al interior de los centros de menores, sobre todo en cuestiones de faltas y medidas disciplinarias. Ahora bien, es preciso destacar que el personal de los centros, tras cuatro años de vacío normativo y sin una regulación clara del funcionamiento de los mismos, acogieron la normativa con bastante entusiasmo y consideraron positivo que una norma estableciera unos criterios claros de gestión y solución de conflictos en el interior de los centros.

vez superadas las reticencias de inconstitucionalidad, se está observando un incremento en el recurso a esta posibilidad ofrecida por el artículo 50.2.

5. LA PRÁCTICA DEL PRINCIPIO DE DESINSTITUCIONALIZACIÓN: ALGUNOS DATOS

La literatura existente sobre cárceles acostumbra a subrayar, muy acertadamente, que una cosa es hacer referencia a la cárcel legal y otra muy distinta contar qué ocurre en la cárcel real. Si lo ponemos en relación con la cuestión de la protección de los derechos de los reclusos en los entornos carcelarios esta afirmación resulta muy oportuna, ya que según las normas penales la cárcel consiste en la privación de libertad de la persona y aspira a lograr su reinserción social, pero la realidad penitenciaria nos habla de otras restricciones de derechos¹³.

Esa tensión entre las leyes y sus prácticas se produce también respecto a la justicia de menores. En ese sentido, Fernández Molina destaca que “es necesario recordar que la historia de la justicia de menores es una historia de resistencias internas en la que ley y práctica no siempre han ido en la misma dirección y en el que en ocasiones se han vivido procesos de resistencia interna tan fuertes que la disparidad ha sido absoluta”¹⁴. En el ámbito preciso de los derechos de los menores internos en centros podríamos plantearnos la cuestión de si los procesos de criminalización primarios se han seguido de otros secundarios. Es decir, al hacer referencia a las medidas privativas de libertad de los menores, creo que es preciso analizar la posible distancia entre los procesos de criminalización primarios, esto es, los producidos efectivamente mediante una legislación que ha ido endureciendo y extendiendo el régimen de internamiento, y los procesos de criminalización secundarios generados por su aplicación efectiva. Es decir, se trata de ver si los jueces y fiscales de menores, a la vista de la normativa reguladora de la jurisdicción juvenil, han tendido a asumir sus principios más retributivos o si, por el contrario, siguen trabajando desde la perspectiva de la responsabilización y la reinserción social que ha caracterizado tradicionalmente a la justicia de menores.

¹³ En el mismo sentido, Teresa Picontó se refiere a la desgraciadamente existente distancia entre los procesos de reconocimiento de los derechos de los niños y la eficacia de los mismos, en T. PICONTO NOVALES, “Derechos de la infancia: nuevo contexto, nuevos retos”, *Derechos y Libertades*, núm. 21, 2009, pp. 57-93; vid. también I. CAMPOY CERVERA, “Notas sobre la evolución en el reconocimiento y la protección internacional de los derechos de los Niños”, *Derechos y Libertades*, núm. 6, 1998, pp. 279-327.

¹⁴ E. FERNÁNDEZ MOLINA, “El internamiento de menores. Una mirada hacia la realidad de su aplicación en España”, cit., p. 2.

Destacábamos que el principio de desinstitucionalización se traducía en que el internamiento ha de ser una medida última y mínima. Nos encontramos con una realidad judicial que podríamos calificar de contradictoria. En primer lugar, las estadísticas nos muestran que a nivel general, teniendo en cuenta los datos de las memorias anuales de la Fiscalía General del Estado y su evolución, el porcentaje que representa el internamiento en cualesquiera de sus regímenes respecto a las medidas de medio abierto tiende a descender. De hecho, los internamientos han pasado de representar un 29,2% del total de medidas en 2002, a suponer el 22,3% en 2013¹⁵. Y, aunque el descenso más llamativo se produce en el internamiento en régimen cerrado, lo cierto es que también desciende el porcentaje de otros regímenes de internamiento: sobre todo el semiaabierto, así como el internamiento terapéutico. En todo caso, hay que advertir que se trata de un dato que puede cambiar o matizarse cuando analizamos la situación en cada una de las Comunidades Autónomas de las que depende la ejecución efectiva de las medidas¹⁶.

Asimismo, la desinstitucionalización se traducía en que el internamiento, sobre todo en centro cerrado, fuera considerado como una medida subsidiaria y siempre que previamente se hubiera optado por medidas de medio abierto. Sin embargo, en contra de esa versión del principio de la desinstitucionalización, el estudio realizado para el Consejo General del Poder Judicial indica que “al 33,1% de los menores a los que se les impone una medida de internamiento en centro, consta que ésta es su primera medida”¹⁷. También es verdad que el propio estudio establece que “en un 15,9% de los casos los Jueces de menores en aplicación de la Ley estarían obligados a aplicar la medida de internamiento en régimen cerrado ya que se trata de menores reincidentes de mayor edad que han cometido delitos graves y violentos, en el resto de los casos se ha decidido optar en primer lugar por la respuesta más restrictiva, la privación de libertad”. Se trata de un porcentaje mínimo de menores, pero que

¹⁵ Vid. <https://www.fiscal.es>

¹⁶ Dentro de estos factores variables en cada Comunidad Autónoma, estarán los medios económicos disponibles para la ejecución de las medidas, las distintas políticas públicas sobre familia y juventud, los condicionantes personales y las rutinas profesionales. Un análisis de las diferencias autonómicas puede verse en E. FERNÁNDEZ MOLINA, “El internamiento de menores. Una mirada hacia la realidad de su aplicación en España”, cit. pp. 11-13.

¹⁷ Vid. el estudio dirigido por E. FERNÁNDEZ MOLINA, *Informe sobre la Justicia de Menores en España*, CGPJ, Madrid, 2008.

indica que no siempre los jueces de menores parten del principio de que el internamiento en régimen cerrado debe ser sólo la última opción y sólo cuando otras medidas de medio abierto han fracasado.

En relación con la ejecución de la medida de internamiento, también llama la atención el incremento de centros de menores que se han creado en los últimos años. Si en 2002 había 59 centros, en el año 2004 se habían construido 85, en 2006 estaban funcionando 96 y en 2009 había 114¹⁸. Lo cual muestra una progresión enorme, que no siempre permite una valoración unánime. Por un lado, algunos educadores destacan que la construcción de nuevos centros permite crear módulos más pequeños, que posibilitan una mejor organización y planificación de las actividades educativas y facilitan la adaptación del régimen de internamiento a las necesidades cambiantes de los menores. Por otro lado, se muestra una cierta prevención ante ese incremento en el número de centros y de plazas, porque siempre está el riesgo de que se intente “llenar” el centro para amortizar y compensar los gastos que genera el mantenimiento de este tipo de instituciones.

En ese mismo sentido, cuando hablamos de los centros de menores, también resulta llamativa la tendencia a la privatización de las instituciones encargadas de la ejecución de las medidas judiciales en general y de la gestión educativa de los centros de menores en particular. De hecho, en el estudio del Consejo General del Poder Judicial que se realizó en 2008 se destacaba, precisamente, que en el año 2006, de los 96 centros de menores existentes, 35 (es decir, el 36,46%) eran públicos y 61 (63,54%) privados¹⁹. Los propios operadores jurídicos y sociales han destacado los inconvenientes y cautelas que es preciso tener en cuenta en relación con esta tendencia a la privatización de la gestión de las instituciones de menores. Y por encima de otras, hacen referencia, en el mismo sentido de la Recomendación (2008) 11, a que cualquier intervención educativa con menores exige una continuidad en el tratamiento y es preciso asegurarla a través de mecanismos de contratación estables. Sin embargo, la práctica muestra que los educadores contratados por entidades privadas tienen unas condiciones laborales más precarias. Esto genera una mayor rotación en los puestos de trabajo, que hacen que el menor pierda la referencia educativa si regresa al centro o si vuelve a entrar en contacto

¹⁸ Vid. E. FERNÁNDEZ MOLINA, “El internamiento de menores. Una mirada hacia la realidad de su aplicación en España”, cit. p. 16.

¹⁹ Vid. E. FERNÁNDEZ MOLINA, *Informe sobre la Justicia de Menores en España*, cit.

con las instituciones de menores. Igualmente se defiende que cuando son las instituciones privadas las que se encargan de gestionar los centros de menores, será precisa una mayor supervisión por parte de las instituciones públicas de cara a determinar la adecuación de los planes educativos y de los programas de organización (salud, seguridad,...) a la normativa vigente.

6. LA CRIMINALIZACIÓN TERCIARIA. LA REALIDAD DE LOS CENTROS MEDIANTE LAS DENUNCIAS DE LOS MENORES

A estas prácticas administrativas y judiciales, que en ocasiones resultan contradictorias en su realización y concreción del principio de desinstitutionalización, habría que añadir un análisis –aunque sea mínimo– de los procesos de criminalización terciaria. Es decir, de la criminalización que puede producirse, en su caso, por las condiciones de ejecución de la medida de internamiento en sus diferentes regímenes. E insisto en esa distinción entre criminalización primaria, secundaria y terciaria porque pueden no ir en la misma dirección. Para ello se ha trabajado con algunos de los informes de la Fiscalía General del Estado en los que se recogen algunas de las denuncias presentadas por los menores internos en centros de menores. También hemos analizado algunos informes del Defensor del Pueblo en relación con la situación de los menores internados. Todos ellos insisten en la situación de especial vulnerabilidad de los menores internados y, en consecuencia, en la necesidad de detectar y prevenir las posibles situaciones de violencia institucional. Más precisamente, se llama la atención sobre los centros terapéuticos, la utilización del régimen disciplinario en los centros de menores y los suicidios en las instituciones de internamiento.

En primer lugar, los informes llaman la atención sobre los centros terapéuticos y, en concreto, sobre su insuficiencia y algunas de sus condiciones. La insuficiencia de centros terapéuticos que permitan acoger y tratar adecuadamente a menores que tienen enfermedades mentales graves –que no pueden ser atendidos adecuadamente a través de una medida ambulatoria– o problemas de adicción a drogas, alcohol u otro tipo de sustancias, ha sido una de las reivindicaciones recurrentes por parte de los operadores sociales que trabajan con estos menores y que durante años han vivido la casi total ausencia de centros especializados.

Se trata de una carestía que repercute directamente en el bienestar de estos menores, que generalmente deben ser trasladados a una comunidad autónoma distinta de la suya, perdiendo en ocasiones el contacto con su familia. De hecho, hasta hace poco, para la ejecución de la medida era preciso acudir a centros psiquiátricos de adultos o a centros de menores no adaptados a sus necesidades, generando una desprotección de los mismos, un desconocimiento de sus necesidades y creando problemas de orden y de seguridad en esos centros de menores a los que eran enviados. Por su parte, también se han denunciado y cuestionado algunas de las prácticas vigentes en esos centros. Fundamentalmente se ha criticado la excesiva medicalización no consentida por los menores²⁰; al tiempo que los informes evidencian la, en ocasiones, escasa profesionalidad y la carestía de profesionales en esos centros.

Desde otra perspectiva, también se ha criticado, desde diferentes sectores y por parte de los menores, el uso que se hace del régimen disciplinario, en el interior de los centros, por parte del personal educativo. Y más precisamente, se critica el abuso de la medida de separación del grupo o el recurso a la medida de contención física²¹. En ese sentido, la Recomendación (2008) 11 realiza algunas aportaciones sobre el tema y plantea que la separación del grupo deberá ser considerada como una medida excepcional e impuesta con autorización judicial. Asegura que igual de excepcional deberá ser el recurso a la fuerza, propone acudir a mecanismos de reparación y restauración, evitando los mecanismos de respuesta disciplinarios; subraya que las celdas de reflexión no podrán utilizarse por un tiempo superior a 24 horas; al tiempo que defiende que la medicación sólo podrá suministrarse con fines médicos, pero nunca como una forma de mantener el orden, ni como una forma de castigo.

²⁰ En este sentido, Esther Fernández ha destacado uno de los puntos controvertidos de la LO 5/2000, que establece que sólo podrá aplicarse un método de deshabitación cuando lo consienta el menor. Sin embargo, tampoco se deja claro qué ocurrirá cuando el menor no consienta, ni avanza las medidas que podrán tomarse al respecto. Vid. E. FERNÁNDEZ MOLINA, *Entre la educación y el castigo. Un análisis de la justicia de menores*, cit., pp. 224-225.

²¹ Más precisamente, el informe de la Fiscalía General del Estado de 2010 destacó que “no es infrecuente una cierta confusión conceptual entre la sanción de ‘separación de grupo’, la más grave de las que pueden imponerse, siempre bajo criterios de excepcionalidad, proporcionalidad y prohibición de exceso, con la medida de contención de ‘aislamiento’ o de estancia en ‘sala de reflexión’, recurso igualmente excepcional, pero nunca sancionador al que sólo puede acudirse episódicamente y por breve espacio temporal para solucionar crisis de agresividad”.

Finalmente, el Fiscal General del Estado llamó la atención sobre una realidad, la de los suicidios de menores en centros de internamiento, que es preciso vigilar y prevenir. Sobre todo porque evidencian una vigilancia y custodia inadecuada, una incapacidad para detectar y prevenir situaciones de riesgo y la existencia de medidas que no se adaptan a las necesidades de todos los menores. En el mismo sentido, la Recomendación (2008) 11 alienta la promoción de políticas que eviten los suicidios en los centros de internamiento de menores.

Creo que es preciso insistir en que uno de los derechos fundamentales de los menores cuando se encuentran en una situación de internamiento es que se potencien las medidas que faciliten su salida del centro y su proceso de reinserción social. En este sentido, la distancia entre Comunidades Autónomas es abismal. De manera que hay algunas Comunidades Autónomas que potencian la comunicación constante del menor internado con los educadores del centro y de éstos con los equipos de medio abierto; mientras que en otras la comunicación es mínima y con un tiempo insuficiente antes de la salida del menor. En algunas Comunidades Autónomas los educadores de medio abierto se ponen en contacto con el menor durante su estancia en el centro para preparar su salida y la realización de la medida de libertad vigilada que permitirá que la desinstitucionalización progresiva sea una realidad. En otras se trata de una pretensión.

Por último, me gustaría llamar la atención, casi a título anecdótico, sobre la cuestión del traslado de menores a centros penitenciarios, a partir de los 18 o 21 años. El principio del interés del menor considera que uno de los principios básicos de la justicia de menores es el alejamiento del menor de los adultos durante el mayor tiempo posible, incrementando la edad en que el menor puede y/o debe ser transferido a un centro penitenciario. En este contexto, los informes de los últimos años de la Fiscalía General del Estado ponen de relieve la situación de menores que al llegar a los 18 años piden ser trasladados a un centro penitenciario para tener una mayor libertad de movimientos y de horarios. Cuando se les niega, alegando el principio del interés superior del menor, estos jóvenes fuerzan el traslado mediante un comportamiento disruptivo en el centro de menores. Aunque se trata de casos puntuales, dado que la mayoría permanecen en el centro de menores hasta cumplir con la medida impuesta por el juez de menores, esas situaciones nos hacen reflexionar sobre el contenido y el sentido que debemos dar al interés del menor cuando éste posee una edad próxima a la mayoría de edad o cuando la supera.

7. ALGUNAS CONCLUSIONES

Quizás una de las conclusiones que podamos extraer de este breve análisis sobre los derechos de los menores que se encuentran en un centro de internamiento sería la importancia de tener en cuenta esos tres niveles de estudio por cualquier investigación que trabaje sobre centros de reclusión, tanto en adultos como en menores. Esto es, si pretendemos superar un planteamiento normativo y conocer la realidad de los derechos de los menores internados, es preciso realizar un análisis de cada uno de los niveles. En un primer momento, será preciso conocer la legislación que regula las condiciones y circunstancias en que un juez de menores puede imponer una medida de internamiento. Este análisis legislativo nos permitirá conocer la racionalidad del legislador y también la posición social sobre la utilización y funciones de la medida de internamiento de menores. Ahora bien, la sociología jurídica asume que la legislación es un deber ser. Por ello, habrá que completar el primer nivel de análisis con otro que nos permita conocer la práctica de jueces y fiscales que se encargan de concretar la legislación. Finalmente, es preciso incidir en la realidad de la ejecución de las medidas y sus posibles efectos criminalizadores en los menores. Para ello será preciso complementar los dos primeros niveles con un análisis de la realidad que viven los menores en los centros de internamiento y la necesaria atención a sus derechos fundamentales.

En el caso español, se ha podido comprobar un proceso de criminalización primaria que se ha venido produciendo con cada reforma legislativa de la LO 5/2000, *reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, que ha tendido a extender y endurecer el régimen de internamiento de los menores, sobre todo para los casos considerados más graves. No obstante, nos encontramos ante una práctica judicial contradictoria que no nos permite asegurar con rotundidad que se esté produciendo una criminalización secundaria, ya que los jueces establecen las medidas de internamiento más largas y severas para menores que efectivamente han cometido delitos graves o muy graves. Por último, las denuncias de los menores internos nos permiten afirmar que los centros de menores distan de ser los ‘paraísos’ que nos presentan los medios de comunicación. Por ello, será preciso estar atentos y establecer mecanismos de vigilancia y supervisión de los programas educativos y de la realidad de los menores

en el interior de los centros, para evitar esa criminalización terciaria que es la que, en realidad, tiene mayor incidencia en la vida de los menores.

De alguna forma se podría decir que la legislación ha alentado una dualización de la justicia de menores. De un lado, nos encontramos con una justicia de menores pensada para una mayoría de la delincuencia juvenil, poco grave y escasamente violenta, que sigue creyendo en el postulado constitucional de la reinserción social de las personas privadas de libertad. De otro lado, aparece una justicia de menores que se aproxima a la jurisdicción penal para adultos y que propone, como única opción de respuesta a los menores que han cometido delitos graves o con violencia, el internamiento en régimen cerrado, cada vez más extenso en duración y con un endurecimiento de las condiciones de cumplimiento²². Se tratará, por tanto, de estar vigilantes, para ver si y cómo esas pretensiones legales se traducen en prácticas realmente adaptadas a las necesidades, a las exigencias y a la evolución de los menores.

Por su parte, no hay que olvidar que el principio que justifica la desinstitucionalización de la justicia de menores no es otro que el interés superior del niño. Asimismo, la concepción del niño que asume la legislación reguladora de la justicia de menores es la de la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño*, que define al niño, menor de 18 años, como un sujeto de derecho y de derechos, que, como tal, debe ser escuchado, tanto antes de que se tome una decisión que le pueda afectar, como durante la fase de ejecución de las medidas. Establecer mecanismos de escucha al menor en todas las fases del proceso y durante la ejecución de las medidas nos permitirá atender a las denuncias relativas a la ejecución de las medidas que el menor puede considerar incorrectas, así como comprender cómo entiende el menor la justicia²³.

²² En ese sentido, es muy interesante el artículo de E. AIZPURÚA GONZÁLEZ y E. FERNÁNDEZ MOLINA, “¿Procedimientos de adultos para delitos mayores? Una aproximación a la opinión pública hacia la transferencia de los menores infractores a tribunales ordinarios”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 16-16, 2014.

²³ Vid., en ese sentido, sobre el derecho a ser escuchado en la justicia de menores, M. J. BERNUZ BENEITEZ, “El derecho a ser escuchado de la infancia en conflicto con la norma”, *Derechos y Libertades*, núm. 33, 2015.

DERECHOS DE LOS RECLUSOS; EL ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

FERNANDO REVIRIEGO PICÓN
UNED

1. INTRODUCCIÓN

El Congreso “Los derechos de los reclusos y la realidad de las cárceles españolas: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas”, organizado por el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, abordó una temática ciertamente apasionante para el estudioso de los derechos fundamentales; no en vano es en el ámbito penitenciario, en el seno de una relación de sujeción especial, donde la limitación de derechos inherente a la privación de libertad provoca, en ocasiones, prácticas o situaciones que se sitúan en la “franja de incertidumbre de lo que es constitucionalmente admisible y lo que no lo es”¹. Sólo hace falta recordar, a título de ejemplo, las conocidas sentencias sobre la huelga de hambre de los miembros del grupo terrorista GRAPO, a principios de la década de los noventa, que dio lugar en nuestro país a destacadas y discutidas sentencias en la materia, y sobre las que existe una abundante literatura.

Más recientemente, finales de 2014, en Grecia hemos asistido a un caso similar, huelga de hambre reivindicativa de un interno, aunque en este supuesto no se planteó la posibilidad de alimentarlo forzosamente, sino que el debate principal se suscitó con el tema de las reivindicaciones solicitadas, poder salir del centro durante el día para acudir a la Universidad, que finalmente fueron satisfechas, tras la reforma de la normativa correspondiente.

¹ L. M. DÍEZ PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2003, p. 231.

Sin ese contenido de afección a la vida de la persona, podemos destacar la también reciente sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en la que se resolvió el recurso planteado por un recluso contra la prohibición existente de dejarse barba (por motivos de seguridad) en los centros penitenciarios del Estado de Arkansas, donde cumple su condena a cadena perpetua; una barba que el interno, musulmán, quería tener por cuestiones religiosas. El Tribunal Supremo concluyó que dicha prohibición violaba la ley federal sobre prácticas religiosas.

Nos encontramos, como podemos ver con esos pequeños ejemplos, ante un ámbito, en no pocos momentos casi opaco, con múltiples aristas y elementos a valorar; y ello desde muy diferentes ópticas: jurídica, sociológica, sanitaria, educativa, etc. Abordar el mundo penal y penitenciario resulta, pues, complejo y son múltiples los factores a tener en cuenta. Un reto importante, que lo es mucho más en tiempos de crisis.

Nuestra norma suprema establece que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social, no pudiendo consistir en trabajos forzados. A ello añade que el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma, gozará de los derechos fundamentales recogidos en el Capítulo Segundo del Título Primero (artículos 14 a 38). Se establece, en todo caso, una triple salvedad, derivada de la posible limitación expresamente realizada por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. Y señala, por último, en una muestra de declaración candorosa², que el condenado tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.

Existe una amplia jurisprudencia constitucional sobre los derechos de los reclusos, que en global podría calificarse como positiva, más allá de ciertos claroscuros relativos tanto a la propia fórmula teórica articulada para la configuración de la relación penitenciaria como a la resolución de determinados casos concretos que han podido hacer buena la conocida máxima *hard cases make bad law*; el caso del derecho a la intimidad y el reflejo de determinadas manifestaciones en las previsiones del reglamento penitenciario del 96 pueden ser buenos ejemplos de lo primero³. Y en

² Vid., O. ALZAGA VILLAAMIL, *La Constitución española de 1978 (Comentario sistemático)*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978, p. 244.

³ Vid., más en extenso, F. REVIRIEGO PICÓN, *Los derechos de los reclusos en la jurisprudencia constitucional*, Universitas, Madrid, 2004.

todo caso, la “relación de sujeción especial” debe ser siempre entendida “en un sentido reductivo compatible con el valor preferente que corresponde a los derechos fundamentales, origina un entramado de derechos y deberes recíprocos entre la Administración y el recluso” (STC 120/1990, de 27 de junio).

Dicho esto, es preciso apuntar una serie de cuestiones que a nadie escapan.

En primer lugar, la vinculación entre la exclusión social y el círculo delictivo.

Como se ha señalado hasta la saciedad, el sistema penal recluta su clientela de modo preferente entre las franjas menos cualificadas de la clase trabajadora, proceso de selección que se agudizaría, incluso, en los sujetos en régimen cerrado. De esta forma, la cárcel, como dispositivo excluyente, actúa fundamentalmente sobre los grupos excluidos y genera más exclusión⁴.

En segundo lugar, los efectos negativos que la propia reclusión genera.

Efectos que en buena medida se alejan de las bienintencionadas previsiones constitucionales, más allá de que no sea posible hablar de la existencia de un derecho subjetivo del recluso a que la totalidad de los aspectos integrantes de la organización de la vida en prisión hayan de regirse por la previsión de la reeducación y la reinserción social⁵. En tanto que nos encontramos ante un mandato para el legislador de orientar la política penal y penitenciaria, a través del tratamiento, que ha de coordinarse con ese fin primordial de las instituciones penitenciarias, conforme a la Ley Orgánica General Penitenciaria, de la retención y

⁴ Sobre estas cuestiones, recomendamos la lectura de los trabajos de J. C. RÍOS MARTÍN y P. CABRERA CABRERA, *Mirando el abismo. El régimen cerrado*, Universidad Pontificia, Madrid, 2002; J. C. RÍOS MARTÍN y P. CABRERA CABRERA, *Mil voces presas*, Universidad Pontificia, Madrid, 1999; o el más reciente M. GALLEGO DÍAZ, P. CABRERA CABRERA, J. C. RÍOS MARTÍN y J. SEGOVIA BERNABÉ, *Andar 1 km en línea recta. La cárcel del siglo XXI que vive el preso*, Universidad Pontificia, Madrid, 2010.

⁵ Vid., dentro de la doctrina constitucionalista, con relación a estas previsiones, L. DELGADO RINCÓN, “La constitucionalización de la reeducación y la reinserción social como fin de las penas privativas de libertad”, en R. Carcedo González y F. Reviriego Picón (Eds.), *Reinserción, derechos y tratamiento en los centros penitenciarios*, Amaru, Salamanca, 2007; y J. URÍAS MARTÍNEZ, “El valor constitucional del mandato de resocialización”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 63, 2001.

custodia de detenidos, presos y penados, que comporta garantizar y velar por la seguridad y el buen orden regimental del centro.

Sin necesidad de grandes alardes para mostrar lo complejo de ese efecto reeducador y resocializador de la prisión, lo cierto es que resulta ilustrativo, en orden a apuntar su dificultad, que cuando el propio legislador ha querido significar la necesidad de su alcance y potenciar su consecución lo ha hecho haciendo referencia a la necesidad de sustituir las penas privativas de libertad por otras alternativas; un ejemplo lo encontramos en la propia Exposición de Motivos del Código Penal del 95.

Quizá, siendo más realistas, el objetivo sería no ya resocializar (por imposible) sino aspirar a que las sanciones penales, y especialmente la pena privativa de libertad, no desocialicen más a las personas que quedan sometidas a ellas⁶.

Como se ha apuntado, los centros penitenciarios pueden ser considerados como un “mecanismo excluyente por excelencia, a los que afluyen los grupos más excluidos y marginales de nuestra sociedad” y que “lejos de reducir la exclusión social, no hace sino colaborar activamente a consolidarla, intensificarla y reproducirla día tras día”⁷.

La reclusión, en ese entorno anormal que suponen los centros penitenciarios, conlleva habitualmente, entre otros efectos, la ausencia de control sobre la propia vida, un estado permanente de ansiedad, la ausencia de expectativas de futuro, la ausencia de responsabilidad, la pérdida de vinculaciones o alteraciones en la afectividad⁸. En palabras de Ríos Martín y Cabrera Cabrera, estamos ante un medio de carácter esencialmente antiterapéutico, enormemente desequilibrador y estresante⁹.

En tercer y último lugar, cuestión que es el objeto de estudio de este trabajo, es importante observar que un buen número de personas internas en centros penitenciarios sufren algún tipo de discapacidad, física, sen-

⁶ En ese sentido, A. OLARTE HURTADO, *Alternativas a la cárcel en Euskadi: el trabajo en beneficio de la comunidad*, Ararteko, Vitoria, 2006, p. 35.

⁷ P. CABRERA CABRERA, “Cárcel y exclusión”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 35, 2002.

⁸ M. CLEMENTE, “Los efectos psicológicos y psicosociales del encarcelamiento”, en M. Clemente y J. Núñez (Comps.), *Psicología Jurídica Penitenciaria*, vol. 2, Fundación Universidad Empresa, Madrid, 1997, pp. 383 y ss.

⁹ J. C. RÍOS MARTÍN y P. J. CABRERA CABRERA, *Mil voces presas*, cit., pp. 177 a 187.

sorial o intelectual, así como enfermedades mentales. Un hecho que sin duda incide en la necesidad de proceder a una mayor atención para evitar su marginación o discriminación derivada de su mayor vulnerabilidad.

Como ha señalado el Defensor del Pueblo, son personas doblemente vulnerables, por su discapacidad y por su situación de privación de libertad¹⁰.

Si cuando hablamos de personas con discapacidad estamos en un ámbito del ejercicio de los derechos en que resulta preciso una garantía reforzada, al encontramos en una “zona sensible”, por afectar a colectivos que precisan una atención especialmente cualificada para evitar su marginación o discriminación¹¹, esto se acentúa en el caso de las personas que se encuentran internas en los centros penitenciarios, dentro del marco, pues, de una relación de sujeción especial¹².

Más aún cuando quizá, y aquí enlazamos con lo apuntado anteriormente, es probable que en determinados casos (pensamos en los reclusos con discapacidad intelectual, reclusos con una enfermedad mental, etc.) la reclusión en el centro penitenciario no sea lo más adecuado, en ningún sentido y desde perspectiva alguna (asistencial, de reinserción, etc.). Al hilo de esta reflexión, y de la excarcelación como alternativa, algún autor nos ha recordado la arraigada tradición de cumplimiento humanitario de las penas, no pudiendo olvidarse aquí la aportación de la generación de los krausistas, Giner de los Ríos, Luis Silvela o Concepción Arenal, por ejemplo¹³.

¹⁰ Así se expresaba en el prólogo al libro VV. AA., *Las personas con discapacidad en el medio penitenciario*, CERMI-CINCA, Madrid, 2008, pp. 7 y ss.

¹¹ A. E. PÉREZ LUÑO, “Reflexiones sobre los valores de igualdad y solidaridad. A propósito de una convención internacional para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad”, en I. Campoy Cervera (Ed.), *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 35.

¹² Sobre las relaciones de sujeción especial, vid. I. LASAGABASTER HERRARTE, *Las relaciones de sujeción especial*, Cívitas, Madrid, 1994; M. LÓPEZ BENÍTEZ, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Cívitas, Madrid, 1994; y R. GARCÍA MACHO, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución Española*, Tecnos, Madrid, 1992.

¹³ F. SANTOS URBANEJA, “El discapacitado autor y víctima de delitos”, en VV. AA., *Los derechos de las personas con discapacidad*, vol. I *Aspectos jurídicos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp. 487 y ss.

Sin entrar aquí en una exposición *in extenso* del concepto de imputabilidad / inimputabilidad, debemos referir que entre las causas de exención de responsabilidad criminal se cuenta la falta de comprensión de la ilicitud del hecho al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, así como tener alterada gravemente la conciencia de la realidad¹⁴.

Recordemos que, en estos casos, se procede a la aplicación, en su caso, de medidas de seguridad (recuérdense los importantes cambios derivados de la aprobación del Código Penal hace ya dos décadas y la exigencia de la existencia de hechos punibles), bien privativas de libertad (internamiento en centro psiquiátrico), bien no privativas (custodia familiar o sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter sociosanitario, por ejemplo).

Y recordemos también que, como se ha denunciado desde diferentes instituciones, no son pocos los casos en los que la no acreditación de esa inimputabilidad no deriva de esa comprensión o esa voluntad, sino de defensas inadecuadas o de instrucciones judiciales defectuosas¹⁵. Sin olvidar, asimismo, las consecuencias que la regulación de los denominados juicios rápidos puede conllevar en orden a la detección de la discapacidad antes de la celebración del juicio¹⁶. Como se ha destacado, lo deseable sería dotar a nuestros órganos judiciales de suficiente personal especializado en la detección de las psicodeficiencias, así como acometer la inmediata creación de los centros educativos especiales que permitieran la aplicación de esta medida de seguridad legalmente prevista, evitando

¹⁴ Sobre esta cuestión, F. BUENO ARÚS, “Tratamiento penitenciario de las personas con discapacidad responsables de actos delictivos”, en VV. AA., *Los derechos de las personas con discapacidad*, vol. I *Aspectos jurídicos*, cit., pp. 547 y ss.; E. B. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, “El tratamiento de la discapacidad en el Derecho Penal”, en C. Molina Fernández, E. Alcáin Martínez, M. T. Alameda Castillo y J. González-Badía Fraga (Coords.), *Régimen jurídico de las personas con discapacidad en España y en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2006, pp. 393 y ss.

¹⁵ Vid. *Informe del Defensor del Pueblo Andaluz al Parlamento de Andalucía sobre la gestión realizada durante el año 2000*.

¹⁶ La revisión de sentencias en los casos en que la discapacidad intelectual no hubiera sido tomado en consideración en el juicio, es uno de los frentes de actuación de la Confederación Española de Organizaciones a favor de las Personas con Discapacidad Intelectual, VV. AA., *Guía de intervención para personas con discapacidad intelectual afectas por el régimen penitenciario*, FEAPS, Madrid, 2006.

en lo posible la aplicación de una pena privativa de libertad a una persona con discapacidad intelectual¹⁷.

Al hilo de estas reflexiones, es preciso señalar que no es posible hablar de esta temática sin hacer una mínima reseña a la reforma psiquiátrica de los setenta. Como se ha señalado, este movimiento desinstitucionalizador, experimentado por la sanidad psiquiátrica en ese momento, no derivó en una atención comunitaria más humana y especializada que la que hasta entonces se venía ofreciendo, sino que, por el contrario, derivó la cuestión al marco sancionador y a los centros penitenciarios, respuesta ciertamente inadecuada¹⁸; reflexión que, por ejemplo, ya hemos visto contenida en alguna Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa. En conjunción con este punto no hay que olvidar las reivindicaciones sobre la necesidad de proceder a la transferencia de la sanidad penitenciaria a las Comunidades Autónomas¹⁹; solo está transferida en Cataluña y el País Vasco. En esta legislatura (2016-2020) se han aprobado sendas proposiciones no de ley por Congreso y Senado para avanzar en las transferencias.

Y asimismo, también es oportuno destacar que pese a los tópicos, entre los que la asociación discapacidad-enfermedad mental-delito cuenta con no poco predicamento, lo cierto es que la gran mayoría de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental no ha tenido, ni probablemente tenga, contacto alguno con el sistema penal, ni tan siquiera manifestará conductas que se acerquen a aquellas acciones tipificadas como delitos²⁰. Sin embargo, lo anterior ha de vincularse con el dato de que históricamente “tan unida está la locura a la privación de libertad que el encierro de los *dementes* es incluso anterior a la de los

¹⁷ Vid. J. DE LA VEGA DE LA COBA, “Mecanismos jurídico-penitenciarios de intervención a las personas con discapacidad en el ámbito penitenciario”, *La protección de las personas con discapacidad*, Jornadas celebradas en Sevilla en marzo de 2008.

¹⁸ En este sentido se ha manifestado, por ejemplo, el DEFENSOR DEL PUEBLO DEL PAÍS VASCO, *Informe al Parlamento Vasco*, Ararteko, 2008, pp. 505 a 510; vid., también, J. NISTAL BURÓN, “La discapacidad psíquica en sede de ejecución penal. Principio de resocialización”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 9, 2008; y D. CESANO, *Derecho penitenciario: aproximación a sus fundamentos*, Alveroni, Córdoba, 2007.

¹⁹ Vid. M. P. ASTIER PEÑA y J. M. DÍVAR CONDE, *Calidad asistencial en sanidad penitenciaria en España*, Ministerio del Interior, 2010.

²⁰ Vid. V. GARCÍA MIRANDA, “La discapacidad intelectual en el medio penitenciario”, en R. Carcedo González y F. Reviriego Picón (Eds.), *Reinserción, derechos y tratamiento en los centros penitenciarios*, cit., pp. 33 y ss.

delincuentes; ambas situaciones, locura y crimen, vienen siendo susceptibles de privación de libertad desde el siglo XV, pero de hecho, ésta se aplica antes al loco que al delincuente²¹.

Recordemos que la prisión, tal y como la concebimos hoy en día, es relativamente moderna, en tanto que la reclusión *per se no* fue durante mucho tiempo sino una suerte de antesala del castigo definitivo (muerte, mutilación..) o una forma de compeler al recluso en determinados casos, prisión por deudas, por ejemplo²².

Por último, es preciso destacar la importancia de la aprobación de la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, en vigor desde mayo de 2008²³, cuyo propósito principal es promover, proteger y asegurar el pleno goce y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. Así, hay que contar entre sus principios generales el respeto de la dignidad inherente; la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas; la no discriminación; la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; y la igualdad de oportunidades o la accesibilidad, entre otros.

2. SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Sin pararnos a abordar ahora los diferentes modelos históricos de tratamiento de la discapacidad (prescindencia, rehabilitador y social²⁴) lo

²¹ *Estudio sobre la situación en que se encuentran los disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales que se hallan internados en centros penitenciarios*, Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. Serie I, 8 de noviembre de 2002.

²² Vid. A. TÉLLEZ AGUILERA, *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones. Derecho y realidad*, Edisofer, Madrid, 1998.

²³ La firma de la Convención por España se produjo en marzo de 2007, BOE de 21 de abril de 2008.

²⁴ Vid., A. PALACIOS, “¿Modelo rehabilitador o modelo social? La persona con discapacidad en el derecho español”, en I. Campoy Cervera y A. Palacios (Coords.), *Igualdad, no discriminación y discapacidad. Una visión integradora de las realidades española y argentina*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 243 y ss.

cierto es que el enfoque tradicional de la teoría de los derechos ha venido abordando los derechos de las personas con discapacidad desde el prisma del proceso de especificación de los derechos fundamentales.

Recordemos que fue Bobbio el que se sirvió de este criterio clasificatorio en orden a expresar esa evolución del hombre genérico, del hombre en cuanto hombre, al hombre específico, esto es, conforme a la especificidad de sus diversos status sociales, en relación a distintos criterios de diferenciación²⁵.

Este enfoque ha sido cuestionado por un sector de la doctrina, al entender que ha venido derivado de la definición heterónoma del colectivo de las personas con discapacidad y que no hace sino perpetuar “la idea del sujeto discapacitado como ser especial”²⁶.

Así, para De Asís Roig, abordar la discapacidad permite sacar a la luz “la incoherencia de las teorías, de la legislación e, incluso, de las propias pretensiones de sujetos y colectivos”, algo que suele ocurrir cuando se aborda problemas relativos a los derechos humanos²⁷.

Descendiendo a lo concreto, obligada cita en este punto es la conocida STC 269/1994, de 3 de octubre, en la que se abordó la previsión de plazas para personas afectadas con minusvalía física, psíquica o sensorial.

En dicha sentencia, glosada hasta la saciedad, el Tribunal refiere que “la discriminación, tal como es prohibida por el art. 14 de la Constitución, impide la adopción de tratamientos globalmente entorpecedores de la igualdad de trato o de oportunidades de ciertos grupos de sujetos, teniendo dicho tratamiento su origen en la concurrencia en aquellos de una serie de factores diferenciadores que expresamente el legislador considera prohibidos, por vulnerar la dignidad humana”.

A lo anterior, se añade en la citada sentencia que “no siendo cerrado el elenco de factores diferenciales enunciado en el art. 14 CE, es claro que la minusvalía física puede constituir una causa real de discriminación”, apuntando inmediatamente a continuación que “no resulta admisible un

²⁵ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Turín, Einaudi, 1990. Se cita por su trad. En ID., *El tiempo de los Derechos*, Sistema, Madrid, 1991, pp. 97 y ss. y 113 y ss. (Capítulos VI, “La edad de los derechos”, y VII, “Derechos del hombre y sociedad”, respectivamente).

²⁶ En este sentido, R. DE ASÍS ROIG, “Derechos humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos”, en I. Campoy Cervera y A. Palacios (Coords.), *Igualdad, no discriminación y discapacidad. Una visión integradora de las realidades española y argentina*, cit., p. 34.

²⁷ *Op.*, cit., p. 32.

argumento que tiende a ignorar la dimensión social del problema y de sus remedios, tachando a estos de ilegítimos por su impacto desfavorable, sobre sujetos individualizados en los que no concurren los factores de discriminación cuyas consecuencias se ha tratado de evitar”.

Esa argumentación le lleva al Tribunal a apuntar, respecto al caso concreto que trata, que “la reserva porcentual de plazas en una oferta de empleo, destinadas a un colectivo con graves problemas de acceso al trabajo (...) no vulnera el art. 14 CE, siendo por tanto perfectamente legítimo desde la perspectiva que ahora interesa, y que además constituye un cumplimiento del mandato contenido en el art. 9.2 CE, en consonancia con el carácter social y democrático del Estado (art. 1.1 CE)”.

Como ha apuntado en otras sentencias el Alto Tribunal, aunque no referidas estrictamente a las personas con discapacidad, “la igualdad que el art. 1.1 de la Constitución proclama como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico –inherente, junto con el valor justicia, a la forma de Estado Social que ese ordenamiento reviste, pero también, a la de Estado de Derecho– no sólo se traduce en la de carácter formal contemplada en el art. 14 y que, en principio, parece implicar únicamente un deber de abstención en la generación de diferenciaciones arbitrarias, sino asimismo en la de índole sustancial recogida en el art. 9.2, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la de los individuos y de los grupos sea real y efectiva” (STC 216/1991, de 14 de noviembre, en este caso el Tribunal trataba un supuesto de discriminación por razón de sexo en los procesos de selección, concretamente a la Academia General del Aire); o, con otras palabras, “el art. 9.2 CE expresa la voluntad del constituyente de alcanzar no sólo la igualdad formal sino también la igualdad sustantiva, al ser consciente de que únicamente desde esa igualdad sustantiva es posible la realización efectiva del libre desarrollo de la personalidad; por ello el constituyente completa la vertiente negativa de proscripción de acciones discriminatorias con la positiva de favorecimiento de esa igualdad material” (STC 12/2008, de 29 de enero, en este caso el tema de fondo eran las previsiones sobre la composición equilibrada de hombres y mujeres en la formación de las listas electorales, establecidas por la conocida como Ley de Igualdad).

Al hilo de esa sentencia apuntada supra (STC 269/1994, de 3 de octubre), Giménez Glück, tras recordarnos el caso *Cleburne* del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de mediados de los ochenta²⁸, refiere el

²⁸ *Cleburne v. Claburne Living Center, Inc.* 473 US 432 (1985).

insuficiente desarrollo por parte de los operadores jurídicos respecto de la posibilidad abierta por el Alto Tribunal con la consideración de las personas con discapacidad como grupo a proteger por juicio estricto. Y si bien reseña la dificultad de la aprobación de normas que perjudiquen de forma directa a las personas con algún tipo de discapacidad, destaca que “existen innumerables normas que, aparentando ser neutrales, afectan indirectamente a las personas con discapacidad”. Hecho que le lleva a destacar que “entre las posibilidades que ofrece el juicio estricto, debería desarrollarse, sobre todo, la técnica de la discriminación indirecta, cosa que no se ha hecho todavía por parte de nuestra jurisprudencia constitucional”²⁹.

Resalta este autor que en ese caso concreto no nos encontramos ante medidas de acción positiva, sino ante lo que viene en calificar como medidas de igualación positiva. La diferencia entre unas y otras la cifra en el carácter individual del rasgo diferenciador, así como en la finalidad: “mientras la medida de igualación positiva, basándose en un rasgo objetivo e indubitado de inferioridad social, como la falta de ingresos o una minusvalía, diferencia entre individuos socialmente perjudicados y favorecidos y tiene como objetivo invertir la desigualdad material de los primeros, la acción positiva diferencia entre colectivos socialmente beneficiados y desfavorecidos y tiene como finalidad luchar contra la situación de desigualdad material de estos últimos”³⁰. Y en todo caso, no toda medida a favor de las personas con discapacidad tiene dicho carácter, no en vano “muchas de ellas son acciones positivas con la misma estructura que las que favorecen a las mujeres”³¹.

Junto al artículo 25 de nuestra norma suprema, *supra* referido, son de obligada mención aquí las previsiones del artículo 49 del mismo cuerpo normativo, donde se establece que “los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la aten-

²⁹ D. GIMÉNEZ GLUCK, *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 252 y ss.

³⁰ *Op.*, cit., pp. 310 y ss.; y D. GIMÉNEZ GLÜCK, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 58 y ss.

³¹ D. GIMÉNEZ GLÜCK, “La ausencia de límites constitucionales de las acciones positivas a favor de las personas con discapacidad”, en I. Campoy Cervera (Ed.), *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, cit., pp. 113 y ss.

ción especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”.

Y al hilo de ese artículo 49 de la Constitución española, como se apuntaba en la exposición de motivos de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, si al tiempo de aprobarse el texto constitucional los elementos fundamentales de ese modelo de Estado del bienestar se centraban, para todo ciudadano, en la protección sanitaria y de la Seguridad Social, el desarrollo social de nuestro país desde entonces ha venido a situar a un nivel de importancia fundamental a los servicios sociales, desarrollados fundamentalmente por las Comunidades Autónomas, con colaboración especial del tercer sector, como cuarto pilar del sistema de bienestar, para la atención a las situaciones de dependencia, uno de los principales retos de la política social de los países desarrollados.

No es preciso glosar ahora la importancia de esa ley en la materia que nos ocupa, mas sí, quizá, insistir en ese cambio de perspectiva que se ha producido en los últimos años, del que esa ley es buen ejemplo y donde es inexcusable la reseña a la *Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad*, que tenía como objeto, recordemos, establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución, y donde la igualdad de oportunidades se entendía como “la ausencia de discriminación, directa o indirecta, que tenga su causa en una discapacidad, así como la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social”.

3. SOBRE LOS DERECHOS DE LOS RECULSOS DESDE LA PERSPECTIVA DE LS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La actuación de los operadores políticos con relación a la discapacidad y a las necesidades de las personas que padecen patologías de salud mental en los centros penitenciarios ha sido durante mucho tiempo deficitaria. Parecíamos estar ante un problema inexistente. En esta mar de ausencias es preciso destacar, en todo caso, la actuación del Defensor del Pueblo así como de algunos homónimos autonómicos, especialmente el

de Andalucía. Notable importancia tuvieron, así, los informes especiales elaborados en su momento para abordar la situación de los “enfermos mentales internados en centros penitenciarios andaluces” y la de los “deficientes mentales internados en centros penitenciarios andaluces”, respectivamente³². También, lógicamente, hay que destacar la labor del Real Patronato sobre Discapacidad, organismo autónomo adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, que encargó, en 1994, la elaboración de un informe sobre la presencia de personas con deficiencias psíquicas en las prisiones de todo el estado español.

Esa perspectiva ha dado un giro sustancial en los últimos años, al haberse incrementado sensiblemente las iniciativas en este campo desde todos los operadores y especialmente desde la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

Cabe resaltar, así, la aprobación, en marzo de 2002, por el Pleno del Senado, de una moción³³, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista³⁴, orientada a la elaboración de un estudio por parte del Gobierno relativa a la situación de los disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales en los centros penitenciarios, así como la de aquellos que se encontraran cumpliendo medidas de seguridad en establecimientos psiquiátricos penitenciarios.

Entre los objetivos fundamentales del informe requerido se contaban cuestiones cuantitativas (estimación del número de personas con discapacidad internas en centros penitenciarios), clasificatorias (tipos de deficiencias), causales (generación de tales deficiencias) y valorativas (desventajas asociadas a determinadas discapacidades por causa de la propia reclusión).

³² En el seno de esta misma Comunidad Autónoma, tiene interés destacar la previsión contenida en el artículo 36 de la Ley 1/1999, de 13 de marzo, de atención a las personas con discapacidad en Andalucía, donde expresamente se establece que “Se atenderá a las personas con minusvalía psíquica que se vean obligadas a ser privadas de libertad, como medida de seguridad por decisión judicial en centros penitenciarios, promoviendo, además, programas sociales que posibiliten a los Jueces y tribunales adoptarlos como medidas sustitutivas. Para ello, los servicios sociales se coordinarán con la administración competente en instituciones penitenciarias y con el poder judicial”.

³³ Moción núm. 195, *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado*. Serie I, 26 de marzo de 2002. En primera instancia dicha moción iba orientada únicamente a la creación de una comisión de estudio sobre esa cuestión.

³⁴ Para el debate de la moción, vid. *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 82, 20 de marzo de 2002.

Dicho informe, presentado diligentemente en noviembre de aquel año³⁵, arrojó algunos datos muy interesantes, pese a su carácter incompleto en determinados aspectos.

En primer lugar, su volumen: seiscientos sesenta y ocho reclusos presentaron algún tipo de discapacidad, cerca de un dos por ciento de la población reclusa en aquel momento.

En segundo lugar, el tipo de discapacidad, psíquica en un cuarenta y cinco por ciento de los casos, física en un cuarenta y uno y sensorial en un ocho (no constaba el tipo de discapacidad en el resto de supuestos).

Destaca aquí la ausencia de datos en lo relativo al porcentaje de discapacidad, no en vano en un setenta y siete por ciento de los casos no constaría, cuestión lógica por otro lado, pues únicamente el veinte por ciento del total tenía reconocida oficialmente su condición de discapacidad.

Y en tercer lugar, por lo que a su ubicación en el centro se refiere, cuestión relevante en orden a su tratamiento, casi el veinte por ciento se encontraba ubicado en la enfermería.

Carecen de especial interés los datos relativos al sexo de los reclusos, a su situación procesal penal o a su grado de tratamiento, ya que son similares a los de los reclusos sin discapacidad³⁶.

Por el contrario, si tiene un interés especial el tema de la nacionalidad, ya que ante una población total en la que el colectivo de los extranjeros suponía un veinticinco por ciento, en el caso de los reclusos con discapacidad este porcentaje caía significativamente hasta el siete por ciento.

Es bien sabido que el colectivo de los extranjeros se trata de un colectivo sobre el que la Ley General Penitenciaria guarda absoluto silencio, cosa que no es de extrañar, pues se trata de una ley de hace más de tres décadas, cuando el porcentaje de extranjeros en prisión era casi anecdótico, aunque desde entonces ha ido aumentando exponencialmente, siendo en la actualidad superior al treinta y cinco por ciento del total de presos de nuestros centros penitenciarios; en Cataluña, única Comunidad con competencias transferidas, el porcentaje supera incluso el cuarenta por ciento.

³⁵ *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado*. Serie I, 8 de noviembre de 2002.

³⁶ Vid. A. VIEDMA y F. REVIRIEGO, “Ejecución penal y punitividad. La convivencia cotidiana con el castigo”, en C. Del Val y A. Viedma (Coords.), *Condenadas a la desigualdad. Sistema de indicadores de discriminación penitenciaria*, Icaria, Barcelona, 2012.

De unos cuatro mil reclusos extranjeros, a principios de los noventa, hemos pasado a unos veintisiete mil en la actualidad. Y porcentajes más elevados los encontramos en la prisión preventiva, donde superan el cincuenta por ciento, consecuencia de la mayor aplicación de la medida a estos por el mayor riesgo de fuga que deriva de su menor arraigo —cuestión que se extiende también a la concesión de permisos—. Un fenómeno que, en todo caso, no es extraño en otros países. Dentro de la Unión Europea, por ejemplo, en Alemania o Francia, encontramos porcentajes similares, siendo incluso mayor en otros como Bélgica, donde el porcentaje de personas encarceladas es seis veces superior en el colectivo de extranjeros que en el de nacionales. Un hecho que, aparte de transformar radicalmente nuestro panorama penitenciario, ha provocado concretos sucesos, de todos conocidos, derivados del contraste de códigos culturales diversos; como, por ejemplo, el acontecido no hace mucho tiempo en el centro penitenciario de Topas, en Salamanca.

Más allá de esto, y volviendo al tema que nos ocupa, hay que apuntar que quizá la situación antes descrita derive del perfil de los reclusos extranjeros, pues si bien resulta similar al de los reclusos de nacionalidad española: varón, joven, con nivel de estudios bajo y escasos recursos económicos, es habitualmente consumidor de drogas.

Por otro lado, también tiene cierto interés el tema de la edad, pues los resultados mostraron que la media de edad de los reclusos con algún tipo de discapacidad era superior al del conjunto de los reclusos.

Con independencia de los datos, el informe terminaba destacando que el mantenimiento del equilibrio dentro de ese colectivo entre la retención y la reeducación, constitucionalmente garantizada, “se basa fundamentalmente en la consideración que para con ellos tienen tanto los equipos técnicos como los sanitarios de los centros penitenciarios, procurando que su internamiento no aporte un plus de penosidad por su posible indefensión ante el resto de la población carcelaria”.

Una cuestión que en el caso concreto llevó a la Administración a huir de los guetos penitenciarios “buscando su recuperación en ambientes normalizados y potenciando el contacto con organizaciones especializadas en el tratamiento de los minusválidos psíquicos o sensoriales”.

Sin entrar ahora en cuestiones de imputabilidad o inimputabilidad, que luego abordaremos sumariamente, hay que destacar que mereció una atención especial en dicho informe la situación de los internos que cumplían medidas de seguridad en establecimientos psiquiátricos peni-

tenciarios, que, como es sabido, son dos en la actualidad, los Hospitales psiquiátricos de Sevilla y Alicante. Se ha hablado recientemente sobre la construcción de un tercero, aunque todavía no se ha concretado en nada tangible.

A título de anécdota, como bien se señala en el informe, y ya hemos apuntado *supra*, la restricción de libertad asociada a las persona con discapacidad mental o con enfermedad mental sería incluso previa que al delincuente, no en vano durante mucho tiempo la prisión no era sino un mero lugar de tránsito o de custodia hasta la verdadera condena. Ello dentro de una concepción en la que “el enajenado es tradicionalmente considerado como un ser potencialmente peligroso y en cualquier caso improductivo y molesto”. Pues si bien sería a principios del siglo XIX cuando comenzó a plantearse “un tratamiento diferenciado del loco delincuente y a cuestionar la influencia de la primera condición en la génesis de la segunda”; sin embargo, el estereotipo social pervive en la actualidad, relacionando enfermedad mental con un mayor riesgo de conductas violentas, “sobre todo con un tipo de violencia que se considera imprevisible, indiscriminada, impulsiva, siempre excesiva, como si tuviera en ella misma su finalidad y no buscara, como la violencia criminal tradicional, un fin para el que la violencia es un medio”.

Dicho esto, y pasando al plano del diagnóstico, cabe apuntar por último que la esquizofrenia se viene revelando como el trastorno psiquiátrico más frecuente, superando el cincuenta por ciento del total de internos.

En esta línea, destaca asimismo la posterior moción, también del Pleno del Senado³⁷, del año siguiente, por la que se instaba al Gobierno a establecer un protocolo normalizado para la detección de casos, promover la tramitación de expedientes para certificar la discapacidad, incentivar los programas de rehabilitación específicos, arbitrar medidas para la protección de estos internos, promover la aplicación de las previsiones del Código Penal sobre incapacidad sobrevenida –suspensión de la pena e internamiento en centros especializados-³⁸, intensificar la firma de

³⁷ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Senado. VII Legislatura. Serie I. Boletín General, núm. 636, 28 de abril de 2003.

³⁸ Artículo 60 del Código Penal: “1. Cuando, después de pronunciada sentencia firme, se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, el Juez de Vigilancia Penitenciaria suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad que se le hubiera impuesto, garantizando que reciba la asistencia médica precisa, para lo cual podrá decretar la imposición de una medida de seguridad

convenios con Administraciones y entidades colaboradoras, así como incrementar la participación de organizaciones no gubernamentales dedicadas a los problemas específicos de este colectivo³⁹.

En este proceso, en 2006 vio la luz el Programa de Intervención diseñado por la Comisión de estudio sobre el abordaje de los internos con discapacidades intelectuales, físicas o sensoriales, cuyo elemento principal gira, en primera instancia, sobre la detección, ya en el ingreso en el centro penitenciario ya en un momento posterior⁴⁰.

En el caso del ingreso, la detección puede realizarse en la entrevista que tiene lugar y en donde son muchos los sujetos que pueden participar en un momento u otro: médico, trabajador social, educador, psicólogo, jurista o las propias ONG; estas últimas tras la derivación correspondiente por parte de los profesionales. Con posterioridad puede coincidir, en su caso, con las revisiones de grado o clasificatorias; aquí, nuevamente, es determinante la información de los diferentes profesionales que tienen contacto con el interno. El objetivo de todo ello: conocer las necesidades del interno en orden a promover condiciones de vida con las que pueda integrarse socialmente. Un programa que, lógicamente, incluía entre sus recomendaciones finales la promoción de una estrecha coordinación entre administraciones, así como de éstas con las diferentes asociaciones especializadas, en orden a garantizar una adecuada atención a las personas con discapacidad, sin olvidar su continuidad tras la puesta en libertad. Y asimismo se recomendaba la evaluación anual del desarrollo del programa.

En todo caso, en palabras de García Miranda⁴¹, si bien la creación de un programa específico por parte de la administración penitenciaria

privativa de libertad de las previstas en este Código que no podrá ser, en ningún caso, más gravosa que la pena sustituida. Si se tratase de una pena de distinta naturaleza, el Juez de Vigilancia Penitenciaria apreciará si la situación del penado le permite conocer el sentido de la pena y, en su caso, suspenderá la ejecución imponiendo las medidas de seguridad que estime necesarias. (...) 2. Restablecida la salud mental del penado, éste cumplirá la sentencia si la pena no hubiere prescrito, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal, por razones de equidad, pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración, en la medida en que el cumplimiento de la pena resulte innecesario o contraproducente”.

³⁹ Para el debate de la moción, donde nuevamente el tema competencial no se dejó al margen, vid. *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 132, 29 de abril de 2003.

⁴⁰ *Documentos penitenciarios*, núm. 5, 2006.

⁴¹ V. GARCÍA MIRANDA, “La discapacidad intelectual en el medio penitenciario”, cit., p. 54.

ha supuesto un paso fundamental, ahora resta lo más complicado, su efectiva implantación y consolidación; idea a la que añade que a pesar de ese gran avance, el verdadero éxito se producirá cuando se potencie la prevención primaria reduciendo el fenómeno delictivo en las personas con discapacidad intelectual y cuando no sea necesario hablar de programas dentro de los centros penitenciarios porque no ingresen en prisión y se les aplique medidas alternativas o ingresos en centros específicos para su cumplimiento. En este sentido, nos sirve el título de otro informe publicado en la materia y elaborado desde la Asociación pro derechos humanos de Andalucía: *Enfermos mentales en las prisiones ordinarias: un fracaso de la sociedad del bienestar*.

Con inmediata posterioridad a ese protocolo, en 2007 se publicó el Estudio sobre salud mental en el medio penitenciario⁴². Como apunta Leganés, uno de los más graves problemas del sistema penitenciario español –junto a la sobreocupación, añadiríamos nosotros–. No en vano el propio encierro determina nuevas patologías por los efectos perturbadores de las condiciones carcelarias en la salud mental⁴³, no resultando infrecuente asimismo que el primer abordaje serio sobre estas personas se realice tras el ingreso en prisión⁴⁴.

En todo caso, la comparativa de los datos del protocolo con los ofrecidos un lustro atrás, y referidos sumariamente *supra*, son ciertamente interesantes. Así, hay que señalar que el veinticinco por ciento de los internos presentan alguna patología psiquiátrica, que se eleva al cincuenta si se tienen en cuenta los antecedentes de abuso o dependencia de drogas; más del treinta por ciento tienen prescritos psicofármacos en su tratamiento. Junto a ello, cabe señalar que cerca del dieciocho por ciento tienen recogidos en su historia clínica algún antecedente psiquiátrico previo al ingreso en el centro; que más del tres por ciento tienen antecedentes de ingreso en hospital psiquiátrico; y que la tasa de tentativas autolíticas antes del ingreso es también de un tres por ciento. A ello hay que añadir que casi el dos por ciento del total tendrían acreditada la condición de discapacidad

⁴² *Estudio global de actuación en salud mental*, Dirección General de Instituciones Penitenciarias-Ministerio del Interior, Madrid, 2007.

⁴³ S. LEGANÉS, *Enfermedad mental y delito; perspectiva criminológica y jurídica*, Valencia, 2008.

⁴⁴ *Programa marco para la atención a los enfermos mentales en centros penitenciarios*, 2007.

psíquica. Este dato llevará a Leganés a afirmar que las cárceles españolas se han convertido en cierto modo en “gigantescos psiquiátricos”⁴⁵.

Así, los objetivos perseguidos con el programa marco para la atención integral a personas con enfermedad mental en centros penitenciarios, se resumen en tres: primero, detectar, diagnosticar y tratar a todos los internos que sufran algún tipo de trastorno mental y efectuar su derivación a programas de rehabilitación; segundo, mejorar la calidad de vida de los mismos, aumentar su autonomía personal y la adaptación al entorno; y, tercero, optimizar la reincorporación y la derivación adecuada a un recurso socio-sanitario comunitario.

Y aquí es interesante destacar que en el año 2010 se puso de manifiesto, en un trabajo colectivo elaborado en las prisiones de Cataluña, que para la evaluación de las necesidades específicas de la población penitenciaria con trastorno mental severo resulta aplicable y fiable la escala CANFOR, desarrollada en Reino Unido poco tiempo atrás. En las conclusiones del trabajo se apuntaba que dicha escala debe ser introducida como instrumento ordinario en las unidades psiquiátricas forenses, permitiéndose con ello recoger información necesaria y básica para desarrollar adecuadamente intervenciones, valorando posteriormente los cambios apreciados⁴⁶.

En todas esas actuaciones ciertamente la labor de FEAPS (Confederación española de organizaciones a favor de las personas con discapacidad intelectual) ha sido muy destacada, no en vano viene desempeñando una eficaz labor en este ámbito desde mucho tiempo atrás, manteniendo en la actualidad un programa específico, iniciado en 1995, que tiene como objetivo principal evitar el cumplimiento de condenas en centros penitenciarios por personas con discapacidad intelectual y potenciar las medidas rehabilitadoras en este campo. Ello con acciones de estudio e investigación, una amplia red de centros y servicios y la articulación de diversas actividades para mejorar la situación de estas personas (atención directa, reinserción, prevención, sensibilización...), pretendiendo igualmente potenciar la intervención de servicios sociales externos;

⁴⁵ S. LEGANÉS, *Enfermedad mental y delito; perspectiva criminológica y jurídica*, cit.

⁴⁶ VV. AA., “Validación clínica de la escala Camberwell Assessment of Need-Forensic version, CANFOR para la evaluación de necesidades de personas con trastorno mental en el ámbito penitenciario”, *Actas españolas de psiquiatría*, núm. 38, 2010.

finalmente, también es preciso apuntar las posibilidades que ha abierto la articulación de la Subdirección de Régimen Abierto⁴⁷.

Y por otra parte, también resulta interesante destacar en estas notas la experiencia del módulo de personas con discapacidad en el centro penitenciario de Segovia, iniciada hace unos años y con resultados ciertamente satisfactorios⁴⁸.

Las posibilidades de actuación en este campo, como nos recuerda García Miranda, son amplísimas, casi tanto como las necesidades y singularidades que pueda revestir cada persona; pero, en todo caso, siempre con un objetivo en mente, que no es otro que convertir el cumplimiento de la condena en un primer peldaño para un cambio positivo, para la búsqueda de apoyos y la creación de redes de servicio que posibiliten una verdadera rehabilitación y constituyan un soporte para la futura reinserción⁴⁹. La intervención, por tanto, interesa respecto del medio penitenciario como las condiciones extrapenitenciarias que rodean la puesta en libertad, pues, siguiendo a Bueno Arús, desconocer estos condicionamientos daría poco sentido a cualquiera de los programas y pocas posibilidades de éxito en todo el proceso⁵⁰.

No queremos terminar estas notas sin hacer una mínima referencia también a los reclusos con enfermedad mental en los centros penitenciarios, pues lo cierto es que, como señaló recientemente la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias, algo está fallando cuando para muchas personas el camino a la enfermedad mental tiene su última etapa

⁴⁷ Vid., FEAPS, *FEAPS y el Programa de Integración Social y Actividades Rehabilitadoras para Personas Reclusas y Exreclusas con Discapacidad Intelectual (1995-2007)*, Madrid, 2007.

Una interesante reseña de otras experiencias de interés en la materia pueden verse en el informe elaborado por Intersocial, VV. AA., *Las personas con discapacidad en el medio penitenciario*, cit., pp. 157 y ss. Vid., asimismo, destacando las ideas claves del trabajo publicado en CERMI, A. HUETE GARCÍA y E. DÍAZ VELÁZQUEZ, “Personas con discapacidad afectadas por el sistema penal-penitenciario en España”, *Zerbitzuan*, núm. 44, 2008.

⁴⁸ Una detallada reseña de esta experiencia puede verse en M. J. BARTOLOMÉ SANZ y M. ROCA POVEDA, *Intervención penitenciaria con discapacitados intelectuales. El módulo de discapacitados del Centro Penitenciario de Segovia*, Ministerio del Interior, Madrid, 2009.

⁴⁹ V. GARCÍA MIRANDA, “La discapacidad intelectual en el medio penitenciario”, cit., pp. 33 y ss.

⁵⁰ F. BUENO ARÚS, “Tratamiento penitenciario de las personas con discapacidad responsables de actos delictivos”, cit., pp. 578-579.

en la cárcel; una respuesta que nos vuelve a la Edad Media cuando, como hemos ido apuntado en algunos momentos de estas notas, la locura fue el primera motivo para la privación de libertad, antes incluso que lo fuera el propio delito. Y aquí la respuesta no es unívoca, pues precisa un esfuerzo desde el mundo penitenciario, mas también desde el sistema sanitario⁵¹.

⁵¹ *Jornadas sobre Salud Mental y Centros Penitenciarios*, noviembre 2010. Puede verse, en ese mismo sentido, las declaraciones coetáneas en el tiempo del Secretario de Estado de Seguridad, A. Camacho, en las *Jornadas sobre Prisiones hoy: salud mental y exclusión social*, noviembre 2010.

LA REALIDAD DE LAS CÁRCELES ESPAÑOLAS: EL ANÁLISIS DE LOS DERECHOS DE LA MINORÍA GITANA¹

OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE
Universidad Carlos III de Madrid²

1. LUCHANDO CONTRA EL PREJUICIO ANTIGITANO

La perspectiva de análisis de la minoría gitana en las cárceles españolas ha de iniciarse desde un punto de partida previo: se trata de luchar contra el prejuicio antigitano y no dar más argumentos para la estigmatización de este colectivo. Esta visión supone, simplemente, ser coherente con una noción de derechos humanos, como instrumentos eficaces para regular la convivencia, frente a otras alternativas³.

El Pueblo gitano, que tiene una idiosincrasia e historia propias y representa una forma de diversidad, busca mantener su identidad frente a los intentos de asimilación. Como explica Caselles, “el Pueblo Gitano (Pueblo “Rom”: Pueblo de los “Hombres Libres”) es originario de la zona

¹ Una versión de este trabajo ha sido publicada en O. PÉREZ DE LA FUENTE, “Minoría gitana, Derecho penal y teorías republicanas del castigo”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 27, 2013, pp. 155-198. Sobre las mujeres gitanas, también he escrito O. PÉREZ DE LA FUENTE, “Mujeres gitanas. De la exclusión a la esperanza”, *Universitas*, núm. 7, enero 2008, pp. 109-146.

² Instituto Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” / Departamento de Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho.

³ El artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas declara: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. Y en el artículo 2 se afirma: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

del Punjab, al noroeste de la India. Viajero desde el siglo III, se extiende por toda la Tierra y entra en Europa alrededor del año 1000. Algunas fuentes indican que en Europa viven actualmente unos 12 millones de Romé o Sinté. España es el segundo país con mayor población gitana (alrededor de un millón), por debajo de Rumanía (alrededor de dos millones y medio) y seguido de Bulgaria (en torno a 800.000)⁴. La cuestión relevante es que las peculiaridades de la minoría gitana afectan, en términos generales, a su difícil inserción socio-laboral, mal reconocimiento –*mis-recognition*– cultural y escaso empoderamiento –*empowerment*– político. Como subraya San Román, “los gitanos no constituyen, *grosso modo*, un estrato étnico como los puertorriqueños en Estados Unidos o los negros en Sudáfrica. Los gitanos son, en una buena proporción al menos, una *minoría étnica marginada* del sistema social”⁵.

Esta calificación de la minoría gitana tiene sus factores explicativos en términos de inclusión, redistribución y reconocimiento, pero, más allá, existe un prejuicio contra los miembros de este colectivo que se interrelaciona con las causas de su situación. En esta línea, Calvo Buezas afirma que “en este sentido nosotros hemos hablado del *prejuicio anti-gitano*, como algo *férreo* y *petrificado* en la tradición cultural española, que se ha manifestado constante a través de varios siglos, y que aún hoy se manifiesta con todo vigor y vigencia social”⁶.

Un prejuicio, según el diccionario de la Real Academia Española, es una “opinión previa y tenaz, por lo general desfavorable, acerca de algo que se conoce mal”. En el análisis que realiza Martínez Martínez, el prejuicio tiene un componente cognitivo –ideas, valores, creencias–, afectivo –favorabilidad/desfavorabilidad– y conativo –orientaciones en la interacción social–. Se caracteriza por ser más o menos falso, defectuoso o erróneo, y es compartido por un grupo social, aunque varía la intensidad con que los sujetos lo mantienen⁷. Es sintomático y, a la vez, alarmante

⁴ J. F. CASELLES PÉREZ, “Factores sociales de la exclusión social del pueblo gitano”, en M. Hernández Pedreño (Coord.), *Exclusión social y desigualdad*, Universidad de Murcia, Murcia, 2008, p. 229.

⁵ T. SAN ROMAN, “Reflexiones sobre marginación y racismo”, en ID., *Entre la marginación y el racismo. Reflexiones sobre la vida de los gitanos*, Alianza, Madrid, 1994, p. 188.

⁶ T. CALVO BUEZAS, *¿España racista? Voces payas sobre los gitanos*, Antrophos, Barcelona, 1990, p. 345.

⁷ M. C. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Análisis psicosocial del prejuicio*, Síntesis, Madrid, 1996, p. 15.

que en la cuarta acepción para el término *gitano* el diccionario de la Real Academia Española incluya la siguiente definición: “el que estafa u obra con engaño”. No sirve de excusa que la Academia considere que ese es un uso común del término en español. El lenguaje es en muchas ocasiones el vehículo para fomentar prejuicios, pero no es el papel de una institución tan relevante darles pábulo, especialmente en el caso de circunstancias, como el origen racial o étnico, que son moralmente arbitrarias. Además, que si se atiene a su viejo lema, *limpia, fija y da esplendor* al lenguaje, debería admitir la prueba en contrario de los usos comunes en español que implican un prejuicio y no están incluidos en la edición actual del diccionario de la Real Academia Española.

Un caso donde se mostró el prejuicio antigitano fueron los sucesos de Mancha Real⁸. Ejemplos recientes de este prejuicio, transformado en

⁸ Galindo explica los sucesos de Mancha Real: “En la población jienense de Mancha Real sucedió en mayo de 1991, un acontecimiento que tuvo amplia resonancia informativa. Según se recoge en la sentencia que resolvió acerca del conflicto, tras una reyerta entre “gitanos” y “castellanos”, en la que murió uno de los últimos, un numeroso grupo de habitantes de Mancha Real, dirigido por sus representantes municipales, Alcalde a la cabeza, se manifestó a favor de la expulsión de los ciudadanos gitanos del pueblo. Al mismo tiempo que se produjo la manifestación, de carácter ilegal, se asaltaron las viviendas de los gitanos, se quemaron algunas y varios automóviles de su propiedad. Los gitanos fueron expulsados. La manifestación se produjo tras las celebración de un Pleno del Ayuntamiento en el que se acordó, por unanimidad, lo siguiente: “...la repulsa más enérgica del Ayuntamiento hacia quienes reiteradamente han venido atentando contra la seguridad de la población, pidiendo que abandonaran voluntariamente el término municipal en beneficio de la comunidad”. “adherirse y solidarizarse con el sentimiento de la población a la realización de una concentración pacífica...y recorrido de diversas calles pidiendo que voluntariamente abandonen el término municipal todas esas personas, cuya conducta atenta directamente contra el desenvolvimiento pacífico de la vida en esta población, que pueden ser calificados de ladrones y asesinos”. La pancarta que encabezaba la manifestación, portada por la Corporación Local decía: “Ladrones y asesinos fuera del pueblo”. Al final de la manifestación, el Alcalde, desde el balcón del Ayuntamiento, dijo a los participantes: “Os aseguro que las próximas movilizaciones que se realicen pueden ser más violentas sino se acaba de una vez con la inseguridad ciudadana”; comenzando a dar nombres, apellidos y apodos de personas que consideraba que eran delincuentes y había que echar de Mancha Real...” dice textualmente la sentencia. Con respecto al asunto se instruyó un único sumario por los delitos de incendio, daños y manifestación ilícita, en la que los acusados fueron tanto parte de los integrantes de la manifestación, cuanto que los que causaron los daños. Tras la realización de las pruebas pertinentes y celebrado el juicio oral, demostrada su responsabilidad, los acusados fueron condenados a varias penas (destierro y prisión menor en diferente grado), así como al pago de la correspondiente indemnización por daños. El Tribunal Supremo resolvió incrementar la pena del Alcalde de Mancha Real

decisiones gubernamentales se han dado en Italia y Francia. En el caso francés, una circular del Ministerio, sobre el desmantelamiento de campamentos ilegales, fechada el 5 de agosto 2010, recuerda a las prefecturas los “objetivos precisos” establecidos por Sarkozy, entre ellos el de que “300 campamentos o asentamientos ilícitos deberán ser evacuados en tres meses, en primer lugar los de gitanos”⁹. En el caso italiano, además de declaraciones xenófobas de determinados representantes políticos¹⁰, el gobierno aprobó una legislación que tenía la intención de expulsar a colectivos de gitanos de países miembros de la Unión Europea.

Es relevante que la libertad de circulación para ciudadanos europeos por países de la Unión Europea sólo está limitada por razones de orden público o seguridad pública, “deberán ajustarse al principio de proporcionalidad y basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá por sí sola

al considerarle autor responsable de un delito continuado de daños, lo que no había sido considerado por la Audiencia de Jaén. F. GALINDO, “Aplicación judicial del derecho e intolerancia”, *Derechos y Libertades*, núm. 5, 1995, pp. 504-505. Sentencia 105/1992, de 23 de octubre, de la Audiencia Provincial de Jaén, y Sentencia 1.360/1994, de 2 de julio, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

⁹ Según una noticia de Europa Press, “Una circular del Ministerio del Interior francés dirigida a las prefecturas da instrucciones específicas contra los gitanos que viven en campamentos ilegales, según informó el diario digital ‘Le Canard Social’. El documento, que está colgado en la red, contradice la versión del Gobierno de Nicolás Sarkozy, que asegura que las recientes expulsiones de gitanos procedentes de Rumanía y Bulgaria no tienen nada que ver con su condición de gitanos para acallar las críticas. La circular sobre el desmantelamiento de campamentos ilegales, fechada el 5 de agosto, recuerda a las prefecturas los “objetivos precisos” establecidos por Sarkozy, entre ellos el de que “300 campamentos o asentamientos ilícitos deberán ser evacuados en tres meses, en primer lugar los de gitanos”. Disponible en <http://www.europapress.es/internacional/noticia-documento-gobierno-frances-da-instrucciones-especificas-contra-gitanos-20100912151234.html>

¹⁰ Gianni Alemanno, Alcalde de Roma, comentó que cada año 2000 ciudadanos no italianos cometen delitos en Roma y siguen viviendo en la ciudad, “Nuestro objetivo es expulsar a todos los que han cometido crímenes, porque eso aligeraría la situación. Procederemos a desmantelar los campamentos nómadas ilegales, que en Roma son 85”. La eurodiputada Alessandra Mussolini, nieta de Mussolini, no dudó en afirmar que “todos los rumanos eran unos ladrones y unos gitanos”. Umberto Bossi, líder de la Liga Norte, afirmó que “Debemos cazar a los clandestinos y hacer ya el federalismo. Usaremos todos los instrumentos necesarios”. “No sé qué querrá hacer la izquierda, nosotros estamos listos. Si quieren pelea, los fusiles están calientes. Tenemos 300.000 hombres, 300.000 mártires, listos para combatir. Y no bromeamos no somos cuatro gatos”. M. J. FERNÁNDEZ TORRES, “Los gitanos en la Unión Europea y el resurgimiento de las políticas neofascistas”, *Anales de Historia Contemporánea*, núm. 25, 2009, pp. 99-100.

una razón para adoptar dichas medidas”. En concreto se precisa que: “la conducta personal del interesado deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. No podrán argumentarse justificaciones que no tengan relación con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general”¹¹.

La primera acotación es que los gitanos rumanos, como afirma Fernández Torres, no son “inmigrantes ilegales”, son ciudadanos europeos¹². La segunda es que la Directiva europea prevé unos supuestos tasados, graves y de ámbito individual, que no se aplican en la expulsión generalizada de un colectivo por motivos étnicos. “En primer lugar, los de los gitanos” es una plasmación gubernativa del prejuicio antigitano, contra todo un colectivo.

Técnicamente, se comete la *falacia de la generalización*, aplicar las propiedades de una parte al todo. En esta línea se ha manifestado la Fundación Secretariado Gitano cuando afirma sobre este tema: “este tipo de reacciones refuerza los estereotipos negativos que ya existen sobre la comunidad gitana. Las acciones ilegales las cometen las personas de manera individual y la justicia debe actuar ante estos hechos con toda la legislación y medios disponibles. Lo que no puede suceder es que se continúe criminalizando a todo un grupo por las acciones de unos pocos individuos. Es injusta la presentación de una imagen estigmatizada de toda una comunidad que, en muchos casos, ha venido haciendo un gran esfuerzo por integrarse socialmente. Pese a eso, una gran parte de la población gitana continua viviendo situaciones de pobreza y exclusión que son inaceptables en una Europa del siglo XXI”¹³.

¹¹ Art. 27 de la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

¹² Fernández Torres afirma que “la expulsión de los gitanos rumanos de Italia no puede fundarse en su condición de inmigrantes ilegales, pues son ciudadanos europeos. Pero además, la utilización de la excepción al derecho de libertad de tránsito, por razones de orden público y seguridad, como hemos visto, exige una serie de requisitos que no concurren en el supuesto que nos ocupa y unas garantías para su aplicación que tampoco se están observando”. M. J. FERNÁNDEZ TORRES, “Los gitanos en la Unión Europea y el resurgimiento de las políticas neofascistas”, *Anales de Historia Contemporánea*, núm. 25, 2009, p. 105.

¹³ Comunicado de la Fundación Secretariado Gitano, *La FSG denuncia el tratamiento a la población gitana en Francia*, 29 de julio 2010.

Una peligrosa deriva de los planteamientos que suponen las expulsiones de gitanos rumanos, es que tenga auge la tesis que relaciona la biología y el delito. Existen explicaciones que consideran que el comportamiento de los delincuentes está explicado por características genéticas, entre ellas la raza. Este enfoque parte de la obra del Doctor en medicina italiano C. Lombroso, *L'uomo delinquente* (1876). Fernández Torres explica que “en esta obra formula el médico italiano su teoría del delincuente nato, según la cual el delito es resultado de tendencias innatas, de origen genético, observables en ciertos rasgos fisonómicos del delincuente. Teoría que posteriormente matizaría incorporando otros factores criminógenos atendiendo el grado de instrucción, el alcoholismo, la religión, el nivel económico, etc.”¹⁴.

Esa teoría sobre genética y delito inspiró la política nacionalsocialista, donde para “los extraños a la comunidad” se preveían penas como la esterilización, castración, penas indeterminadas, pena de muerte, internamiento en campamentos y vigilancia de la policía. En concreto, se define al “extraño a la comunidad” en estos términos:

“1. Quien, por su personalidad o forma de conducción de vida, especialmente por sus extraordinarios defectos de comprensión o de carácter, es incapaz de cumplir con sus propias fuerzas las exigencias mínimas de la comunidad del pueblo. 2. Quien: a) por una actitud de rechazo al trabajo o disoluta lleva una vida inútil, dilapidadora o desordenada y con ello molesta a otros o a la comunidad, o por dependencia o inclinación a la mendicidad o al vagabundaje, al trabajo ocasional, pequeños hurtos, estafas u otros delitos menos graves, o en estado de embriaguez provoca disturbios o por estas razones infringe gravemente sus deberes asistenciales, o b) por su carácter asocial o pendenciero perturba continuamente la paz de la generalidad, o 3. Quien por su personalidad o forma de conducción de vida revela que su mente está dirigida a la comisión de delitos graves (delincuentes enemigos de la comunidad y delincuentes por tendencia)”¹⁵.

¹⁴ M. J. FERNÁNDEZ TORRES, “Los gitanos en la Unión Europea y el resurgimiento de las políticas neofascistas”, *Anales de Historia Contemporánea*, núm. 25, 2009, p. 94.

¹⁵ Exposición de Motivos del texto del *Proyecto de Ley sobre Tratamiento a extraños a la Comunidad* en su versión de 17 de marzo de 1944. “La experiencia de decenios enseña que la criminalidad se alimenta continuamente de las raleas (*Sippen*) menos valiosas. Los miembros concretos de estas raleas se encuentran siempre con los miembros de otras igualmente malas provocando así, que lo que menos vale no sólo se herede de generación en generación, sino que frecuentemente se expanda en la delincuencia. La mayoría de esta

En España, en 1933, explica Aparicio Gervás, el gobierno republicano aplicará la “Ley de Vagos y maleantes” contra aquellos gitanos que por alguna razón pudieran ser sospechosos de cometer algún delito, aunque sólo fuera, por desgracia, el de ser gitanos. Durante el Franquismo, se establecen más restricciones legales hacia los gitanos: obligatoriedad exclusiva de hablar la lengua castellana (el “romanó”, además, pasará a ser considerado como jerga de delincuentes); la redacción de la “Ley de Peligrosidad Social” (de clara aplicación hacia los gitanos, en la década de los años 70); y, finalmente, la utilización de la Guardia Civil como brazo ejecutor de la política de la dictadura hacia el Pueblo Gitano¹⁶. Así, como relata Gómez García, hasta 1978 estuvieron vigentes los artículos 4 y 5 del Reglamento de la Guardia Civil de 1943, que establecían: “art. 4º se vigilará escrupulosamente a los gitanos, cuidando de reconocer los documentos que tengan, observar sus trajes, averiguar su modo de vivir y cuanto conduzca a formar una idea exacta de sus movimientos y ocupaciones, indagando el punto a que se dirigen en sus viajes y el objeto de ellos; art. 5º Como esta clase de gente no tiene por lo general residencia fija, se traslada con frecuencia de un punto a otro en que sean desconocidos, conviene tomar de ellos todas las noticias necesarias para impedir que cometan robos de caballerías o de otra especie”¹⁷.

gente ni quieren ni son capaces de integrarse en la comunidad. Llevan una vida extraña a la idea de comunidad, carecen incluso del sentimiento comunitario, a menudo son incapaces o incluso enemigos de la comunidad, y en todo caso son extraños a la comunidad (*Gemeinschaftsfremde*).

Los extraños a la comunidad, especialmente los fracasados y los pillos, pertenecen frecuentemente a las raleas, de las que todos o algunos de sus miembros ocupan continuamente a la Policía y los Tribunales o molestan a la comunidad del pueblo. El Proyecto posibilita, por tanto, esterilizar a los extraños a la comunidad, cuando sea esperable que tengan una descendencia indeseable. Serán los Tribunales de la Salud de la Herencia los encargados de decidir cuándo es esperable una descendencia indeseable de un extraño a la comunidad”. F. MUÑOZ CONDE, “El proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los ‘extraños a la comunidad’”, *Revista Cenipec*, núm. 20, 2001, pp. 176-180.

¹⁶ J. M. APARICIO GERVÁS, “Breve recopilación sobre la historia del Pueblo Gitano: desde su salida del Punjab, hasta la Constitución Española de 1978. Veinte hitos sobre la “otra” historia de España”, *Revista Interuniversitaria de Formación del Profesorado*, núm. 20, vol. 1, 2006, p. 157.

¹⁷ M. N. GÓMEZ GARCÍA, “La educación del pueblo gitano en España: parámetros históricos”, en R. Barrueco Albéniz y S. Conejero López (Coords.), *El largo camino hacia una educación inclusiva: la educación especial y social del siglo XIX a nuestros días: XV Coloquio de Historia de la Educación, Pamplona-Iruñea, 29, 30 de junio y 1 de julio de 2009*, vol. 2, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2009, p. 96.

Estas visiones, que convierten a una persona en delincuente por características innatas, personalidad o modo de vida, son radicalmente opuestas a un Derecho Penal garantista y democrático. La perniciosa vuelta a los planteamientos de Lombroso parece no estar descartada y debe suponer un toque de atención en la justificación de las políticas punitivas de los Estados de Derecho.

En un artículo de 1990, Rushton defendía que la teoría de la evolución de Darwin provee la base biológica para explicar por qué existen más personas que probablemente desarrollen una tendencia criminal que otras y por qué hay indicadores físicos que pueden permitir la predicción¹⁸. La tesis de este artículo es que existe una relación entre raza y delincuencia, donde se menciona que los homicidios en Estados Unidos se cometen por un 49% de negros y un 13% de hispanos¹⁹; y más adelante, establece la correlación entre raza y comportamiento antisocial²⁰. La réplica es que una correlación estadística no comporta una relación de causalidad, ya que no se tienen en cuenta otros factores, por ejemplo, las graves desigualdades socioeconómicas.

Además de un error intelectual, de un ataque a los derechos humanos y de aumentar el racismo, estos planteamientos sirven para justificar políticas eugenésicas. En este sentido, advierte Roberts, “como las explicaciones biológicas del delito ganan apoyo público, el Estado está cada vez más utilizando medios reproductivos para sancionar delitos”. Un precedente aceptado por la Corte Suprema de política eugenésica es *Buck v. Bell*, donde el Juez Holmes votó a favor de la medida²¹.

Hecha esta advertencia sobre el grave peligro de las argumentaciones sobre genética y delito, cabe realizar también una seria reflexión sobre el papel de los medios de comunicación para consolidar determinados estereotipos y tópicos, que refuerzan y consolidan el prejuicio antigitano. De esta forma, Fuentes Osorio señala que el pueblo gitano afirma que es presentado en los medios de comunicación especialmente vinculado al

¹⁸ J. P. RUSHTON, “Race and Crime: A Reply to Roberts and Gabor”, *Canadian Journal of Criminology*, núm. 32, 1990, p. 326.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 318.

²⁰ *Op. cit.*, p. 321.

²¹ *Buck v. Bell* 274 US 299 (1927). D. E. ROBERTS, “Crime, Race and Reproduction”, *Tulane Law Review*, núm. 67, 1992-1993, p. 1962.

terreno artístico o al de la delincuencia²². Se presenta una imagen parcial y distorsionada de las personas gitanas. Los medios de comunicación tienen una responsabilidad social y una ética y deontología profesional que cumplir. Como muestra el estudio *Barañí*, actualmente en los medios de comunicación existe: a) una tendencia a primar noticias morbosas y sensacionalistas, por parte de los medios de comunicación en general; b) una falta de contacto y conocimiento de la comunidad gitana por parte de un gran número de periodistas; c) un reducidísimo grupo de gitanos y gitanas que trabajan en los medios de comunicación; y d) la extensión de muchos prejuicios sociales al ámbito periodístico²³. Respecto a este tema, es importante señalar la existencia del *Manual de estilo sobre minorías étnicas del Colegio de Periodistas de Cataluña*, donde se propone una serie de medidas concretas para eliminar prejuicios y estereotipos desde el compromiso de los profesionales del periodismo.

2. LA JUSTICIA COMO INCLUSIÓN, REDISTRIBUCIÓN Y RECONOCIMIENTO

Existen enfoques de las Teorías de la Justicia que reducen su ámbito a la Economía o a la Cultura. Las visiones de Young²⁴ y Fraser²⁵ defienden un modelo bivalente de justicia, que comprende redistribución y reconocimiento. En otros trabajos he defendido una Teoría de la Justicia que se basa en tres paradigmas: inclusión, redistribución y reconocimiento. Estos paradigmas son irreductibles, están imbricados e interrelacionados, pero los tres ámbitos deben formar parte de la justicia. La relevancia de este análisis para los derechos de la minoría gitana en las cárceles españolas, es clara si se quiere tener un panorama que incluya diversos factores y, especialmente, muestre sus interrelaciones. De esta forma, la justicia se concibe a partir de tres paradigmas:

²² J. L. FUENTES OSORIO, “Los medios de comunicación y el Derecho Penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7, 2005, p. 21.

²³ EQUIPO BARAÑÍ, *Mujeres gitanas y sistema penal*, Ediciones MEYTEL, Madrid, 2001, p. 283.

²⁴ I. M. YOUNG, *La justicia y la política de la diferencia*, Cátedra, Madrid, 2000.

²⁵ N. FRAZER, “Social justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition and participation”, en N. FRAZER y A. HONNETH, *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*, Verso, Londres, 2003, pp 7-109.

1.- *El paradigma de la Inclusión*: tiene como valor central la igual dignidad de los seres humanos. El paradigma de la *inclusión* se centra en la tricotomía inclusión/exclusión/participación y se articulará en el ámbito de la Política. El primer nivel es el reconocimiento de la igual dignidad, se vincula con la noción de ciudadanía, el *derecho a tener derechos*. El segundo nivel es que las condiciones para el ejercicio de la igual dignidad sean efectivas en los diferentes ámbitos. El tercer nivel significa que el ámbito de la inclusión supone el respeto de la igual dignidad en el proceso democrático deliberativo. Las injusticias de la inclusión también están interrelacionadas con redistribución y reconocimiento, pero afirman un ámbito propio de la justicia que es necesario tener en cuenta. Son injusticias en el ámbito político que parten de cuestiones como quiénes forman –y quiénes no– la comunidad política –*demos*–, quiénes pueden –y quiénes no– ejercer efectivamente sus derechos y quiénes participan –y quiénes no– en la toma de decisiones públicas.

2.- *El paradigma de la Redistribución*: tiene como valor central la igualdad. El paradigma de la redistribución se basa en la dicotomía igualdad/desigualdad y se articula en el ámbito de la Economía. Son situaciones en las cuales se deberían compensar las desigualdades, políticas de acción positiva o casos de discriminación positiva o inversa. Según Fraser, la aproximación de la redistribución considera que las injusticias son socio-económicas. Se trata de situaciones que comprenden las situaciones de *explotación* (los beneficios del trabajo son apropiados por otros), *marginación económica* (ser confinado a un trabajo indeseable o poco remunerado) y *privación* (es negado un adecuado nivel material de vida²⁶).

3.- *El paradigma del Reconocimiento*: tiene como valor central la identidad. El paradigma del reconocimiento se basa en la tricromía en igualdad/identidad/diferencia. Son situaciones que buscan defender una identidad específica frente a la asimilación a la sociedad mayoritaria. Promueven una política de la diferencia, el empoderamiento de las minorías y medidas especiales en función de grupo. Según Fraser, la aproximación del reconocimiento tiene que ver con los patrones culturales de representación, interpretación y comunicación. Son situaciones que se relacionan con la *dominación cultural* (ser sujeto de patrones de interpretación y comunicación que están asociados a otra cultura y son extraños y/o hostiles a la propia), *el no reconocimiento* (convertirse en invisible

²⁶ *Op. cit.*, pp. 12-13.

en las prácticas interpretativas, representacionales y comunicativas de la propia cultura) y el *poco respeto* (ser rutinariamente vilipendiados o despreciados en las representaciones estereotipadas culturales públicas y/o en las interacciones de cada día)²⁷.

La situación de los miembros de la minoría gitana está vinculada con la inclusión, ya que si bien ostentan la ciudadanía legal, no son inmigrantes, no ejercen los derechos en condiciones de igual dignidad y no participan como iguales en el proceso participativo deliberativo. Esto se relaciona con casos de discriminación directa e indirecta, la formación de prejuicios y estereotipos sociales y la relevancia de la xenofobia. Como se ha dicho, los gitanos son una *minoría étnica marginada* en el sistema social. En este sentido, muchas de sus reivindicaciones tienen como base la inclusión, la afirmación de su igual dignidad, y evitar su exclusión social.

Precisamente la exclusión social está fuertemente interrelacionada con la redistribución y el reconocimiento. En el caso de la minoría gitana, es importante señalar que los niveles educativos, o su carencia, influyen en la capacitación para el mercado laboral. A este respecto, Del Pozo señala que “un dato fundamental que marca negativamente a la población gitana es el nivel de estudios. El nivel educativo de la población gitana es más bajo que el de ningún otro grupo social”²⁸. Una explicación es que la educación formal se percibe como algo ajeno para los miembros de la minoría gitana. Como señala Ayuste González, la escuela se percibe como una oportunidad para superar la exclusión, mientras que, a la vez, se rechaza por miedo a perder la propia identidad²⁹. Es necesaria una

²⁷ *Op. cit.*, pp. 12-13.

²⁸ Y continúa afirmando: “sus niveles de analfabetismo y el escaso número de gitanos que completan la educación obligatoria les sitúan en un nivel equivalente a los países más pobres del mundo. Obviamente, este bajo nivel educativo contribuye a reproducir y acentuar muchos problemas. Más del 70% no tiene estudios primarios y una mayoría significativa presenta serias dificultades para realizar las tareas básicas de lectura, escritura y cálculo”. J. DEL POZO, “El sistema ocupacional de los gitanos en España: entre la resistencia a la asimilación y su acomodación a un mercado laboral en constante cambio”, *Zerbitzuan*, núm. 40, 2006, p. 44.

²⁹ Ayuste González afirma que “Las mujeres gitanas perciben la educación como una oportunidad para superar la exclusión económica y social que sufre el pueblo gitano, especialmente las mujeres (...) El rechazo a la escuela que, en ocasiones, ha podido mostrar la cultura gitana tiene que ver con el miedo a perder su identidad y se relaciona, por tanto, con un tipo de escuela más que con la educación en sí misma”. A. AYUSTE GONZÁLEZ y

escuela intercultural e inclusiva, que la convierta en un *ascensor social* para todos.

En su artículo “Algunos aspectos sociológicos de la población gitana”, Vázquez afirma que el 94 por 100 de las actividades de los gitanos están consideradas como *bajas*. Entre las profesiones “cañís” figuraban las de esquilador, herrero, calderero, afilador, soldador, chatarrero, trabajador agrícola y artesano (mimbre, flores artificiales, decoración de cristales, tallado a madera a navaja). Hoy en día los gitanos trabajan también en actividades menos “típicas”: cargador de camiones, repartidor de guías telefónicas, basurero, taxista, camarero, empapelador, panadero, mozo de carga, botones, pescador, relojero, cocinero, desmontador de pista, chapista, venta de trapos, cartones, lotería, etc. En consecuencia, el gitano tiene una consideración *muy baja* en la escala del *prestigio social*³⁰. En el mismo artículo, Vázquez afirma que tan sólo el 1,7 por 100 de la población gitana ejerce profesiones *liberales*, y en lo que respecta a la imagen tópica de los gitanos folklóricos o metidos en el mundo de los toros, apenas tiene índices representativos: 1,37%. Resulta sumamente significativo que el 95% de los gitanos desempeñe actividades de bajo nivel profesional y económico³¹. La idiosincrasia del Pueblo gitano también se muestra en su inserción en el mercado laboral, de esta forma, sostiene Del Pozo, “la economía gitana ha sido por tanto tradicionalmente autónoma, domestica e informal. Se puede afirmar que sus ocupaciones mayoritarias comparten entre otros rasgos su flexibilidad, independencia y movilidad”³².

Entre los rasgos específicos de la exclusión social se pueden destacar, según Moreira y Muguerza, “que es un proceso *estructural* (implica fracturas en el tejido social y ruptura de parámetros básicos de integración social), *dinámico* (asociado a la estructura económica y al cambio social,

M. PAYA SÁNCHEZ, “Mujer gitana y educación: un camino hacia los Derechos Humanos”, *Encounters of Education*, vol. 5, 2004, p. 112.

³⁰ J. M. VÁZQUEZ, “Algunos aspectos sociológicos de la población gitana”, en T. San Román (Ed.), *Entre la marginación y el racismo. Reflexiones sobre la vida de los gitanos*, Alianza, Madrid, 1994, pp. 115-116.

³¹ *Op. cit.*, p. 114.

³² Del Pozo continua afirmando: “en la actualidad muchos de estos elementos subsisten aunque de forma más parcial y recompuesta. La integración laboral de los gitanos en la economía formal y asalariada es compleja y heterogénea”. J. DEL POZO, “El sistema ocupacional de los gitanos en España: entre la resistencia a la asimilación y su acomodación a un mercado laboral en constante cambio”, *cit.*, p. 47.

pudiendo presentarse en diferentes momentos de la vida de las personas), *multidimensional* (no sólo hace referencia a los aspectos económicos sino también a los sociales, políticos y culturales), es *involuntaria* (no es elección de los individuos, procede de las instituciones y de las políticas sociales), es *colectiva* (las causas que la producen afectan a todo un grupo social), es *marginadora de derechos* (los que la sufren o son vulnerables a la misma no suelen acceder los derechos en igualdad que el resto de la ciudadanía)³³.

Dadas estas características socioeconómicas de la situación de la minoría gitana, que están estrechamente vinculadas, además, a cuestiones de reconocimiento, se podría decir que se produce, como lo denomina Caselles, un *círculo vicioso de la pobreza*. Lo explica en estos términos: “el elemento base viene configurado por el padre (y madre –añado–) de familia analfabeto que ve, en base a este condicionante, drásticamente limitadas sus posibilidades laborales y obligado a ejercitar, para subsistir, trabajos marginales insuficientemente remunerados. Ello deriva en un contexto familiar marcado por una intensa debilidad económica, que se proyecta en la imposibilidad de acceder a unas mínimas condiciones de hábitat, alimentación, cuidados y otras necesidades familiares. Esta situación repercute directamente en sus hijas e hijos que deben incorporarse precozmente al trabajo (edad media 11,5 años) para ayudar a la familia, obstaculizándose su formación escolar y convirtiéndoles a corto plazo en la persona adulta analfabeta que cierra y perpetúa el círculo vicioso. Ello conduce, la mayoría de las veces, a un reforzamiento idiosincrático caracterizado por la automarginación y la escasa participación social. Todo este universo de dinámica interna se ve agravado por un conjunto de influencias externas de peso (proceso histórico, racismo, subdesarrollo socioeconómico, clasismo y marginación)³⁴.”

Este *círculo vicioso de la pobreza* puede explicar algunas cosas respecto de la desigualdad y la exclusión, y también en términos de mal reconocimiento. Los tres paradigmas se interrelacionan y finalmente

³³ M. MOREIRA PACHECO y M. E. MUGUERZA MARTÍNEZ, “La investigación en el prácticum de trabajo social. Una experiencia con la comunidad gitana”, *X Symposium internacional sobre el prácticum y las prácticas en empresas en la formación universitaria. “Buenas prácticas en el prácticum”*, Pontevedra, 2007, p. 924.

³⁴ J. F. CASELLES PÉREZ, “Factores sociales de la exclusión social del pueblo gitano”, cit., p. 234.

dificultan, cuando no imposibilitan, concebir la ciudadanía en términos de igual dignidad.

3. MINORÍA GITANA Y PROCESO JUDICIAL PENAL

Si una persona comete un delito, previsto en el Código Penal, y es considerado culpable en un proceso judicial por un juez, puede ser condenado a una pena privativa de libertad, lo que comporta su ingreso en una cárcel por un tiempo determinado. Una primera línea de análisis es si la responsabilidad penal debe comportar necesariamente una pena privativa de libertad y cuáles son sus alternativas. A esta cuestión se dedicará el siguiente apartado. Una segunda línea de análisis es cómo afecta el sistema judicial penal vigente a los miembros de la minoría gitana. La primera acotación es la escasa bibliografía, mayoritariamente centrada en las mujeres gitanas en prisión, que muestra la cierta “invisibilidad” en el ámbito académico de la minoría gitana. Una interesante aproximación a esta realidad la ofrece el estudio *Barañi* sobre mujeres gitanas y Derecho penal³⁵, que se analizará a través de tres perspectivas: a) *el prejuicio como una profecía que se autocumple*; b) *el Derecho penal como un caso de discriminación indirecta*; y c) *el prejuicio como falacia de la generalización*.

La profecía que se autocumple consiste en realizar una predicción sobre el futuro en la que el hecho de su mera formulación comporta finalmente su cumplimiento. El estudio *Barañi* pone de manifiesto que algunos mecanismos de actuación de la policía y algunas decisiones de los jueces parten de ideas preconcebidas, estereotipos y prejuicios acerca de los miembros de la minoría gitana, que acaban por condicionar de forma sesgada el resultado de su labor. Los datos que aporta el mencionado estudio parten de considerar que: 1.- Aproximadamente 1 de cada 4 reclusas españolas es gitana. De las cerca de cuatro mil reclusas en territorio español, aproximadamente el 20% lo constituyen las extranjeras y las reclusas gitanas representan más o menos una cuarta parte del total de reclusas españolas. 2.- La población gitana se estima que representa en torno al 1,4% del total, lo que implica que las mujeres gitanas alcanzan una representación en las cárceles españolas que puede ser hasta 20 veces superior a su presencia en la sociedad. 3.- La sobrerrepresentación

³⁵ EQUIPO BARAÑÍ, *Mujeres gitanas y sistema penal*, cit.

de las gitanas en el circuito legal-penitenciario supera con creces la que sufren otros colectivos históricamente discriminados, como la población negra en EEUU o los aborígenes en Australia. Esta superioridad numérica contrasta con la invisibilidad social de las mujeres gitanas y con el profundo desconocimiento por parte de la población de esta realidad discriminatoria³⁶.

La explicación de este fenómeno se debe buscar, entre otros factores, según el estudio *Barañí*, en las técnicas del *targeting* policial y el *sentencing* judicial. Es decir, el sistema penal realiza una profecía que se autocumple sobre quiénes serán los delincuentes. En concreto, el control y la vigilancia policial más intensos sobre determinados barrios suponen la elección de un *target* que preconditiona el resultado³⁷. Algo similar ocurre con la predisposición de determinados jueces frente a los miembros de la minoría gitana, lo que redundará en un resultado sesgado en sus actuaciones. El estudio *Barañí* propone acabar con la discriminación “por el apellido o por la pinta” como elementos que pudieran condicionar el ejercicio de la discrecionalidad judicial³⁸.

Lo que se pone en evidencia es que los prejuicios, respecto a los miembros de la minoría gitana, tienen un papel en el proceso judicial penal, en determinadas decisiones, ya sea de la policía o de los jueces. El punto relevante es que el criterio obedece a un prejuicio que estigmatiza a una minoría. A este respecto, Duff sostiene que “lo que hace ciertas prácticas de la policía ilegítimamente excluyentes es no el hecho de que sean selectivas, sino que la selección está basada en un criterio inapropiado, que implícitamente niega la ciudadanía plena de ciertos grupos”³⁹. En el esquema sobre Teorías de la Justicia, el criterio de selección de la policía dificulta el paradigma de la inclusión, que supone la efectividad

³⁶ *Op. cit.*, p. 14.

³⁷ El estudio afirma que “El control policial, mayor en unas zonas que otras y, dentro de ellas, más intenso frente a los grupos sociales, es una decisión política que afecta de modo significativo a la sobrerrepresentación de determinados grupos en el proceso. A partir de las entrevistas realizadas a trabajadores sociales de los lugares de residencia de un buen número de gitanos en Madrid, hemos podido conocer la gran presión policial que soportan los habitantes de estos asentamientos. Vigilancia que ha sido calificada por uno de los profesionales entrevistados de “estado de excepción” en algunos casos”. *Op. cit.*, p. 24.

³⁸ *Op. cit.*, p. 282.

³⁹ R. A. DUFF, “Inclusion, Exclusion and the Criminal Law”, *Policy Futures in Education*, vol. 1, núm. 4, 2003, p. 706.

del ejercicio de los derechos de la ciudadanía como parámetro de la igual dignidad.

Comentando el estudio *Barañí*, Martín Palomo sostiene que “el centro del análisis se ha situado en los *procesos* y no en los sujetos criminalizados. La visibilización del proceso de exclusión, criminalización y encarcelamiento de las mujeres gitanas ha permitido poner sobre la mesa la necesidad de un debate sobre el fracaso penal, judicial y social que supone esta situación para la sociedad española, así como la urgencia de encontrar soluciones alternativas al tratamiento penal de los problemas sociales⁴⁰. Lo que hay tras esta situación es un problema de inclusión, redistribución y reconocimiento, y la cuestión que se debería plantear una sociedad democrática es si el Derecho penal es la solución adecuada para estos conflictos.

Los resultados de algunas investigaciones ponen de manifiesto que, frente a una infracción igual, las personas pertenecientes a las etnias minoritarias tienen mayores probabilidades de recibir una sanción más severa y estigmatizante como la prisión⁴¹. Algunos factores que podrían explicar esta situación, según el citado estudio, son: En primer lugar, son personas con pocos recursos y capacidad de defensa. En segundo lugar, son personas no muy bien vistas por la sociedad, que despiertan rechazo y no provocan solidaridad o identificación. Personas con quienes no tenemos mucho contacto, lo que facilita la construcción de una identidad mítica y fortalece la idea de que el “enemigo” o el criminal es un ser anónimo, que nos hace daño aleatoriamente, sin racionalidad. En tercer lugar, son personas que despiertan miedo⁴².

A esa situación se debería añadir el estigma que supone para una persona haber sido presa, lo que supone otro *círculo vicioso* que dificulta gravemente hablar en términos de rehabilitación. En este sentido, Ribas Mateos plantea, respecto de las mujeres extranjeras, que se “permite observar que el proceso de explotación y de exclusión se desencadena a partir de dos mecanismos básicos: a) estigmatización social (como extranjeras y como reclusas –*como gitanas*–); y, b) de producción de una fuerza de trabajo altamente explotada, ya sea en la prisión recogiendo la migajas de los procesos productivos más precarios del sistema industrial,

⁴⁰ T. MARTÍN PALOMO, “Mujeres Gitana y el sistema penal”, *Revista de estudios de género. La ventana*, vol. II, núm. 15, 2002, p. 170.

⁴¹ EQUIPO BARAÑÍ, *Mujeres gitanas y sistema penal*, cit., p. 73.

⁴² *Op. cit.*, p. 79-80.

ya sea en su salida a la calle al ser percibida y categorizada por los otros como una “ex reclusa sin papeles –o gitana–”⁴³.

La segunda perspectiva de análisis es la consideración del *Derecho penal como un mecanismo de discriminación indirecta* para las mujeres gitanas. En Derecho antidiscriminatorio, se conoce como discriminación indirecta las situaciones en las que se da una medida aparentemente neutra que tiene un impacto adverso para un determinado colectivo, aunque no exista intencionalidad. El ejemplo tópico es analizar por qué, por lo general, sólo individuos pertenecientes a minorías raciales aguardan en el corredor de la muerte el cumplimiento de su sentencia de pena de muerte en Estados Unidos. La cuestión es analizar cómo determinadas decisiones de política criminal, aparentemente neutras, tienen un impacto especialmente adverso para las minorías por su origen racial o étnico.

Un ejemplo de esta perspectiva la ofrece Roberts cuando afirma que, en Estados Unidos, “aunque los negros son el 20% de los consumidores de drogas, entre el 80 y 90% de los arrestados por delitos de drogas son hombres jóvenes negros”⁴⁴. En esta línea, este autor sostiene que “no sólo la raza es utilizada para identificar a los criminales, está incrustada en los fundamentos de nuestro Derecho Penal. La raza ayuda a determinar quiénes son los criminales, qué conduce a constituir un crimen, y qué crimen la sociedad trata más seriamente”⁴⁵. Los prejuicios raciales juegan un papel en esta situación que “justifica” determinadas medidas legislativas y policiales. En este sentido, Roberts afirma que “contener a los negros está justificado por un sistema de creencias que construye el crimen en términos de raza y la raza en términos de crimen. La ocupación por la policía de las comunidades negras y el sistemático encarcelamiento de los ciudadanos negros no parece una opresión para la sociedad dominante, porque cree que esta gente es peligrosa”⁴⁶.

Según los datos del estudio *Barañí*, las reclusas gitanas cumplen una condena media de 6,7 años de prisión, lo que puede considerarse una larga condena⁴⁷. La magnitud de las penas se debe a varias causas, pero sobre todo a tres: a) el tipo de delito, precisamente aquellos delitos cuya pena

⁴³ Los añadidos entre guiones y en cursiva son míos. N. RIBAS MATEOS, “Mujeres extranjeras en las cárceles españolas”, *Revista Sociedad y Economía*, núm. 5, 2003, p. 67.

⁴⁴ D. E. ROBERTS, “Crime, Race and Reproduction”, cit., p. 1956.

⁴⁵ *Op. cit.*, p. 1945.

⁴⁶ *Op. cit.*, p. 1947.

⁴⁷ EQUIPO BARAÑÍ, *Mujeres gitanas y sistema penal*, cit., p. 18.

se ha endurecido en el nuevo Código penal, contra la propiedad y contra la salud pública; b) la reincidencia, que como hemos visto, es muy alta en este grupo; y c) la falta de alternativas y eximentes, en particular las asociadas con la desintoxicación⁴⁸. La idea de la discriminación indirecta se plasmaría en la consideración de penas agravadas para los delitos contra la salud pública o la propiedad y penas, proporcionalmente leves, para los delitos de cuello blanco, como la estafa, la evasión de impuestos o los paraísos fiscales. Delitos, estos últimos, al alcance de unos pocos.

Esta perspectiva del Derecho penal como mecanismo de discriminación indirecta no es un enfoque inexplorado. Frente al reconocimiento de la igualdad formal, Bonet Esteva plantea que “lo que cabe preguntarse en estos momentos es si el Derecho penal es neutro es cuanto a género, es decir, si realmente se encuentra a salvo de las desigualdades estructurales en cuanto a las construcciones de lo masculino y lo femenino que se han aposentado en nuestras culturas desde la noche de los tiempos”⁴⁹. Esta es una perspectiva interesante que, en el caso de la minoría gitana, lleva a plantear si el Derecho penal es neutro en términos étnicos. En esta línea, Bodelón sostiene que “en las reflexiones contemporáneas sobre la eliminación de la discriminación sexual y étnica existe un punto en común: la crítica al modelo liberal de igualdad formal (...) Los procesos históricos sociales han construido diferencias étnicas que el modelo de la igualdad abstracta y de los derechos individuales silencia”⁵⁰. La conclusión es que el Derecho penal no es neutro con determinados grupos sociales, lo que comporta que se convierta en un mecanismo de discriminación indirecta.

El caso de las mujeres gitanas es un ejemplo de *interseccionalidad*, donde se combinan y refuerzan las discriminaciones por motivos de género y origen racial o étnico. El aumento de la criminalidad de las mujeres es explicado, por Naredo Molero, en base a tres factores:

1.- El incremento de lo que se ha denominado la feminización de la pobreza (entre los pobres una gran mayoría son mujeres, solas y con cargas familiares).

⁴⁸ EQUIPO BARAÑÍ, *Mujeres gitanas y sistema penal*, cit., p. 117.

⁴⁹ M. BONET ESTEVA, “Derecho Penal y mujer: ¿debe ser redefinida la neutralidad de la ley penal ante el género?”, en D. Heim y E. Bodelón González (Eds.), *Derecho, género e igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, vol. I, Grupo Antígona Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, 2010, pp. 30-31.

⁵⁰ E. BODELÓN, “Pluralismo, derechos y desigualdades. Una reflexión desde el género”, *Derechos y Libertades*, núm. 5, 1995, p. 203.

2.- La tendencia, cada vez más acusada en los países occidentales, a la criminalización de los pobres. Un gran porcentaje de las mujeres encarceladas actualmente en nuestras cárceles son, por ejemplo, extranjeras jóvenes que delinquieron en verdaderos estados de necesidad.

3.-El endurecimiento de la política antidroga, que golpea fundamentalmente a los últimos eslabones de la cadena de venta de droga. La gran mayoría de las reclusas mujeres está presa por este tipo de delito⁵¹.

Señala el estudio *Barañí*, que muestra una tendencia a una “criminalización” no sólo de ciertos individuos sino de familias enteras. Las cifras son tan altas que se puede hablar de “ilegalización” del núcleo familiar. Da una idea de las terribles consecuencias que puede tener el proceso descrito para ciertas familias o barrios, el que una cuarta parte de los miembros adultos están en prisión⁵². Hay ciertas teorías que explican el aumento de la tasa de mujeres reclusas como resultado de los efectos del proceso de emancipación de las mujeres. Sin embargo, parece más conveniente relacionar este aumento con la feminización de la pobreza y, en el caso de la mujer gitana, además, con una actitud de lealtad a los compromisos y obligaciones asumidos por la familia, sean los que sean⁵³. Según el estudio, el 63% de las reclusas gitanas poseen familiares encarcelados y el 74,1% de ellas tienen a su compañero preso. Esta es una de las características específicas de las reclusas gitanas y evidencia una desestructuración importante del núcleo familiar⁵⁴.

La tercera perspectiva de análisis es el *prejuicio como falacia de la generalización*. La conocida como *falacia de la generalización* es un error argumentativo que consiste en considerar que el todo tiene las propiedades de una parte. En palabras de San Román, “no hay ninguna razón responsable para negar que existen jóvenes gitanos delincuentes, como también mafias poderosas que en todo el mundo rebuscan en la desesperación y la ignorancia para encontrar braceros. Pero ni todos los gitanos son delincuentes, ni el problema de la delincuencia se soluciona con brotes racistas. Es necesario tomar medidas sociales urgentes, y pare-

⁵¹ M. NAREDO MOLERO, “¿Qué nos enseñan las reclusas? La criminalización de la pobreza desde la situación de las reclusas extranjeras y gitanas”, *Humanismo y Trabajo Social*, núm. 3, 2004, p. 70.

⁵² EQUIPO BARAÑÍ, *Mujeres gitanas y sistema penal*, cit., p. 119.

⁵³ *Op. cit.*, p. 37.

⁵⁴ *Op. cit.*, p. 37.

ce que algunas instituciones políticas locales comienzan a vislumbrarlo. Pero son pocas. Hay que hacer más y tienen que ser todas”⁵⁵.

Una muestra más del *prejuicio como falacia de la generalización*, la expone Fuentes Osorio cuando afirma que “los gitanos son considerados un grupo de riesgo, normalmente por que el imaginario colectivo los asocia a la idea de amenaza contra la seguridad. No obstante, la comunidad gitana mantiene que se le imputa al conjunto de sus miembros lo que en la inmensa mayoría de las ocasiones es tan sólo responsabilidad de unos pocos. Además, sostienen que tanto cuantitativa como cualitativamente son muchos más los payos que delinquen”⁵⁶. Es la relevancia del prejuicio antigitano en los medios de comunicación, en el sistema judicial y en la policía, algo que se refuerza mutuamente y que dificulta la inclusión, redistribución y reconocimiento de los miembros de la minoría gitana. Curiosamente, también existe un tópico positivo sobre los gitanos como artistas. Como afirma Bandrés Molet, “como a los negros en Estados Unidos, se les aprecia mucho en los ambientes artísticos. Sus problemas empiezan cuando dejan el escenario y tratan de integrarse en la sociedad”⁵⁷. La cuestión es salir de los tópicos, ya sea como artistas o delincuentes, situando a los gitanos y gitanas como ciudadanos, donde se dan individualidades diversas, y no generalizando características –habitualmente negativas– aplicables a todo un colectivo.

4. MINORÍA GITANA Y TEORÍAS DEL CASTIGO

La cárcel es un castigo que la sociedad prevé para aquellas personas que han cometido un tipo de delitos. El artículo 25.2 de la Constitución española de 1978 establece que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social”⁵⁸. Esta previsión constitucional encuentra dificultades para

⁵⁵ T. SAN ROMÁN, “Reflexiones sobre marginación y racismo”, cit., p. 237.

⁵⁶ J. L. FUENTES OSORIO, “Los medios de comunicación y el Derecho Penal”, cit., p. 21.

⁵⁷ J. M. BANDRÉS MOLET, “En las fronteras del derecho: extranjeros”, *Jueces para la Democracia*, núm. 24, 1994, p. 31.

⁵⁸ Continúa afirmando el artículo 25.2 de la Constitución española: “y no podrán consistir en trabajos forzados. 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. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los

su implementación efectiva. Pertenece al análisis sociológico precisar las circunstancias que vinculan el modelo de castigo basado en prisiones con la tasa de reincidencia o su particular incidencia respecto de elementos como la clase social o el origen racial o étnico. Pero las conclusiones no suelen ser muy alentadoras. Como sostiene Baithwaite, “las cárceles son escuelas para el delito, los delincuentes aprenden nuevas habilidades para el mercado de trabajo ilegítimo en la cárcel y se convierten en más implicados en las subculturas criminales”⁵⁹.

Desde el ámbito de la Filosofía del Derecho, la perspectiva de análisis es mostrar los argumentos, a favor y en contra, de las justificaciones del castigo, que subyacen al debate sobre propuestas a favor de un sistema alternativo al actual. En la línea de cuestionar los principios tras las políticas sobre el delito de las democracias, Pettit se plantea: “¿el sistema penal de justicia está designado para la reducción del delito como principal razón?; ¿se supone que el sistema rehabilita a los delincuentes?; ¿el sistema quiere proteger a la sociedad de peligrosos delincuentes?; ¿se intenta distribuir las penas en un criterio que es proporcional a los delitos?; pero ¿esto quiere decir, ojo por ojo, diente por diente, como la ley de Talión?”⁶⁰.

Estas cuestiones tienen diferentes respuestas según el enfoque de las teorías del castigo, pero antes de entrar en su análisis, cabe realizar una consideración relevante entre injusticia social y castigo, que puede estar particularmente relacionada con las situaciones que viven algunas personas de la minoría gitana. En palabras de Duff, “mi sugerencia es que la seria injusticia social amenaza la legitimidad del castigo penal y, de hecho, todo el proceso penal, al socavar la posición política que llama a las víctimas de esa injusticia a responder de sus crímenes”⁶¹. Esta afirmación está en la línea de la argumentación de Gargarella⁶², que vincula, de esta forma, injusticia social e ilegitimidad del castigo. A favor

beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad”.

⁵⁹ J. BAITHWAITE, “A future punishment is marginalized: Realistic or utopian?”, *UCLA Law Review*, núm. 46, 1998-1999, p. 1738.

⁶⁰ P. PETTIT, “Is criminal justice politically feasible?”, *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 5, 2002, pp. 427-428.

⁶¹ R. A. DUFF, “Inclusion, Exclusion and the Criminal Law”, cit., p. 710.

⁶² R. GARGARELLA, *De la injusticia penal a la justicia social*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2008, pp. 78-79.

de este enfoque menciona las visiones de Von Hirsch⁶³ y Murphy⁶⁴. Estas reflexiones suponen un toque de atención para las perspectivas habituales sobre el castigo y conforman una premisa de análisis que una sociedad democrática debería tener en cuenta a la hora de concebir y justificar una política punitiva, especialmente para aquellas penas que comportan la privación de libertad.

Las principales teorías del castigo son la *retribucionista*, la *utilitarista* y la *restaurativa*. En las siguientes líneas, se caracterizarán brevemente estas visiones y se ofrecerán argumentos que debaten su idoneidad. El propósito es mostrar cómo las teorías del castigo podrían proveer alternativas, y en qué casos, al sistema carcelario.

El *retribucionismo* es una teoría del castigo que aboga por el justo merecimiento –*just deserve*– de la pena para el culpable del delito. Desde esta perspectiva, Hart caracteriza esta visión de esta forma: primero, una persona debe ser castigada si, y solo si, ha realizado voluntariamente algo moralmente malo; segundo, que su castigo debe, de alguna forma, corresponder con, o ser el equivalente de, la maldad de su delito; y tercero, que la justificación de castigar personas, bajo esas condiciones, es que la correspondencia del sufrimiento por el mal moral voluntariamente realizado, es en sí mismo justa o moralmente buena⁶⁵. Como defensor de esta visión se puede mencionar a Von Hirsch, que añade a la caracterización estos elementos: a) conmensurabilidad de la severidad del castigo con la importancia de la conducta criminal; b) este enfoque se basa en la gravedad de conductas *pasadas*, no en la probabilidad de un comportamiento futuro; c) el castigo supone culpa; es una característica definitoria del castigo, que no es meramente desagradable, sino que, también, se caracteriza por que la persona castigada es vista como un malhechor que es censurado o reprendido por su acto delictivo⁶⁶. Esta visión tendría influencia kantiana⁶⁷.

⁶³ A. V. HIRSCH, *Doing Justice*, Hill and Wang, Nueva York, 1976.

⁶⁴ J. MURPHY, “Marxism and retribution”, *Philosophy and Public Affairs*, núm. 2, 1973, pp. 217-243.

⁶⁵ H. L. A. HART, *Punishment and Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 231.

⁶⁶ A. V. HIRSCH, “Commensurability and crime prevention: evaluation formal sentencing structures and their rationale”, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 74, núm. 1, p. 211.

⁶⁷ Es de destacar que Nino se separa del retribucionismo y del utilitarismo y promueve una teoría consensual de la pena, que también tendría inspiración kantiana. De esta forma

La segunda teoría del castigo es el *utilitarismo*, que lo justificaría en términos de aquello que produzca las mejores consecuencias para la sociedad. Como defensor de una versión cualificada de este enfoque estaría Hart⁶⁸, que se inspiraría en Bentham. Caracterizando la visión de Hart, Gardner sostiene que “existen las consecuencias del castigo para la incidencia del ilícito –*wrongdoing*–, que explican (para la mayoría) porqué debemos tener esa práctica en realidad y, entonces, existen las consecuencias del castigo para la incidencia de la libertad, que explica (para la mayoría) porqué la práctica debe discriminar entre culpables e inocentes”⁶⁹. El análisis propuesto se basa en las consecuencias para la sociedad de determinadas acciones y en la mejor forma de prevenirlas. De esta forma, Kirsch y Ashworth sostienen que “el tradicional cálculo utilitarista pretendió decidir los castigos pesando los datos en el agregado: la lesión causada por el delito (y miedo del delito) era “ponderada” contra los sufrimientos del castigo sufrido por aquellos castigados (y el coste financiero y social de la aplicación del Derecho)”⁷⁰. Esta es una visión prospectiva, mirando al futuro –*looking-forward*–, que se opone a la visión mirando al pasado –*backward-looking*– del retribucionismo.

Dentro del utilitarismo se pueden delimitar dos versiones, de acuerdo con Ferrajoli: una primera versión es aquella que compara el fin con la máxima utilidad posible que pueda asegurarse a la mayoría de los no desviados. Una segunda versión es la que parangona el fin con el mínimo sufrimiento necesario a infligirse a la minoría de los desviados. De esta forma, Ferrajoli se decanta por la segunda versión, donde el fin es el mínimo suficiente necesario para la prevención de males futuros, y así, estarán justificados únicamente los medios mínimos, es decir, el mínimo

el castigo se justificaría en estos términos: “El individuo que realiza un acto voluntario –un delito–, conociendo que la pérdida de su inmunidad jurídica, el castigo, es una consecuencia necesaria de ese acto, consiente en esta consecuencia normativa de la misma forma que una parte contratante consiente en las consecuencias normativas que se siguen del contrato”. C. S. NINO, “A Consensual Theory of Punishment”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 12, núm. 4, 1983 p. 298.

⁶⁸ H. L. A. HART, *Punishment and Responsibility*, cit.

⁶⁹ J. GARDNER, “Introduction”, en H. L.A. Hart, *Punishment and Responsibility*, cit., p. xviii.

⁷⁰ A. V. HIRSCH y A. ASHWORTH, “Not Not Just Deserts: A response to Braithwaite and Pettit”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 1 núm. 1, 1992, p. 84.

de penas como también de prohibiciones⁷¹. Es la defensa del Derecho Penal mínimo, frente a las alternativas retribucionistas y abolicionistas.

La tercera teoría del castigo es la *restaurativa*, que es la propuesta republicana sobre política criminal. Como defensores de esta visión se pueden destacar, entre otros, a Pettit, Baithware y Gargarella. Es relevante que Pettit parte de su noción central de libertad como no-dominación como base de las medidas sobre el delito y busca fundamentar, de esta forma, una auténtica alternativa al retribucionismo y al utilitarismo. Este enfoque, según Pettit, se basa en tres pilares: *Reconocimiento*, *Compensación* y *Seguridad* –*Reassurance*–.

a) *Reconocimiento*: el primer mal que busca rectificar esta teoría del castigo es la asunción de una posición de dominación sobre la víctima. De esta forma, el delito sería concebido como una interferencia arbitraria en la libertad como *no-dominación* de la víctima. El delincuente puede ayudar a rectificar ese desafío a la libertad de la víctima con un acto de reconocimiento. Esto puede tener varias formas de llevarse a cabo. En este sentido, la necesidad de reconocimiento argumentaría por la deseabilidad de introducir la posibilidad de confrontar al delincuente con el daño que ha hecho, quizá organizando un diálogo con la víctima o familiares o amigos de la víctima u obteniendo una evaluación de cómo de objetable era el delito.

b) *Compensación*: el segundo mal asociado al delito comporta, no el compromiso de la víctima con la *no-dominación*, sino su condicionamiento. La víctima es privada de recursos o elecciones y puede estar psicológicamente traumatizada, físicamente dañada o, en el límite, asesinada. Lo que se requiere en este caso, tanto como sea posible, es compensar, el delincuente debe recompensar a la víctima, y/o los dependientes de las víctimas, por la pérdida incurrida. Ya sea en forma de restitución, compensación o, cuando no sea posible, como en el caso del homicidio, en una forma de reparación con la que el delincuente comunique que comparte la pérdida. Una forma de compensación a la sociedad consiste en medidas que supongan realizar servicios a la comunidad.

c) *Seguridad* –*Reassurance*–: el tercer mal asociado al delito trata a la comunidad como un todo, no sólo a la víctima: consiste en el más general desafío a la *no-dominación* del pueblo que está implícito en casi cualquier

⁷¹ L. FERRAJOLI, “Derecho penal mínimo”, en J. Bustos Ramírez (Dir.), *Prevención y Teoría de la Pena*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile, 1995, pp. 31-32.

delito. Lo que se requiere para rectificar este mal es, en parte, provisto por el acto de reconocimiento de la víctima, ya que el reconocimiento tiene implicaciones más generales. Pero mientras el reconocimiento no sea una rectificación completamente convincente, puede claramente requerir una respuesta que provea seguridad a la comunidad en su conjunto, la víctima y terceros incluidos. En la medida en que sea posible, debe quedar claro que, cualquiera que sean las bases, la comunidad no es peor en términos de *no-dominación*, no es peor en términos de exposición a la interferencia criminal, arbitraria, que era antes del delito en cuestión. Este principio requerirá sentencias de prisión en caso de delincuentes peligrosos, incluso si es poco probable que hagan algo para facilitar el reconocimiento y la compensación⁷².

Para perfilar cada visión, se explicitarán a continuación algunas diferencias entre los enfoques retribucionista, utilitarista y restaurativo sobre la Teoría del castigo:

a) *El objetivo del castigo*: Para el retribucionismo, el castigo es el justo merecimiento por una acción moralmente condenable, donde la intensidad de la condena se corresponde con la gravedad del mal realizado. Para el utilitarismo, según Nino, el castigo está justificado por su capacidad para disminuir daños futuros a la sociedad en forma de delitos, ya sea como prevención general o especial⁷³. Para la perspectiva restaurativa, según Pettit y Braithwait, sentenciar a un criminal convicto supone que los tribunales deben buscar el reconocimiento por el delincuente del status de dominio de la víctima, la compensación por el delincuente a la víctima del daño que ha hecho y la seguridad *–reassurance–* a la comunidad de tal forma que pueda deshacer el impacto negativo del delito en su disfrute del dominio⁷⁴.

b) *El castigo como bien intrínseco o como rectificación*: La visión retribucionista sostiene que, para la justificación del castigo, la correspondencia del sufrimiento por el mal moral voluntariamente realizado, es, en sí misma, justa o moralmente buena. En otras palabras, la experiencia del castigo *–la cárcel–* es un bien moral intrínseco, un justo merecimiento.

⁷² P. PETTIT, “Republican Theory and Criminal Punishment”, *Utilitas*, vol. 9, núm. 1, 1997, pp. 75-77.

⁷³ C. S. NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 224.

⁷⁴ P. PETTIT y J. BRAITHWAIT, “No just deserts, even in sentencing”, *Current Issues in Criminal Justice*, núm. 4, 1992-1993, p. 232.

Frente a esta visión, Gardner critica que reivindicar que el sufrimiento-del-culpable es un bien intrínseco es inmoral, porque considerado intrínsecamente (aparte de sus consecuencias) sufrir es siempre y sólo un mal⁷⁵.

Contrastando las dos perspectivas, Pettit y Baithwait explican que la visión retribucionista busca, en general, alguna forma de hacer pagar por el delito, buscando una pena que sea proporcional al mal producido; los teóricos republicanos buscan, en cambio, lo que se requiere para rectificar el delito. En cierto sentido, una perspectiva está en un nivel de abstracción y la otra estaría vinculada más a lo concreto⁷⁶. Es relevante que ambas posiciones manejen un sentido distinto de conmensurabilidad entre mal moral y daño, por un lado, y castigo, por el otro. Esto se debe a que el objetivo y la estrategia del castigo son concebidos de forma distinta. En el caso de la propuesta republicana, según Baithwaite, “el objetivo es restaurar a las víctimas, restaurar a los victimarios y restaurar a las comunidades en una forma en que las partes interesadas pueden estar de acuerdo que es justa. El castigo aumenta la cantidad de heridas en el mundo, la justicia tiene más el significado de curar que de herir. La justicia restaurativa es reacia a recurrir al castigo. “El crimen hiera, la justicia cura”⁷⁷.

c) El castigo como conmensurable al mal moral producido o al daño específico: La idea central del retribucionismo es que el castigo debería ser conmensurable –como equivalente– en términos del mal moral producido. Como apunta Kahan, el castigo no es sólo una forma de hacer a los delincuentes sufrir, es una convención social especial que expresa condena moral⁷⁸. Este punto de vista es peligroso y plantea la cuestión de los límites del Derecho penal. Lo que fue objeto de controversia entre Stuart Mill y Stephens, y más recientemente entre Hart y Devlin, sobre la imposición de la moral por el Derecho. Según el liberalismo, el Derecho penal debe sancionar únicamente acciones que produzcan daño a terceros –*harm principle*– y no está justificada la condena basada en juicios sobre la degradación moral de los autores del delito. De esta forma, Nino sostiene que “el Derecho no debe endosar ideales de excelencia humana,

⁷⁵ J. GARDNER, “Introduction”, cit., p. xvii.

⁷⁶ P.PETTIT y J. BRAITHWAIT, “No Just Deserts, even in Sentencing”, cit., p. 238.

⁷⁷ J. BAITHWAITE, “A future punishment is marginalized: Realistic or utopian?”, cit., p. 1743.

⁷⁸ D. M. KAHAN, “Punishment Incommensurability”, *Buffalo Criminal Law Review*, núm. 1, 1997-1998, p. 693.

discriminando a la gente por su virtud o valor moral o por la calidad de su modo de vida; el Derecho debe tratar por igual al moralmente puro y al depravado, juzgándolos sólo por el valor de sus acciones”⁷⁹.

Para los principios inspiradores del Derecho Penal en un Estado democrático, es relevante la distinción entre pecados y delitos y, más allá, la teoría del castigo no debe basarse en caracteres morales, sino en acciones concretas que produzcan daño a terceros. El peligro de otras visiones, que ya se ha advertido, es el que se planteaba en la ley nacionalsocialista de extraños a la comunidad, la condena penal de personalidades, disposiciones y modos de vida. Volviendo a la perspectiva retribucionista, si ésta implica una condena por la sociedad de las acciones que comportan un mal moral, el problema de esta visión del justo merecimiento –*just desert*– es que adopta una perspectiva que puede acabar perjudicando a los miembros de las minorías, ya sea en base a la clase social o al origen racial o étnico. Al establecer el delito en términos morales, como mal moral que es condenable por parte de la sociedad, esto podría redundar en la consolidación de estereotipos y prejuicios respecto de las personas que forman parte de las minorías. La condena moral del delito, cometido por algunos pocos, se convierte en un refuerzo del estigma de la diferencia, que afecta a todos los que pertenecen al colectivo. Esto es particularmente relevante en el caso de la minoría gitana.

La idea central de la justicia restaurativa, en cambio, es la rectificación del delito, con la que, según Pettit, se daría una prueba de reconocimiento sincero, se mostraría como el delincuente puede ofrecer compensación a la víctima, y se intentaría asegurar que es poco probable que el delincuente reincida en el delito⁸⁰. La propuesta republicana de la teoría del castigo es una vía interesante, aunque necesitaría de una mayor explicitación de sus estrategias para mostrarse como un proyecto con vocación de aplicabilidad y una alternativa viable. En todo caso, presenta algunas cuestiones que merecen atención.

Respecto del reconocimiento, la clave es la sinceridad del acto de reconocimiento del delito, como una interferencia arbitraria en la libertad como *no-dominación* de la víctima. Es relevante que el delincuente deba confrontarse con el daño que ha realizado y esto podría conseguirse con un diálogo con la víctima o sus familiares o amigos. Este punto podría ser positivo en determinados tipos de delitos y no tanto en otros.

⁷⁹ C. S. NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, cit., p. 287.

⁸⁰ P. PETTIT, “Republican Theory and Criminal Punishment”, cit., p. 78.

En este sentido, Robinson defiende los procesos de justicia restaurativa en los casos de: a) delitos de menores, b) delitos menores cometidos por adultos, c) delitos graves cometidos por adultos para quienes existan atenuantes significativos, d) delitos cometidos por entidades jurídicas no humanas⁸¹. Es destacable que la justicia restaurativa ya se aplica, en España y en otros países, en los procesos de justicia juvenil. Respecto a delitos más controvertidos, por ejemplo los delitos contra la salud pública, donde se da un peligro abstracto, sin una víctima concreta, Belloso señala como argumento a favor de la justicia restaurativa que pone el énfasis en la obtención de responsabilización del acusado respecto de la conducta infractora por medio del diálogo con personas que han sufrido el delito, y como argumento en contra que puede tener naturaleza terapéutica, pero escasa transcendencia para la víctima⁸².

Respecto de la compensación, se plantea la cuestión filosófica de si un daño puede ser compensado, y de qué forma, ya que existen bienes que son inconmensurables, en el sentido de incomparables, como la vida o la integridad física. Las posibilidades son la restitución del objeto, la compensación en forma de contribución económica o algún tipo de contribución en especie o servicio comunitario. El enfoque retribucionista afirmaría la conmensurabilidad entre el mal moral y el castigo, el enfoque restaurativo afirmaría la conmensurabilidad, en algunos casos, entre el daño y la compensación.

Desde la perspectiva retribucionista, Kahan argumenta que la pena de cárcel supone la condena moral de los delincuentes, pero que las alternativas convencionales de multas y servicios a la comunidad no la expresan, son inconmensurables a la pena de prisión en la dimensión de significado. Su propuesta es combinar esas medidas alternativas con “penas avergonzantes”, que sí cumplen con el significado social de condena moral⁸³. En

⁸¹ Vid. al respecto P. H. ROBINSON, “The Virtues of Restorative Processes, the Vices of ‘Restorative Justice’”, *UTAH Law Review*, núm. 1, 2003, pp. 384-385.

⁸² N. BELLOSO MARTIN, “El paradigma conflictivo de la penalidad. La respuesta restaurativa para la delincuencia”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 20, 2010, p. 13.

⁸³ Kahan sostiene que “debido al valor de la libertad en nuestra cultura, el encarcelamiento inequívocamente expresa la denuncia de la sociedad de los malhechores. Las alternativas convencionales, no obstante, expresan la condena de forma ambivalente. Las multas, cuando son utilizadas en vez de la prisión, suelen implicar que la sociedad está meramente poniendo un precio, no sancionando el comportamiento de los delincuentes. Los servicios comunitarios parecen sugerir que la sociedad no cree sinceramente que el

este sentido, los mecanismos de las “penas avergonzantes” consistirían en apelar al papel de la comunidad como sancionadora, en forma de medidas, como explica Pérez Triviño, que magnifican la desaprobación moral inherente en la condena a través de la comunicación de la situación del delincuente a un público numeroso, ya sea mediante la publicación de las condenas en periódicos, boletines oficiales o programas de televisión, o mediante la estampación de algún tipo de marca o símbolo, como camisetas donde aparezca el delito cometido, del tipo: “Estoy en libertad vigilada por hurto”, “Soy un ladrón” o “Estoy condenado por molestar a niños”⁸⁴. A este respecto, desde la perspectiva de la justicia restaurativa, Baithware considera que el papel de la “penas avergonzantes” podría ser peligroso, ya que avergonzar a personas, teniendo como mejor razón el que se lo merecen, en una forma que aumenta la cantidad de opresión en el mundo, es moralmente malo⁸⁵. En el caso de la minoría gitana, las “penas avergonzantes”, obviamente, reforzarían el estigma y la exclusión social, es más, lo convertirían en algo que las autoridades institucionales promoverían con sus medidas.

Respecto de la seguridad –*reassurance*–, Pettit considera que, de los tres, es el elemento más difícil de la teoría restaurativa del castigo, que busca volver al *status quo* anterior al delito, aunque no requiere la máxima seguridad alcanzable para la comunidad. Estas medidas están generalmente designadas para impedir más crímenes del delincuente y, en la medida que tienen un carácter disuasorio, también por otros⁸⁶. Este tercer elemento de la justicia restaurativa debería explicitarse en mecanismos que supongan una alternativa respecto a la prevención del delito. Como se ha señalado, en los casos de delinquentes peligrosos la condena de prisión sería necesaria. Por tanto, la justicia restaurativa tiene un interesante campo de aplicación por explorar, que puede cumplir una importante función social, en las políticas preventivas de la delincuencia.

delincuente es vicioso o, aún peor, que no respeta genuinamente la virtud de aquellos que voluntariamente sirven al público. Cualquiera que sea la equivalencia que pueda existir entre esas sanciones y la pena de prisión en las dimensiones del efecto regulatorio y el sufrimiento, éstas frecuentemente parecerán inconmensurables con la pena de prisión en la dimensión de significado”. D. M. KAHAN, “Punishment Incommensurability”, cit., p. 707.

⁸⁴ J. L. PÉREZ TRIVIÑO, “El renacimiento de los castigos avergonzantes”, *Isonomía*, núm. 15, 2001, pp. 195-196.

⁸⁵ J. BAITHWAITE, “Shame and criminal justice”, *Canadian Journal of Criminology*, núm. 42, vol. 3, p. 295.

⁸⁶ P. PETTIT, “Republican Theory and Criminal Punishment”, cit., p. 77.

En un informe para el Ministerio del Interior británico, Marshall define la justicia restaurativa como un proceso donde las partes en cuestión, ante un delito específico, resuelven colectivamente cómo tratar las repercusiones del delito y sus implicaciones para el futuro⁸⁷. Los objetivos de la justicia restaurativa son: a) atender completamente a las necesidades de las víctimas, ya sean materiales, económicas, emocionales o sociales (incluyéndose a aquellas personas cercanas a la víctima que puedan estar afectadas de forma parecida); b) prevenir la reincidencia en el delito, reintegrando a los delincuentes en la comunidad; c) permitir a los delincuentes asumir una responsabilidad activa por sus acciones; d) recrear una comunidad de trabajo que apoye la rehabilitación de los delincuentes y sea activa previniendo los delitos; e) proveer los medios para evitar el aumento del uso del sistema judicial y los costes y retrasos asociados⁸⁸.

Me parece interesante explorar las vías de la justicia restaurativa para la prevención del delito. Desde este enfoque, ampliaré las sugerencias que hace Baithwaite sobre este tema⁸⁹:

1.- *La prevención tiene que ver con la motivación*: la clave de la justicia restaurativa es que el delincuente tome conciencia y asuma el daño que ha hecho, a personas concretas y a la comunidad, con su acción delictiva. En este sentido, escuchar a las víctimas, y a sus familiares, del delito que se ha cometido, puede colaborar a que el delincuente se ponga en el lugar del otro y sea conmovido por las consecuencias de la acción. De esta forma, son positivos los rituales de remordimiento-rectificación-clemencia⁹⁰ que implican la asunción de una responsabilidad activa por el delincuente por su acción. En este sentido, se destaca que para prevenir delitos es necesario motivar a las personas a través, por ejemplo, de Programas específicos de Conferencias, donde se incorporen las perspectivas de víctimas, victimarios, familiares, amigos, miembros de la comunidad y profesionales. Se trataría de convencer, más de que buscar vías coactivas.

2.- *Intervención de la comunidad*: el enfoque de la justicia restaurativa otorga un papel relevante a la comunidad. Los vecindarios, entornos

⁸⁷ T. E. MARSHALL, *Restorative justice: An overview*, a report by the Home Office, Research Development and Statistics Directorate, 1999, p. 5.

⁸⁸ *Op. cit.*, p. 6.

⁸⁹ J. BAITHWAIT, "A future punishment is marginalized: Realistic or utopian?", *cit.*, p. 1749.

⁹⁰ Es la traducción de *remorse-apology-forgiveness*.

educativos y mediadores sociales de determinadas áreas deben estar comprometidos en implicarse para la prevención del delito. En este sentido, podrían desarrollar Planes comunitarios de prevención de drogodependencias o Planes comunitarios de prevención de actos delictivos, que para ser legítimos deberían comprometerse, a su vez, con políticas eficaces contra la exclusión social.

Un ejemplo del papel de la comunidad en la justicia restaurativa lo ofrecen las denominadas “sentencias circulares”, que tienen su origen en rituales de los pueblos indígenas, donde es la comunidad la que provee una respuesta, a la que se llega por consenso, ante una acción delictiva. Como explican Merino y Romera, en las “sentencias circulares”, el círculo se constituye a partir del acusado, la víctima, los familiares del acusado y de la víctima, los ancianos (encargados de transmitir el bagaje cultural y tradicional, incluyendo el Derecho consuetudinario) y otros miembros de la comunidad: un juez, el abogado defensor y un fiscal y/o policía también participan en el círculo, así como otros miembros comunitarios que estén vinculados al caso (trabajadores sociales, educadores de calle, representantes de asociaciones de prevención y asistencia en drogodependencias)⁹¹. La idea es que estos círculos también deberían estar motivados en la prevención del delito y comprometidos con buscar alternativas sociales viables en contextos de minorías con riesgo de exclusión social.

3.- *Pluralidad de perspectivas*: otra característica de la justicia restaurativa es que para que funcione la prevención del delito es necesario incorporar la pluralidad de perspectivas de todos los implicados. Este enfoque supone que intenta comprender todas las dimensiones del delito (desde la perspectiva de la víctima, del delincuente, de los familiares, de los amigos, de la comunidad y de los profesionales implicados). Esto ha sido adoptado, en determinadas condiciones, en forma de procesos de mediación penal. De alguna forma, supone aplicar el bagaje y la metodología de la resolución alternativa de conflictos a la cuestión de los delitos. Lo cual puede tener sus ventajas, por los costoso, burocrático y lento de la justicia penal ordinaria. En el campo de la prevención del delito, esta solución alternativa de conflictos puede proveer mecanismos que supongan el desaliento de determinadas conductas. La base podrían ser

⁹¹ C. MERINO ORTIZ y C. ROMERA ANTÓN, “Conferencias de grupos familiares y sentencias circulares: dos formas ancestrales de resolución de conflictos dentro del paradigma restaurativo”, *Egukilore*, núm. 12, 1998, p. 293.

Conferencias que tengan como objetivo mostrar las caras del problema y las consecuencias que puede comportar actuar como delincuente.

4.- *Persuasión, más que coacción*: los principios de la justicia restaurativa buscan convencer, más que obligar. La justicia restaurativa necesita que los ciudadanos libremente elijan cambiar su comportamiento más que ser coaccionados al cambio por el Estado. Por ejemplo, con la adopción voluntaria de programas de rehabilitación de drogodependencias. Esto comporta que el Estado se ha de comprometer con medidas educativas, más que insistir en las medidas punitivas. Esas medidas pueden incluir campañas publicitarias, inclusión de contenidos en los currícula educativos, intervención social comunitaria y programas de Conferencias para la prevención del delito. Este último punto ha sido explorado en algunos lugares del mundo, por ejemplo, las Conferencias de Grupos Familiares en Nueva Zelanda, que resuelven el 80% de casos de delincuencia juvenil, y que también se aplica en Australia⁹². En estos casos, las Conferencias, con todas las partes implicadas en el delito, buscan encontrar, conjuntamente, una solución adecuada. Pues bien, la cuestión es que el mecanismo de las Conferencias podría concebirse como un mecanismo de prevención del delito.

5.- *Vínculos sociales*: esto significa que para la justicia restaurativa es necesaria que la prevención del crimen sea gestionada a través de vínculos de apoyo social. Se trata de casos en los que la familia, los amigos o los compañeros se comprometen a que alguien continúe con su programa de rehabilitación. La cuestión es que la red social ayude y cree un clima social necesario para que el delito no se produzca. Se trata de que participen y se impliquen en los procesos de la justicia restaurativa, ya sea la mediación penal, la resolución alternativa de conflictos, las sentencias circulares o las conferencias.

Dejo apuntadas dos cuestiones: desde un punto de vista, que este proyecto educativo que propone la justicia restaurativa, como teoría republicana del castigo, puede considerarse paternalista o perfeccionista y, desde otro punto de vista, que va más allá del individualismo, ya que otorga un papel relevante a alguna noción de comunidad. La réplica podría ser que el republicanismo parte de bases filosóficas distintas del liberalismo individualista. La clave en este tema es el diferente papel de la educación y la coacción, como mecanismos legítimos de intervención estatal. La propuesta republicana pondría el acento en la educación, en

⁹² *Op. cit.*, pp. 288-293.

una descripción –no necesariamente individualista– de los conflictos sociales y una apelación a un sentido de pertenencia⁹³.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Las personas de la minoría gitana forman parte de una minoría étnica, con una idiosincrasia y una personalidad características, que, en gran medida, se encuentran en situaciones de exclusión social, desigualdad y mal reconocimiento. Desde esta visión, se defiende un enfoque de la Justicia que combine el respeto efectivo por la igual dignidad –Inclusión–, por la igualdad –Redistribución– y por la identidad –Reconocimiento–. Esto es, simplemente, ser coherente con la noción de los derechos humanos.

De esta forma, son condenables los intentos de explicar casualmente la criminalidad desde la biología, en concreto basándose en el origen racial. Planteamientos similares fueron atendidos por los nacionalsozialistas con su ley de extraños a la comunidad, donde se consideraban delictivas las personalidades, los modos de vida y los caracteres. Desde esta visión, los países europeos que han llamado a la expulsión de todo un colectivo, definido en base a características étnicas, y no de personas concretas por acciones determinadas, van contra una noción coherente de Derechos humanos y los principios del Derecho penal moderno y democrático.

Dos elementos son relevantes para analizar la situación de los miembros de la minoría gitana: a) la situación de exclusión social que viene dada, entre otros factores, por su posición marginal, en términos generales, en el mercado de trabajo. Lo que deriva en lo que se ha denominado “el círculo vicioso de la pobreza”, donde las posibilidades de ascensión social se ven socavadas gravemente por circunstancias económicas, sociales, culturales y de absentismo y abandono escolar. Y b) el prejuicio antigitano, que algunos consideran “petrificado”, que afecta a la situación de las personas gitanas, y conforme al cual se concibe la diferencia como un estigma. Este prejuicio consiste, ente otros mecanismos, en considerar que las características de unos pocos pertenecen a cualquiera que pertenezca al colectivo.

⁹³ He analizado el enfoque republicano de las virtudes cívicas en O. PÉREZ DE LA FUENTE, “Sobre las virtudes cívicas. El lenguaje moral del republicanismo”, *Derechos y Libertades*, núm. 23, 2010, pp. 145-182.

A partir de estos elementos, se puede explicar mejor la relación entre la minoría gitana y la justicia penal. Se pueden destacar tres puntos: a) *el prejuicio como una profecía que se autocumple*: en las técnicas del *targeting* policial y el *sentencing* judicial, el sistema penal predetermina quienes serán los delincuentes. b) *El Derecho penal como un caso de discriminación indirecta*: esta idea, en que una medida aparece como neutral pero perjudica gravemente a un colectivo, se plasmaría en la consideración de penas agravadas para los delitos contra la salud pública o la propiedad, y penas proporcionalmente leves para delitos de cuello blanco como la estafa, la evasión de impuestos o los paraísos fiscales. Y c) *el prejuicio como falacia de la generalización*: la comunidad gitana mantiene que se le imputa al conjunto de sus miembros lo que, en la inmensa mayoría de las ocasiones, es tan sólo responsabilidad de unos pocos.

Sobre la teoría del castigo y la minoría gitana, no parece adecuado el enfoque retribucionista, que combina el justo merecimiento y la condena del mal moral por parte de la comunidad, porque considera el castigo como un bien intrínseco e incorpora elementos de moralismo legal y perfeccionismo para castigar a los culpables. El enfoque utilitarista parece justificado en la versión del Derecho Penal mínimo, que defiende Ferrajoli, donde el fin se equipara al mínimo sufrimiento necesario a infligirse a la minoría que no cumple con la norma, pero no con el enfoque que busca la máxima utilidad posible que pueda asegurarse a la mayoría que cumple con la norma. La justicia restaurativa es una visión interesante a explorar, que debe desarrollar alternativas viables que se puedan desarrollar institucionalmente. En según qué casos puede ser algo productivo, y puede combinarse con formas de justicia más tradicional en otros casos. Me parece especialmente indicado este enfoque restaurativo en la prevención del delito en áreas en riesgo de exclusión social. En este sentido, se puede defender la idoneidad de Programas de Conferencias para la prevención del delito y la prevención de las drogodependencias, donde se aporten visiones de diversas partes y se impliquen los representantes de la comunidad y los profesionales relacionados.

Como sostiene Pettit, de todas las características de la organización social, la justicia penal ha demostrado ser la más resistente al efecto de la deliberación y la discusión razonada sobre la naturaleza de la buena sociedad y la buena política⁹⁴. En este sentido, la situación de las personas de la minoría gitana en las cárceles merece iniciar un debate, con argu-

⁹⁴ P. PETTIT, "Is criminal justice politically feasible?", cit., p. 427.

mentos, sobre los fines del castigo, sobre cómo afectan los prejuicios a la aplicación del Derecho penal y sobre qué implica la exclusión social para la legitimidad de la pena, entre otras cuestiones. Son debates necesarios en una sociedad democrática, donde deberían participar los sectores implicados, incluidos los miembros de las minorías. Me gustaría concluir con unas palabras de esperanza del Presidente Obama, que hace propias Juan de Dios Ramírez-Heredia: “Sí, si eres gitano, las posibilidades de crecer entre la delincuencia y las bandas son mayores; sí, si vives en un barrio pobre, te enfrentarás a dificultades que algunos en los barrios residenciales ricos no tienen que sortear. Pero eso no son razones para tener malas notas, eso no son razones para faltar a clase o para abandonar los estudios. ¡Basta de excusas! Nadie ha escrito tu destino por ti. Tu destino está en tus manos. ¡No hay excusas!”⁹⁵.

⁹⁵ J. DE DIOS RAMÍREZ-HEREDIA, “La hora del ‘poder gitano’”, *El Mundo*, 28-07-2009. Juan de Dios Ramírez-Heredia es abogado y periodista. Fue el primer diputado gitano del Congreso español y, posteriormente, de la Eurocámara.

DERECHO Y PRISIÓN: EL ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES

NOELIA IGAREDA GONZÁLEZ

*Grupo Antígona, Mujeres y derecho en perspectiva de género
Universitat Autònoma de Barcelona*

La presencia de las mujeres en las prisiones siempre ha sido minoritaria y, por tanto, la atención prestada a las características, condiciones y consecuencias del encierro femenino ha sido residual. Pero precisamente ese menor peso tiene consecuencias en sus condiciones de vida y en las posibilidades de reinserción posterior. Su posición minoritaria no quita que el impacto individual, familiar y social de su estancia en prisión sea muy grande, y muchas veces mayor de lo que “a priori” se pudiera pensar. La población penitenciaria femenina es un porcentaje mínimo del total de la población penitenciaria española. Históricamente la aplicación de la pena privativa de libertad a las mujeres buscaba unas finalidades diferentes que en el caso de los varones. Aunque ahora nuestras leyes afirmen que la pena privativa de libertad busca la reeducación y reinserción social, en el caso de las mujeres, parece que también se castiga su comportamiento y vida fuera de los roles de género imperantes.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La pena privativa de libertad aparece en España, en el siglo XVII, como una medida transitoria de retención del delincuente, hasta el momento de ser juzgado y después ejecutado. Las primeras mujeres encarceladas eran separadas de los hombres y retenidas en conventos dirigidos por religiosas.

En la historia de las instituciones penitenciarias en España la reclusión no era entendida como una pena¹, sino como un medio para conseguir el verdadero fin del castigo; una reclusión necesaria y temporal para luego llevar a cabo la verdadera consecuencia del delito: el castigo, generalmente físico.

La historia de las prisiones de mujeres rara vez se recoge en los tratados históricos de las instituciones penitenciarias, aunque son estas las cárceles primeras en funcionar según principios de “corrección” más característicos de las prisiones modernas, con influencia en las principales corrientes penitenciarias predominantes desde el siglo XIX (las llamadas, por ejemplo, Casas Galeras y Casas de Misericordia).

La transformación de los castigos físicos y la pena de muerte por la pena de galeras no tenía sentido para las mujeres, ya que se consideraba que carecían de la suficiente fuerza y resistencia física como para ser destinadas a este tipo de trabajos forzados, como forma de castigo por los crímenes cometidos. De ahí que surgiesen los espacios conventuales para las mujeres, con religión y penitencia por los “pecados” cometidos.

A partir de los siglos XVIII y XIX, la función buscada con la pena privativa de libertad y las características de las prisiones cambiarían por la influencia del pensamiento ilustrado y por el nacimiento y auge del positivismo científico.

Por un lado, los ilustrados consideraban que el delito debía de llevar aparejado un castigo proporcional a la gravedad del mismo, y la pena privativa de libertad era una de las posibilidades de castigo, entre otras.

Por otra parte, el positivismo, que se basaba en la aplicación de principios y métodos científicos a todas las ciencias humanas, incluida la criminología, durante el siglo XIX tuvo también influencia en la construcción correccionalista de la pena privativa de libertad: el/la delincuente quebrantan normas del contrato social que articula el orden social y político. Son ellos mismos, por lo tanto, los responsables individuales de la infracción de la norma; lo que lleva a la individualización de la culpa.

Se produce un reforzamiento del principio correccionalista de la pena privativa de libertad: además de cumplir la función de prevención general e intimidación al grupo, al igual que otras formas de castigo ya pensadas

¹ E. ALMEDA, *Corregir y castigar. El ayer y hoy de las cárceles de mujeres*, Ediciones Bellaterra, Barcelona, 2002, p. 20.

por los ilustrados, cumple la función de corregir el comportamiento, los hábitos y la personalidad desviada del infractor/a.

La escuela de la antropología criminal de Lombroso y Ferrero afianzó el positivismo penal y penitenciario, a finales del siglo XIX, a través de toda una suerte de estudios empíricos que demostraban que la condición criminal venía unida a características físicas y mentales de las personas. Los criminales eran personas anormales, en estadios primitivos de evolución y enfermos, susceptibles, por tanto, de confinamiento y tratamiento como pacientes.

Para Lombroso y Ferrero², las mujeres criminales son doblemente peligrosas, porque han infringido las normas penales y las normas sociales propias de su sexo, su criminalidad resultaba un comportamiento masculinizado e impropio de su verdadera naturaleza. Por lo tanto, para estos autores, la mujer delincuente era una doble anomalía: biológica y social, y, en consecuencia, consideraban a la mujer criminal como un monstruo.

Como más adelante se describirá, el paso por la prisión produce un fuerte estigma a las personas, mujeres y hombres. Pero en el caso de las mujeres ese estigma es especialmente fuerte, porque las mujeres que delinquen no sólo están infringiendo las normas de convivencia social que el derecho representa, sino que también están transgrediendo los roles de género que la sociedad espera de una mujer: ser una buena madre y esposa. La mujer presa, por tanto, es muchas veces la encarnación de la “anti-mujer”.

2. LAS MUJERES PRESAS EN ESPAÑA EN LA ACTUALIDAD

El número total de la población penitenciaria femenina representa un porcentaje muy pequeño sobre la totalidad de la población reclusa –las mujeres representan el 8,02% del total de la población penitenciaria española³–, y eso invisibiliza sus especificidades de género.

² C. LOMBROSO y G. FERRERO, *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*, Fratelli Bocca, Torino, 1895.

³ Fuente: INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, Agosto 2010. Ministerio del Interior.

La población penitenciaria femenina se dispara, en España, en la década de los 80⁴: en 1980 la población penitenciaria femenina española era de 487 mujeres (representaba el 3,29 por ciento del total de población reclusa); en 1990 la población penitenciaria femenina ya ascendía a 2.179 mujeres (el 7,70 por ciento sobre el volumen total de población reclusa); y este aumento continuó en 1995, con 3.894 mujeres presas (ya el 9,55 por ciento de la población reclusa)⁵.

Este espectacular aumento de la población penitenciaria femenina se debió, sobre todo, a los cambios sociales y delictivos provocados por la irrupción y generalización del consumo de ciertas drogas duras, consumo que se extendió en áreas marginales y más desfavorecidas de las urbes.

En España, la población penitenciaria femenina actual cuenta con un importante porcentaje de mujeres presas extranjeras, que alcanza ya el 38,8 por ciento del total de mujeres presas, porcentaje superior que en el caso de los varones (33,8 por ciento)⁶.

También es relevante la observación de que el tipo de delitos que ha llevado a estas mujeres a prisión está mucho más concentrado que en el caso de los hombres en delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. El 30,9 por ciento de las penas con el Código Penal de 1995 lo es por delitos contra la propiedad privada, y el 50,8 por ciento por delitos contra la salud pública (tráfico de drogas)⁷.

La duración media de la condena de estas mujeres es de más de 6 años⁸, media muy superior a la condena media de las mujeres en otros países europeos⁹. El principal argumento para explicar estas largas condenas es que más de la mitad de estas mujeres cometieron, como se ha visto, delitos contra la salud pública, que son de los delitos más severamente castigados en nuestro Código Penal.

Las principales leyes penales y penitenciarias están redactadas de manera neutra, es decir, dirigidas por igual a hombres y mujeres. Pero el

⁴ C. YAGÜE, *Madres en prisión. Historia de las cárceles de mujeres a través de su vertiente maternal*, Editorial Comares, Granada, 2007, p. 140.

⁵ Fuente: DIRECCIÓN GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS.

⁶ Fuente: INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, Agosto 2010. Ministerio del Interior.

⁷ Fuente: INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, Agosto 2010. Ministerio del Interior.

⁸ La condena media en la población penitenciaria catalana, por ejemplo, es de 6,71 años. Fuente: DEPARTAMENTO DE JUSTICIA, GENERALITAT DE CATALUNYA.

⁹ M. CRUELLES y N. IGAREDA, (Eds.), *Mujeres, Integración y Prisión*, Aurea Editores, Barcelona, 2005.

derecho, aparentemente neutral y objetivo, tiene un impacto diferencial de género, ya que, como la jurisprudencia feminista ya ha demostrado en numerosas ocasiones¹⁰, el derecho está, la mayoría de las veces, pensado para un sujeto de ciudadano modelo varón. Las especificidades de las mujeres, como su embarazo o la maternidad, son generalmente tratadas por el derecho como accidentes que se desvían del comportamiento normal del sujeto.

La legislación penal es igual para todos/as, sin diferencia de sexos, pero debido a que las mujeres tienen unas responsabilidades y unos roles diferentes por razón de su sexo –por ejemplo, la gran mayoría de las veces son las mujeres las responsables del cuidado y mantenimiento económico de sus hijos/as–, el castigo impuesto por la norma penal es mayor para ellas¹¹.

Con la anterior afirmación no se está pretendiendo defender que el rol de cuidadoras que las mujeres tienen en esta sociedad sea un hecho inherente a la condición femenina, ni algo natural e inmutable. Como muchas autoras han demostrado¹², a pesar del dominio del determinismo biológico, que intenta explicar las diferencias sociales y culturales

¹⁰ Vid., entre otras, A. FACIO, *Cuando el Género suena, cambios trae*, Gaia, centro de las Mujeres, Mediateca de las Mujeres ULA, Caracas, 1995; A. FACIO, “Feminismo, Género y Patriarcado”, en A. Facio y L. Fries, *Género y Derecho*, Lom Ediciones, Santiago de Chile, 1999, pp. 9-60; E. BODELÓN, *Igualdad y diferencia en los análisis feministas del derecho*, Tesis doctoral, UAB, 1999; C. SMART, *Feminism and the power of law*, Routledge, London, 1989; C. SMART, *Law, Crime and Sexuality*, Sage, London, 1995; T. STANG DAHL, *El Derecho de la Mujer*, Vindicación Feminista Publicaciones, Madrid, 1987; T. PITCH, *Un derecho para dos: la construcción jurídica del género, sexo y sexualidad*, Trotta, Madrid, 2003; C. MACKINNON, *Feminism unmodified: Discourses on Life and Law*, Boston, Harvard University Press, Boston, 1987; y C. MACKINNON, *Hacia una teoría feminista del Estado*, Cátedra, Madrid, 1989.

¹¹ M. RAEDER “Gendered implications and connected practices: a legal perspective”, en B. Bloom (Ed.), *Gendered justice. Addressing female offenders*, Carolina Academia Press, Durham, 2003, p. 176.

¹² Vid. M. I. AMORÓS et al., *Malabaristas de la vida. Mujeres, tiempos y trabajos*, Icaria, Barcelona, 2003; E. BADINTER, *L’amour en plus. Histoire de l’amour maternel (XVIIe-XXe siècle)*, Flammarion, Paris, 1980; C. CARRASCO, *Tiempos, trabajos y géneros*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2001; S. HARDING, *Whose science, Whose Knowledge?*, Open University Press, Buckingham, 1991; S. HAYS, *Las contradicciones culturales de la maternidad*, Paidós, Barcelona, 1998; E. F. KELLER y H. LONGINO (Eds.), *Feminism and science*, Oxford University Press, New York, 1996; y T. TORNS, “De la imposible conciliación a los permanentes malos arreglos”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 23, núm. 1, pp. 15-33.

con argumentos biologicistas, el rol de cuidadoras de las mujeres es una construcción social más que participa del concepto de género imperante en nuestra sociedad. Pero sin entrar en su carácter biológico, y por tanto natural, o en su carácter social, y por lo tanto susceptible de cambio, es un dato de nuestra realidad. Se espera que las mujeres cuiden, y ellas son quienes mayoritariamente tienen las responsabilidades sobre el cuidado de los demás, especialmente de los/las hijos/as.

Estas reflexiones podrían llevarnos al debate en torno a si los jueces deberían o no tener en cuenta la existencia de los/las hijos/as a la hora de aplicar la ley penal. Lo que, en principio, parece ir en contra del principio de igualdad de género, y que a todas luces es todavía impensable en nuestra legislación.

Pat Carlen¹³ argumenta, en este sentido, que las mujeres son generalmente tratadas “mejor” por los tribunales y jueces en el sistema judicial del Reino Unido, pero esto no quita que el sistema penal y judicial sea especialmente duro con algunas de estas mujeres, especialmente las que han crecido en instituciones de menores, las mujeres transeúntes, las que tienen a sus hijos/as bajo tutela de la administración, las que viven fuera de núcleos domésticos encabezados por un varón o las que son miembros de minorías étnicas. La razón es que con estas mujeres el sistema formal de control (el sistema penal) debe actuar con fuerza, porque con ellas no operan (porque no existen) los sistemas de control informal (familias, colegios, etc.). Carlen da por firme y cierto que las mujeres de la sociedad, en general, están sometidas a sistemas de control informal, como son la familia, la escuela, la iglesia y otros donde se asegura que las mujeres cumplen con los roles de género dominantes (ser buenas madres y esposas, con características como la sumisión, la no violencia, la pasividad, la dedicación a los demás, etc.). Si las mujeres transgreden estos roles de género dominantes, los sistemas de control informal actuarán mediante el estigma social, el rechazo, la autoridad del padre y/o marido, el poder moralizante de un sacerdote, la condena del pecado, el castigo del educador en la escuela, etc., para reconducir el comportamiento de la mujer hacia las pautas dictadas por el rol de género. Pero en aquellos grupos de mujeres no están presentes estos sistemas de control informal, o no han sido suficientes, por eso, los jueces y tribunales actúan con especial

¹³ P. CARLEN, *Women and Punishment. The struggle for justice*, Willan Publishing, London, 2002, p. 8.

vehemencia en “corregir” sus comportamientos alejados de la norma, y esto influye en la valoración del delito cometido.

La legislación penitenciaria española también es un ejemplo del impacto de género de una legislación aparentemente neutral y objetiva: existen muy pocas alusiones a las mujeres presas, y se limitan a diferencias puramente biológicas (por ejemplo, los artículos sobre diferentes lotes higiénicos o la necesaria atención ginecológica, del embarazo y la maternidad dentro de las prisiones). Concepción Yagüe señala, por ejemplo¹⁴, que aunque la legislación penitenciaria siempre ha incluido la posibilidad de que las mujeres presas pudieran estar embarazadas o tener hijos/as lactantes, las regulaciones son muy escasas, comparadas con la cantidad de artículos dedicados a otras cuestiones de la vida en prisión (por ejemplo, las regulaciones sobre el trabajo penitenciario, la organización y gestión de economatos, etc.).

3. EL IMPACTO DE GÉNERO DE LAS CÁRCELES

A pesar de que, como hemos visto, las leyes penales y penitenciarias están formuladas en un lenguaje neutro, general y universal, el sujeto final al que están dirigidas es un varón. El cumplimiento de la pena privativa de libertad y las características de las cárceles tienen un impacto de género, y la vida de las mujeres dentro de ellas nos muestra algunos ejemplos.

3.1. Las condiciones de vida de las mujeres presas

Las cárceles son recintos creados para el cumplimiento de la pena privativa de libertad, y en principio esa pena privativa de libertad y esas cárceles son iguales para hombres y mujeres. Pero las cárceles de mujeres, y los módulos de mujeres de las macro-prisiones, ofrecen menos posibilidades de trabajo remunerado para las internas¹⁵. Las razones que muchas veces explican esta diferencia de oferta laboral retribuida son, primero, la escasez de oferta con la que cuentan las administraciones

¹⁴ C. YAGÜE, *Madres en prisión. Historia de las cárceles de mujeres a través de su vertiente maternal*, cit., p. 7.

¹⁵ Vid., entre otros, E. ALMEDA, *Corregir y castigar. El ayer y hoy de las cárceles de mujeres*, cit.; y M. CRUELLES y N. IGAREDA (Eds.), *Mujeres, Integración y Prisión*, cit.; donde se demuestran las menores tasas de ocupación femenina dentro de prisión.

penitenciarias, y, en segundo lugar, la necesidad, ante una oferta escasa, de priorizar la disponibilidad de trabajo en los lugares de la prisión con mejor logística para el desempeño de la actividad laboral.

Estos obstáculos son claros por el menor tamaño de las prisiones de mujeres, la posición de los módulos de mujeres en macro-cárceles de hombres como anexos en instalaciones generalmente mal acondicionadas, y, todavía peor, los escasos, pequeños y dispersos departamentos de madres con la presencia de niños/as.

Las propias autoridades penitenciarias son conscientes de la situación de desventaja que históricamente las mujeres presas han tenido como minoría dentro de la población penitenciaria. El Programa de acciones para la igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito penitenciario¹⁶, reconoce, en el diagnóstico preliminar que realiza, que: “*Este menor número plantea problemas de coste en la construcción y gestión de instalaciones y equipamientos específicos en algunas provincias y zonas del Estado, lo que se traduce en que sufren una mayor lejanía y dispersión geográfica, pues se las ha concentrado en un menor número de centros (...) la imposibilidad de introducir criterios de separación y clasificación para los diferentes perfiles criminales, o de edad, o por sus características penitenciarias, etc.*”.

Como señala Elisabet Almeda¹⁷, las mujeres presas tienen más responsabilidades familiares, y la angustia de estas responsabilidades durante el encierro hace más penosa su estancia. Las mujeres presas tienen mayores niveles de ansiedad, un mayor nivel de conflictividad verbal con los/las funcionarios/as (que comparten los estereotipos dominantes en la sociedad sobre cuáles deben ser los parámetros de buena conducta femenina), un mayor nivel de conflictos y sanciones entre funcionarios/as e internas, y un mayor nivel de medicación.

En esta línea, Phylis Jo Baunach¹⁸, en su investigación en Estados Unidos, corroboraba que el encarcelamiento aporta un factor agravante del sufrimiento, que ocasiona la separación madre e hijo/a: el comportamiento de la mujer ha sido, al fin y al cabo, la causa directa de esa separación.

¹⁶ SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, *Programa de acciones para la igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito penitenciario*, Ministerio del Interior, Madrid, 2009, pp. 9-10.

¹⁷ E. ALMEDA, *Corregir y castigar. El ayer y hoy de las cárceles de mujeres*, cit., p. 234.

¹⁸ P. J. BAUNACH, *Mothers in prison*, Transaction Books, New Brunswick, 1985, p. 2.

La separación de los/las hijos/as está considerada como uno de los efectos más dañinos de la pena privativa de libertad. En algunos casos, esta separación forzosa de madres e hijos/as se puede convertir en definitiva, aunque ésta no hubiera sido la intención perseguida por ninguno de los agentes involucrados, ni siquiera por la legislación vigente.

3.2. El estigma

En algunas investigaciones sobre mujeres presas, en las que se han analizado también los puntos de vista de los agentes involucrados en la vida penitenciaria y postpenitenciaria de estas mujeres (funcionarios/as de seguridad, funcionarios/as de tratamiento, personal médico, directores/as de prisiones, jueces, abogados/as, entidades de inserción social del ámbito extrapenitenciario, servicios sociales, etc.), muchas veces se encuentran afirmaciones, sobre las mujeres presas y la maternidad, que siguen repitiendo, más de un siglo después, las mismas ideas que ya se han expuesto anteriormente: la mayor maldad de las mujeres presas (además de delincuentes, son anti-mujeres, por no ser buenas madres y esposas); así como el temor de los/las funcionarios/as de prisiones a trabajar en los módulos de mujeres (son peores, más sibilinas, más peligrosas, infligen una mayor presión psicológica sobre los/las funcionarios/as, etc.).

3.3. La familia

El modelo de Estado de Bienestar español está articulado en torno a la existencia de la familia, como principal elemento de soporte social. Es importante ver que este papel protagonista que el Estado y la sociedad otorgan a la familia no se corresponde con un mayor gasto en políticas familiares, al contrario, aunque se considere una institución esencial en nuestra sociedad, su funcionamiento, sus necesidades, sus demandas y posibles problemáticas quedan en la esfera privada de las personas, y por lo tanto, fuera de la actuación estatal.

Es también necesario ver que cuando se percibe la familia como principal elemento de protección y cohesión social, se está pensando en los miembros de la familia que desarrollan todas las tareas de soporte necesarias para la supervivencia humana: el cuidado de niños/as, ancianos, enfermos, necesidades afectivas, de higiene, alimentación, acompaña-

miento y soporte familiar. Por lo tanto, aunque se nombre a las familias, quienes están detrás son, fundamentalmente, las mujeres.

Los efectos en las redes familiares son diferentes si se trata de una mujer o de un hombre el que entra en prisión. Tal y como se ha señalado recientemente en diferentes estudios¹⁹, la familia permanece como principal soporte a los hombres mientras estos cumplen la pena privativa de libertad. Son sus mujeres las que se hacen cargo, en la mayoría de los casos, de los/las hijos/as, del mantenimiento económico de toda la familia, incluido el dinero para gastos personales para el interno en prisión, y de las visitas regulares al marido/hijo preso.

Los datos estadísticos de la población penitenciaria de Inglaterra y Gales ilustran estas diferencias de género. Pat Carlen y Anne Worrall²⁰ destacan como el 90 por ciento de los padres esperan que la madre de sus hijos/as cuide de ellos/as mientras él está en prisión, mientras que sólo el 25 por ciento de las madres espera que el padre cuide de los/las hijos/as mientras ella está en la cárcel²¹.

Cuando son las mujeres las que entran en el centro penitenciario, el soporte familiar se resiente. Los maridos, novios o compañeros rara vez esperan y acompañan a sus mujeres durante toda la pena privativa de libertad. También son escasísimas las ocasiones en las que estos padres se hacen cargo en exclusiva de los/las hijos/as menores de edad. Aunque ya se ha señalado el importante papel que juega la familia como principal elemento de soporte y protección social en nuestro modelo de Estado, estas mujeres, en cambio, pocas veces pueden hablar de que conservan todo ese apoyo familiar. Y las pocas veces que así sucede, casi siempre se repiten las figuras femeninas de la red social, y por encima de todas sus madres.

3.4. Violencia contra las mujeres

La violencia de género es un fenómeno que, por desgracia, afecta a las mujeres en general, y que no entiende de clases sociales, niveles

¹⁹ Vid. M. CRUELLS y N. IGAREDA (Eds.), *Mujeres, Integración y Prisión*, cit.; OBSERVATORI DEL SISTEMA PENAL I ELS DRETS HUMANS, *La cárcel en el entorno familiar*, Ajuntament de Barcelona, Regidoria de Dona i Drets Cívils, Barcelona, 2006.

²⁰ P. CARLEN y A. WORRALL, *Analysing Women's Imprisonment*, Willan Publishing, UK, 2004, p. 37.

²¹ Fuente de los porcentajes citados: HOME OFFICE, *Statistics on Women and the Criminal Justice System 2001*, London Home Office, 2002.

educativos, cultura, grupos étnicos, etc. Por eso es relevante el dato de que existe una sobrerrepresentación de mujeres víctimas de violencia contra las mujeres entre la población penitenciaria femenina, tal y como han evidenciado diferentes investigaciones²². Se estima que el 88,4 por ciento de la población penitenciaria femenina ha sufrido alguna forma de violencia de género. De los diferentes tipos de violencia de género, el 68 por ciento han sufrido alguna forma de violencia sexual y el 74 por ciento han sufrido alguna forma de violencia física.

Estos datos tienen consecuencias en los procesos de exclusión social y vulnerabilidad económica que muchas de estas mujeres tienen antes, durante y después de su paso por prisión. Como el propio Programa de acciones para la igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito penitenciario expone: “*Hoy sabemos de la altísima frecuencia que jalonan el historial de las mujeres encarceladas los episodios de abusos sexuales y maltrato familiar y de pareja: y la relación directa que estas experiencias han tenido en su historial delictivo y las consecuentes secuelas físicas y psicológicas que acarrearán*”²³.

3.5. Los/as hijos/as

Actualmente, en España se permite que las madres que cumplan la pena privativa de libertad puedan tener a sus hijos hasta la edad de 3 años. La Ley Orgánica General Penitenciaria fue modificada por la ley Orgánica 13/1995 para revisar la edad máxima de los/las niños/as que pudieran permanecer con sus madres presas, ya que hasta entonces la edad máxima había sido fijada en 6 años.

Si en agosto del 2010, en el conjunto del Estado español, había 6.009 mujeres en prisión²⁴, sirviéndonos de estadísticas extraídas de los escasos

²² Vid. M. CRUELLES, M. TORRENS y N. IGAREDA, *Violencia contra las mujeres. Análisis en la población penitenciaria femenina*, disponible en: http://surt.org/cast/docs/estudio_final_cast.pdf, 2005; y SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, *Programa de acciones para la igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito penitenciario*, cit.

²³ SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, *Programa de acciones para la igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito penitenciario*, cit., p. 11.

²⁴ 5.219 mujeres en los centros penitenciarios españoles y 790 mujeres en los centros penitenciarios catalanes, fuente DIRECCIÓN GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, Ministerio del Interior y Departament de Justícia, Generalitat de Catalunya, 2010.

estudios socio-demográficos sobre la población penitenciaria femenina en España²⁵, alrededor del 70 por ciento de esas mujeres eran madres, con una media aproximada de 2 hijos/as por mujer. En todo caso, no hemos encontrado datos oficialmente publicados sobre este aspecto para poder contrastar nuestros cálculos.

Esa ratio de número de hijos/as por mujer en el caso de las mujeres privadas de libertad es, además, sensiblemente superior a la tasa de fecundidad de las mujeres en la sociedad española en general: 1,40 hijos/as por mujer²⁶.

Entonces, podemos colegir, tras hacer un cálculo aproximado, que estamos hablando de unas 4.206 madres presas y unos 8.412 hijos/as menores de edad fuera de prisión; pues dada la media de edad de la presa española, bastante joven²⁷, podemos deducir que la gran mayoría de esos/esas hijos/as son menores de edad.

Estos datos son similares a los que resultan de los análisis realizados respecto a otras poblaciones penitenciarias femeninas; como es el caso de Estados Unidos, donde en un estudio de 1995 se apunta que el 80 por ciento de las presas son madres, la mayoría responsables de familias monoparentales y con una media de 2 hijos/as por mujer²⁸; o el caso de Inglaterra y Gales, donde alrededor del 61 por ciento de las presas son madres²⁹.

²⁵ M. J. MIRANDA, *Niños ingresados en prisión con sus madres*, Defensor del Pueblo en la Comunidad de Madrid, Estudios e Investigaciones, 1998; C. MANZANOS y J. BALMASEDA, *Situación de las mujeres en las cárceles del País Vasco*, Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social, Gobierno Vasco, Vitoria, 2003; E. ALMEDA, *Corregir y castigar. El ayer y hoy de las cárceles de mujeres*, cit.; M. CRUELLES y N. IGAREDA (Eds.), *Mujeres, Integración y Prisión*, cit.; M. CRUELLES, M. TORRENS y N. IGAREDA, *Violencia contra las mujeres. Análisis en la población penitenciaria femenina*, cit.; y DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ, *Mujeres privadas de libertad en centros penitenciarios de Andalucía*, Informe especial al Parlamento, Defensor del Pueblo Andaluz, Sevilla, 2006.

²⁶ Fuente: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Indicadores Demográficos Básicos*, 2008.

²⁷ Aproximadamente el 72 por ciento de la población reclusa femenina es menor de 40 años, por lo tanto en edad fértil. Datos de elaboración propia a partir las estadísticas de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, Ministerio del Interior y Departament de Justicia, Generalitat de Catalunya.

²⁸ B. BLOOM, *Gendered justice. Addressing female offenders*, Carolina Academia Press, Durham, 2003, p. 12.

²⁹ D. CADDLE y D. CRISP, "Mothers in prison", *Research Findings*, núm. 38, Home Office Research and Statistics Directorate, 1997.

Las madres presas que tienen a sus hijos/as consigo, en la mayoría de los casos están ubicadas en unidades o departamentos de madres dentro del centro penitenciario³⁰; existiendo un número aproximado de 190 madres y más de 210 niños/as que conviven dentro de estas unidades y departamentos de madres en el conjunto del Estado español³¹.

Por su parte, el Reglamento Penitenciario desarrolla la posibilidad, ya recogida por la Ley Orgánica General Penitenciaria, de que las madres tengan a sus hijos/as menores de tres años, tanto en el supuesto de que en el momento del ingreso madre e hijo/a estuvieran juntos, como si la madre reclama desde la prisión a sus hijos/as³². En todo caso, los requisitos que deben cumplirse ya reflejan que ésta es una situación “no deseada” por el legislador y que se trata de una solución de “última ratio” (la presencia de los/as menores dentro del centro penitenciario), sólo en los casos extremos en los que no parecen existir otras alternativas mejores.

No obstante, el aumento, antes señalado, de la población femenina en las últimas décadas dio lugar al aumento del número de hijos/as en prisión, y abrió el debate entre el derecho de las madres a tener a sus hijos/as y la protección de los derechos del niño/a. A este respecto, María Naredo³³ critica que este problema siempre se plantee en términos de

³⁰ El artículo 36 de las Reglas Penitenciarias Europeas (Recomendación Rec. (2006)2 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas) permite la existencia de niños/as de corta edad que permanezcan en los centros penitenciarios con alguno de sus padres encarcelados “únicamente si ello va en beneficio del niño afectado”. Y a este respecto puede verse también el artículo 38.2 Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, enmarcado dentro del Capítulo III de Asistencia sanitaria; y el artículo 17 del Real Decreto 190/1996, de 9 de Febrero, que aprueba el Reglamento Penitenciario, en el marco del Capítulo I “Del ingreso en un establecimiento penitenciario”, del Título III “De la Organización Territorial”, en donde se regula la situación de las “Internas con hijos menores”.

³¹ Fuente: Informe General 2006. DIRECCIÓN GENERAL INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, Ministerio del Interior y Departament de Justicia, Generalitat de Catalunya, *Programa de acciones para la igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito penitenciario*, 2009.

³² El Reglamento Penitenciario de 1996 permite la creación de Departamentos Mixtos, y de ahí la existencia de una única Unidad Familiar al amparo de esta legislación, en el C.P. Madrid VI en Aranjuez, el denominado “Módulo Residencial Familiar”, donde están internos e internas viviendo junto a sus hijos/as menores de 3 años.

³³ M. NAREDO, “Reclusas con hijos en la cárcel. La punta del iceberg de la “sinrazón” penitenciaria”, en I. Rivera Beiras (Coord.), *La cárcel en España en el fin del milenio*, Ed. M^a Jesús Bosch, Barcelona, 1999, p. 198.

colisión de derechos (los derechos del niño/a y el derecho de la madre a estar y cuidar de sus hijos/as). Esta autora cree que, en todo caso, si se plantea en términos de colisión, debería hacerse de colisión entre el interés superior del niño/a y el derecho del Estado a castigar a la madre.

En todo caso, lo que se presenta como un conflicto entre los derechos de los hijos/as menores de tres años de vivir junto a sus progenitores durante los primeros años de su vida y el derecho de la madre de tener a sus hijos/as con ella aun estando en prisión, no lo es, ya que no existe un derecho de la madre como tal³⁴, sino simplemente un conflicto entre el interés superior del niño/a y la propia pena privativa de libertad. En este sentido, sólo puede hablarse de un debate sobre la oportunidad o no de que los hijos/as menores de tres años permanezcan en prisión con sus madres y los posibles efectos negativos que la vida en prisión pueda tener para un pleno desarrollo de la personalidad de estos niños/as. Para ello es necesario contrastar esos posibles efectos negativos en el bienestar de esos/esas niños/as si permanecen en prisión con sus madres, con los efectos negativos que la separación de sus madres representa, especialmente cuando muchas veces la única alternativa posible es la institucionalización.

4. CONCLUSIONES

Más allá de las reflexiones que la existencia, las consecuencias y la eficacia de la pena privativa de libertad pueda suscitar, sería necesario cumplir el mandato de igualdad de los artículos 14 y 9.2 de la Constitución española, como derecho fundamental y principio jurídico, que obliga a tener en cuenta el posible impacto de género de las leyes penales y penitenciarias para hombres y mujeres. También esta exigencia de igualdad nos debería llevar a la revisión de las cárceles para evitar la vulneración de otros derechos fundamentas de las mujeres presas, más allá del privado

³⁴ No existe en nuestro ordenamiento jurídico ningún derecho de la madre, derecho a ser madre ni derecho de madres. El ordenamiento jurídico debe, en todo caso, velar por el interés superior del niño/a y el derecho de éste/a de crecer y ser cuidado por sus progenitores siempre que sea posible. Sobre esta cuestión, vid., por ejemplo, N. IGAREDA, "El concepto socio-jurídico de maternidad y paternidad", en D. Heim y E. Bodelón (Coords.), *Derecho, género e igualdad: cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, Grupo Antígona, Barcelona, 2010; y A. I. MARRADES, *Luces y sombras del derecho a la maternidad. Análisis jurídico de su reconocimiento*, Universitat de Valencia, Valencia, 2002.

derecho a la libertad. Todo ello no olvidando que entre las consecuencias de la pena privativa de libertad, en el caso de las mujeres presas que son madres, hay que considerar el especial e importante impacto que tiene en la vida y en el bienestar de muchos de los/las hijos/as menores, debiendo el Estado garantizar siempre que su interés superior prevalece por encima de otros intereses o derechos.

**MANTÉNGASE INFORMADO
DE LAS NUEVAS PUBLICACIONES**

**Suscríbese gratis
al boletín informativo
www.dykinson.com**

Y benefíciense de nuestras ofertas semanales