

¿DERECHOS Y DEBERES HUMANO- FRATERNALES EN LAS PRISIONES? (DESDE EL RADICALISMO ÉTNICO A LA PAZ EN EL PAÍS VASCO)

Antonio BERISTAIN

*Director del Instituto Vasco de Criminología
San Sebastián*

Resumen: Desde la perspectiva de Política penitenciaria *fundamental* se dibuja la utopía prisional fraternal y se propugnan tres innovaciones inmediatas: voluntariado técnico y humano, abogados-criminólogos al servicio del preso, y movilización internacional. A la luz de la Política penitenciaria *aplicada*, se analizan los problemas de dispersión y acercamiento de los condenados de ETA, sin olvidar los derechos de sus víctimas directas e indirectas. Se propone una Política penitenciaria *alternativa*: preventiva y repersonalizadora, con profesionales radicalmente nuevos, desde-hacia la cosmovisión de la esperanza, el futuro y la utopía. Se introducen referencias a las grandes religiones, germen de mayor profundización humana.

Laburpena: Oinarrizko anaitasun espetxe politikaren ikuspegitik, espetxetako anaitasun utopia marrazten da eta berehalako hiru berritasun aldetzen dira: boluntario tekniko eta gizatiarrak, abokatu-kriminologoak presoen zerbitzuan, eta nazioarteko mugialdia. Espetxe politika aplikatuaren argitan, ETako kondenatuoen hurbiltasunaren eta sakabanatasunaren arazoak azterten dira, beren biktima zuzen eta zeharkako en eskubideak ahaztu gabe. Espetxe politika alternatibo bat proposatzen da: aurrebabeztekoa eta pertsonalizatzailea, profesional berriekin, itxaropenaren, etorkizunaren eta utopiaren munduikusketatik-munduikusketaraino. Erljiio haundiei buruzko aipamenak sartzen dira, giza sakontasun haundiago baten ernamuin modura.

Résumé: De la perspective de la Politique pénitentiaire *fondamentale* on dessine l'utopie fraternelle des prisons et on défend trois innovations immédiates: un volontariat technique et humain, des avocats-criminologues au service des détenus, et une mobilisation internationale. Du point de vue de la Politique pénitentiaire *appliquée*, on analyse les problèmes de dispersion et rapprochement des condamnés du groupe terroriste E.T.A., sans oublier les droits des victimes directes et indirectes. On propose une Politique pénitentiaire *alternative*: préventive et répersonnalisatrice, avec des professionnels totalement nouveaux, de-vers la cosmovision de l'espoir, l'avenir et l'utopie. On introduit certaines références aux grandes religions, germe d'une plus grande profondeur humaine.

Summary: From the perspective of a *fundamental* penitentiary Policy the fraternal utopia of prisons is designed and three immediate innovations are defended: technical and human volunteers, lawyers-criminologists in the service of prisoners, and an international mobilization. From the point of view of an *applied* penitentiary Policy, the problems about dispersion and approach of the prisoners of the terrorist group E.T.A. are analyzed, not forgetting direct and indirect victims' rights. An *alternative* penitentiary Policy is proposed: preventive and repersonalizer, with radically new professionals, from-to the cosmovision of the hope, the future and the utopia. Some references to the great religions are made, germ of the greatest human depth.

Palabras clave: Deberes y Derechos Humanos, ETA, Naciones Unidas, País Vasco, Política Penitenciaria, Prevención, Prisiones, Readaptación Social, Víctimas, Voluntariado.

Hitzik garrantzikoak: Gizaeginbide eta Eskubideak, ETA, Nazio Batuak, Euskal Herria, Espetxe Politika, Prebentzioa, Espetxeak, Egoitzapen Soziala, Biktimak, Boluntarioak.

Mots clef: Devoirs et Droits de l'Homme, E.T.A., Nations Unies, Pays Basque, Politique Pénitentiaire, Prévention, Prisons, Réadaptation Sociale, Victimes, Volontariat.

Key words: Human Rights and Duties, ETA, United Nations, Basque Country, Penitentiary Policy, Prevention, Prisons, Social Readaptation, Victims, Volunteers.

DEDICATORIA:

A Jean PINATEL (9.6.1913 - 3.4.1999), en discipular reconocimiento de su magistral aportación criminológica, rebosante de humanismo y de amor al País Vasco, a la justicia y a la paz, con cordial gratitud

SUMARIO:

1. Política penitenciaria *fundamental*.
 1. 1. ¿Fraternidad en las cárceles?
 1. 2. ¿Urgen reformas en las prisiones de todo el mundo?
 1. 2. 1. El Voluntariado como Caballo de Troya
 1. 2. 2. ¿Innovador Abogado-criminólogo del interno?
 1. 2. 3. Día internacional de la persona privada de libertad
2. Política penitenciaria *aplicada*.
 2. 1. ¿Pro y contra el acercamiento de los presos de ETA?
 2. 1. A. ¿En las cárceles próximas al País Vasco?
 2. 1. A. 1. Tres coordenadas básicas
 2. 1. A. 2. Las Naciones Unidas y las víctimas (1990, 1998)
 2. 1. B. ¿En las tres prisiones del País Vasco?
 2. 1. B. 1. Cinco límites al acercamiento
3. Soluciones desde otra política penitenciaria *alternativa*.
 3. 1. Instituciones de prevención y readaptación social
 3. 2. Profesionales-Técnicos innovadores
 3. 3. Esperanza, futuro y utopía como derechos-deberes del preso
 3. 3. 1. ¿Lo *factum* puede transformarse en *non factum*?
4. Anexo: Ubicación de los presos de ETA (mayo 1999)

1. POLITICA PENITENCIARIA FUNDAMENTAL**1.1. ¿Fraternidad en las cárceles?**

“Todos los seres humanos... deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

(Declaración de Derechos Humanos. Art. 1º)

El artículo primero de la Declaración de Derechos Humanos merece más atención teórica y práctica en la mayoría de los países, especialmente respecto a las personas privadas de libertad por sentencia judicial. Su situación trágica, aunque sea legal, nos induce a reflexionar sobre el cumplimiento y desarrollo de los derechos humanos en todas las prisiones de hoy. La cárcel, como institución de la justicia, puede y debe contribuir también a la cultura de la paz, a tenor del axioma romano, *opus justitiae pax*.

La publicación titulada *Por los Derechos Humanos de los reclusos* que han editado la Comisión Episcopal de Acción Social (CEAS) y el Ministerio Diaconal Evangélico, *Paz y Esperanza*, de Lima, nos invita a considerar la mayor o menor victimación de los presos –los culpables y los inocentes– y a caer en la cuenta de que también ellos son sujetos de derechos fundamentales-fraternales– que nadie les puede quitar. Nos abre otro enfoque para auscultar y criticar sin moralina la “cárcel, donde toda incomodidad tiene su

asiento, y donde todo triste ruido hace su habitación” (CERVANTES, en el prólogo a *Don Quijote de la Mancha*); para acercarnos a los internos, ayudarles a vivir esas circunstancias difíciles y, con harta frecuencia, injustas. Nos invita a colaborar, para que los hombres y las mujeres a los que nosotros aherrojamos en las prisiones puedan desarrollarse como personas... Nos pide que nosotros cumplamos nuestro deber de hacer algo eficiente para que la estructura carcelaria se renueve radicalmente, que no continúe siendo un factor criminógeno, como propugnan Jean PINATEL y otros especialistas¹.

En las puertas del siglo XXI conviene pensar cómo podemos humanizar las coordenadas de la Política criminal futura en el ámbito prisional. La celebración del quincuagésimo aniversario de la Declaración de Derechos Humanos, de 1948, nos espolea a todos los ciudadanos, en nuestra condición de partners, a ser conscientes del principio de responsabilidad universal compartida², que nos exige planificar reformas concretas en las cárceles, y programar sus alternativas.

Estas páginas, en la primera parte dedicada a la política penitenciaria *fundamental*, pretenden recordar la inhumanidad en las prisiones de todo el mundo e insinuar algo acerca de sus reformas-progresos más urgentes: el voluntariado, el “otro abogado-criminólogo del preso” y “el día internacional de la persona privada de libertad”. Después, en la parte dedicada a la política penitenciaria *aplicada*, desean aclarar algunas cuestiones jurídico-criminológicas de la dispersión-acercamiento de los presos y de las víctimas de la banda terrorista ETA y del GAL. Por fin, desde otra política penitenciaria *alternativa*, formulan innovadores planteamientos a nivel internacional, menos privativos de libertad pero más preventivos y resocializadores.

1.2. ¿Urgen reformas en las prisiones de todo el mundo?

“La Criminología ha tenido siempre por finalidad el de la dignidad del hombre, de las garantías individuales, de la libertad individual del hombre, hombre que se intenta mejorar, hacer predominar en él –crear en él, si hace falta– los instintos de simpatía que vayan más allá de los de defensa”.

Jean PINATEL (1990), “Informe general”, *Eguzkilore*, extra 3, p. 420.

Todas las prisiones necesitan reformas urgentes, como lo patentizan las investigaciones científicas. Algunos informes exageran esta necesidad. Así, los datos del

1. Jean PINATEL (1971), *La société criminogène*, Calmann-Lévy, Paris, pp. 178 ss., 188 ss.; Juan Luis MARTIN BISSON (1998), *Por los Derechos Humanos de los reclusos*, Comisión Episcopal de Acción Social (CEAS), Ministerio Diaconal Evangélico, Lima, 1. AMNSTIA INTERNACIONAL (1999), *Informe 1999. Memoria de lo intolerable*, Madrid, pp. 36 ss., 49 ss., 198 s.

Graham SMITH (1998), “L'évolution récente du Service de probation en Angleterre et au pays de Galles”, COUNCIL OF EUROPE, *Bulletin d'information pénologique*, N° 21, décembre, pp.3-21, con bibliografía selecta. A. BERISTAIN, *Futura Política Criminal en las Instituciones de Readaptación Social (Los Derechos Humanos de las personas privadas de libertad)*, Secretaria de la Gobernación, México, 1999, pp.303 ss.(Comp. F. GALVAN GONZALEZ)

2. H.-H. JESCHECK, Th. WEIGEND (1996), *Lerbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª edición, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 13 s., 27 ss; A. BERISTAIN (1998), “Ante la tregua de ETA. Una reflexión criminológica y victimológica”, *Claves de razón práctica*, núm. 88, 38-42.

*Observatoire international des prisons*³, a veces incurren en patentes omisiones, exageraciones apasionadas e incluso en crasos errores. Conviene llamar la atención sobre las graves inexactitudes que contienen las páginas dedicadas a las prisiones españolas del *Observatoire* de 1997, pp. 91-95, firmadas por Senideak. Por ejemplo, a los 473 presos de la banda terrorista ETA los denominan “presos políticos”, lo cual carece de fundamento jurídico alguno, según veremos después.

Como prueba de que *Observatoire* falsea y desdibuja la realidad de las prisiones hispanas podemos recordar que la inmensa mayoría de los presos extranjeros que se encuentran en cárceles españolas prefieren seguir en éstas; no desean ser trasladados a las de su propio país⁴. Sabemos que todos los condenados en Andorra, ante la disyuntiva que les presenta el Tribunal de ser internados en un establecimiento francés o en el de Lérida, siempre escogen el español. Esta constatación positiva de los presos y la idea más o menos coincidente de la ciudadanía española que constata José Juan TOHARIA⁵, no merma nuestra crítica contra las muchas deficiencias de las prisiones en la península.

Por desgracia, salvo raras excepciones, las cárceles hodiernas debían ofrecer alimentación más sana, disponer de celdas más salubres, brindar trabajo en condiciones más semejantes a quienes trabajan en libertad, facilitar más las visitas de familiares y amistades, disponer de funcionariado mejor cualificado, de Criminólogos clínicos (como insistía con serios argumentos Jean PINATEL), de Jueces de vigilancia especializados en Criminología, etcétera⁶.

3. El *Observatoire international des prisons. Rapport 1997*, Lyon, 1997, informa sobre las condiciones de detención de las personas encarceladas en cuarenta y dos países (Sudáfrica, Argelia, Alemania, Autoridad Palestina, Bélgica, Burundi, Camerún, Canadá, Chad, Chile, China, Colombia, Congo, Dinamarca, Egipto, España, Estados Unidos, Francia, Grecia, Irlanda, Israel y los territorios ocupados, Italia, Japón, Kenia, Madagascar, Marruecos, México, Nigeria, Nueva Zelanda, Países Bajos, Perú, Reino Unido, Ruanda, Rusia, Senegal, Sudán, Túnez, Turquía, Uruguay, Venezuela, Vietnam y Zaire). El *Rapport* de 1996 informa sobre las condiciones en veintinueve países (Alemania, Australia, Bélgica, Burkina Faso, Camerún, Canadá, Chad, Chile, Congo, Egipto, El Salvador, Estados Unidos, Francia, Israel, Italia, Japón, Luxemburgo, Madagascar, Marruecos, México, Nicaragua, Nueva Zelanda, Reino Unido, Ruanda, Senegal, Uganda, Uruguay, Venezuela y Zaire).

4. María Belén HERNANDO GALAN (1997), *Los extranjeros en el Derecho penitenciario español*, Colex, Madrid, comenta la Instrucción 25/96, de 16 de diciembre, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias sobre normas generales para internos extranjeros. Sería deseable que todas se cumplieran con más solidaridad y generosidad.

5. José Juan TOHARIA (1994), “Actitudes de los españoles ante la administración de justicia”, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 42-43, escribe: “entre la ciudadanía española ha aumentado fuertemente, en tan sólo cuatro años, la idea de que nuestras cárceles son demasiado blandas, es decir, que los internos reciben en ellas un trato poco riguroso: ahora expresan esta idea ni más ni menos que el 57% de los entrevistados frente a sólo el 29% en 1988. Hoy día, la idea de que las cárceles son demasiado blandas es dominante incluso entre los votantes de Izquierda Unida –si bien en menor proporción que entre los votantes del PSOE, del CDS o del PP– (48% frente a 58%, 65% y 71%, respectivamente).

En sentido parecido Carmen RUIDÍAZ GARCÍA (1997), *Justicia y seguridad ciudadana*, Edersa, Madrid, 164 ss. Sólo el 28% de los encuestados opinan que “la situación de las cárceles españolas es más bien negativa”.

6. En favor del abolicionismo penitenciario puede verse el número 44 de la revista madrileña *Exodo*, junio 1988, 58 pp., con colaboraciones diversas bajo el título general “Las cárceles sobran”.

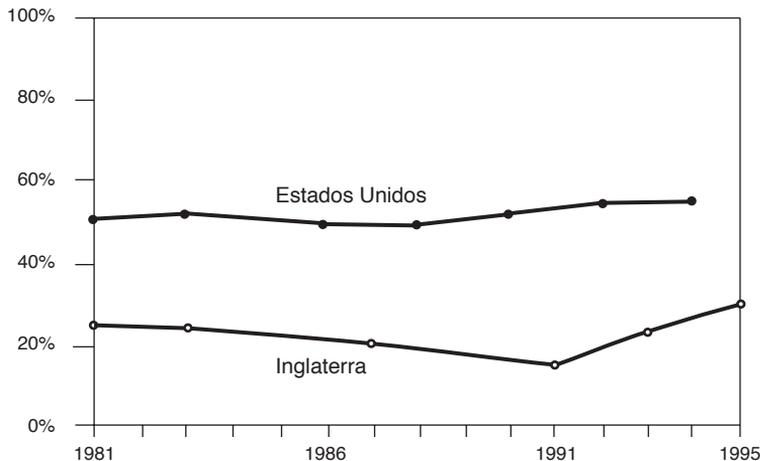
Con razón comenta Sergio BASTIANEL que a los presos de todos los continentes se les puede considerar víctimas, en cierto sentido. Tanto por lo que ellos se han desvalorizado y devaluado al cometer el delito, como por la “pena inflitta”⁷ que nosotros, en nombre de la justicia, les imponemos; por nuestra marginación y estigmatización; por nuestra indiferencia y explícita negación; por lo que nosotros añadimos innecesariamente a la sentencia justa.

Además, algunas sentencias merecen críticas severas por diversos motivos. Un motivo frecuente puede radicar en la legislación, que señala penas privativas de libertad para infracciones que no merecen una sanción tan lesiva. A muchos condenados por delitos leves o menos graves (hurtos, lesiones, calumnia, etcétera) no se les debía imponer penas ni medidas penales privativas de libertad, pues no son necesarias y provocan el actual hacinamiento en casi todos los establecimientos.

Las estadísticas de algunos países resultan escandalosas y, a veces, casi increíbles. Baste transcribir aquí unas cifras acerca del porcentaje de personas condenadas a privación de libertad en el Reino Unido y en los Estados Unidos, durante los años 1981-1996, por robo-hurto de vehículos de motor. Al 55% de las personas condenadas en Estados Unidos por robo-hurto de vehículos de motor se les impone una sanción carcelaria. La tabla siguiente detalla la evolución, la pequeña oscilación, de estas cifras desde el año 1981 hasta el año 1996. En el Reino Unido el año 1991 fue el 14%, el año 1981 el 25%, y el año 1995 el 30%. En los Estados Unidos, durante estos años, ha sido superior el porcentaje; se ha mantenido muy próximo al 50%. A

ESTADÍSTICA

Porcentaje de condenados por robo/hurto de vehículos de motor, sancionados con pena privativa de libertad



7. Sergio BASTIANEL (1998), “Pena, moralità, bene comune: una prospettiva filosofico-teologica”, en *Colpa e pena? La teologia di fronte alla questiones criminale*, a cura de A. ACERBI e L. EUSEBI, Vita e Pensiero, Milano, 161-177 (175).

los demás condenados por este delito, a los que no se les impone pena privativa de libertad, se les aplican sanciones alternativas, como “probation”, servicio en favor de la comunidad, multas, etcétera⁸.

Nuestras leyes⁹ y nuestros tribunales continúan internando a muchos autores de simples infracciones de “bagatela”; deben cambiar su cosmovisión prisional para crear y aplicar más sanciones alternativas, sin privación de libertad, a los “ladrones de gallinas”, los “pobres diablos”. Estos, por múltiples argumentos de Política criminal¹⁰, merecen un tratamiento distinto y más indulgente que los condenados por delitos graves, sobre todo si son de sangre o terroristas o de criminalidad organizada contra el orden socioeconómico.

Después de estas reflexiones generales, parece oportuno pasar ahora a un breve comentario sobre el Voluntariado, sobre “el abogado *activo* del preso” y sobre el “día internacional de la persona privada de libertad”, para a continuación analizar, con cierta amplitud, la política penitenciaria aplicada actualmente respecto a la dispersión y el discutible acercamiento, mayor o menor, de los presos de ETA. Al final se proponen diversas soluciones desde otra política penitenciaria alternativa con nuevos planteamientos.

1.2.1. El voluntariado como caballo de Troya

Serios estudios sociológicos españoles y comparados demuestran que muchas personas desean colaborar en las prisiones a tenor de las nuevas normativas y doctrinas del VOLUNTARIADO. Esta institución debidamente desarrollada puede transformar de raíz el sistema penitenciario. Sin violencia y con eficiencia, algo así como el caballo de Troya.

A los hombres y las mujeres que lo soliciten parece conveniente brindarles amplias facilidades para trabajar como voluntarios penitenciaristas. Nadie duda de su extraordinaria fuerza humanizadora, pero exigiendo que estén debidamente seleccionados y formados, pues el mundo enigmático de las prisiones lo requiere. La colaboración con el personal del funcionariado conlleva, lógicamente, dificultades. Para superarlas, no basta la buena voluntad, pues ambas tareas difieren e incluso chocan en muchos medios y algunos fines¹¹. Pocos campos de trabajo tan problemáticos y ero-

8. Más información y detalles en las 105 páginas del estudio de Patrick A. LANGAN, David P. FARRINGTON (1998), “Crime and Justice in the United States and in England and Wales, 1981-1996”, *Bureau of Justice Statistic Executive Summary* U.S. Department of Justice, Washington. La figura se encuentra en la página 22.

9. Un ejemplo concreto: en España el hurto de un vehículo de motor, si su cuantía excede de cincuenta mil pesetas, lleva aparejada la privación de libertad de seis a dieciocho meses (art. 234 en relación con el art. 244.3. del Código penal).

10. Abelardo RIVERA LLANO (1997), *La Victimología ¿Un problema criminológico? Biogenética, Biotecnología, Fecundación in vitro y Víctimas sociales*, Librería Jurídica Radar, Santa Fe de Bogotá, 151 ss.; Günther KAISER (1996), *Kriminologie. Ein Lehrbuch*, 3ª edic. C. F. Müller, Heidelberg, 150 ss., 531 ss., 978 ss.

11. Luciano TAVAZZA (1995), *El nuevo rol del voluntariado social*, Editorial Lumen, Buenos Aires; Jaime GARRALDA (1989), “Mis amigos los presos”, en J.L. de la CUESTA, I. DENDALUZE, E. ECHEBURUA (Comps.), *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1035-1047; HORIZONTES ABIERTOS (1997), *Comentario abierto a la Ley del Voluntariado*, de 15 de enero de 1996. Pedro CODURAS, S. J. (1995), *Voluntarios: discípulos y ciudadanos*, Cuadernos de Cristianisme i Justicia, Barcelona, con bibliografía.

sionantes, si se sigue pensando y sintiendo que “La vida es bella”, como titula Robert BENIGNI su película recientemente premiada y como escribía Etty HYSSESUM en su diario, testigo de las torturas en el campo de concentración de Westerbork (Países Bajos).

Merece transcribirse la imagen que brinda el Departamento de Bienestar Social de la Generalidad de Cataluña, en su libro *Curs d’Iniciació al Voluntariat*, cuando enumera las cualidades de la persona voluntaria: observadora para detectar necesidades, creativa entusiasta, con capacidad de escuchar, comunicativa, comprometida, responsable, sensibilizada, humilde, con capacidad de metabolizar las angustias ajenas, amable, cordial, con gran voluntad, con empatía, capaz de ponerse en el lugar del otro, participativa, disponible, generosa efectivamente, con los pies en el suelo, equilibrada, con estabilidad emocional, libre¹².

El Voluntariado que trabaja en las capellanías penitenciarias sabe que su colaboración resulta sumamente útil. Pero resultaría mucho más útil si tuvieran en cuenta que no bastan los conocimientos teológico-religiosos para trabajar en las prisiones, o para escribir sobre estos temas. Es lamentable que instituciones dignas de respeto como *Christianisme e justícia* publiquen un estudio de 39 páginas sobre las cárceles sin referencia alguna a expertos o especialistas; con sólo información de documentos episcopales. El lector acróico se queda con la impresión de que la iglesia católica, y en concreto la vasca, se ocupa y preocupa de los presos más y mejor que nadie, lo cual está por probar. Por desgracia, en los últimos años diversas manifestaciones en algunos ámbitos eclesiales vascos y no vascos han contribuido a crear la infundada opinión de que los condenados de ETA son presos “políticos”¹³.

1.2.2. ¿Innovador abogado-criminólogo del interno?

Urge crear una nueva institución que podemos denominar el “abogado-criminólogo *pionero* de nuevos derechos del preso”. Así como el tradicional abogado de oficio¹⁴ se encarga de defender gratuitamente durante el juicio al acusado carente de medios económicos, o que acredite se encuentra en imposibilidad social de proveer por sí mismo a la defensa de sus derechos, de modo semejante al innovador abogado-criminólogo del preso, le competará:

- estar informado de cómo se va cumpliendo la pena y/o la medida privativa de libertad (artículo 96.2 del Código penal) de su cliente,

12. DEPARTAMENTO DE BIENESTAR SOCIAL DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA (1994), *Curs d’Iniciació al Voluntariat*, Barcelona, 1994, p. 51.

13. José SESMA, M^a Luisa PASCUAL, José I. GONZALEZ FAUS (1991), *Cárceles y sociedad democrática. La fábrica del llanto*, Cuadernos de Cristianisme i Justicia, Barcelona. Algunas páginas brindan consideraciones sumamente acertadas. Muy atinado el *Suplemento* de Cristianisme i Justicia titulado “La Superación de la Cárcel”, Barcelona, 1994.

Acerca de la postura que una parte de la jerarquía católica guipuzcoana adopta ante los presos de ETA informa Aurelio ARTETA (1999), *Fe de horrores*, Oria, Alegia-Guipúzcoa, pp. 69 ss., 125 ss., 235 ss.

14. Cfr. el comentario en la *Memoria elevada al Gobierno de S. M., presentada por el Fiscal General del Estado*, Jesús Cardenal Fernández, Madrid, 1998, pp. 269-305.

- innovar-sugerir las gestiones pertinentes para que éste y sus familiares logren los mayores beneficios penitenciarios (artículos 36 y 78 del Código penal, 46 de la Ley penitenciaria y 202-206 de su Reglamento de 1996, etcétera),
- conseguir el acortamiento de la privación de libertad,
- gestionar la oportuna asistencia pospenitenciaria (Arts. 73-75 de la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria), y
- facilitar que el interno repare todo lo posible los daños causados a sus víctimas, por los cauces de la moderna legislación.

Estas misiones del innovador abogado-criminólogo del preso coinciden en ciertos puntos con las del Juez de Vigilancia penitenciaria: salvaguardar los derechos de los internos, resolver las reclamaciones-peticiones o quejas que formulen los internos, etcétera (Reglamento Penitenciario, art. 76, Código penal, arts. 37, 78, 90, 91, 93, 97, 98, 105). Pero difieren notablemente en su perspectiva y en su contenido. El abogado-criminólogo *pionero* de los derechos del preso es, conviene repetirlo, *defensor* de su cliente; no es juez, ni juez de vigilancia penitenciaria, ni fiscal. Todavía más, en ciertos casos, a él le compete llevar la iniciativa para conseguir el respeto y el *desarrollo* de los cada día emergentes derechos del privado de libertad.

Así como el acusado necesita de un letrado que le defienda durante el juicio, con tantos o más motivos hemos de reconocer que el condenado a una pena o medida penal privativa de libertad necesita de un abogado-criminólogo que le defienda durante los largos y negros años de la sanción. Si el preso carece de medios económicos, el estado social de derecho debe facilitarle un guía eficiente durante la evolución tan imprevisible que la ejecución de su condena experimentará respecto a su desarrollo personal y respecto a las transformaciones de la legislación y praxis penitenciaria. Durante los cinco o diez o quince años transcurridos en la cárcel, desde el día que el abogado defensor de oficio se despidió de él, cuando el Magistrado le leyó la sentencia condenatoria, tanto él como los Magistrados como los funcionarios, como la prisión... han cambiado muchísimo. Un criminólogo le ha de informar y asistir para que se respeten y se “desarrollen” sus derechos. Le debe incluso abrir nuevos caminos de progreso en la preparación para la salida a la libertad.

En el umbral del tercer milenio, el estado social de derecho no puede dejar “tirados” a los presos en el patio de la cárcel; menos aún en la celda de castigo. A cada hombre, mujer o niño (sobre todo a cada niño o niña)¹⁵, interno en una cárcel, sin posibilidades económicas, la justicia debe asignarle un abogado *innovador*, que vaya delante de él y aun de las leyes, y le ayude a lograr todo lo que el futuro, la “esperanza”¹⁶, le brinda. No bastan las instituciones *privadas*, algunas dignas de elogio y de

15. E. GIMENEZ-SALINAS I COLOMER, “¿Condena o privilegio?”, en *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989, pp. 1153-1168.

16. Ernst BLOCH (1954-1959), *Das Prinzip Hoffnung*, Berlín; Frankfurt Main, 1959. Obras completas, tomo 5 (dos volúmenes). Hay traducción en castellano. Después, al exponer la política penitenciaria alternativa insistiremos acerca de la esperanza.

imitación, que trabajan más o menos oficialmente en algunos países, como en Colombia la “defensoría pública”¹⁷.

1.2.3. Día Internacional de la persona privada de Libertad

Al terminar este capítulo, conviene indicar, aunque sea brevemente, que las prisiones en todo el mundo necesitan otra ayuda urgente: que alguien (un periódico, una radio, un Colegio de Abogados, una Facultad universitaria, un sindicato, una institución religiosa o cultural...) inicie una campaña para dedicar en España y en el mundo entero una jornada anual, “El día internacional de las personas privadas de libertad”¹⁸. Entre sus diversos fines, destacará el que todos los ciudadanos y ciudadanas, desde la infancia, tomemos conciencia y nos comprometamos en favor de tantos miles de hombres, mujeres y niños a quienes –directa y/o indirectamente– obligamos a malvivir en condiciones inhumanas.

2. POLITICA PENITENCIARIA APLICADA

2.1. ¿Pro y contra el acercamiento de los presos de ETA?

*“Para Amnistía Internacional, entre las más apremiantes del movimiento de derechos humanos están la de influir en los grupos armados de oposición para que respeten los derechos humanos, y la de animar al mundo empresarial a realizar una labor positiva de promoción y defensa de los derechos humanos”*¹⁹.

Ahora pasamos a comentar un problema concreto en el ámbito penitenciario español: la dispersión de los presos de ETA que, desde hace cierto tiempo, viene creando graves problemas y violencias en el País Vasco. Durante los últimos años,

17. El actual Código de Procedimiento Penal de Colombia, en su artículo 140, establece los fines de la defensoría pública: “El servicio de defensoría pública, bajo la dirección y organización del Defensor del Pueblo, se prestará en favor de quienes carecen de recursos económicos para proveer su propia defensa a solicitud del sindicato, el Ministerio Público o el funcionario judicial”. La Ley 24 de 1992, en su artículo 21, proclama que la defensoría pública garantizará gratuitamente “el pleno e igual acceso a la justicia o a las decisiones de cualquier autoridad pública”. El artículo siguiente determina quiénes prestan ese servicio público (los abogados y los estudiantes de los dos últimos años de las facultades de derecho oficialmente reconocidos por el Estado”. El artículo 24 especifica, entre otras funciones de la defensoría pública, la misión de “Verificar en los establecimientos carcelarios la situación jurídica de los internos y atender a las solicitudes correspondientes”. (Agradezco su amplia información al Profesor Julio SAMPEDRO, de la Universidad Javeriana, de Bogotá).

El *abogado-criminólogo* que nosotros proyectamos debe satisfacer las solicitudes del interno y de sus familiares, debe adelantarse a ellas, e incluso debe tomar él la iniciativa.

En este sentido convendría reformar la Ley española 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, y su Reglamento aprobado por Real Decreto número 2103/1996, de 20 de septiembre.

18. Antonio BERISTAIN (1996), *Criminología, Victimología y Cárceles*, Tomo II, Pontificia Universidad Javeriana, Santa Fe de Bogotá, pp. 324 s.

El día del preso se celebra, en Perú, el 16 de julio, festividad de Nuestra Señora del Carmen, y en Colombia el 24 de septiembre, festividad de Nuestra Señora de la Merced.

19. J.A. CARRILLO SALCEDO (1998), “¿Responde la Declaración Universal a las exigencias actuales de los Derechos Humanos?”, en Pablo A. FERNANDEZ SANCHEZ (Comp.), *La desprotección Internacional de los Derechos Humanos*, Universidad, Huelva, 21.

muchas personas y algunos medios de comunicación dan por evidente que los presos de ETA son presos políticos, por un lado, y, por otro, que no deben estar dispersos sino internados todos ellos en las instituciones penitenciarias de Bilbao (Basauri), San Sebastián (Martutene) o Vitoria (Nanclares de la Oca).

La calificación de presos “políticos” para los terroristas de ETA la consideran infundada todos los especialistas cualificados, como COBO DEL ROSAL, GARCIA VALDES, GIMENEZ GARCIA, MUÑOZ CONDE, RODRIGUEZ DEVESA, RUIZ VADILLO, etcétera. También GARRIDO, STANGELAND y REDONDO²⁰ cuando breve, pero científicamente, definen al delincuente político como el condenado “por llevar a efecto actividades que son reconocidas como legítimas por las democracias internacionales”. Además, la motivación más o menos política de sus asesinatos y secuestros no figura como circunstancia atenuante en la doctrina y en la legislación penal de los países respetuosos de los derechos humanos de todos, no menos de las víctimas.

En cuanto a la discutida dispersión conviene distinguir dos cuestiones:

- A. ¿es obligado el acercamiento de todos los presos de ETA a cárceles próximas al País Vasco?
- B. ¿todos los presos de ETA deben estar internados en los tres establecimientos penitenciarios del País Vasco?.

A ambas preguntas se puede responder con relativa facilidad. A la primera cabe contestar que “ese acercamiento es conveniente, pero con excepciones y tomando en consideración importantes matices y límites criminológico-victimológicos”. A la segunda conviene responder que “sí algunos presos, pero no todos”. A continuación procuramos comentar estos criterios.

2.1.A. ¿En las cárceles próximas al País Vasco?

“El fin y la justificación de las penas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen”

NACIONES UNIDAS (1977), Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Regla 58.

En cuanto a la conveniencia del acercamiento de los presos de ETA a cárceles próximas al País Vasco los especialistas se muestran favorables, pero con notables matizaciones e incluso fuertes limitaciones. Admiten tal acercamiento en muchos casos, pero no en todos. Nunca lo consideran como un derecho subjetivo de los con-

20. V. GARRIDO, P. STANGELAND, S. REDONDO (1999), *Principios de Criminología*, Tirant lo blanch, Valencia, p. 637. J. GIMENEZ GARCIA (1997), Terrorismo y represión, presos políticos y presos comunes, *Revista de Jueces para la Democracia*, nº 30, noviembre, p. 20-24 (“la delincuencia política, por definición, es ideológica y conceptualmente imposible en un estado de derecho caracterizado por un efectivo pluralismo ideológico”, p. 21). J. L. ZAMARRO PARRA (1998), Política penitenciaria española y terrorismo, *Revista de Ciencias Penales. Revista de la Asociación Española de Ciencias Penales*, vol. 1, nº 2, pp. 469-496 (493, “En la actualidad no se considera delito político al terrorismo”).

denados. Aducen sólidos argumentos legales, jurisprudenciales y teóricos, del tradicional Derecho penal y de las nuevas ciencias criminológico-victimológicas.

Tanto la doctrina como la legislación comparada niegan unánimemente que el preso tenga un derecho subjetivo a decidir él su residencia en tal o cual institución penitenciaria. Ningún especialista, ninguna norma legal española o extranjera, ni el Parlamento Europeo, reconoce, ni concede, al preso ese derecho²¹.

Los eminentes penitenciaristas alemanes Rolf-Peter CALLIES y Heinz MÜLLER-DIETZ, en su última edición del mejor comentario a la ley penitenciaria alemana, al estudiar el parágrafo 8, niegan repetidas veces que el condenado tenga derecho subjetivo a ser trasladado a tal o cual establecimiento penitenciario (*nicht als Recht fordern*, página 110; *begründet zwar keinen Anspruch des Gefangenen auf Verlegung*, página 111)²².

Aunque los presos tuvieran ese derecho, nadie lo calificaría de derecho “absoluto”, pues los internos, como todos los hombres y las mujeres, tienen los derechos fundamentales de su dignidad personal, pero no derechos absolutos. Todos los derechos humanos son relativos, dependen de las circunstancias y los circunstancias. Una circunstancia importante es, por ejemplo, el terrorismo. Por eso, en diciembre de 1998, el Parlamento Europeo, al pedir “enérgicamente que se tome en consideración el entorno familiar de los condenados, favoreciendo, en particular el encarcelamiento en un lugar próximo al domicilio de su familia y fomentando la organización de visitas familiares e íntimas mediante el acondicionamiento de locales específicos, ya que los cónyuges y los hijos desempeñan una función muy positiva en la enmienda, la responsabilización y la reinserción civil de los presos”, añade que esta petición carece de sentido cuando “existan motivos justificados y precisos en contra (posible complicidad en los delitos, asociaciones de tipo mafioso, formas especiales de terrorismo, etc.)”²³.

2.1.A.1. Tres coordenadas básicas

“Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto... y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas...”

Código civil, art. 3. 1.

La legislación y la doctrina comparada, al tratar de a qué establecimiento debe ser enviado cada condenado coinciden en establecer tres principios básicos:

1. Es a la administración penitenciaria (y no al condenado) a quien compete designar a cuál de los diversos establecimientos debe ser destinado, o en cuál debe permanecer, el delincuente.

21. Eugenio Raúl ZAFFARONI, José Henrique PIERANGELI (1997), *Manual de Direito penal brasileiro*, Parte general, Sao Paulo, 805 s.

22. R-P. CALLIES y H. MÜLLER-DIETZ (1998), *Kommentar. Strafvollzugsgesetz*, 7ª edición, C. H. Beck Verlag, Rdnr. 1 zu & 8, 109-115.

23. PARLAMENTO EUROPEO (1998), *Informe. Resolución sobre las condiciones carcelarias en la Unión Europea: reorganización y penas de sustitución*, Acta del 17-12-98, Edición provisional.

2. La ley ha de formular los criterios que deben guiar a la Administración para señalar ese destino.
3. Esos criterios normativos se interpretarán en relación con el contexto legal y la realidad social.

Estos principios se explicitan y regulan en claros preceptos de la legislación española que coincide con la de los países democráticos, con las normas correspondientes de las Naciones Unidas y con las del Consejo de Europa. Concretamente, han de respetarse el artículo 8. 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, revisado en conformidad con el Protocolo nº 11, en vigor desde el primero de noviembre de 1998, el artículo 25. 2 de la Constitución española, los artículos 1º, 12 y 63 de la Ley Penitenciaria, el 2 de su Reglamento reformado el año 1996 y el 3. 1 del Código civil.

Ante todo, es de obligada aplicación el citado artículo 63, según el cual: “Para la individualización del tratamiento, tras la adecuada observación de cada penado, se realizará su clasificación, destinándose al establecimiento cuyo régimen sea más adecuado al tratamiento que se le haya señalado y, en su caso, al grupo o sección más idóneo dentro de aquél. La clasificación debe tomar en cuenta no sólo la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, sino también la duración de la pena y medidas penales en su caso, el medio a que probablemente retornará, y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento”.

La primera parte de este artículo recoge la doctrina unánime según la cual el destino concreto de cada interno lo debe decidir la Administración (no el propio interno)²⁴, después de la adecuada observación y clasificación, científico-criminológica, de cada penado. En la parte siguiente se resumen los criterios que la Administración ha de tomar en consideración: respecto al pasado (la personalidad del condenado, su historia, su familia, sus circunstancias sociales y su delito), respecto al presente (su sanción, los recursos institucionales para el buen éxito de su tratamiento) y respecto al futuro (el medio al que probablemente retornará).

Para la aplicación de este artículo 63 conviene no olvidar dos normas legales: el artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”) y el previo artículo 12 de la Ley penitenciaria. Ésta, haciéndose eco del artículo primero de la misma Ley y del artículo 25.2 de la Constitución, formula otro principio básico de Política criminal fundamental: procúrese, en cuanto sea posible, que los internos residan en establecimientos penitenciarios de la propia Comunidad autónoma. Dice así el citado artículo 12: “En todo caso, se procurará que cada área” territorial cuente con el número suficiente de establecimientos “para satisfacer las necesidades penitenciarias y evitar el desarraigo social de los penados”.

Merecen subrayarse las dos palabras *se procurará*. Ellas patentizan que se trata de un deseo, no de una obligación ineludible, pues hoy en día resulta imposible que cada área territorial (especialmente las de menor volumen de habitantes) cuente con el número suficiente de establecimientos dotados de correspondiente personal peniten-

24. En el mismo sentido los artículos 103-111 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 1998.

ciario (con la debida formación pedagógica, sociológica y criminológica) para cumplir las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas acerca del tratamiento de los reclusos²⁵ y para atender debidamente a tales o cuales condenados especialmente graves, peligrosos, conflictivos y necesitados de particulares medidas y tratamientos de reeducación y reinserción social, como pueden ser algunos delincuentes sexuales contra niños, algunos terroristas y algunos condenados por criminalidad organizada.

Los teóricos, como los tribunales, se apoyan en la moderna Política criminal fundamental y la moderna Política criminal aplicada española y comparada para proclamar que, *en general*, a las personas privadas de libertad les conviene estar cerca de sus familiares y amigos. Dicen *en general* porque caben importantes excepciones. En algunos casos particulares, la cercanía dificulta los fines democráticamente establecidos de las instituciones penitenciarias: la reeducación y reinserción social del condenado concreto, por una parte (Constitución, artículo 25. 2), y la retención y custodia de los demás internos, por otra. (Artículo primero de la Ley General Penitenciaria). Hay delincuentes por convicción, presos y/o grupos de presos tan violentos que no pueden residir en tal o cual establecimiento, pues pondrían en grave peligro su seguridad y su orden básico para la convivencia²⁶. Hay familiares y amigos o grupos de familiares y amigos que, a veces, dificultan la reeducación y reinserción del condenado²⁷.

25. NACIONES UNIDAS (1990), "Principios básicos para el tratamiento de los reclusos", de 14 de diciembre. El Principio 10 proclama: "Con la participación y ayuda de la comunidad y de las instituciones sociales, y con el debido respeto de los intereses de las víctimas, se crearán condiciones favorables para la reincorporación del ex recluso a la sociedad en las mejores condiciones posibles".

NACIONES UNIDAS (1988), Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión", de 9 de diciembre. Todavía conservan su valor las Reglas Mínimas de 31 de julio de 1957 y de 13 de mayo de 1977.

26. Manuel LEZERTUA RODRIGUEZ (1998), "Los derechos de los reclusos en virtud del Convenio Europeo de Derechos Humanos", *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 12 extraordinario, 135-165. De especial interés su capítulo titulado "Los casos de acercamiento dentro del Estado", 162 s.

El artículo 3. 4 de la Ley Org. Gen. Penitenciaria dispone que "La Administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos". Cfr. Ignacio José SUBIJANA ZUNZUNEGUI (1998), "Los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad y la doctrina del Tribunal Constitucional", *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 12 extraordinario, 167-186.

27. Peter WALDMANN (1997), *Radicalismo étnico. Análisis comparado de las causas y efectos en conflictos étnicos violentos*, trad. Monique Delacre, Akal, Madrid. En el País Vasco un sector pequeño, pero numéricamente no desdeñable, de la población alienta decididamente a los activistas, p. 409.

Fernando REINARES (1998), *Terrorismo y antiterrorismo*, Paidós, Barcelona, 116 s., 148 ss.

AMNISTIA INTERNACIONAL (1998), *España. Programa para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos*, 29. (Abusos contra los derechos humanos cometidos por grupos armados).

Aunque en Derecho penal rige el principio de la responsabilidad individual del autor del delito. Sin embargo, este axioma muchas veces no responde justamente a la realidad, porque olvida y no sanciona a muchas personas cómplices, pero en un grado bajo de participación. La Criminología critica al Derecho penal porque con frecuencia no ve la complicidad de los familiares y amigos del autor (principal) del delito. La Criminología deduce y afirma que, salvo excepciones, nadie delinque solo; que frecuentemente sus familiares están más o menos implicados y se aprovechan conscientemente más o menos del botín del crimen; que sus manos no están del todo limpias. Por lo tanto, surge una pregunta: ¿es lógico e inevitable que los familiares, a veces, sufran algo con y/o por la sanción del autor directo del crimen?

Para interpretar inteligente y desapasionadamente los artículos que hemos citado conviene dar un paso más y recordar el artículo 3. 1 del Código civil que dice: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”. Con frecuencia se olvida este artículo básico en toda la hermenéutica, y se cree que lo jurídico puede prescindir de la compleja realidad social. A ese respecto merece leerse la nota aparecida en la prensa española el día 28 de diciembre de 1998²⁸. Da por supuesto que el especialista en Derecho penitenciario, en su función interpretativa, debe prescindir de la multi e interdisciplinariedad criminológica.

Este artículo 3 del Código civil obliga a conceder amplia importancia a las circunstancias personales, familiares y sociales del condenado y las víctimas. En el caso de los reos de ETA, obliga a constatar que la realidad social del País vasco, en 1998 y 1999, dista bastante de la normal, y obliga a interpretar/aplicar los artículos 12 y 63 de manera diversa en las otras regiones hispanas, a tenor de su propia economía, cultura, etcétera. Se ha de conceder importancia a las circunstancias del terrorismo de ETA, que es algo más y distinto que la mera violencia o criminalidad común y cotidiana. A este respecto conviene reavivar la memoria y transcribir parte de un trágico comentario, de la profesora Dolores ALEXANDRE, de la Universidad de Comillas, publicado en la revista *Exodo*, número 44, monográfico en favor del abolicionismo penitenciario. Bajo el título *Escribir en el suelo*, se refiere al funcionario penitenciario José Antonio ORTEGA LARA, secuestrado durante 532 días (enero 1996-1º de julio 1997), y a los cuatro autores de ese crimen. Empieza así: “Mi mirada ha pasado, atónita y sobrecogida, de una imagen a otra: del hombrecillo esquelético y de expresión errática y ausente (José Antonio ORTEGA LARA), a la de los cuatro etarras pléticos y joviales que exhiben la risa despreocupada de quien se reúne con unos amigos a celebrar viejos recuerdos”²⁹.

2.1.A.2. *Las Naciones Unidas y las víctimas (1990, 1998)*

En el tema del destino y traslado de los internos a un establecimiento o a otro la legislación/jurisprudencia española coincide con la comparada más progresista. Pero, sin embargo merece nuestra censura como incompleta porque a sus actuales coordenadas de clasificación y destino debe añadir urgentemente otro criterio nuevo, otra

28. La prensa española el día 28 de diciembre de 1998 informa que una autoridad del ámbito judicial español explicó en una entrevista que “el cumplimiento de las penas privativas de libertad en lugares próximos al lugar donde el interno tiene su arraigo social es una consecuencia directa del artículo 12 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. Por ello, en la aplicación de dicho precepto, deben tenerse en cuenta consideraciones jurídicas y nunca estratégicas, políticas o de otra índole”.

El conjunto de la entrevista carece de argumentos probatorios de la supuesta “consecuencia directa del artículo 12” y no toma en consideración la realidad social a la que se refiere el artículo 3.1 del Código civil.

Conviene insistir, como argumenta Vicente GIMENO SENDRA, que el juez contemporáneo debe ser conceptualizado como un cualificado *intérprete* del Derecho, zahorí de la norma que mejor se adecúa a la realidad social, extrayendo nuevos significados en consonancia con las nuevas exigencias sociales, y ello aun cuando no fueran previstos por la “mens legislatoris”. GIMENO SENDRA (1997), “El control de los jueces por la sociedad”, *Revista del Poder Judicial*, N.º. 48, pp. 37-56 (41 s.)

29. Dolores ALEXANDRE (1998), “Escribir en el suelo”, *Exodo*, núm. 44, junio 1998, 53.

“realidad social”, de suma importancia, que, por desgracia, la legislación y la jurisprudencia y los comentaristas ignoran casi totalmente.

Ojalá los teóricos, los legisladores, los jueces y los penitenciaristas abran más los ojos a este hasta hoy casi desconocido campo de reflexión, a este nuevo derecho de las víctimas y de los victimarios. La política penitenciaria debe tomar más en serio a las víctimas y a su relación con los victimarios. También, en algunos supuestos, al deseo de algunos condenados que piden ponerse en relación con sus víctimas. Para decidir si tal o cual preso es enviado/trasladado a este o a aquel establecimiento, la autoridad competente deberá tener en cuenta siempre los intereses legítimos de sus víctimas directas e indirectas, sobre todo en algunos casos de suma gravedad, a la luz del *Handbook on Justice for Victim on the use and application of the United Nations Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power*, de 1998, y la *Guide for Policy Makers on the Implementation of the United Nations Declaration...*, de 1998). Sin olvidar su tantas veces recordada Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder³⁰, y los “Principios básicos para el tratamiento de los reclusos”, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1990, que hemos citado antes, y de la cada día más humanitaria ciencia victimológico-penitenciaria. Muy en especial debe tomar en consideración la reciente Ley orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, que introduce un nuevo artículo 57 con la siguiente redacción:

“Los Jueces y Tribunales, en los delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, ... y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos y al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la prohibición de que el reo se aproxime a la víctima o se comunique con ella o con su familia, vuelva al lugar en que haya cometido el delito, o acuda a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos, dentro del período de tiempo que el Juez o Tribunal señalen, según las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de cinco años.” (Boletín Oficial del Estado núm. 104, de 1º de mayo de 1999)³¹.

En resumen, la doctrina, la legislación y la jurisprudencia de los países democráticos coinciden en que compete a la Administración penitenciaria decidir a qué establecimiento, más o menos próximo del País Vasco, debe ser enviado o trasladado cada preso de ETA. Dependerá en cada caso de los argumentos concretos en favor y en contra acerca de esa “mayor” proximidad deseada. La Administración ha de tener en

30. NACIONES UNIDAS (1998), *Handbook on Justice on the use and application of the United Nations Declaration of Basic Principles of Justice for Victim of Crime and Abuse of Power*, Commission on Crime Prevention and Criminal Justice, Viena, 17 de abril; IDEM (1998), *Guide for Policy Makers on the Implementation of the United Nations Declaration of Basic Principles...*, Commission on Crime Prevention..., Viena, 17 de abril; IDEM (1985), *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, de 29 de noviembre de 1985. (Agradecemos a Ana MESSUTI DE ZABALA su amplia información sobre los trabajos de las NN. UU. en cuestiones criminológicas).

Sobre las reformas legales y los movimientos sociales de los países más avanzados en el ámbito victimológico, cfr. Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO (1999), “El impacto de la Victimología en el proceso penal: Derechos de la víctima y principio de oportunidad”, en *Homenaje a Enrique Ruiz Vadillo*, Colex, Madrid, 107-146 (117 ss.).

31. Véase la nueva redacción de este artículo, en la Ley Orgánica 14/1999 de 9 de junio.

cuenta los criterios jurídicos y criminológicos proclamados en los países democráticos, sin olvidar los nuevos derechos de las víctimas.

Un problema similar, según algunos, se refiere a si todos los presos de ETA deben ser destinados a las tres cárceles del País vasco. Pero esta cuestión, a pesar de algunas semejanzas, merece capítulo aparte.

2.1.B. ¿Los internos de ETA en las tres prisiones del País Vasco?

2.1.B.1. Cinco límites al acercamiento

“Sólo el Derecho puede garantizar la paz, siempre que aquél se identifique con la justicia”.

Enrique RUIZ VADILLO³²

Respecto a si los condenados por delitos de terrorismo de ETA deben ser trasladados a las tres cárceles del País vasco, la respuesta jurídica³³ distingue dos grupos:

- a) algunos presos de ETA, aunque no tienen derecho subjetivo al respecto, deben ser destinados a cárceles del País vasco, por conveniencias de Política criminal fundamental y aplicada
- b) otros no deben ser destinados a esas cárceles, por múltiples y serios motivos.

La Política penitenciaria fundamental proclama, teóricamente y salvo numerosas excepciones, la conveniencia general de procurar, en cuanto sea hacedero, que los presos residan en instituciones lo más cercanas posible a sus familiares y amigos. La doctrina, la legislación y la jurisprudencia comparada, así como la discusión político-parlamentaria, aconsejan esa cercanía en muchos casos, porque se supone que con frecuencia, aunque no siempre, ayuda a evitar el desarraigo social del preso.

Esta suposición pierde con frecuencia su vigencia teórica y práctica por múltiples y serios motivos. Aquí comentamos únicamente cinco de las variables que, muchas veces, limitan esa norma general, esa conveniencia de que los condenados sean destinados a establecimientos cercanos a sus familias: 1^a el elemental respeto debido a la dignidad de las víctimas que se viola si sus victimarios residen en instituciones próxi-

32. Enrique RUIZ VADILLO (1996), *Exigencias constitucionales en el proceso penal como garantía de la realización de la Justicia. La grandeza del Derecho penal*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, pp.248 ss.

33. La respuesta *jurídica* ha de tener en cuenta la connotación *política* de la reinserción de los presos terroristas, como analiza Antonio VERCHER NOGUERA (1994), “Terrorismo y reinserción social en España”, *La Ley*, de 19 de abril, año XV. Número 3501, pp. 4 s. Y también debe recordar que, por reinserción social entendemos, no la instalación impuesta en el seno de un pensamiento único ni la integración obligada en las pautas oficiales del pensar, crear o comportarse, sino la capacidad para abstenerse de llevar a cabo conductas incriminadas legalmente de acuerdo con el más escrupuloso respeto al principio de intervención mínima del *ius puniendi*. Cfr. Javier SAENZ DE PIPAON (1998), “¿Ciencia penitenciaria?”, *La Ley*, 1 de julio, año XIX, Núm.4574, p. 2.

Jean PINATEL (1973), “La crise pénitentiaire”, *Année sociologique*, Vol. 24, pp. 13-67.IDEM (1980), “perspectives d’avenir de la Criminologie”, en *Mélanges offert à Jean PINATEL*, A. Pedone, Paris, pp. 61-270 (269: L’honneur de la criminologie clinique est de ne pouvoir exister que dans les sociétés dominées par le respect de la dignité humaine.”).

mas, 2ª los derechos de todos los internos a su seguridad personal, 3ª los semejantes derechos de los funcionarios penitenciarios a su seguridad, 4ª el derecho de los internos de ETA a su resocialización, 5ª la obligación de la autoridad penitenciaria de destinar a los condenados a los establecimientos que más les convenga a ellos, a tenor de las normas de derecho español y comparado que hemos comentado en las páginas anteriores.

La moderna ciencia victimológica³⁴ insiste en que debemos superar la tradicional neutralización jurídico-penal de las víctimas. No siempre es justo decidir *in dubio pro reo*. Muchas veces habrá que optar *in dubio pro victima*, en caso de duda, en favor de las víctimas. A éstas hay que reconocerles amplios derechos a ser protagonistas en lo relacionado con la delincuencia y su sanción. En el umbral del tercer milenio urge reconocer a las víctimas en la base del triángulo virtual del crimen, de su prevención y de su *reparación*. La política criminal y la política penitenciaria deben girar alrededor de las víctimas, como repiten atinadamente Nils CHRISTIE³⁵ y muchos victimólogos cuando proclaman que los teóricos y los agentes del derecho penal, del sistema procesal y del penitenciario deben devolver (porque “robaron”) a las víctimas y a los victimarios su delito, su victimación y su protagonismo penitenciario.

Como indica GIMENEZ-SALINAS, “en nuestras democracias y en la Europa del año 2000, debemos entender que el conflicto penal (también el delito y su pena recreadora, en su tanto) no pertenece ni en exclusiva ni prorariamente al Estado”; pertenece en primer lugar a las víctimas directas e indirectas y al victimario³⁶. También lo relativo a la sanción privativa de libertad.

Lógicamente, las Naciones Unidas piden que se respeten siempre los intereses de las víctimas en todo lo relativo al tratamiento de los reclusos. El Principio diez de sus *Principios básicos para el tratamiento de los reclusos*, de 14 de diciembre de 1990, establece textualmente: “Con la participación y ayuda de la comunidad y de instituciones sociales, y *con el debido respeto a los intereses de las víctimas* (subrayo), se crearán condiciones favorables para la reincorporación del ex recluso a la sociedad en las mejores condiciones posibles”.

Nadie debe extrañarse de que los jueces y el personal penitenciario presten la debida atención a las víctimas del terrorismo cuando desean y exigen con pleno derecho que sus victimarios residan en prisiones no próximas. Los jueces pueden y en

34. Alvin ESER (1998), *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima*, Cuadernos de conferencias y artículos, Nº 18, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, pp. 9 ss., 39 ss. Traducción del alemán de Manuel Cancio Meliá. Cfr. “Rechtsgut und Opfer: zur Überhöhung des einen auf Kosten des anderen”, en el libro homenaje a Ernst-Joachim Mestmäcker, Nomos-Verlag, Baden, 1996.

E. FATTAH y T. PETERS, comps. (1998), *Support for crime victims in a comparative perspective*, University Press, Leuven, 1998.

35. Nils CHRISTIE (1984), *Los límites del dolor*, trad. de Mariluz Caso, Fondo de Cultura Económica, México, 126 ss., 141 ss. IDEM (1993), *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?*, prólogo de R. ZAFFARONI, trad. de Sara Costa, Editores del Puerto, Buenos Aires, pp. 111 ss., 188 ss.

36. Esther GIMENEZ-SALINAS I COLOMER (1996), “La mediación en el sistema de justicia juvenil: Una visión desde el Derecho comparado”, *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto vasco de Criminología*, núm. 10, 193-212 (212).

muchas ocasiones deben imponer a algunos condenados la prohibición de acercarse a los lugares donde viven sus víctimas. Prohibición, con frecuencia, de notable eficacia preventiva y reparadora. Los Magistrados debían aplicar con más frecuencia las normas legales que les privan a los victimarios del derecho a residir en determinados lugares. Por ejemplo, el Código penal de 1995, en su artículo 48 que impide al penado volver al lugar donde reside la víctima o su familia, el 57 (modificado en abril de 1999), el 83. 1. 1º, el 96. 3. 1º, y el 105. 1. c.³⁷.

Como afirma Antoine GARAPON³⁸, la prohibición dictada por el juez de frecuentar a las víctimas no es una coacción, sino un *límite*, una restricción de la libertad, que se vivirá quizás como una *frustración*, pero que resulta ineluctable.

Las víctimas, no pocas veces, especialmente en ciertas ciudades pequeñas, se sentirían moralmente agredidas si algunos terroristas residen en establecimientos penitenciarios cercanos a ellas. Por ejemplo, cuando sus victimarios disfruten de permisos de salida de la prisión, y/o cuando los familiares y amigos de ellos se manifiesten o protesten en las inmediaciones de la cárcel, etcétera.

(Entre paréntesis merece indicarse que, en casos excepcionales, las víctimas pueden pedir que sus victimarios residan en prisiones próximas, si –contra lo que ocurre generalmente– ellos quieren repararles los graves daños que les han causado).

Pasamos ahora a considerar el segundo y el tercer límite al acercamiento de los presos. Nos referimos a los elementales derechos de los internos y de los funcionarios a su seguridad personal. La más inexorable base para que las prisiones cumplan sus fines es mantener la seguridad de las personas internas y de las funcionarias que trabajan con ellas. Esta seguridad resulta imposible si en un establecimiento están concentrados gran número de condenados de una banda terrorista. Los estudios sociológicos coinciden en sus análisis al respecto: esos presos forman un grupo cerrado, no se integran con los otros presos, a veces se enfrentan violentamente con ellos, y más aún con los funcionarios. Frecuentemente provocan motines y crean graves problemas de convivencia. Por esto, para salvaguardar la vida, la integridad física y la libertad elemental, etcétera, de los reclusos, todas las legislaciones penitenciarias conceden a los Directores de los establecimientos que, ante situaciones particulares o extraordinarias, puedan acordar y adoptar medidas especiales que impliquen limitaciones regimentales. Un ejemplo que conviene tener en cuenta lo encontramos en el artículo 75 del Reglamento Penitenciario de 1996 y en la jurisprudencia pertinente de nuestro Tribunal Constitucional³⁹.

Si se concentra gran número de autores de delitos terroristas en un establecimiento, se priva de la libertad y seguridad indispensable a sus funcionarios. No se olvide que ETA ha asesinado y/o secuestrado a varios de éstos por el único argumento de

37. José Antonio CHOCLAN MONTALVO (1997), "Las penas privativas de derechos en la reforma penal", *Actualidad penal*, pp. 147-171 (160 ss.).

38. Antoine GARAPON (1997), *Juez y Democracia. Una reflexión muy actual*, trad. de Manuel Escrivá, Flor del Viento, Barcelona, p. 224.

39. Pedro Joaquín MALDONADO CANITO (1998), "Limitaciones regimentales de protección personal", *Cuadernos de Derecho Penitenciario* del Colegio de Abogados de Madrid, Suplemento correspondiente a OTROSÍ, N° 3, mayo, pp. 15-21.

que eran funcionarios penitenciarios... aunque promovieran el estudio del euskera, como lo hacía, en el Centro Penitenciario de Martutene, Francisco Javier GOMEZ ELOSEGUI, asesinado el once de marzo de 1997, cuando salía de su domicilio en el barrio donostiarra de Gros⁴⁰.

En los últimos años algunos políticos movilizan en el País Vasco a miles y miles de ciudadanos para que se manifiesten y exijan públicamente que todos los presos de ETA sean trasladados a las tres cárceles de Euskadi. Es una manipulación demagógica. Hoy ningún especialista en temas penitenciarios propugna que medio millar de presos terroristas sean trasladados a tres cárceles cercanas y de dimensiones relativamente pequeñas, como son las de Bilbao, San Sebastián y Vitoria (cfr. Anexo 1). Sin duda, perturbarían frecuentemente la seguridad de esos establecimientos y obstaculizarían la reinserción social de los –pocos o muchos– colegas internos que, en cierto sentido, la desean. Claramente afirma ZAMARRO PARRA⁴¹, “Es evidente que la concentración dificulta extraordinariamente la separación de la banda. Como se ha puesto de manifiesto, salir de algunas organizaciones terroristas no es fácil. Algunos lo han pagado con su vida... En materia terrorista, a pesar de los beneficios que aporta la dispersión, ésta debe graduarse y acercar a los presos a la Península y, en la medida de lo posible, al País Vasco. (Siempre manteniendo los grupos lo más reducidos posibles). En este caso la dispersión queda justificada por exigencias de tratamiento”.

Hemos llegado ya al cuarto motivo de limitaciones a la conveniencia de que los presos estén cerca de sus familiares y amigos: respetar y desarrollar los derechos de aquellos internos de la banda armada que desean abandonar su militancia anterior. La política criminal aplicada insiste en que a algunos presos por actos terroristas les puede convenir no permanecer en centros penitenciarios muy cerca de sus parientes y amigos, cuando éstos (según las estadísticas y las encuestas) continúan manteniendo los ideales revolucionarios, pues tal cercanía dificultará su reinserción social. También, a veces, les resulta ventajoso no estar en establecimientos en que haya muchos colegas que siguen en la línea delictiva, pues ello merma su libertad para reintegrarse en la sociedad. La concentración masiva de los condenados por delincuencia organizada nunca beneficia su reeducación, sino todo lo contrario.

En cuanto al quinto argumento limitativo de la cercanía prisional, baste recordar los comentarios formulados en el capítulo anterior, al estudiar las tres coordenadas básicas coincidentes en la legislación y la jurisprudencia de todos los países democráticos, respecto a quién debe destinar a los presos a tal o cuál establecimiento, y cuáles son los principales criterios determinantes:

40. Francisco Javier GOMEZ ELOSEGUI fue nombrado Miembro de Honor del IVAC-KREI, a título póstumo, el día 27 de junio de 1997. Cfr. *Eguzkilore, Cuaderno del IVAC-KREI*, extra 11, 1997, pp. 293 ss. En este Acto Académico se entregó a la viuda, D^a Carmen MERINO la carta siguiente que le escribió el Presidente Honorario de la Sociedad Internacional de Criminología, Jean PINATEL: “Madame, acabo de enterarme por el jesuita A. Beristain de la desgracia que usted ha sufrido. Yo estoy muy afectado de la muerte de su esposo, que yo estimaba mucho, y comparto su dolor. Muy sinceramente le ruego reciba mi profunda condolencia. Es del fondo de mi corazón que se lo formulo y se lo presento. Esté segura que yo sintonizo con vuestro profundo sufrimiento. Tenga a bien, Madame, aceptar la expresión de mi cordial simpatía...”

41. José L. ZAMARRO PARRA (1998), Política penitenciaria y terrorismo, *Revista de Ciencias Penales*. *Revista de la Asociación Española de Ciencias Penales*, Vo. 1, n^o 2, 2^o Semestre, pp. 469-496 (486 s.).

- artículo 8 del *Convenio europeo de derechos humanos, revisado en conformidad con el Protocolo nº 11*, en vigor desde el primero de noviembre de 1998, que proclama el “Derecho al respeto de la vida privada y familiar”,
- artículo 25. 2 de la Constitución española,
- artículos 1º, 12 y 63 de la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979, y
- artículo 3. 1 del Código civil.

3. SOLUCIONES DESDE OTRA POLITICA PENITENCIARIA “ALTERNATIVA”

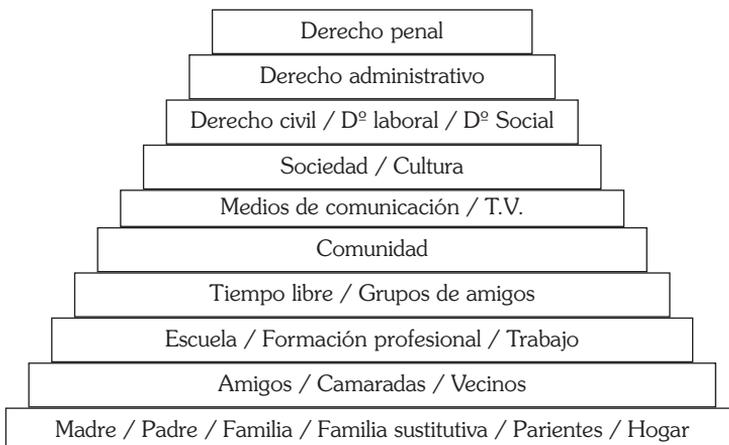
3.1. Instituciones de prevención y de readaptación social

“El tratamiento tiene como finalidad alejar al delincuente de la reincidencia y favorecer su readaptación social. La prisión no se concibe sin libertad vigilada preventiva y postpenitenciaria”

Jean PINATEL (1990), *Eguzkilo*, p. 231

Estos cinco y otros varios argumentos patentizan la inexistencia del supuesto derecho de los presos de ETA a concentrarse en las tres cárceles vascas. Pero dejan sin solucionar algunos graves problemas que nos urge resolver. Para lograrlo, la Política penitenciaria fundamental y la aplicada pueden y deben proyectar nuevas alternativas y más humanos planteamientos que se apliquen en la Comunidad Autónoma Vasca y en el universal sistema penitenciario.

En un futuro próximo hemos de planificar y crear no cárceles mejores sino algo mejor que las cárceles, en el sentido de la conocida propuesta de Gustav RADBRUCH. El control social de mañana debe crecer por debajo y por encima del hodierno control penal-carcelario. Su crecimiento *por debajo* lo describe gráficamente Dieter RÖSSNER en su “pirámide” que transcribimos a continuación. En ella se detallan nueve controles sociales que deben practicarse antes de acudir al control jurídico-penal.



A los criminólogos y a los penitenciaristas, en el sentido más amplio del vocablo, les compete intensificar sus estudios para aplicar cada día más esos nueve escalones “preventivos”. También les compete fomentar investigaciones que desarrollen nuevas formas de control social *por encima* y fuera del actual jurídico-prisonal que corona el proyecto de RÖSSNER, como comenta ampliamente este mismo profesor⁴². Ejemplos concretos de superación de lo penal-penitenciario nos brindan los estudios del catedrático de Marburg sobre la mediación y la conciliación.

También puede servir de orientación *despenitenciadora* la “tercera vía” de los autores del Proyecto Alternativo de Código penal alemán⁴³, y las sugerentes propuestas de la justicia penal reparadora-creadora que con tanto auge se fomentó en el Congreso Internacional de la Sociedad Internacional de Criminología en Budapest⁴⁴.

Este Derecho penal reparador encuentra facilidades en algunos ámbitos españoles⁴⁵. También suscita dificultades exageradas en algunas personas e instituciones españolas, cuando consideran que del terrorismo se pasa a la paz inmediatamente, prescindiendo de la justicia, y que el perdón no tiene límites porque los delitos graves son irreparables⁴⁶.

Especial atención merecen los atinados estudios últimamente aparecidos en pro de la mediación de E. GIMENEZ-SALINAS I COLOMER, G. VARONA, B. SAN MARTIN, R. CARIO, J. FAGET, A. BERISTAIN y otros⁴⁷. También las innovaciones que

42. Dieter RÖSSNER (1994), “Mit Macht gegen Gewalt?. –Das strafrechtliche Gewaltverbot und seine Wirkungen für Opfer und Gemeinschaft”, en Kordula RICHELSHGEN (comp.), *Sucht, Macht und Gewalt. Reflexionen über tabuisierte Themen*, Lumbertus Verlag, Freiburg i. B., 98-125.

43. Klaus ROXIN (1991), La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones, en Consejo General del Poder Judicial, *Cuadernos, Jornadas sobre la “Reforma del Derecho Penal en Alemania”*, pp. 19-30, traduc. de José Luis MANZANARES SAMANIEGO.

44. Tony PETERS, Ivo AERTSEN (1998), “Mediation for reparation: the victim’s perspective”, en Ezzat FATTAH, Tony PETERS (Comps.), *Support for crime victims in a comparative perspective. A collection of essays dedicated to the memory of Prof. Frederic McClintock*, Leuven University Press, Leuven, 229-251.

Antonio BERISTAIN (1994), “¿La sociedad/judicatura atiende a ‘sus’ víctimas/testigos?”, en IDEM, *Nueva Criminología desde el Derecho Penal y la Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 234-290.

45. J. L. DE LA CUESTA, F. GONZALEZ VIDOSA Y F. DE JORGE MESAS (1998), “The treatment of victims of crimes and offences in the Spanish system of justice”, en E. FATTAH y T. PETERS, comps., *Support for Crime Victims in a comparative Perspective*, University Press, Leuven, pp. 69-81.

46. Cfr. Fundación Encuentro, de Madrid, en su *Informe España 1998*, pp. XXVIII ss. Después, en nuestro apartado siguiente, comentamos más esta cuestión.

47. Jacques FAGET (1997), Le cadre juridique et éthique de la médiation pénale, en Robert CARIO (compilador), *La médiation pénale. Entre répression et réparation*, L’Harmattan, Paris, pp. 35 ss.; Esther GIMENEZ-SALINAS I COLOMER (1996), “La mediación en el sistema...”, *Eguzkilore*, Nº 10, 193-212; Gema VARONA (1998), *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*, Comares, Granada; Begoña SAN MARTIN (1997), *La mediación como respuesta a algunos problemas jurídico criminológicos (Del presente francés al futuro español)*, Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz.

introduce la nueva Ley de la justicia de menores, anunciada por la Disposición transitoria duodécima del Código penal de 1995, que se espera aprobar y promulgar antes de finales de 1999⁴⁸.

En general, la mayoría de las Instituciones penitenciarias privativas de libertad deberían convertirse en instituciones de readaptación social⁴⁹. Esto exige, y conviene recordarlo, que los gobiernos aumenten notablemente el presupuesto para crear el número debido de funcionarios, seriamente formados y equipados.

3.2. Profesionales-Técnicos innovadores

Prestamos ahora especial consideración a las futuras respuestas a la criminalidad *en el País Vasco*. Esperamos que, conforme vaya superándose el radicalismo étnico, promocionándose la cultura de la paz justa, fomentándose el principio de responsabilidad universal compartida, y creciendo el clima de partenariat⁵⁰, nuestras instituciones penitenciarias irán transformándose en preventivas y de readaptación social. Los tres Territorios históricos –Alava, Guipúzcoa y Vizcaya– han de llevar a cabo trabajos ciclópeos, innovadores, multidisciplinarios, para satisfacer las exigencias elementales de una política criminal menos “penitenciaria”, más repersonalizadora, más humana, solidaria y fraternal.

En concreto, parece aconsejable que el País Vasco disponga de algunas instituciones cerradas, pero de más instituciones abiertas o, mejor aún, de alternativas, sin privación de libertad deambulatoria. En ellas se cumplirá la triple finalidad que la ciencia criminológica y victimológica en el mundo democrático asignan a las instituciones penitenciarias:

- A) “proteger a la sociedad contra el crimen”, a tenor de la Regla 58 de las Reglas Mínimas de las NN. UU. para el tratamiento de los reclusos,
- B) “la retención y custodia de los detenidos, presos y penados”, según el artículo primero de la Ley Orgánica General Penitenciaria de 26 de septiembre de 1979 y su Reglamento de 9 de febrero de 1996,
- C) “la reeducación y la reinserción social” de los internos, a tenor del artículo 25.2, de la Constitución española.

48. PROYECTO DE LEY ORGÁNICA REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, 3 de noviembre de 1998, serie A, núm. 144-1. Las últimas enmiendas aparecen en Boletín Oficial de las Cortes Generales 144-10/16.03.1999.

Antonio BERISTAIN (1999), “Creencias y convicciones en la educación y re-educación del menor a la luz de la Constitución, las Naciones Unidas y la Unesco”, *Revista de Ciencias Penales*, Asociación Española de Ciencias Penales. (En prensa).

49. Antonio BERISTAIN (1998), *De los delitos y de las penas desde el País Vasco*, Dykinson, Madrid, 25, 31 ss.

50. Antonio BERISTAIN (1998), “Ante la tregua de ETA. Una reflexión criminológica y victimológica”, *Claves de razón práctica*, núm. 88, diciembre 1998, 38-42.

Cualquier medida o acción que favorezca una de estas tres metas debe ser fomentada, y cualquier medida o acción que obstaculice una de ellas debe ser evitada. Para lograrlo urge que la Universidad del País Vasco intensifique la *formación penitenciaria, criminológica y victimológica* de funcionarios y funcionarias capaces de mantener el orden debido y de conseguir la reeducación y reinserción social cuando sea factible trasladar todos o casi todos los condenados de ETA a las tres instituciones vascas.

Pero no caigamos en la utópica creencia de que éstas deben albergar sólo a los presos vascos, si por tales entendemos los que han nacido en el País Vasco, o algo similar. En todos los países de Europa y de no Europa las cárceles albergan necesariamente un elevado número de presos de otras naciones. Especialmente algunas ciudades con aeropuerto de amplias conexiones internacionales, como Francfort del Meno, o con un puerto marítimo como Hamburgo, a donde llegan continuamente numerosos profesionales de la criminalidad organizada, traficantes de droga, etcétera. Esta realidad internacional se olvida con excesiva frecuencia cuando se comenta el tema en el norte de España.

Actualmente, las normas y orientaciones del mundo penitenciario encuentran obstáculos serios para ser aplicadas en el País Vasco por las circunstancias de macrovictimación. Cuando éstas desaparezcan, cuando la tregua iniciada el 16 de septiembre de 1998 se consolide con la entrega de las armas, cuando se logre la paz a través de la verdad, la aplicación de la justicia humana y el perdón limitado, como explicita con maestría el estudio de José María TOJEIRA, S.J.⁵¹, entonces será deseable y exigible que nuestra Comunidad Autónoma reciba las competencias penitenciarias que le asigna el Estatuto de Guernica. Para esa fecha urge haber preparado ya criminólogos especializados en estas cuestiones que sean capaces de crear y dirigir establecimientos nuevos –radicalmente nuevos– con personal formado para llevar a cabo los tratamientos aplicables a las diversas tipologías de personas condenadas.

A algunos les parecerá esto utópico, y quizás lo sea, pues los presupuestos lo impiden muchas veces, incluso en países económicamente fuertes⁵². Tampoco lo han conseguido completamente los *Länder* de la República Federal de Alemania, donde cada *región federal* tiene plenas competencias penitenciarias. Sin embargo, los Tribunales alemanes con cierta frecuencia, tras las debidas consultas con especialistas del comportamiento humano y con los economistas, pues determinadas técnicas terapéuticas resultan sumamente costosas, deciden que algunos condenados sean enviados o

51. José María TOJEIRA (1997), “Verdad, Justicia, Perdón”, *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 11, pp. 251-265.

52. Cuando se critica, y con razón, la labor de las instituciones penitenciarias conviene recordar la resistencia de muchos ciudadanos a incrementar su presupuesto. Conviene recordar lo que constatan repetidas veces los especialistas. Así, ZAMARRO PARRA, en su estudio antes citado, nota 9, escribe: “El tratamiento penitenciario parte de una carencia elemental de medios materiales para configurarse como medida científica, rigurosa e individualizada, capaz de conseguir la reeducación del penado”. (p. 474). “Y es la falta de medios materiales de nuevo la que obliga a la Administración Penitenciaria a incumplir la legalidad”. (p. 484). “Esa irregularidad se debe a la carencia de medios materiales”. (p. 486).

trasladados a un establecimiento de otro *Land* que se adecuaba mejor para los tres fines que acabamos de indicar.

3.3. Esperanza, futuro y utopía como derechos-deberes del preso

“La resocialización del preso y la conversión de Ignacio de Loyola difieren en su naturaleza, pero coinciden en su forma”.

J. PINATEL (1991), “Ignace de Loyola et la Criminologie”, en CARO BAROJA, BERISTAIN (comp.), *Ignacio de Loyola, Magister Artium en París 1528-1535*, pp. 556-563

Después de haber reflexionado sobre los nuevos derechos y deberes de las innovadoras instituciones de prevención y readaptación social, y de las obligaciones de la sociedad en general como partnería, conviene decir algo acerca de los futuros derechos y deberes de los presos para que nuestras respuestas a la criminalidad logren sus altas metas.

Reconocemos que el actual sistema penal-penitenciario español está aquejado de lamentables deficiencias, pero supera en muchos rasgos de humanismo a los de otros países democráticos. Por ejemplo, a todos los que admiten y practican la sanción privativa de libertad a *perpetuidad*. Contra ésta argumentaron conocidos penalistas hispanos y consiguieron abolirla. Porque priva al condenado de tres derechos-deberes, que ningún tribunal de un estado *social* de derecho les debe arrebatar: la ESPERANZA, el FUTURO y la UTOPIA. Columnas éticas intocables sobre las que se eleva el arco de la vida del hombre y la mujer.

El Tribunal, cuando juzga a quien cometió un delito grave, le puede privar de la libertad ambulatoria. Pero, no de su derecho a la ESPERANZA, sin la cual no hay dignidad humana. Todo condenado debe saber y ESPERAR que saldrá libre tal día concreto, previamente determinado. El condenado ha de conocer, con esperanza inquebrantable, que nadie le puede atrasar la ya programada fecha concreta de su liberación; en cambio, sí es posible y deseable adelantarla, cuando él colabora y procura *deshacer su hecho* criminal. La Constitución española lo proclama en su artículo 25. 2, al exigir la reeducación y reinserción social. También otras normas legales, como el artículo 4. 2, de la Ley Orgánica General Penitenciaria, según el cual “Se procurará fomentar la colaboración de los internos en el tratamiento penitenciario con arreglo a las técnicas y métodos que les sean prescritos en función del diagnóstico individualizado”.

Urge que el preso conozca y desarrolle su doble ESPERANZA: la que le impulsa a salir al mundo de la libertad; y la que, ante la puerta cerrada de la cárcel, le sugiere que puede introducir/producir la libertad dentro de sus rejas carcelarias. Como argumentaba Henri LABORIT, con su mentalidad y experiencia utópico-pragmática: los internos han de cultivar su esperanza *virtual* de introducir/producir ellos la libertad en su celda, ya hoy mismo. No sólo después, cuando cumplan la parte correspondiente de su sentencia⁵³.

53. Henri LABORIT (1989), *La vie antérieure*, B. Grasset, Paris, pp. 356 ss.

LABORIT, en sus conferencias a los presos, que le oían con gran atención, les explicaba las coordenadas eutonológicas de la libertad y la felicidad que depende total, o casi totalmente, de nuestra actitud mental positiva, de nuestra cosmovisión axiológica del *ser*, del *amar* y del *dar*⁵⁴. Les enseñaba cómo se puede salir “virtualmente” de la prisión, aunque se permanezca corporalmente dentro de sus muros. Sobre esta técnica liberadora, que transforma en hombre libre al hombre preso, hablaba y escribía con ilusión e inteligencia. Quienes le escuchaban comprendían que nuestra libertad y felicidad, más que de la realidad objetiva, deriva de la interpretación que hagamos de ésta.

Algo similar, desde diversos puntos de vista, argumentan los filósofos, teólogos y criminólogos que proclaman la conciencia anticipadora, el sueño hacia adelante, “el Principio ESPERANZA”, *Das Prinzip Hoffnung*, de Ernst BLOCH⁵⁵, “la Teología de la ESPERANZA”, *Theologie der Hoffnung*, de Jürgen MOLTMAN⁵⁶ y la de Jon SOBRINO⁵⁷. Si se aplica esta cosmovisión a las respuestas alternativas al delito, se logrará el FUTURO gratificante del victimario reeducado-reinsertado socialmente, y el FUTURO repersonalizador de las víctimas indemnizadas-reparadas, por exigencia de la justicia elemental⁵⁸.

Entre las múltiples vertientes de esta ESPERANZA, aquí merece especial comentario el FUTURO UTOPICO en cuanto superador de la, por importantes especialistas proclamada, irreversibilidad e irreparabilidad de la acción humana gravemente inmoral y/o delictiva.

54. Daniel GOLEMAN (1999), *Inteligencia emocional*, trad. D. González y F. Mora, Kairós, Barcelona, pp. 266 ss. Henri LABORIT (1983), *La colombe assassiné*, B. Grasset, Paris, pp. 15, 36 s.; IDEM (1989), *La vie antérieure*, pp. 144 ss.; Robert CARIO (1991), “Paroles et actes ou le crime analysé comme comportement social différentiel”, en *La personnalité criminelle. Actes des journées Pinatel*, sous la direction de R. Cario et A.-M. Favard, Erès, Toulouse, pp. 137-159 (148-153).

55. Ernst BLOCH (1954-1959), *Das Prinzip Hoffnung*, Berlin; 4ª edición (1977), Frankfurt a. M. (Hay traducción en castellano, *El principio esperanza*, Madrid, 1977-1980, 3 volúmenes); Alfredo TAMAYO (1979), *Filosofía de la muerte en Ernst Bloch*, Felmar, Madrid, 182 pp.

56. Jürgen MOLTMAN (1963), *Theologie der Hoffnung*, München; Hay traducción en castellano, *Teología de la esperanza*, 5ª edición, Salamanca, 1989; Pedro LAIN ENTRALGO (1993), *Esperanza en tiempo de crisis*, Círculo de Lectores, Barcelona, pp. 241-260.

57. Jon SOBRINO (1999), *La fe en Jesucristo. Ensayo desde las víctimas*, Trotta, Madrid, pp. 207 s., 218-223, 381 ss.

58. Martin WRIGHT (1998), “Why should victims of crime be compensated?”, en E. FATTAH and T. PETERS (eds.), *Support for crime victims in a comparative perspective. A collection of essays dedicated to the memory of Prof. Frederic McClintock*, University Press, Leuven, pp. 83-94. José Luis de la CUESTA, F. GONZALEZ VIDOSA, F. J. DE JORGE MESAS, “The treatment of victims of crimes and offences in the Spanish system of justice”, en E. FATTAH and T. PETERS, *Support for crime...*, pp. 69-82. Robert CARIO (1997), *Pour une approche globale et intégrée du phénomène criminel. Essai d'introduction aux sciences criminelles*, deuxième éd., l'Harmattan, Paris, pp. 160 ss.

3.3.1. ¿Lo *factum* puede transformarse en *non factum*?

“Las modificaciones cerebrales provocadas por el TEPT no son irreversibles y los seres humanos pueden reponerse incluso de las más graves lesiones emocionales, pues el circuito emocional puede ser reeducado”.

Daniel GOLEMAN (1999), *Inteligencia emocional*, pp. 296 ss., 307 s.

Eminentes tratadistas y amigos, como Rafael SANCHEZ FERLOSIO⁵⁹, Victoria CAMPS⁶⁰, Reyes MATE⁶¹ y Rafael AGUIRRE⁶², consideran que en el ámbito del Derecho se puede medir los daños causados por el delito y repararlos e incluso perdonarlos, pero no así en el campo de la Moral. Esta, según ellos, pertenece a otro orden más profundo y óntico de las cosas. Es decir, el daño moral –si no caemos en una frívola negación de la objetividad y realidad de la bondad/maldad de nuestros actos– es inconmensurable, el dolor humano es absolutamente irreparable, la culpa moral es irredimible, “la señal de Caín” expresaba impunidad o inexpiability de la culpa y su permanencia en la conciencia del asesino, así como su irreversible e imborrable remordimiento. El arrepentimiento pretende un imposible (borrar, perdonar el pasado), pues no es una intervención quirúrgica que extirpa y suprime virtualmente la vida pasada, como tampoco es una supresión de las acciones pasadas. Estas permanecen en “eterno retorno, en mnemotécnica al rojo”, según formuló NIETZSCHE...

Con estas y otras serias argumentaciones, muchos y eminentes juristas, moralistas, teólogos, filósofos, poetas, etcétera, abocan a conclusiones semejantes y, en cierto sentido, innegables: los delitos muy graves no pueden resarcirse *plenamente* y no

59. Rafael SANCHEZ FERLOSIO (1996), “La señal de Caín”, *Claves de razón práctica*, Nº 64, julio-agosto. “Dios puso una señal sobre Caín para que nadie lo matara: la impunidad de Caín expresa la impunidad o inexpiability de la culpa en cuanto obra, que es lo que está en correspondencia con la naturaleza del remordimiento. ...Dios ha hecho a Caín perpetuo portador de la culpa...del remordimiento y la culpa moral” (p. 5)... “Un niño, entre nosotros, es un absoluto inconmensurable, sin valor alguno, y su muerte es por tanto irreparable y totalmente ajena a la racionalidad que fundamenta la indemnización” (p. 14).

Lúcidamente, SANCHEZ FERLOSIO ausulta “el lamento de la víctima”, lo comenta y concluye que el *principium individuationis* debe centrarse en el sujeto del dolor, y señala el genuino fundamento del respeto al individuo en lo que es realmente alcanzado por el sufrimiento, de manera que “el dolor es absolutamente irreparable” (p. 15).

Mi colega y amigo el catedrático de Derecho penal de la Universidad de Giessen, Arthur KREUZER (1998), “Kain und Abel. Kriminalwissenschaftliche Betrachtungen zu einem Menschheitsthema”, en el libro-homenaje al Prof. Günther Kaiser, *Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, volumen I, pp. 215-235, patentiza, con amplia bibliografía, que a la señal de Caín se le han atribuido múltiples y diversos significados.

60. Victoria CAMPS (1996), “Sobre el derecho y la moral. Apostilla a Rafael Sánchez Ferlosio”, *Claves de razón práctica*, Nº 66, octubre, pp. 76 s.

61. Reyes MATE RUPEREZ (1999), “La autoridad de las víctimas”, *El País*, de 1 de febrero: “La señal de Caín es el signo exterior de la permanencia de la culpa en la conciencia del asesino”. (Merece especial elogio este artículo, por sus inteligentes reflexiones en favor de las víctimas de ETA). Apareció también posteriormente en la revista *La Razón*, Madrid, Nº 34, primer trimestre de 1999, p. 20.

62. Rafael AGUIRRE (1999), “Verdad y perdón”, *El Correo*, Bilbao, 1º de abril.

prescriben⁶³; a la madre nadie le devuelve su hijo asesinado; como indicó PLATON, “lo *factum* nunca será *non factum*”; y como escribió el Premio Nobel SULLY-PRUD-HOMME, en su poesía “El búcaro roto”, cuando se rompe un bello jarrón, roto está para siempre⁶⁴.

No discuto estos discursos lógicos y racionales, pero cabe matizarlos y coordinarlos razonablemente, a tenor de la lógica pascaliana del corazón, la vía negativa del conocimiento, la unidad de los contrarios, la *coincidentia oppositorum* de Nicolás de CUSA, del Maestro Johann ECKHART, etcétera⁶⁵. Cabe integrarlos, en tensión polisémica, con otras indudables verdades, sobre todo con las cuatro siguientes: 1^a. a todo infractor (al delincuente y, en su tanto, al pecador) hemos de reconocerle la posibilidad y el deber de resarcir, al menos parcialmente, el daño que ha causado; 2^a. su *factum*, su hecho, puede no permanecer tal hecho, si él, sincera y generosamente, atiende-repara a quien agravó, perjudicó o lesionó; las heridas, dejarán de ser heridas, se convertirán en cicatrices, o incluso en renovada salud; 3^a. las víctimas pueden y deben perdonar al victimario, cuando éste cumple determinadas condiciones y obligaciones, pues sin perdonar no se puede vivir, ni convivir. Mucho menos se puede disfrutar del crecimiento, del desarrollo, del progreso, que todos naturalmente deseamos⁶⁶; y 4^a *bonum est faciendum, malum est vitandum*, hay que hacer el bien y evitar el mal; el mal moral a veces no se debe sancionar, pero siempre se debe evitar.

El Derecho penal proclama que la memoria de los delitos permanece y permanece su esencia, pero no permanece su existencia merecedora de sanción; y proclama que los delitos generalmente prescriben. Estos principios básicos se apoyan en realidades antropológicas innegables (la evolución universal, el *panta rei*, todo cambia, de HERACLITO) y en “imponentes” dogmas de las grandes religiones cuando entronizan la persona como *Mysterium tremendum, valor-himno numinoso, imagen del Creador y Recreador*⁶⁷.

De modo semejante, la Moral humana no puede atribuir a un hecho o comportamiento éticamente malo, ni a un sufrimiento o sentimiento personal el carácter de

63. La Asamblea de las Naciones Unidas, el 26 de noviembre de 1968, aprobó por mayoría un proyecto de Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Votaron a favor 57 países; en contra 6, y se abstuvieron España y otros 35 países. La Convención definitiva entró en vigor el 11 de noviembre de 1970. Véase también el Convenio europeo para la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, de 1974.

Actualmente en España el delito de genocidio no prescribe en ningún caso, según el artículo 131.4 del Código penal.

64. Antonio BERISTAIN (1982), “La dimensión religiosa en la Filosofía de la Política criminal. El Derecho penal del *homo pius*”, en IDEM (compilador) *Estudios Vascos de Criminología*, Mensajero, Bilbao, 330-346 (340-342).

65. Respecto al Maestro ECKHART, cfr. Willigis JAEGER (1995), *En busca del sentido de la vida. El camino hacia la profundidad de nuestro ser*, trad. del alemán de Carmen Monske, Narcea, Madrid, pp. 230 s., pp. 107-114.

También SANCHEZ FERLOSIO, CAMPS, MATE y AGUIRRE matizan y relativizan con inteligencia sus posturas morales.

66. Hannah ARENDT (1996), *La condición humana*, Paidós, Barcelona, pp. 255-276.

67. Rudolf OTTO, *Das Heilige*. Hay trad. castellana: *Lo santo. Lo racional y lo irracional en la idea de Dios*, trad. de Fernando Vela, Alianza, Madrid, 1985, pp. 22 ss., 47 ss.

absoluto, permanente, inmodificable, imperdonable. Esos adjetivos pertenecen, y suelen atribuirse, sólo a lo no creado, a la verdad tautológica o la divinidad y su castigo-infierno de acuerdo con tal o cual mitología expiatoria a ultranza⁶⁸.

Permitásenos adherirnos a los muchos psicólogos, filósofos, teólogos, juristas y moralistas que, aunque con matizaciones diversas⁶⁹, coinciden fundamentalmente en afirmar que el crimen (y, en su tanto, el pecado) pueden prescribir y ser reparados y perdonados, a pesar de que la memoria de su esencia y su culpa permanezca.

Cuando, por ejemplo, alguien opina que una persona infringe y lesiona el supuesto derecho subjetivo histórico de un pueblo, como el yugoslavo desde la emblemática batalla de Kosovo Polje, el 28 de junio de 1389, podrá decir que esa infracción violó un derecho histórico, pero no que realizó un crimen irreversible, irreparable o inconmensurable.

Todo victimario puede y debe reparar, transformar, “devorar”, su infracción jurídica y/o moral, como y por lo mismo que el dios del tiempo, Saturno, devora a sus hijos, a sus obras. Esta realidad imponente “entra por los ojos” a quien contempla el cuadro de GOYA. De modo semejante, todas las víctimas pueden lograr la catarsis de su tragedia, pueden transformar su lesión y perdonar; sin que ello implique olvido⁷⁰.

Las modernas ciencias sociales patentizan que los males realizados por los hombres son, en cierto grado, mensurables y más o menos reparables. Baste recordar la antropología de Paul RICOEUR cuando analiza y describe a la persona como finita. Lo finito es siempre limitado y, por lo tanto, mensurable. Ni quince delitos, ni cien delitos, equivalen todavía con su autor. Este no coincide jamás entero con sus crímenes⁷¹. La razonable (aunque no racional) posibilidad jurídica y ética del perdón brota desde el fondo más profundo e inconsciente de la persona, desde nuestro hontanar religioso, en terminología de PINATEL, ZUBIRI, ELLACURIA, SOBRINO, LAIN ENTRALGO, ARANGUREN y otros especialistas⁷².

68. “El infierno no puede justificarse en sí mismo, ni siquiera en nombre de la autocondenación elegida libremente, porque se olvidaría la dimensión trágica del pecado y el contexto situacional, al que alude el pecado original, que condiciona la libertad... Hay que evitar confundir un símbolo funcional con una doctrina especulativa. Es un término exhortativo, intencional y performativo, que no puede interpretarse desde la mera referencia semántica”. Juan Antonio ESTRADA (1997), *La imposible teodicea. La crisis de la fe en Dios*, Trotta, Madrid, p. 371.

En sentido idéntico, W. JAEGER (1995), *En busca del sentido de la vida*, pp. 230 ss.: “Hay en nosotros un lugar inalcanzable para la culpa”...

69. Atinadamente Rafael AGUIRRE (1999) indica que: “la sociedad no puede dejar de poner a los victimarios ante sus responsabilidades. Y la sociedad vasca está aquejada de una falta básica de referentes morales”. Cfr. “Verdad y perdón”, en *El Correo* y en *El Diario Vasco*, del primero de abril 1999.

70. “Transportando el *factum*, el hecho, a un plano superior, me coloco a mí mismo, coloco mi existencia en un grado superior. Victor FRANKL (1987), *El hombre doliente. Fundamentos antropológicos de la psicoterapia*, versión castellana de Diorki, Herder, Barcelona, pp. 254, 263.

71. Vladimir JANKELEVITCH (1999), *El perdón*, trad. del francés de Núñez del Rincón, Seix Barral, Barcelona, p. 112.

72. José Luis L. ARANGUREN (1958), *Ética*, 3ª edición (1983), Alianza, Madrid, pp. 103 ss., 122 ss., 288 ss. JUAN PABLO II (1980), *Dives in misericordia*, Roma. Jean PINATEL subraya la importancia de

Ante sus problemas fundamentales, el Derecho y la Moral inexorablemente buscan y encuentran cierta estructura radical espiritual. Dentro de las grandes confesiones subyace un reducido fondo común: el pecado (y de manera similar, aunque no idéntica, el delito) es irrevocable e irreversible, pero sólo en cuanto a su fenomenología, a su acontecimiento y contenido, no en cuanto a su *sentido*. Perdura el signo, pero cambia el significado. Cuando un creyente se arrepiente y pide perdón, su pecado se transforma, se purifica, se reforma, se rehace y desaparece, aunque no desaparece el “haber pecado”. Algo semejante y con más fuerza cabe decir acerca del crimen.

Desde las coordenadas cristianas y de otras religiones se ha de afirmar que los victimarios, por su dignidad inalienable como hijos de Dios⁷³, pueden y deben reparar sus victimaciones. También, por lo mismo, las víctimas pueden y deben perdonar. Así lo proclama la parábola del hijo pródigo, interpretada sin frivolidad. Ninguna mala acción humana es imperdonable en el ámbito evangélico... y humano⁷⁴. Pierre TEILHARD DE CHARDIN niega que en nuestro mundo haya algo irresucitable, irreparable. La peculiar actitud del cristiano, radica en la reparación, superación y recreación (*la véritable attitude chrétienne, n'est pas détruire, mais surcréer*)⁷⁵.

En resumen, del sistema penal-penitenciario tradicional, inquisitorial y vengativo estamos pasando al FUTURO, ESPERANZADOR y UTOPICO, al protector y reparator de los victimarios, pero no menos de las víctimas⁷⁶. Así, pretendemos superar las actuales políticas penitenciarias *fundamentales y aplicadas*, pretendemos perfeccionar y practicar su *alternativa* que se respetará y desarrollará más los derechos-deberes en las innovadoras instituciones preventivas y readaptadoras; así, se avanzará también, paralelamente, desde el radicalismo étnico y el nacionalismo agresivo hacia la cultura de la paz en el País Vasco, en España, en Kosovo y en el mundo⁷⁷.

...

la ciencia lingüística para el tratamiento de los condenados porque facilita la comunicación al centro profundo de la persona. PINATEL (1989), “Criminologie et Linguistique”, en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al prof. Antonio Beristain*, compilado por J.L. DE LA CUESTA, I. DENDALUZE, E. ECHEBURUA, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, pp. 341-349 (347). IDEM (1991), “De la recherche clinique à la clinique criminologique”, en *Nouvelles Approches de Criminologie clinique*, sous la direction de R. OTTENHOF et A. M. FAVARD, Erès, Toulouse, pp. 225-262 (262: el núcleo central exige un clima moral, afectivo, religioso).

73. Pablo de Tarso, *Epístola a los Gálatas*, capít. 2, versíc. 20: “Vivo yo, ya no yo, Cristo vive en mí”.

74. Henri J. M. NOUWEN (1996), *El regreso del hijo pródigo. Meditaciones ante un cuadro de Rembrandt*, trad. de I. García de Alzuru, edit. PPC, Madrid, pp. 107 ss, 149 ss.

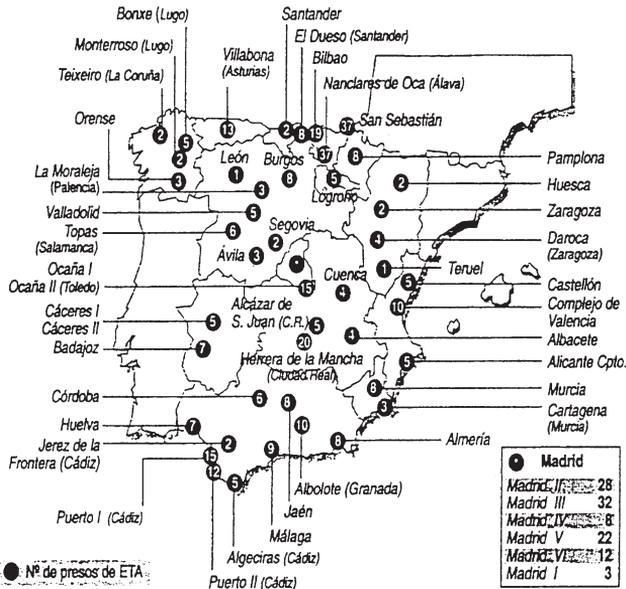
75. Pierre TEILHARD DE CHARDIN (1957), *Le Milieu divin. Essai de vie intérieure*, Ed. du Seuil, Paris, 1957, pp. 110 ss., 137 ss., 185. Desde otro punto de vista, X. ZUBIRI e I. ELLACURIA hablan “de una acción recreadora, resurreccional”, cfr. Pedro LAIN ENTRALGO (1992), *Cuerpo y alma*, Espasa Calpe, Madrid, pp. 270 ss.

76. Antoine GARAPON (1997), *Juez y democracia. Una reflexión muy actual*, trad. de M. Escrivá de Romani, Flor del viento, Barcelona, pp. 114 ss., 133 ss., 226 ss. (A los presos y mucho más a las víctimas del terrorismo hay que tratarlas como sujetos “políticos”, como personas, y no como objetos de compasión, p. 284).

77. Actualmente, tanto el terrorismo como sus respuestas jurídicas, conllevan dimensiones internacionales: “Terrorism has become a worldwide problem”, como concluye John F. LEWIS (1999), “Fighting Terrorism in the 21st Century”, FBI, Law Enforcement Bulletin, marzo 1999, pp. 3-10.

ANEXO1

SITUACION DE INTERNOS PERTENECIENTES A ETA



Fuente ABC, 9 de mayo de 1999. Dentro de su política penitenciaria individualizada, el Gobierno acercará durante el mes de mayo a cinco presos de ETA a cárceles del País Vasco. Desde que la banda terrorista declaró el alto el fuego, veintinueve reclusos etarras han sido aproximados a centros penitenciarios vascos.

En abril de 1992 la situación de los presos de ETA era la siguiente: de los 535 reclusos, 200 eran preventivos que estaban pendientes de juicio, por lo que no les afectaba la reclasificación. En torno a 40 disfrutaban ya del tercer grado en las prisiones de Martutene (San Sebastián), Basauri (Vizcaya), Pamplona y Nanclares de Oca (Alava). Poco más de un centenar estaban clasificados en segundo grado, aunque ninguno disfrutaba de permiso de salida por no haber cumplido aún la cuarta parte de la pena o por no tener el informe de la junta de régimen de prisión. Finalmente, 180 presos considerados el grupo de los irreducibles, por mantener fidelidad absoluta a las consignas de la organización, permanecían en primer grado y no gozaban de beneficio alguno⁷⁸.

San Sebastián, 31 julio 1999.

78. A. VERCHER NOGUERA, "Terrorismo y reinserción social en España", *LA LEY*, nº 3501, Madrid, 19 abril 1994.

NOTA: Agradecemos a *La Ley, Revista Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, la gentileza de permitir la publicación de este artículo (ya aparecido en sus núms. 4876 y 4877, de septiembre 1999).

EL SISTEMA PRISIONAL EN ESPAÑA

J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI

*Catedrático de Derecho penal
Universidad del País Vasco*

I. BLANCO CORDERO

*Becario de reincorporación postdoctoral
Departamento de Educación,
Universidades e Investigación
Gobierno Vasco*

Resumen: La pena privativa de libertad sigue siendo la más frecuentemente utilizada en nuestros días. Tras explicar el sistema penitenciario español, se abordan sus problemas específicos, como el procedimiento de queja, el control político, la asistencia médica y sanitaria, el trabajo penitenciario, las medidas disciplinarias y de seguridad, entre otros. Asimismo, se analiza la situación de categorías especiales de presos, entre los que se alude a los internos en máxima seguridad, los de larga duración, las mujeres presas, los jóvenes, los drogodependientes, los presos extranjeros y grupos étnicos y religiosos.

Laburpena: Gaur egun askatasunaren aurkako zigorra da gehien erabiltzen dena. Espainiako espetxe sistema azaldu ondoren, arazo konkretuak azaltzen dira, horien artean kexu prozedura, kontrol politikoa, medikuntza asistentzia, espetxe lana, seguritate eta zigor neurriak. Horretaz gain arlo berezietan dauden presoegoera aztertzen da, horien artean, seguritate goreneko presoak, zigor luzeak dituztenak, emakumeak, gazteak, drogazaleak, atzerritarrak, talde etnikoak eta erlijiosoak.

Résumé: La peine privative de la liberté est aujourd'hui la plus fréquemment utilisée. Après avoir expliqué le système des prisons en Espagne, on aborde ses problèmes spécifiques, comme la procédure de plainte, le contrôle politique, les soins médicaux et sanitaires, le travail pénitentiaire, les mesures disciplinaires et de sécurité, entre autres. De même, on analyse la situation de quelques catégories spéciales des détenus, parmi lesquels on fait allusion aux internes en sécurité maximale, ceux de longue durée, les femmes en prison, les jeunes, les drogués dépendants, les étrangers en prison et les groupes ethniques et religieux.

Summary: The privative of liberty penalty stills being the more common punishment nowadays. After explaining the spanish penitentiary system, its specific problems are analyzed: the complaint procedure, the political control, the sanitary and medical attendance, the penitentiary work, the disciplinary and security measures. Likewise, the situation of special groups of prisoners are analyzed: maximum security, long duration, women, young people, drug addicts, foreigners, ethnic and religious groups.

Palabras clave: Pena privativa de libertad, Código penal, Prisión, Sistema penitenciario, Legislación penitenciaria.

Hitzik garrantzizkoenak: Askatasunaren aurkako zigorra, Kode penala, Espetxea, Espetxe sistema, Espetxe legepeidea.

Mots clef: Peine privative de la liberté, Code Pénal, Prison, Système Pénitentiaire, Législation Pénitentiaire.

Key words: Privative of Liberty Penalty, Penal Code, Prison, Penitentiary System, Penitentiary Law.

1. POSICIÓN DE LA PRISIÓN EN EL SISTEMA DE CONTROL SOCIAL

Tradicionalmente, el internamiento en prisión ha venido ocupando una posición central en el sistema de control social en España. Los diversos Códigos Penales que se sucedieron a lo largo de los dos últimos siglos se apoyaron fuertemente en la privación de libertad, la pena más frecuentemente utilizada por la Ley como reacción a los hechos delictivos; las posibilidades de sustitución o evitación del internamiento eran, además, muy reducidas (de la Cuesta Arzamendi, 1993). También en el plano de las medidas de seguridad, la Ley de Vagos y Maleantes (1933) y la Ley de Peligrosidad y de Rehabilitación Social (1970) contemplaron múltiples vías de internamiento de los “peligrosos”; éstas se cumplieron por lo general, en la práctica, en las mismas prisiones debido a la falta de construcción de los establecimientos específicos inicialmente previstos. En cuanto al Derecho juvenil, la Ley de Tribunales Tutelares de Menores (1948) colocó igualmente al internamiento (en sus diversas modalidades) en un primer plano de la reacción frente a los menores precisados de reforma (y para los de protección) (de la Cuesta Arzamendi, 1986), si bien a partir de la década de los setenta se fue observando cierto descenso en el índice de decisiones de internamiento ordenados por los jueces de menores.

Producida la transición política a un régimen democrático y, tras la aprobación de la Constitución de 1978, que abolió la pena de muerte (art. 15), se inició en España un importante proceso de reforma legislativa, abierto precisamente con la aprobación de la Ley Orgánica General Penitenciaria (1979). El proceso se ha visto coronado con la entrada en vigor (mayo 1996) del nuevo Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre). Este ha derogado no sólo el Código Penal anterior sino también la Ley de Peligrosidad y de Rehabilitación Social, considerada inconstitucional por un amplio sector de la doctrina, pero que no había sido objeto de derogación formal.

En cuanto a la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, declarado inconstitucional parte de su articulado en 1991, la Ley Reguladora de los Juzgados de Menores (1992) vino a cubrir la laguna producida por aquella sentencia, reformando urgentemente la Ley anterior y a la espera de una nueva legislación que todavía espera su aprobación.

Las reformas producidas en el sistema español de justicia penal no han supuesto, en modo alguno (Muñagorri Laguía, 1998; Rivera Beiras, 1996, 157) un desplazamiento real de la importancia de la pena privativa de libertad

Ciertamente, el Código Penal, que ha reducido el ámbito de las medidas de seguridad consistentes en internamiento, sometidas a fuertes limitaciones (arts. 95 y ss.),

- elimina las penas de corta duración (hasta 6 meses) que se convierten en arrestos de fin de semana (art. 33),
- facilita la sustitución de las penas privativas de libertad de hasta un año de duración (excepcionalmente hasta dos) por penas de arresto de fin de semana o de multa (arts. 88 y ss.),
- permite con cierta generosidad la suspensión condicional de su ejecución si se trata de penas inferiores a dos años (tres para los drogodependientes) con apertura de un plazo de prueba de dos a cinco años, y

- reduce el campo de aplicación de las medidas de seguridad privativas de libertad (arts. 95 y s.).

Con todo, no por ello dejan de contemplarse supuestos de internamiento de hasta un año de duración (p.e. en casos de impago de multas proporcionales o de quebrantamiento de las condiciones inherentes a la sustitución o suspensión).

También respecto de las penas largas ha intervenido el Código de 1995, que reduce con carácter general la duración de las penas de prisión. Éstas, en principio, no han de superar los 20 años de duración. Existen, no obstante, supuestos de concurrencia delictiva o de agravación de las penas que pueden llevar a la privación de libertad de hasta 25 ó 30 años (arts. 70 y 76). De otra parte, el propio Código Penal castiga con pena superior a 20 años determinados delitos: asesinato especialmente agravado –hasta 25 años– (art. 140), inductores y jefes del delito de rebelión (art. 473), homicidio del Rey, Reina, familia real, Regente o Príncipe heredero –hasta 25 años– (art. 485), terrorismo con resultado muerte –hasta 30 años– (art. 572), homicidio de Jefe de Estado extranjero o de persona internacionalmente protegida –hasta 25 años; si especialmente agravado, hasta 30 años– (art. 605). Además, se ha derogado la redención de penas por el trabajo, que venía a suponer el acortamiento de un tercio de la pena. Por último, el art. 78 del Código Penal recoge una disposición, muy criticable, dirigida a evitar el efecto de reducción del tiempo pasado en prisión a través de los beneficios penitenciarios o de la libertad condicional cuando el tiempo resultante conforme a las reglas de aplicación de las penas resulte inferior a la mitad de la suma total de las penas impuestas.

2. ORIENTACIÓN TEÓRICA Y LEGISLATIVA DE LA PRISIÓN

En una formulación poco habitual en el marco constitucional, el art. 25,2 de la Constitución española de 1978 se ocupa de la orientación primordial de las penas privativas de libertad, al establecer que éstas y las medidas de seguridad “estarán orientadas a la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados”.

Coherentemente con el mandato constitucional, la Ley Penitenciaria (art. 1) (García Pablos de Molina, 1986) y el Reglamento (art. 2) proclaman como fin primordial de las instituciones penitenciarias “la reeducación y reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad”, finalidad a la que añaden “la retención y custodia de detenidos, presos y penados” y la labor asistencial y de ayuda para los internos, los liberados y sus respectivos familiares.

La expresión constitucional de la orientación resocializadora de las penas privativas de libertad y medidas de seguridad no ha dejado de suscitar problemas en la doctrina, en cuanto a su entendimiento y alcance (Bueno Arús, 1985). El Tribunal Constitucional ha declarado repetidamente que la resocialización no es un derecho fundamental del interno ni el único objetivo admisible de la prisión.

Consecuencia inmediata de la colocación de la finalidad resocializadora en el vértice principal del mundo penitenciario es la articulación en prisión de un tratamiento individualizado (arts. 59 y ss. L.), en la línea propugnada por la Criminología Clínica. Fin del tratamiento es procurar la superación por el sujeto –a través de la aplicación de métodos médico-biológicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales– de

aquellos factores personales o sociales que le han impulsado a delinquir. Tres son, de acuerdo con el “sistema de individualización científica”¹ (art. 72 L.), los grados de tratamiento, que se corresponden fundamentalmente con el régimen cerrado (primer grado), régimen ordinario (segundo grado) y régimen abierto (tercer grado). La primacía del tratamiento sobre el régimen de vida en prisión (art. 71 L.) determina que la clasificación del interno se lleve a cabo sobre la base del estudio inicial y subsiguientes (cada seis meses como mínimo) del interno. No obstante, se garantiza el derecho del interno a rechazar libremente o no colaborar en la realización de cualquier técnica de estudio de su personalidad, sin que de su negativa hayan de desprenderse consecuencias disciplinarias ni de regresión de grado (art. 112,3 R.). Entre los programas de tratamiento se incluyen, junto a las actividades dentro de los establecimientos, los programas de actuación especializada y las salidas programadas (hasta por dos días: art. 114 R.), a las que pueden acceder internos clasificados en segundo grado.

Paulatinamente, van alcanzando fuerza, a su vez, las propuestas dirigidas a un entendimiento “penitenciario” de la resocialización (Mapelli Caffarena & Terradillos Basoco, 1996, 129; de la Cuesta Arzamendi, 1989, 61). Sin prescindir de la necesidad de ofertar en prisión adecuados tratamientos en sentido tradicional o clínico, estas posiciones prefieren convertir a la resocialización en un principio inspirador de la organización y de la vida penitenciaria en su conjunto, que si algo no debe hacer es contribuir a agravar la “desocialización” del delincuente (Muñoz Conde, 1994, 197). Desde esta perspectiva, por resocializar se entiende dirigir la intervención prisional a contrarrestar en la medida de lo posible el efecto separador y estigmatizante de la misma decisión de privación de libertad, de aquí que la vida penitenciaria haya de “normalizarse” (Giménez-Salinas Colomer, 1996, 79), esto es, organizarse del modo más cercano posible a la vida en libertad, manteniendo y fortaleciendo los lazos entre los internos y el exterior y procurando evitar al máximo la afectación negativa de los derechos de los internos.

Esta orientación ha llegado a penetrar en la misma legislación, cuanto menos a nivel de principios. Dispone, así, el art. 3,3 R. que “la vida en prisión debe tomar como referencia la vida en libertad, reduciendo al máximo los efectos nocivos del internamiento, favoreciendo los vínculos sociales, la colaboración y participación de las entidades públicas y privadas y el acceso a las prestaciones públicas”, pues “el interno es sujeto de derecho y no se halla excluido de la sociedad, sino que continúa formando parte de la misma”. De otra parte, el art. 73,2 L. se ocupa de establecer taxativamente que “los antecedentes no podrán ser en ningún caso motivo de discriminación social o jurídica”.

3. EL SISTEMA PENITENCIARIO ESPAÑOL

3.1. Siendo la legislación penitenciaria una competencia exclusiva del Estado (art. 149,1, 6ª de la Constitución), la ejecución de la pena de prisión se lleva a cabo en España de manera uniforme a través del sistema establecido por la Ley Penitenciaria

1. Gracia Martín (1998) lo identifica, simplemente, con el sistema progresivo, del que constituye, en realidad, una variante.

(1979) y su Reglamento (1996)². Algunas Comunidades Autónomas tienen reconocida su capacidad de ejecutar la legislación penitenciaria del Estado. Este es el caso del País Vasco, Cataluña, Andalucía y Navarra. Con todo, sólo Cataluña ejerce por el momento esa capacidad, habiendo asumido la transferencia de los establecimientos penitenciarios de su Comunidad en 1983. Las Comunidades con competencia de ejecución pueden dictar normas de autoorganización o relativas al régimen económico-administrativo de los establecimientos penitenciarios (art. 1,2 R.).

El sistema penitenciario español constituye, por tanto, una estructura pública, integrada por el personal funcional o laboral de que dispone la Dirección General de Instituciones Penitenciarias (del Estado o de Cataluña) (Rivera Beiras, 1996, 177). No se conocen propiamente en España experiencias de privatización, si bien el nuevo Reglamento Penitenciario permite la colaboración entre la Administración y otras entidades públicas o privadas con objeto del desarrollo de convenios para la aplicación de determinadas formas de ejecución penitenciaria: en particular, para las Unidades Dependientes (art. 166) y en el caso de las Unidades extrapenitenciarias autorizadas para la asistencia a penados clasificados en tercer grado que necesiten un tratamiento específico para deshabitación de drogodependencias y otras adicciones (art. 182). También se autoriza a la Administración a celebrar convenios “con otras Administraciones Públicas o con entidades colaboradoras para la ejecución de las medidas de seguridad privativas de libertad previstas en el Código Penal” (art. 182,3 R.) y para la organización de la asistencia postpenitenciaria.

La organización penitenciaria española se rige, a grandes rasgos, por los principios siguientes:

a) *Establecimientos*: Hay en España 86 centros penitenciarios (*Anuario El País 1998*, 131), distribuidos por las diversas áreas territoriales. Cada una de éstas ha de contar, conforme al art. 12 de la Ley, con un número suficiente de establecimientos “para satisfacer las necesidades penitenciarias y evitar el desarraigo social de los penados”.

Los Centros penitenciarios se clasifican en:

- establecimientos de preventivos,
- establecimientos de cumplimiento de penas; éstos pueden ser, a su vez,

2. La ejecución de las penas de arresto de fin de semana se regula por el Real Decreto 690/1996, de 26 de abril, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y arresto de fin de semana (BOE, 120, 17 mayo 1996). El arresto de fin de semana se cumple en el centro penitenciario más próximo al domicilio del condenado o en el depósito municipal si no existe centro penitenciario en el partido judicial y así lo decide el juez o tribunal (art. 12). La pena se cumple por lo general de viernes a domingo, pero cabe un plan de ejecución (a aprobar por el Juez de Vigilancia) que contemple otros días de la semana, especialmente para evitar perjuicios para las obligaciones laborales formativas o familiares del condenado (art. 13). El régimen de cumplimiento es en celda individual y aislamiento (art. 17). El penado puede disponer de radio o televisión a su costa, acceder a los servicios de biblioteca y economato y efectuar una única llamada telefónica al ingreso (art. 18). No puede recibir visitas, comunicaciones ni paquetes, salvo que el arresto se cumpla ininterrumpidamente; en estos supuestos puede mantener una comunicación semanal de 40 minutos de duración, recibir un paquete a la semana y hacer las llamadas telefónicas autorizadas por el Reglamento penitenciario (art. 21). El régimen disciplinario es el general del establecimiento, si bien en caso de reiterada mala conducta se ponen los hechos en conocimiento del Juez de Vigilancia para la adopción de las medidas que procedan. (art. 22)

- * de régimen cerrado: centros o módulos de régimen cerrado y departamentos especiales,
 - * de régimen ordinario,
 - * de régimen abierto: centros abiertos o de inserción social, secciones abiertas y unidades dependientes; y,
- establecimientos especiales: hospitalarios, psiquiátricos o de rehabilitación social.

Caben, igualmente, establecimientos polivalentes, con departamentos, módulos o unidades separadas (art. 12 R.).

El destino a un determinado establecimiento se basa en su clasificación y en las necesidades de tratamiento, procurando que cada interno sea enviado “al Establecimiento cuyo régimen sea más adecuado al tratamiento que se le haya señalado y, en su caso, al grupo o sección más idónea dentro de aquél (art. 102,1 R.). La política de dispersión de presos relacionados con delitos de terrorismo ha suscitado la importante cuestión de si la ejecución de las penas de prisión debe tener lugar o no en el establecimiento más próximo a su domicilio habitual. Algunos sectores consideran que éste es un derecho del preso, y no meramente un principio general de la organización penitenciaria, pero la posición oficial lo rechaza por entender que no existe un reconocimiento legal explícito del mismo.

La Ley penitenciaria establece que los establecimientos no deberían aceptar más de 350 internos por unidad. Sin embargo, la sobrepoblación es uno de los problemas más importantes del sistema penitenciario español en la actualidad. También se indica que los centros penitenciarios han de estar dotados de medios materiales y personales suficientes y, en concreto, de servicios idóneos de dormitorios individuales, enfermerías, escuelas, biblioteca, instalaciones deportivas y recreativas, talleres, patios, peluquería, cocina, comedor, locutorios individualizados, departamento de información al exterior, salas anejas de relaciones familiares y, en general, todos aquéllos que permitan desarrollar en ellos una vida de colectividad organizada y una adecuada clasificación de los internos, en relación con los fines que, en cada caso, les están atribuidos (art. 13).

POBLACION PENITENCIARIA

	<i>Población penit.</i>	<i>índice/100.000</i>	<i>Condenados</i>	<i>Preventivos</i>	<i>Hombres</i>	<i>Mujeres</i>
1991	38.383	98,74	24.420	13.963	35.042	3.341
1992	42.541	108,99	28.247	14.204	38.618	3.833
1993	46.881	119,62	32.557	14.324	42.405	4.476
1994	47.973	121,91	35.362	12.611	43.401	4.572
1995	46.655	118,08	35.021	11.634	42.306	4.349
1996*	43.033	108,48	32.124	10.909	30.051	3.982
1997	43.779	110,36	32.019	11.760	39.686	4.093

* En mayo de 1996 entró en vigor el nuevo Código Penal.

Fuente: *Anuario El País*.

3.2. Siendo la resocialización la orientación primordial de la ejecución de las penas de prisión, por mandato del propio texto constitucional (art. 25,2), ya se ha visto más arriba cómo el Reglamento Penitenciario se ocupa de proclamar la necesidad de aproximación entre la vida en prisión y la vida en libertad. Al lado de lo anterior, en un Estado de Derecho toda intervención pública ha de llevarse a cabo con pleno respeto del principio de legalidad, de aquí que la actividad penitenciaria haya de desarrollarse sin discriminaciones (art. 3 L.) y “con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Constitución y la ley” (art. 2 L.; art. 3,1 R.). Además, el principio de presunción de inocencia ha de regir el régimen penitenciario de los preventivos (art. 5 L.) y se prohíben absolutamente los malos tratos de palabra u obra (art. 6 L.).

Criterio básico y tradicional del internamiento en prisión es el principio de separación, recogido por el art. 16 L.: separación de hombres y mujeres (salvo posibles excepciones reglamentarias); detenidos y presos; delincuentes primarios y reincidentes, jóvenes y adultos; enfermos o deficientes y sanos o normales; condenados por delitos dolosos y por delitos imprudentes. La falta de fundamento material suficiente de algunos de estos criterios de separación ha sido doctrinalmente muy criticada (Mapelli Caffarena, 1986). Por su parte, el Reglamento ha desarrollado la posibilidad (legalmente autorizada) de derogación de la separación por sexo y regula los establecimientos o departamentos mixtos, donde, excepcionalmente, pueden ser destinados indistintamente hombres y mujeres, salvo los condenados por delitos contra la libertad sexual (arts. 168 y ss.). En la misma línea se refiere también a las actividades en común (art. 171) y llega a señalar como principio de la vida penitenciaria el “fomentar la plena convivencia de los cónyuges que se encuentren privados de libertad” (art. 172).

Inspira igualmente la vida prisional el principio celular (art. 19 L.), que supone el internamiento de cada interno en una celda individual. Se admite, con todo, la ocupación de las celdas por más de una persona si por sus dimensiones y condiciones permiten preservar la intimidad o, temporalmente, si la población penitenciaria supera el número de plazas individuales disponibles. También pueden existir dormitorios colectivos en los establecimientos especiales y de régimen abierto (art. 13 R.).

El régimen penitenciario se caracteriza además por el cumplimiento de un horario que garantice ocho horas diarias para el descanso nocturno y que permita quedar atendidas las necesidades espirituales y físicas, sesiones de tratamiento y las actividades formativas, laborales y culturales de los internos (art. 25 L.).

La Ley se muestra a favor del fomento de la participación del interno en determinadas áreas de la vida en el Establecimiento: actividades educativas, recreativas, religiosas, laborales, culturales o deportivas, así como en el desarrollo de los servicios alimenticios y confección de los racionados (art. 24 L.). El régimen de participación reglamentariamente establecido es, con todo, muy limitado y deja escaso ámbito de eficacia a las decisiones adoptadas por los internos en el marco de la participación.

3.3. Como toda relación jurídica “compleja” (Téllez Aguilera, 1998, 21), la relación penitenciaria conlleva una cargada red de derechos y obligaciones recíprocos entre Administración e interno.

3.3.1. Derechos: Criterio básico del internamiento es el reconocimiento de que el interno sigue perteneciendo a la sociedad y disfruta de sus derechos propios. Esto

fue ya proclamado por la propia Constitución. Dispone, en efecto, el art. 25,2, tras proclamar la orientación resocializadora de la pena de prisión y medidas de seguridad y la prohibición del trabajo forzado:

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

El reconocimiento efectivo de algunos de los derechos constitucionales de los presos se ha visto de alguna manera “devaluado” (Rivera Beiras, 1996, 261) por el Tribunal Constitucional. Éste ha considerado, sin embargo, que los derechos proclamados lo son “de aplicación progresiva”. En consecuencia, y por lo que respecta al derecho al trabajo, explícitamente mencionado³, la falta de suficientes puestos de trabajo en prisión para garantizar el pleno empleo de la población interna no da lugar a responsabilidad de la Administración, la cual debe, con todo, organizar el trabajo de modo que progresivamente haga efectivo el derecho al trabajo de los presos.

Tanto la Ley como el Reglamento reconocen los derechos de los internos. En particular, afirman el derecho del interno al respeto de su personalidad, no-discriminación y de los derechos e intereses legítimos no afectados por la condena, mencionando expresamente los derechos siguientes:

- a) Derecho a que la Administración penitenciaria vele por sus vidas, su integridad y su salud, sin que puedan, en ningún caso, ser sometidos a torturas, a malos tratos de palabra o de obra, o rigor innecesario.
- b) Derecho a la protección de su dignidad e intimidad, sin perjuicio de las medidas exigidas por la ordenada vida en prisión.
- c) Derecho a ser designados por su propio nombre y a que su condición sea reservada frente a terceros, a cuyo fin se establece un sistema específico de protección de los datos de carácter personal contenidos en los ficheros penitenciarios.
- d) Derecho al ejercicio de sus derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales (incluido el derecho de sufragio), salvo cuando sean incompatibles con su detención o condena.
- e) Derecho de los penados al tratamiento penitenciario.
- f) Derecho a las relaciones con el exterior legalmente previstas.
- g) Derecho a un trabajo remunerado, dentro de las disponibilidades de la Administración penitenciaria.
- h) Derecho a acceder y disfrutar de las prestaciones públicas que les corresponda.
- i) Derecho a los beneficios penitenciarios legalmente previstos.

3. Para Cobo del Rosal y Boix Reig (1982), el derecho constitucionalmente reconocido es el derecho a la remuneración, si se trabaja.

- j) Derecho a participar en las actividades del centro.
- k) Derecho a formular peticiones y quejas.
- l) Derecho a recibir información personal y actualizada de su situación procesal y penitenciaria.

3.3.2. Deberes: Evidentemente, junto a los derechos, los internos también tienen un amplio elenco de deberes, recogidos por el art. 3 L. y art. 5 R.:

- a) Permanecer en el establecimiento.
- b) Acatar las órdenes legítimas y las normas de régimen interior.
- c) Colaborar activamente para la consecución de una convivencia ordenada.
- d) Mantener una actitud de respeto y consideración a los funcionarios, trabajadores y otros internos o personas, dentro o fuera del establecimiento.
- e) Utilizar adecuadamente los medios materiales y las instalaciones del establecimiento.
- f) Observar una adecuada higiene y aseo personal, corrección en el vestir y cumplir las medidas higiénicas y sanitarias establecidas a estos efectos.
- g) Realizar las prestaciones personales obligatorias impuestas por la Administración penitenciaria para el buen orden y limpieza de los establecimientos.
- h) Participar en las actividades formativas, educativas y laborales para la preparación de la vida en libertad.

Añade, además, el Reglamento que la integración en una comunidad en la que la vinculación es especialmente estrecha lleva a que pueda exigirse al interno “una colaboración activa y un comportamiento solidario en el cumplimiento de sus obligaciones”.

4. PROBLEMAS ESPECÍFICOS DEL SISTEMA PENITENCIARIO

4.1. Procedimiento de queja y otros controles administrativos y judiciales

El derecho de los internos a formular peticiones y quejas se encuentra claramente establecido por el art. 50 L. (y art. 4,2 j) R.). Éste menciona expresamente como destinatarios de las quejas a las autoridades penitenciarias, judiciales, Defensor del Pueblo y Ministerio Fiscal, así como, en general, a las autoridades competentes; todo ello con el fin de asegurar que el interno no encuentre límites en la utilización de los medios legítimos de defensa de sus derechos e intereses. Las peticiones o quejas pueden ser verbales o por escrito, incluso en sobre cerrado. Corresponde al Director hacer llegar las quejas y peticiones a las autoridades u organismos competentes (art. 53 R.). Las quejas o recursos dirigidos al Juez de Vigilancia han de transmitirse a éste en un plazo máximo de tres días (art. 54 R.). Las peticiones y quejas dirigidas a la Administración penitenciaria deben ser resueltas, en general, en un plazo de tres meses; si no se resuelven expresamente en ese plazo, el interesado puede considerarlas desestimadas. Contra toda resolución de la Administración penitenciaria pueden utilizarse todos los recursos ordinarios.

Para el adecuado ejercicio de su derecho de petición, queja o recurso, los internos deben ser informados, al ingreso en el establecimiento, acerca de sus derechos y deberes, régimen penitenciario, normas disciplinarias y de los medios para formular peticiones, quejas y recursos (art. 49 L.). Esta información ha de hacerse en español y en la lengua oficial de la Comunidad Autónoma correspondiente mediante el correspondiente texto escrito. Además, en la Biblioteca del Establecimiento deberá haber, a disposición de los internos, varios ejemplares de la Ley Penitenciaria, del Reglamento y de las normas de régimen interior del Centro (art. 52 R.).

Caracteriza, por último, al sistema penitenciario español, la existencia de una jurisdicción especializada en el seguimiento del cumplimiento de las penas: los Jueces de Vigilancia Penitenciaria (Alonso Escamilla, 1985; Doñate Martín, 1996, 11).

Creados por la Ley Penitenciaria (art. 76) su competencia se extiende, en general, a la resolución de recursos, salvaguarda de los derechos de los internos (Bueno Arús, 1987) y a corregir los abusos y desviaciones de la Administración.

Corresponde a los Jueces de Vigilancia (art. 76 L.)

- asumir, de cara a la ejecución, las funciones de los Jueces y Tribunales sentenciadores, visitando periódicamente los establecimientos penitenciarios,
- resolver en materia de libertad condicional, beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de condena, permisos de salida de más de dos días de duración, sanciones de aislamiento en celda de más de 14 días, reclamaciones de los internos sobre sanciones disciplinarias, recursos sobre clasificación inicial y progresión y regresión en grado,
- conocer las quejas o peticiones de los internos en relación con el régimen o el tratamiento (si resultan afectados los derechos fundamentales o sus derechos y beneficios penitenciarios) y del traslado de internos a establecimientos de régimen cerrado.

Los Jueces de Vigilancia pueden, asimismo, elevar propuestas a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias sobre la organización y servicios de la prisión, la convivencia en el interior de la misma, organización y actividades de talleres, escuela, asistencia médica y religiosa y, en general, sobre las actividades regimentales, económico-administrativas y de tratamiento penitenciario (art. 77 L.).

La implantación y desarrollo “inconcluso” (Mapelli Caffarena, 1998, 279) de la figura del Juez de Vigilancia no ha dejado de plantear problemas en la práctica en España. Junto a las inevitables tensiones entre Jueces y Administración, la dispersión normativa (Rivera Beiras, 1996, 245), la falta de precisión y hasta las contradicciones de la Ley a la hora de la definición de sus competencias y del sistema de recursos contra sus decisiones, la extensión de su jurisdicción a diversos establecimientos, a veces geográficamente nada cercanos entre sí, y la carencia de medios materiales de apoyo han sido la causa de muchas de las dificultades surgidas en el desarrollo de sus funciones.

En cualquier caso, unificados muchos de sus criterios de actuación a través de las reuniones periódicas mantenidas por los Jueces (Fernández Arévalo & Mapelli Caffarena, 1995; Téllez Aguilera, 1996) y aclaradas algunas cuestiones problemáticas a través de la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Conflictos de

Jurisdicción (Ruiz Vadillo, 1992, 239), las decisiones de algunos Jueces de Vigilancia han sido trascendentales de cara al reconocimiento efectivo de los derechos de los internos, influyendo de modo decisivo en el nuevo Reglamento. La situación es, con todo, muy desigual. Mientras determinados Jueces se afanan por ejercer realmente su jurisdicción para la defensa de los derechos de los internos y la prevención de abusos por parte de la Administración penitenciaria, no dejan de constatar áreas en las que la figura del Juez de Vigilancia opera meramente como un nuevo filtro burocrático (y alejado) que deben atravesar algunas decisiones esenciales para la vida penitenciaria y para el efectivo disfrute de sus derechos más elementales por parte de los presos.

4.2. Control político del sistema penitenciario

El control político del sistema penitenciario se lleva a cabo, fundamentalmente, a través del Parlamento español y de los Parlamentos o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas competentes en materia de ejecución penitenciaria. Periódicamente grupos de parlamentarios visitan los establecimientos, entrevistándose con los internos.

Igualmente, con ocasión de la presentación anual de su Informe por parte del Defensor del Pueblo se suscita un debate general en el que siempre está presente la situación de las prisiones. En efecto, un supuesto particular de control del sistema penitenciario, cercano al control político, aun cuando independiente de éste, es el realizado a través del Defensor del Pueblo (*Ombudsman*). Alto comisionado de las Cortes Generales su cometido es la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos, en particular, frente a la Administración (art. 54 Constitución). Los internos tienen derecho a dirigirle peticiones y quejas “que no podrán ser objeto de censura de ningún tipo” (art. 53,4 R.). De hecho, utilizan frecuentemente esta vía, como ponen de manifiesto los Informes que el Defensor del Pueblo eleva al Parlamento. El propio Defensor del Pueblo (y algunos Defensores del Pueblo de las Comunidades Autónomas) han realizado, además, informes periódicos específicos sobre la situación de las prisiones, de gran interés para el conocimiento de la realidad. Así, el último informe del Defensor del Pueblo Vasco, “*Ararteko*” (Markiegi y otros, 1996) puso de manifiesto, entre otras, como carencias más destacables de las prisiones:

- la falta de infraestructuras para la ejecución de las sanciones alternativas previstas por el nuevo Código Penal,
- la superpoblación y hacinamiento de los centros penitenciarios,
- el internamiento en centros alejados del lugar de residencia,
- la obligada ociosidad de los internos, debida a la falta de trabajo y otros programas de ocupación,
- los excesos constatables en cuanto al aislamiento de los clasificados en primer grado,
- la insuficiencia de las plazas y dependencias reservadas para el régimen abierto,
- las dificultades y limitaciones detectadas en cuanto a las visitas de familiares y amigos,

- el alto nivel de morbilidad y mortalidad existente en las prisiones,
- la falta de personal técnico suficiente para el tratamiento y asistencia de los internos,
- la insuficiencia de los medios personales y materiales a disposición de los jueces de vigilancia.

4.3. Asistencia médica y sanitaria

Deber de la Administración penitenciaria es velar por la vida, integridad y salud de los internos (art. 3,4 L.), de aquí que haya de prestar una asistencia sanitaria integral (art. 207,1 R.). A tal efecto, se prevé que en cada centro exista por lo menos un Médico general (con conocimientos psiquiátricos) y un Ayudante Técnico Sanitario, debiendo asimismo prestarse servicios odontológicos (art. 36 L.). Además, los establecimientos han de contar con una enfermería equipada con camas suficientes y preparada para curas de urgencia, intervenciones dentales y asistencia de las especialidades más frecuentemente requeridas, una dependencia para la observación psiquiátrica y la atención de toxicómanos y una unidad para enfermos contagiosos (art. 37 L.).

Los internos tienen, en cualquier caso, derecho a las mismas prestaciones sanitarias y farmacéuticas que el resto de la población (art. 208 R.), merecen el mismo respeto que aquéllos (en particular, derecho al consentimiento informado y a la confidencialidad) en cuanto a posibles investigaciones médicas, que estarán sometidas a la aprobación de una comisión de ética (art. 211 R.) y, salvo por razones de seguridad, pueden solicitar a su costa servicios médicos profesionales ajenos a la Administración penitenciaria (art. 36,3 L.).

La asistencia sanitaria puede llevarse a cabo en instalaciones penitenciarias o extrapenitenciarias, a cuyo efecto el R. regula la formalización de convenios con las Administraciones sanitarias, así como el régimen de consultas, ingresos hospitalarios, visitas y custodia de los internos por parte de las fuerzas policiales (arts. 217 y ss. R.), una cuestión que no deja de suscitar múltiples dificultades en su aplicación práctica (Orbegozo y otros, 1994).

Un problema sanitario muy importante se ha suscitado en España debido al alto número de personas que se encuentran en prisión enfermas por infección de VIH/AIDS (Mapelli Caffarena, 1994, 797) y el elevado riesgo de contagio derivado de las prácticas de consumo de drogas por vía intravenosa o parenteral. En 1996 se han ampliado, en general, las posibilidades de tratamiento sustitutivo con metadona y muy recientemente se han comenzado a desarrollar programas piloto de distribución de jeringuillas en prisión, reclamados desde hace tiempo, pero siguen siendo necesarios programas más incisivos y de educación para la salud y prevención (Markiegi y otros, 1996, 197 y s.). Igualmente, sería preciso abordar decididamente una “programación integral de la sanidad penitenciaria” (Dolz Lago, 1992, 95), excesivamente centrada en las acciones curativas. Aspectos fundamentales de esta programación habrían de ser, además de la higiene general y ambiental, la atención primaria, la elaboración de programas de prevención de enfermedades infecciosas, creación de registros sanitarios, la prevención y control de la drogadicción...

En relación con la asistencia sanitaria en España conviene detenerse, por último, en la cuestión de si la alimentación forzosa de un preso en huelga de hambre constituye o no vulneración de sus derechos fundamentales. Tras un importante debate doctrinal (Díez Ripollés, 1986; Luzón Peña, 1987), el Tribunal Constitucional, en dos importantes Sentencias (STC 120/1990 y 137/1990), declaró admisible la alimentación forzada si existe un riesgo serio para la vida del interno, siempre que no se utilice la vía oral contra la voluntad consciente del interno y que se lleve a efecto en la forma en la que el Juez de Vigilancia determine. Por su parte, el art. 210 del nuevo Reglamento ha venido a cubrir el “vacío legislativo” (Sapena Grau, 1986, 113) y regula la asistencia obligatoria en casos de urgencia vital, esto es, de peligro inminente para la vida o para la salud o la vida de terceras personas. La intervención médica deberá limitarse a lo estrictamente necesario para intentar salvar la vida del paciente, y habrá de comunicarse siempre al juez y contar, en su caso, con la correspondiente autorización judicial.

4.4. Trabajo penitenciario

La Ley Penitenciaria considera al trabajo un deber y derecho del interno, así como un medio fundamental de tratamiento (art. 26), con las siguientes características: no afflictividad ni aplicación como medida de corrección; respeto a la dignidad del interno; carácter formativo, productivo o terapéutico “con el fin de preparar a los internos para las condiciones normales de trabajo libre”; no supeditación al logro de intereses económicos por la Administración; organización dirigida a satisfacer las aptitudes y aspiraciones laborales del interno; protección por la Seguridad Social.

Se consideran trabajo tanto las actividades de formación profesional, como el estudio y formación académica, las actividades productivas y ocupacionales, las prestaciones personales en servicios auxiliares comunes del establecimiento y las artesanales, intelectuales y artísticas (art. 27, 1 L.).

El trabajo debe ser facilitado por la Administración (art. 26, II e) L.). Ésta puede hacerlo directamente, a través del Organismo Autónomo “Trabajo y Prestaciones Penitenciarias” o encomendando su gestión a personas del exterior (arts. 138 y ss. R.). También pueden constituirse cooperativas, con participación de la Administración como socio y formando parte los internos del Consejo Rector y de la Dirección o Gerencia de las mismas (art. 32 L.). De todos modos, la dirección y control de las actividades laborales dentro de los establecimientos queda en manos de la Administración (art. 31 L.).

El trabajo se considera una obligación del condenado, no así del preventivo, que sólo debe realizar las labores que le correspondan para garantizar la limpieza, higiene y buen orden del establecimiento (art. 29, I y II L.). En el caso del trabajo productivo por cuenta ajena se tiende a la plena asimilación con el trabajo libre, tanto en lo relativo a su naturaleza jurídica laboral (especial), como en su organización, remuneración (en principio, inembargable y sin deducciones) y demás condiciones (arts. 132 y ss. R.). El progreso realizado a nivel normativo en cuanto al reconocimiento y defensa de los derechos laborales individuales –remuneración, jornada, horarios, permisos, vacaciones, higiene y seguridad– y a la seguridad social de los internos trabajadores es muy grande; incluso se reconoce el derecho a la protección por desempleo a los liberados que se inscriban dentro de los quince días en la Oficina de empleo (art. 35 L.). Res-

pecto de los derechos colectivos sólo se admite el derecho a la participación en la organización y planificación del trabajo (art. 140 R.) y de un modo muy limitado.

Admitido lo anterior, y a pesar del tratamiento preferencial que se otorga a los bienes, productos y servicios derivados del trabajo penitenciario en las adjudicaciones administrativas de suministros y obras (art. 30 L.), el problema fundamental que se presenta es la escasez de puestos de trabajo en prisión, que determina un alto nivel de inactividad de la población penitenciaria. Esto presenta ulteriores inconvenientes en la medida en que el disfrute de beneficios penitenciarios se encuentra reglamentariamente ligado, entre otras, a la acreditación del trabajo (art. 204) o del desempeño de una actividad laboral normal, útil para su preparación para la vida en libertad (art. 206). Más arriba se ha indicado cómo el Tribunal Constitucional considera que el derecho al trabajo reconocido por el art. 25,2 no puede ser objeto de amparo constitucional, al tratarse de un “derecho de aplicación progresiva”. No obstante, la Ley claramente establece que es la Administración la obligada a suministrar el trabajo y regula también de manera específica las características y demás condiciones de la actividad que la Administración debe suministrar, lo que fundamenta ampliamente la consideración del derecho de los internos al trabajo como un derecho subjetivo frente a la Administración (de la Cuesta Arzamendi, 1996b, 210; sin embargo, Téllez Aguilera, 1998, 40).

En cualquier caso, y ante la falta de puestos de trabajo suficientes para toda la población reclusa, el art. 144 del R. ha establecido un orden de adjudicación de los puestos de trabajo existentes. Este comienza por los internos que precisen trabajar como parte del tratamiento individualizado y se rige, a continuación, por los siguientes criterios de preferencia: los penados sobre los preventivos; dentro de cada categoría, los internos con obligaciones familiares sobre los que no las tengan, la antigüedad en el establecimiento, la capacidad laboral y la conducta penitenciaria.

4.5. Medidas disciplinarias y de seguridad

Las sanciones disciplinarias establecidas por el art. 42 L. son:

- aislamiento en celda (en general, hasta 14 días);
- aislamiento de hasta 7 fines de semana;
- privación de permisos de salida (hasta dos meses);
- limitación de las comunicaciones orales al mínimo de tiempo reglamentario (durante un mes como máximo);
- privación de paseos y actos recreativos comunes (hasta un mes);
- amonestación.

Su duración puede incrementarse en la mitad de su máximo en caso de repetición de la infracción y triplicarse si concurren dos o más faltas disciplinarias; en este supuesto la sanción de aislamiento –que se cumple en una celda ordinaria y con informe médico diario– podría llegar hasta 42 días consecutivos.

El nuevo Reglamento regula mejor que el anterior la correlación entre las infracciones (las cuales siguen siendo definidas, no obstante, a nivel reglamentario, mante-

niéndose con todos sus defectos las incriminaciones del Reglamento anterior), prohíbe su aplicación analógica y facilita la reducción, revocación, aplazamiento y suspensión de las sanciones (Téllez Aguilera, 1998). También ha avanzado en el reconocimiento y desarrollo de los principios que deben inspirar el régimen disciplinario: legalidad, necesidad, subsidiaridad, oportunidad, culpabilidad, *non bis in idem* y defensa (Asencio Cantisán, 1993, 117; Sapena Grau, 1996, 170). La sanción de aislamiento se reserva para los casos de gran agresividad o violencia por parte del interno o de alteración reiterada y grave de la convivencia del Centro. El sometido a aislamiento lo cumplirá en la celda que habitualmente ocupe o en una similar, disfrutará de dos horas diarias de paseo en solitario y no podrá recibir paquetes del exterior ni adquirir productos del economato, salvo autorización expresa del Director (art. 254 R.). Por lo demás, y a falta de una previsión expresa adicional sobre el régimen de aislamiento, serán de aplicación las reglas generales, particularmente en lo relativo a comunicaciones y visitas (Sapena Grau, 1996, 184).

También se centra el Reglamento en la regulación del procedimiento disciplinario, integrando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en lo relativo al derecho del interno a ser informado de la acusación y demás garantías en materia de audiencia, prueba, asesoramiento legal (a cuyo efecto los Colegios de Abogados han organizado turnos de asistencia penitenciaria) y defensa. La efectividad de la sanción queda suspendida si se recurre, salvo en casos de grave indisciplina que no permitan demorar su ejecución. El tiempo cumplido por una sanción posteriormente revocada o reducida se puede tener en cuenta para el cumplimiento de otras sanciones impuestas por acciones u omisiones anteriores a la revocación o reducción (art. 257 R.).

En materia de seguridad el nuevo Reglamento mejora también la regulación anterior (Téllez Aguilera, 1998, 89) y distingue entre la seguridad exterior, que corresponde a las fuerzas de seguridad o policiales, y la seguridad interior, que compete a los funcionarios de Instituciones Penitenciarias (arts. 63 y s.). La seguridad interior se garantiza a través de la observación de los internos, recuentos, controles, registros, cacheos y requisas. Las medidas de seguridad deben regirse por los principios de necesidad y proporcionalidad y han de respetar la dignidad y derechos fundamentales de los internos. Inspirándose en la doctrina del Tribunal Constitucional, el nuevo Reglamento regula detalladamente los cacheos con desnudo integral sólo aplicables por motivos de seguridad concretos y específicos⁴, si los medios electrónicos resultan ineficaces y ante funcionario del mismo sexo, sin presencia de otros internos y preservando, en lo posible, la intimidad (art. 68). Cualquier otra intervención más incisiva en la intimidad del interno exige la autorización judicial⁵.

También el uso de medios coercitivos se considera desde un prisma más preventivo que represivo (García Albero, 1996, 159) y se somete a los principios de necesidad, proporcionalidad y subsidiaridad. Son medios coercitivos, el aislamiento provisional, la fuerza física personal, las defensas de goma, los aerosoles de acción

4. Críticamente, por la excesiva amplitud de la fórmula empleada, García Albero (1996) 159.

5. En 1994 el Tribunal Constitucional consideró que obligar a un interno desnudo a hacer flexiones no era un trato vejatorio ni denigrante, pero sí atentaba contra el derecho a la intimidad personal reconocido por el art. 18,1 de la Constitución.

adecuada y las esposas (art. 72 R.). Supuestos legalmente autorizados para el empleo de los medios coercitivos son: impedir actos de evasión o de violencia por parte de los internos, evitar daños de los internos a ellos mismos, a otras personas o cosas; y vencer la resistencia activa o pasiva de los internos a las órdenes del personal penitenciario (art. 45 L.).

En caso de grave alteración del orden que obligue a la intervención de los Cuerpos policiales de seguridad, se suspenden los derechos de los internos, asumiendo la policía la custodia, vigilancia y restauración del orden y manteniéndose los funcionarios penitenciarios en la dirección de las actividades de tratamiento, asistenciales, económico-administrativas y de relación con las autoridades judiciales. Por razones de seguridad pública la custodia y vigilancia interior de un centro cerrado o departamento especial puede encargarse a los Cuerpos de Seguridad del Estado. En ambos casos, el acuerdo ministerial debe comunicarse de manera inmediata a la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, "a los efectos que adopte la resolución que reglamentariamente proceda" (Disposición final 1^a L.).

4.6. Comunicaciones, visitas y otros contactos con el mundo exterior

Las visitas a los internos constituyen el medio ordinario de relación de éstos con el exterior. La legislación vigente autoriza las comunicaciones orales y escritas de los internos, en su propia lengua (art. 51,1 L.) y sin más restricciones que las impuestas por razones de seguridad, de interés del tratamiento y buen orden del establecimiento. Mientras que los clasificados en tercer grado pueden realizar cuantas comunicaciones orales les permita su horario de trabajo, a los clasificados en primer y segundo grado se garantiza, como mínimo dos comunicaciones orales (acumulables) a la semana de al menos veinte minutos de duración y con un máximo de cuatro personas simultáneamente (art. 42 R.); por su parte, si bien el número de comunicaciones escritas no se encuentra limitado, son dos también las cartas o telegramas que los internos podrán recibir y remitir si sus comunicaciones escritas han de ser intervenidas (art. 46,1 R.). Para las comunicaciones orales con familiares, basta con que éstos acrediten su parentesco. El interno también puede recibir la visita de amigos y representantes de organismos de cooperación penitenciaria, con autorización del Director.

Quienes no puedan disfrutar de permisos de salida pueden mantener con familiares y allegados comunicaciones íntimas (que el Tribunal Constitucional no considera un derecho fundamental), comunicaciones familiares y visitas de convivencia una vez al mes (y todas ellas compatibles entre sí) (art. 45 R.). Su duración es, en general, de una a tres horas, salvo las visitas de convivencia que podrán extenderse hasta las seis horas.

En principio, las comunicaciones no deben ser objeto de intervención o restricción salvo que lo ordene motivadamente el Director dando cuenta al juez competente. Los internos pueden comunicar en español o en la lengua cooficial de su Comunidad Autónoma, debiendo en este caso advertirlo al Director. Las comunicaciones orales pueden ser suspendidas si concurren las circunstancias del art. 44 R. (comportamiento incorrecto, indicios de preparación de actuaciones delictivas o contra la convivencia o seguridad del establecimiento). No cabe la suspensión ni intervención de las comunica-

ciones con el abogado o procurador, salvo que exista orden previa expresa de la autoridad judicial, incluso en casos de terrorismo (art. 51,2 L.; art. 48,3 R.).

También son posibles comunicaciones con autoridades o profesionales (art. 49 R.) y comunicaciones telefónicas (art. 47 R.). Estas pueden tener lugar, con autorización del Director, si los familiares residen en lugares lejanos o no pueden visitar al interno, o cuando éste haya de comunicar algún asunto importante a familiares, abogado u otras personas. En principio, los internos no pueden recibir llamadas desde el exterior, pero pueden hacer hasta cinco llamadas por semana, sin que su duración exceda de cinco minutos. Las llamadas se realizarán en presencia del funcionario y deberán ser abonadas por el interno, salvo que éste vaya a comunicar su ingreso en un centro penitenciario o su traslado a otro. Las llamadas entre internos de diferentes establecimientos pueden ser intervenidas por resolución motivada del Director.

El número de paquetes que pueden recibir los internos es de dos al mes, salvo en Establecimientos o departamentos de régimen cerrado, donde sólo se admite uno al mes. El paquete no debe exceder de 5 Kg, si bien no se computan a tal efecto los libros, publicaciones y ropa (art. 50 R.). Son artículos no autorizados, además de los prohibidos por las normas de régimen interior, los que puedan suponer un peligro para la seguridad, la convivencia ordenada o la salud, las drogas, los que contengan alcohol, los alimentos y los que puedan deteriorarse al manipularlos para su control (art. 51 R.).

4.7. Apertura de la institución penitenciaria

Dos son los aspectos principales en los que se manifiesta la apertura de la institución penitenciaria: el modo en que se autorizan las salidas y contactos directos entre el interno y el exterior (permisos de salida y régimen abierto); y las vías que se prevén para la entrada en prisión del mundo exterior.

4.7.1. Permisos de salida: La legislación española conoce diversas modalidades de permisos de salida:

- Permisos ordinarios, “auténticas vacaciones” penitenciarias (Mapelli Caffarena, 1996, 154), reservados para los penados (o preventivos) clasificados en segundo o tercer grado que hayan cumplido una cuarta parte de la condena y no observen mala conducta. Su disfrute requiere la propuesta de la Administración al Juez de Vigilancia y pueden consistir en salidas de hasta siete días por un total de 18 días (segundo grado) ó 24 días (tercer grado) al semestre. No se conceden si existe peligro de fuga, de reincidencia o si el disfrute del permiso puede poner en peligro los fines del mismo (art. 47,2 L.; 154 R.).
- Permisos extraordinarios, concedidos por causa de fallecimiento o enfermedad grave de familiares o de personas vinculadas íntimamente a los internos, o con ocasión del alumbramiento de su esposa o pareja. Su duración se extiende por el tiempo necesario y de ellos pueden beneficiarse todos los internos, también los clasificados en primer grado, si bien en este supuesto, y cuando el permiso exceda de dos días, han de ser aprobados por el Juez de Vigilancia (art. 155 R.). Son igualmente permisos extraordinarios las salidas de hasta doce horas para consulta ambulatoria extrapenitenciaria de los penados clasificados en

segundo o tercer grado, o las salidas de hasta dos días para ingreso en un hospital extrapenitenciario (art. 155 R.).

- Permisos de fin de semana, especialmente previstos para los clasificados en tercer grado, que pueden salir de la prisión, por regla general, cada fin de semana (art. 87,2 y 101,2 R.).
- Salidas programadas: Al lado de lo anterior, y en el marco del tratamiento, caben las salidas programadas (hasta por dos días) (art. 114 R.) y salidas regulares al exterior (hasta ocho horas) de internos clasificados en segundo grado para su participación en programas concretos de atención especializada (art. 117 R.).

En todos los supuestos de salidas extraordinarias y programadas, la legislación prevé la adopción de las medidas de seguridad que se precisen, salvo respecto de los clasificados en tercer grado y de los de segundo grado que disfruten habitualmente de permisos ordinarios de salida.

4.7.2. Régimen abierto es el destinado “a los penados clasificados en tercer grado que puedan continuar su tratamiento en régimen de semilibertad” (art. 74,2 R.). Tres son las clases de establecimientos previstos por el nuevo Reglamento para su aplicación (art. 80): los Centros Abiertos o de Inserción Social, las Secciones Abiertas, integradas en un establecimiento polivalente, y las Unidades Dependientes, “instalaciones residenciales situadas fuera de los recintos penitenciarios e incorporadas funcionalmente a la Administración penitenciaria”, por lo general, en colaboración con entidades públicas o privadas (art. 165,1 R.).

En Derecho español, la clasificación en tercer grado exige comúnmente el cumplimiento de una cuarta parte de la condena, salvo en los condenados con pena no superior a un año, en que la clasificación en tercer grado puede ser la inicial. Tampoco es preciso el cumplimiento de ese requisito en el caso de los penados enfermos muy graves con padecimientos incurables (art. 104,4 R.) y en supuestos especialmente favorables siempre que se haya dejado “transcurrir el tiempo de estudio suficiente para obtener un adecuado conocimiento” del sujeto (art. 104,3 R.).

Principios inspiradores del régimen abierto son el principio de confianza y autoresponsabilidad, que permiten la atenuación de las medidas de control y cierta normalización social e integración. Con base en lo anterior se permiten en el seno del régimen diversas modalidades de vida (art. 84 R.) y hasta se prevé un “régimen abierto restringido” (art. 82 R.) para penados con trayectoria delictiva peculiar, personalidad anómala o condiciones personales diversas o que no puedan desarrollar un trabajo en el exterior.

Característico del régimen abierto es el sistema flexible de salidas para el desarrollo por el interno en el exterior de un conjunto amplio de actividades (laborales, formativas, familiares, de tratamiento u otras). En realidad, el interno debe permanecer en el Centro ocho horas diarias, pudiendo hasta no pernoctar si acepta un control telemático o similar (art. 86,4 R.). Se permite el disfrute de salidas de fin de semana, desde la tarde del viernes hasta las 8 hs. del lunes (art. 87 R.). Los traslados pueden realizarlos por sus propios medios y sin vigilancia (art. 37,1 R.) y los internos desarrollan un trabajo en el exterior mediante un sistema de contratación ordinaria por empresas (art. 134,2 R.). Disfrutan de cuantas comunicaciones orales (art. 42,1 L.)

permita el horario de trabajo y la duración de sus permisos de salida ordinarios (de hasta siete días) puede alcanzar hasta 24 días al semestre (art. 47,2 L.). También el régimen de participación y su contenido es mucho más generoso en el caso de los clasificados en tercer grado, que se benefician, por último, especialmente de la acción social penitenciaria (art. 228 R.).

Ciertamente, el nuevo Reglamento penitenciario ha ampliado y mejorado de manera importante la regulación del régimen abierto (Sapena Grau, 1996, 77), introduciendo novedades interesantes, como los Centros de Inserción Social (Jabardo Quedada, 1994, 61), las Unidades Dependientes, la posibilidad de no pernoctar en prisión... De todos modos, y a pesar de la extendida exigencia doctrinal falta todavía una verdadera política de fomento y potenciación, en la práctica, de esta importante modalidad de ejecución penitenciaria (de la Cuesta Arzamendi, 1996a)⁶: con frecuencia los presos clasificados en tercer grado (13,19% en 1994, Memoria, 1994, 36) se encuentran internados en prisiones ordinarias.

4.7.3. En cuanto a las vías de entrada en prisión del mundo exterior, la Ley Penitenciaria permite que los internos dispongan de libros, periódicos, revistas y hagan uso de los medios de comunicación social de libre circulación exterior con las limitaciones que aconsejen las exigencias del tratamiento individualizado (art. 58 L.). Por su parte, el Reglamento prohíbe en el interior de los Establecimientos las publicaciones sin depósito legal (salvo las editadas por el propio Centro) así como las que atenten contra la seguridad y buen orden del Establecimiento; la retirada de una publicación exige, con todo, una resolución notificada al interno y comunicada al Juez de Vigilancia (art. 128 R.). También se autoriza el uso de ordenadores personales por razones formativas, pero sin posibilidad de transmisión de cintas o disquetes o de conexión a redes de comunicación (art. 129 R.).

El nuevo Reglamento regula la participación y colaboración de organizaciones no gubernamentales en la vida prisional. El criterio es bastante restrictivo, centralizado y burocrático al exigir no sólo la autorización previa del programa sino también la inscripción de la entidad o asociación en el Registro especial de entidades colaboradoras (art. 62 R.).

4.8. Libertad anticipada

El último de los grados del sistema de individualización científica que, de acuerdo con la Ley Penitenciaria, rige la ejecución de las penas privativas de libertad, es la libertad condicional (art. 72 L.). El Código Penal contempla la libertad condicional en sus arts. 90 y ss. (arts. 192 y ss. R.), y para su concesión por parte del Juez de Vigilancia requiere (Carmena Castrillo, 1996, 116):

- 1) Que el penado se encuentre en tercer grado de tratamiento.
- 2) Extinción de las tres cuartas partes de la condena.
- 3) Buena conducta y pronóstico individualizado y favorable de reinserción social.

6. Vid. un interesante modelo de aplicación del régimen abierto en la Comunidad Autónoma del País Vasco en Asua y otros, 1992.

Con carácter excepcional, cabe conceder la libertad condicional, aun cuando sólo se haya extinguido dos terceras partes de la condena a quienes lo merezcan “por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales” (art. 91 Código Penal y 205 R.). También excepcionalmente pueden ser colocados en libertad condicional, aunque no hayan extinguido las tres cuartas partes o, en su caso, las dos terceras partes, los que hubieren cumplido setenta años o la cumplan durante la extinción de la condena y quienes estén afectados por una enfermedad muy grave y con padecimientos incurables (art. 92 C.P.).

La libertad condicional se extiende por todo el tiempo que reste al sujeto para cumplir su condena y, para su concesión, el Juez de Vigilancia puede imponer la observancia de reglas de conducta. Si durante el período de libertad condicional el sujeto delinque o no observa las reglas de conducta, el Juez revocará la libertad condicional y el penado reingresará en prisión (en régimen ordinario art. 201 R.), sin perjuicio de computarse el tiempo pasado en libertad condicional (art. 93 R.). En caso de extranjeros no residentes en España o de españoles residentes en el extranjero, y al margen de las posibilidades de expulsión (art. 89 C.P.), se procurará que el disfrute de su libertad condicional pueda tener lugar en el país de su residencia (art. 197 R.).

El adelantamiento de la libertad condicional o definitiva puede provenir de la existencia de un indulto particular, que determine el acortamiento de la condena. En este sentido, el art. 206 R. prevé que la Junta de Tratamiento pueda solicitar al Juez de Vigilancia la tramitación de un indulto para quienes durante al menos dos años hayan mantenido buena conducta, desempeñado una actividad laboral normal y participado en las actividades de reeducación y reinserción social, todo ello en grado extraordinario. Si el Juez de Vigilancia acuerda la tramitación del indulto, lo elevará al Gobierno.

5. CATEGORÍAS ESPECIALES DE PRESOS

5.1. Internos en máxima seguridad

Los establecimientos de máxima seguridad se rigen en España por el art. 10 de la Ley Penitenciaria que, al lado de las prisiones ordinarias y abiertas, colocó, con carácter excepcional los llamados “establecimientos de cumplimiento de régimen cerrado o departamentos especiales”, reservados para preventivos y condenados de peligrosidad extrema o para casos de inadaptación a los regímenes ordinarios o abiertos. La terminología no sirve para ocultar la realidad: a pesar del “fraude de etiquetas”, los establecimientos ordinarios no son sino establecimientos cerrados (Bustos Ramírez, 1987, 96). En cualquier caso, en 1994, el 2,8% de los condenados estaban clasificados en primer grado (Memoria, 1994, 36).

Dos son las modalidades de vida en régimen cerrado: la propia de los centros o módulos cerrados, a donde son destinados los clasificados en primer grado que muestran una manifiesta inadaptación a los regímenes comunes, y la de los departamentos especiales, a donde se destinan los clasificados en primer grado que hayan protagonizado o inducido a alteraciones regimentales muy graves, que hayan puesto en peligro la vida o integridad de otros, tanto dentro como fuera de los establecimientos y en quienes concurra una peligrosidad extrema. La doctrina ha criticado por su falta de cla-

ridad los términos empleados por la Ley (Mapelli Caffarena, 1989, 132; Muñagorri Laguía, 1989, 1094). En cualquier caso, la decisión de internamiento en régimen cerrado se considera una decisión muy grave que ha de adoptarse con muchas caute- las y comunicarse al Juez de Vigilancia. En caso de preventivos, supuesto que ha de considerarse muy excepcional (Garrido Guzmán, 1988, 153) habrá de revisarse a los tres meses (art. 98 R.), mientras que respecto de los penados el plazo de revisión es de seis meses (art.105 R.). Factores de ponderación para apreciar las variables anteriores de cara a la clasificación en primer grado son, *ad exemplum*, según el art. 102,5 R.:

a) La naturaleza de los delitos cometidos en su historial delictivo, que denoten una personalidad agresiva, violenta y antisocial.

b) La comisión de actos que atenten contra la vida o la integridad física de las per- sonas, la libertad sexual o la propiedad, cometidos en modos o formas especialmente violentos.

c) La pertenencia a organizaciones delictivas o bandas armadas, mientras no se muestren signos inequívocos de haberse sustraído a la disciplina interna de las organi- zaciones o bandas.

d) La participación activa en motines, plantes, agresiones físicas, amenazas o coacciones.

e) La comisión de infracciones disciplinarias calificadas de muy graves o graves de manera reiterada y sostenida en el tiempo.

f) La introducción o posesión de armas de fuego en el establecimiento, así como la tenencia de drogas en cantidad importante que haga presumir su destino al tráfico.

Aun cuando el Reglamento sigue recogiendo algunos supuestos discutibles y algu- nas incoherencias (Elías Ortega, 1997, 124), es claro el esfuerzo de aproximación de los criterios de clasificación a aquellos supuestos en que se presenta una peligrosidad extrema del sujeto para la vida en prisión o para la ejecución de la pena, únicos que habrían de justificar el destino a estos centros o departamentos, que debería quedar excluido o extremadamente restringido para los jóvenes (Alvarez Fresno, 1990, 251). En cualquier caso, y puesto que existen dos modalidades de régimen cerrado, el art. 92 R. ordena la reasignación de los destinados a departamentos especiales que mani- fiestan una evolución positiva, entre otras, por mostrar interés por participar y colabo- rar en las actividades programadas, tener canceladas las sanciones o carecer de las mismas durante períodos prolongados de tiempo y mantener una adecuada relación con los demás. La asignación de modalidades de vida dentro del régimen cerrado debe revisarse cada tres meses (art. 92,3 R.).

El régimen cerrado se caracteriza por la limitación de las actividades en común, un mayor control y vigilancia sobre los internos y la mayor exigencia en el cumpli- miento de las medidas de seguridad orden y disciplina. Las limitaciones regimentales no han de ser en ningún caso iguales o superiores a las que caracterizan el régimen de los sancionados con aislamiento en celda (art. 90,2 R.). En los Departamentos espe- ciales las horas diarias de patio pueden quedar limitadas a tres, no pudiendo estar más de dos internos juntos. A las actividades programadas pueden dedicarse otras tres horas, participando como mucho cinco internos. Diariamente se practica registro de

las celdas y cacheo de los internos pudiendo recurrirse hasta el desnudo integral si existen fundadas sospechas de posesión de objetos prohibidos y por razones de urgencia. Los servicios médicos han de programar visitas periódicas e informar al director (art. 93 R.). En los módulos o centros cerrados las horas diarias de patio son, al menos cuatro, y tres de actividades programadas (art. 94 R.). Los internos en centros cerrados no disfrutan de permisos ordinarios de salida, ni se les autoriza a participar en la organización de las actividades del establecimiento. Sus comunicaciones orales y escritas suelen ser objeto de intervención y sólo pueden recibir un paquete al mes.

Como consecuencia de la adopción de la política de dispersión de los internos pertenecientes a grupos terroristas se creó el Fichero de Internos de Especial Seguimiento (FIES), regulado a través de diversas instrucciones y circulares emanadas a partir de 1990. Estas fueron extendiéndose a otras categorías de internos: de peligrosidad extrema, pertenecientes a organizaciones de narcotráfico... Interesa destacar que la legalidad de estas circulares fue cuestionada por los propios Servicios Jurídicos del Estado en 1993 (Téllez Aguilera, 1998, 119, n. 259), pues no se limitaban a establecer el seguimiento de aquellos internos, sino que establecían medidas regimentales específicas, distorsionando y vulnerando el marco legal y reglamentario, como destacaron algunos Jueces de Vigilancia (Fernández Arévalo, 1994, 329). Tras la aprobación del nuevo Reglamento se han refundido las anteriores Circulares e Instrucciones, recogiendo las relativas a los Ficheros de Internos de Especial Seguimiento (FIES) en la Instrucción I 21/96, que se ocupa también de la regulación del régimen cerrado. Existen cinco clases de Ficheros: Control directo (internos especialmente conflictivos y peligrosos), Narcotraficantes, Bandas armadas, Fuerzas de Seguridad y Funcionarios penitenciarios y Características especiales (delincuentes comunes internacionales, delincuentes sexuales especialmente violentos, insumisos). Las normas específicas para algunos de ellos establecen una intensificación de las medidas de seguridad interior, cambios de celda, retención temporal de las comunicaciones escritas y medidas especiales de control de las visitas y demás relaciones dentro de la prisión, así como de sus cuentas de ahorro.

5.2. Internos de larga duración

En principio, la duración de la pena de prisión no habría de constituir, en sí mismo, un criterio determinante de la clasificación penitenciaria, a realizar conforme al estudio y observación de la personalidad del sujeto. Sin embargo, y aun cuando se han abandonado los criterios indicativos del anterior Reglamento –que distinguía entre si al sujeto le faltaba por cumplir menos de dos años, más de dos y menos de quince, más de quince años y si se encontraba en el primer tercio del cumplimiento de la condena, en el tercio medio o en el último tercio– el art. 102 II R. no deja de referirse a la duración de las penas como variable y criterio de clasificación al lado de la personalidad e historial individual, familiar, social y delictivo, el medio social al que retorne el sujeto y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento.

La clasificación del interno es, con todo, el criterio que rige el régimen en que va a cumplir las distintas fases de la ejecución de la pena privativa de libertad que se le haya impuesto.

5.3. Mujeres presas

Uno de los principios tradicionales de separación de los internos es la separación por sexos, recogida por los arts. 16 L. y 99 R. Es ésta una separación ya no absoluta, en la medida en que se contemplan supuestos excepcionales de departamentos mixtos (arts. 168 y ss. R.) para la ejecución de programas específicos de tratamiento o para evitar la desestructuración familiar. El destino a estos departamentos se basa en la ponderación de las circunstancias personales y penitenciarias, teniendo especialmente en cuenta el autocontrol individual de los internos. Estos deben prestar expresamente su consentimiento. A los departamentos mixtos no pueden ser destinados condenados por delitos contra la libertad sexual.

Aun cuando la separación por sexo no tendría por qué llevar a una diferente situación penitenciaria de hombres y mujeres, la realidad pone de manifiesto que las distancias son importantes. Al margen de las naturales previsiones sanitarias relativas a la necesidad de que los Centros de mujeres dispongan de servicios periódicos de un ginecólogo (art. 209, 1.2. R.) o de una enfermería equipada con instrumental de obstetricia (art. 213,1 R.) en el plano legal y reglamentario, algunas disposiciones se ocupan de la situación de las internas embarazadas, y de las internas con hijos menores de tres años (en este caso, el Centro deberá también contar con los servicios periódicos de un pediatra: art. 209, 1.2. R.). Las internas embarazadas quedan excluidas de la obligación de trabajar durante 16 semanas ininterrumpidas, ampliables hasta dieciocho por parto múltiple. Seis de esas semanas deben ser posteriores al parto (art. 29 L.; 133 R.). Tampoco se les aplica la sanción de aislamiento en celda hasta seis meses después del embarazo (ni a las madres lactantes o que tengan hijos consigo en el establecimiento (art. 43,3 L.; 254 R.). Las madres pueden, en principio, tener consigo a los hijos menores de tres años, si bien primarán siempre los derechos del niño en los conflictos entre éstos y los de la madre (art. 38,2 L.; art. 17 R.). Siempre que sea posible, las madres en esta situación serán destinadas a Unidades de madres (arts. 178 y ss. R.), donde se programarán actividades de carácter educativo para los menores (art. 125 R.) o, de encontrarse en tercer grado, a Unidades Dependientes (arts. 165 y ss. R.).

Las madres con hijos menores de diez años que no convivan con ellas en el centro penitenciario, tienen también derecho a un régimen específico de visitas, sin restricciones en cuanto a su frecuencia e intimidad (art. 38,5 L.), salvo por razones de orden y seguridad del establecimiento (art. 178, 6 R.).

Por fin, en el marco del régimen abierto las labores domésticas en su propio domicilio son consideradas trabajo en el exterior, cuando no haya posibilidad de desempeñar otro trabajo remunerado en el exterior (art. 82,2 R.).

La desproporción cuantitativa entre la población penitenciaria masculina y femenina provoca múltiples problemas en la práctica (Herrera Moreno, 1993). Fundamentalmente centrada la estructura penitenciaria en atender a la población masculina, sólo en las grandes ciudades hay cárceles de mujeres. Los demás centros y dependencias para mujeres forman parte de los establecimientos masculinos. Esta carencia es especialmente grave en cuanto a las posibilidades de aplicación del régimen abierto. De otra parte, es conocido el contraste entre el aspecto aparentemente más agradable y cuidado de las cárceles de mujeres y su extremadamente rígida disciplina, derivada de la necesidad de alojar conjuntamente (sin posibilidades reales de separación y clasifica-

ción) a personas de características individuales y perfiles criminales muy diversos. En cuanto a la convivencia en las mismas dependencias de las madres con sus hijos, la experiencia no ha sido satisfactoria, de aquí que desde 1995 haya quedado limitada a los niños de hasta tres años.

5.4. Internos jóvenes

Aun cuando el nuevo Código Penal (art.19) eleva la mayoría de edad penal en España a los 18 años, esta disposición no ha entrado todavía en vigor, a falta de la aprobación de la Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor. El límite inferior de la mayoría de edad penal continúa siendo, por tanto, en España los 16 años (art.8,2 del anterior Código Penal, en este punto todavía en vigor).

Jóvenes, desde la perspectiva penitenciaria (art. 9 L.; 173 R.) son los menores de 21 años, si bien, excepcionalmente, y a la vista de la personalidad del interno, pueden permanecer en los centros destinados a jóvenes quienes no hayan cumplido 25 años.

Conforme a los criterios de separación y clasificación penitenciaria, la condición de joven determina el destino a Centros o departamentos para jóvenes, que se diversificarán conforme a los grados de tratamiento; sólo excepcionalmente –y con conocimiento del Juez de Vigilancia– pueden estar los jóvenes en departamentos de adultos (art. 99 R.). El régimen de vida en los departamentos para jóvenes se basará en un “sistema flexible de separación” interna en diversas modalidades de vida, que permitan aplicar márgenes progresivos de confianza y de libertad (art. 177 R.) y se caracterizará por “una acción educativa intensa”, personalizada y periódicamente evaluada, fomentando, en la medida de lo posible, el contacto con el entorno social y la participación de las instituciones comunitarias (art. 173 R.). Cinco son los programas fundamentales a desarrollar en los centros de jóvenes: a) formación instrumental y formación básica; b) formación laboral; c) programa de formación para el ocio y la cultura; d) educación física y deporte; e) programa de intervención dirigido a aquellas problemáticas de tipo psicosocial, de drogodependencias o de otro tipo que dificulten la integración social normalizada de los internos (art. 174,2 R.).

A pesar del contenido de la regulación en vigor, la realidad pone de manifiesto la escasez de los centros especializados previstos para los jóvenes⁷ que, como las mujeres, acaban internados –en el mejor de los casos– en módulos o secciones de los establecimientos de hombres. La orientación prioritaria de la intervención penitenciaria hacia los jóvenes menores de 25 años (28,29 % de los condenados, en 1994, Memoria 1994, 30), a través de centros pequeños, separados de la prisión de adultos y, en lo posible, abiertos sigue estando pendiente de realización efectiva. Particularmente atractivas resultan en esta línea las unidades dependientes para jóvenes creadas en colaboración con iniciativas extrapenitenciarias, de cuya experiencia se deduce que son muchas las posibilidades existentes de ampliación de su radio de acción y de mejor aprovechamiento de sus potencialidades.

7. Sobre la experiencia del centro de Liria, Izquierdo Moreno y Cantero Falcón, 1994, 393-413.

5.5. Drogodependientes

Aun cuando los datos oficiales son a veces optimistas, la percepción general es que, “en la actualidad, una amplia proporción de la población penitenciaria tiene problemas de drogodependencia”, como sucede en otros países (Téllez Aguilera, 1995, 10).

En este campo, el art. 37 L. ordena que todos los establecimientos contarán con “una dependencia destinada a la observación psiquiátrica y a la atención de los toxicómanos”. Por su parte, el art. 66 L. también alude a los programas de tratamiento basados en los principios de la comunidad terapéutica. El Reglamento (art.116) se refiere al tratamiento de los drogodependientes y establece que la Administración Penitenciaria debe ofrecerles –directamente o a través de otras entidades– programas de tratamiento y de deshabituación, con independencia de cuál sea su situación penitenciaria. También prevé la existencia de “departamentos específicos” en los que se lleve a cabo un seguimiento permanente de los internos drogodependientes. Finalmente, el art. 182 R. permite que los internos clasificados en tercer grado sean atendidos por instituciones públicas o privadas exteriores a la prisión, en las que se les suministre el tratamiento específico que precisen para la deshabituación de drogodependencias y otras adicciones; todo ello dando cuenta al Juez de Vigilancia. Los Centros de Inserción Social, junto con las Unidades dependientes (arts. 164 y s. R.) pueden igualmente constituir instituciones muy apropiadas para el internamiento de drogodependientes sometidos a tratamiento o que prosigan el programa ya iniciado fuera de la prisión.

En 1994 se aprobó la “Política de Intervención Global” sobre las drogodependencias en prisión (Circular 5/1995). Sin embargo, la situación sigue siendo muy insatisfactoria. Son muchas las dificultades existentes en cuanto al adecuado cuidado de los drogodependientes en prisión y en orden a la continuación por parte de los internos de programas de tratamiento iniciados fuera de la prisión (Markiegi y otros, 1996, 53, 59). De otra parte, si bien la regulación de los programas de metadona ha sido flexibilizada en 1996, sólo muy recientemente se han comenzado programas de intercambio de jeringuillas en prisión.

5.6. Presos extranjeros y grupos étnicos y religiosos

En principio, el régimen de internamiento de extranjeros no presenta casi diferencias desde el prisma legal que el de los nacionales. Por lo general, las previsiones normativas que se contienen respecto de los extranjeros tienden a hacer efectivo sus derechos de información y se ocupan de la aplicación de las medidas de expulsión posteriores al cumplimiento de la condena (art. 26 R.) o de la sustitución de la pena por la expulsión cuando las condenas sean inferiores a seis años de prisión (art. 27 R.).

La Administración debe disponer de folletos informativos en los idiomas más frecuentes o solicitar ayuda a los servicios consulares (art. 51,2 R.). De otra parte, el art. 52,2 R. considera también un derecho del extranjero la obtención de información sobre la aplicabilidad en su caso de los tratados o convenios sobre traslado de condenados a otros países, así como sobre las posibilidades legales de sustitución de las penas por la medida de expulsión. También han de recibir la dirección y teléfono de la representación diplomática de su país en España (art. 52,2 R.), que pueden visitarlos

(art. 49,3 R.) y a las que tienen derecho a comunicar su ingreso en prisión (art. 15,5 R.). Por lo demás, reconocido el derecho a la libertad religiosa (art. 54 L.), y aun cuando, principalmente, la asistencia religiosa (Beristain, 1986, 803) prestada es la católica, los internos tienen derecho a solicitar la asistencia de su confesión religiosa respectiva, pudiéndose habilitar en los Centros un espacio para la práctica de los ritos religiosos. Igualmente la Administración ha de facilitar el respeto de las normas de alimentación, ritos y festividades religiosas de los internos, "siempre que lo permitan las disponibilidades presupuestarias, la seguridad y la vida del Centro y los derechos fundamentales de los restantes internos" (art. 230 R.).

Además de la sobrerrepresentación de la población extranjera en prisión⁸, derivada de la mayor tendencia a dictar órdenes de internamiento a su respecto, el problema fundamental que se presenta a los extranjeros en los establecimientos penitenciarios es la dificultad que experimentan para el disfrute de sus derechos. En efecto, sus pocas posibilidades de reinserción por su desarraigo cultural y la falta de apoyos sociales externos acaban traduciéndose en una menor oportunidad de obtención de la libertad provisional y de ejercicio efectivo de sus derechos: a la información, a la educación, a la libertad religiosa, al trabajo, a las comunicaciones con el exterior, concesión de permisos de salida, progresión en el tratamiento o libertad condicional (Torrecilla Collada, 1993, 261; Varona Martínez, 1994, 426). El Reglamento se ha hecho en parte eco de estas dificultades y prevé, respecto de las comunicaciones y visitas, que su organización atienda a las necesidades especiales de los internos extranjeros (art. 41,7). Igualmente ordena a la Administración penitenciaria fomentar especialmente la colaboración de organizaciones dedicadas a la resocialización y ayuda de los mismos, facilitando la cooperación de las entidades sociales del país de origen a través de las autoridades consulares (art. 62,4 R.).

En cualquier caso, los extranjeros en situación irregular en espera de expulsión, que no hayan cometido delitos, no son internados en establecimientos penitenciarios, sino en centros específicos de carácter no penitenciario (Adam Muñoz, 1991). El Defensor del Pueblo ha denunciado repetidas veces las inaceptables condiciones en que se encuentran los extranjeros internados en estos centros.

6. CONCLUSIONES

Si la Ley de 1979 fue valorada positivamente, su desarrollo a través de los Reglamentos de 1981 y 1984, altamente restrictivo y limitador de las posibilidades abiertas por la Ley y de los derechos de los internos, mereció fuertes críticas. La aprobación del nuevo Reglamento Penitenciario de 1996, sin perjuicio de sus defectos y puntos débiles, ha supuesto una importante mejora de la normativa penitenciaria, mucho más acorde con los postulados constitucionales y de la Ley. También la labor de los Jueces de Vigilancia y del Tribunal Constitucional ha permitido ir perfilando de mejor manera el alcance de los derechos de los presos; bien es cierto que, en algunos casos, el resultado de las decisiones jurisdiccionales ha sido una fuerte decepción. Lo anterior no

8. Si la población extranjera en España es un 1'6%, en prisión alcanza el 16'4% (Varona Martínez, 1994, 427).

quiere decir que no sean precisas reformas legislativas. La reconsideración de las excesivamente frecuentes remisiones reglamentarias, en particular en los aspectos disciplinarios (Bueno Arús, 1992, 504), la revisión del régimen cerrado y departamentos especiales, la acentuación del control judicial en materia de traslados, aislamiento, cacheos, medidas coercitivas, intervención de comunicaciones y sobre los propios centros penitenciarios, la potenciación de régimen abierto, el establecimiento de medios eficaces y gratuitos de asesoramiento jurídico-penitenciario de los internos, se presentan desde la perspectiva normativa como las reformas más urgentes.

El problema fundamental al que se enfrenta en la actualidad el sistema penitenciario español es, en cualquier caso, la gran distancia entre la teoría, la normativa, y la práctica en casi todos los ámbitos de la vida penitenciaria. A pesar de la tardía información oficial y de los mensajes optimistas, los datos procedentes de la realidad indican que con mucha frecuencia se incumple la Ley Penitenciaria (Ríos Martín y Cabrera Cabrera, 1998, 223). Las razones son múltiples y conocidas: población penitenciaria excesiva y creciente, que “rebasa ampliamente la capacidad de los establecimientos”, dotaciones presupuestarias insuficientes, falta de trabajo u otras ocupaciones, carencia de personal especializado, amplia presencia de la droga en las prisiones... (Bergalli, 1996, 299; Landrove Díaz, 1996, 66). Todo ello lleva a una institución penitenciaria obsesionada con el tema de la seguridad y que, a pesar de los mandatos constitucionales, considera el tratamiento y la clasificación como una tarea “secundaria”, frecuentemente instrumentada con fines exclusivamente disciplinarios (Bona i Puivert, 1996, 257).

Urge, en este sentido, un cambio radical de la política penitenciaria que aborde de manera decidida los problemas anteriores y reoriente la ejecución de la pena de prisión en el sentido exigido por la Constitución y la legislación penitenciaria.

BIBLIOGRAFÍA

- ADAM MUÑOZ, M.D. (1991): “El internamiento preventivo del extranjero durante la tramitación del expediente de expulsión”, *La Ley*, 23 diciembre.
- ALONSO DE ESCAMILLA, A. (1985): *El juez de vigilancia penitenciaria*, Madrid: Civitas.
- ÁLVAREZ FRESNO, E. (1990): “Algunas consideraciones respecto a la aplicación del art. 10 de la L.O.G.P. a los internos jóvenes”. En *VI Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Sevilla, 251-256.
- ASENCIO CANTISÁN, H. (1993): “El régimen disciplinario, el procedimiento sancionador y los medios coercitivos”. En *Vigilancia Penitenciaria (VI Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria y Bibliografía)*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 113-133.
- ASUA, A., BALMASEDA, J., MANZANOS, C. y SAINZ DE ROZAS R. (1992): *Régimen abierto en las prisiones*, Vitoria-Gasteiz: Gobierno Vasco, 21-46.
- BERGALLI, R. (1996): “Una visión sociológica de la cárcel en España”. En *La cárcel en el sistema penal, Un análisis estructural*, 2ª ed., por I. Rivera Beiras, Barcelona: M.J. Bosch, 289-308.
- BERISTAIN, A. (1986): “Asistencia religiosa. Derechos religiosos de los sancionados a penas privativas de libertad”. En *Comentarios a la legislación penal*, dir. por M. Cobo del Rosal, VI, 2, Madrid: Edersa, 803-855.

- BONA I PUIVERT, R. (1996): "Clasificación y tratamiento penitenciario. Traslados y permisos de salida: su control jurisdiccional". En *Cuadernos de Derecho Judicial*, 33/95, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 245-276.
- BUENO ARÚS, F. (1985): "A propósito de la reinserción social del delincuente (Artículo 25,2 de la Constitución española)". En *Cuadernos de Política Criminal*, 25: 59-70.
- BUENO ARÚS, F. (1987): "El juez de vigilancia penitenciaria y los derechos de los penados". En *La Ley*, 1841.
- BUENO ARÚS, F. (1992): "¿Hacia una revisión del sistema penitenciario español?". En *Actualidad Penal*, 48: 501-513.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. (1987): "Pena privativa de libertad y política criminal: los establecimientos de máxima seguridad". En *Jueces para la Democracia, Privaciones de libertad y Derechos Humanos*, Barcelona: hacer, 93-103.
- CARMENA CASTRILLO, M. (1996): "El Juez de vigilancia penitenciaria y la ejecución de las penas". En *Cuadernos de Derecho Judicial*, 95/33, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 105-118.
- COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J. (1982): "Derechos fundamentales del condenado. Reeducación y reinserción". En *Comentarios a la legislación penal*, dir. por M. Cobo del Rosal, I, Madrid: Edersa, 217-227.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (1986): "La reforma de la legislación tutelar. ¿Un derecho penal de menores y jóvenes?". En *Los derechos humanos ante la Criminología y el Derecho Penal*, comp. por A. Beristain y J.L. de la Cuesta, Bilbao: UPV/EHU, 153-229.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (1989): "Reflexiones acerca de la relación entre régimen penitenciario y resocialización", *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. extraordinario 2, *II Jornadas Penitenciarias Vasco-Navarras*: 59-63.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (1993): "Alternativas a las penas cortas privativas de libertad en el Proyecto de 1992". En *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Madrid: Edersa, 319-345.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (1996a): "El régimen abierto". En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, XLIX, I: 59-91.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (1996b): "El trabajo de los internos en el Derecho penitenciario español". En *Cuadernos de Derecho Judicial*, 95/33, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 205-244.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (1986): "Huelga de hambre en el ámbito penitenciario". En *Cuadernos de Política Criminal*, 30: 603-659.
- DOLZ LAGO, M.J. (1992): "La cárcel ¿factor patógeno? (Límites de la asistencia sanitaria penitenciaria)". En *Ministerio Fiscal y Sistema Penitenciario*, Madrid: Ministerio de Justicia, 75-95.
- DOÑATE MARTÍN, A. (1996): "Jurisdicción de vigilancia penitenciaria: naturaleza, órganos y competencia". En *Cuadernos de Derecho Judicial*, 95/33, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 11-65.
- ELÍAS ORTEGA, A. (1997): "Los departamentos especiales en el nuevo Reglamento Penitenciario". En *Secuestros institucionales y Derechos humanos. La cárcel y el manicomio como laberintos de obediencias fingidas*, Barcelona: Bosch, 123-129.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. (1994): "El régimen cerrado". En *Derecho Penitenciario y Democracia*, Sevilla: Fundación El Monte, 305-351.

- FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y MAPELLI CAFFARENA, B. (1995): *Práctica Forense Penitenciaria*, Madrid: Civitas.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. (1986): "Funciones y fines de las instituciones penitenciarias". En *Comentarios a la legislación penal*, dir. por M. Cobo del Rosal, VI,1, Madrid: Edersa, 25-43.
- GARRIDO GUZMÁN, L. (1988): "Régimen penitenciario e instituciones de máxima seguridad". En *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. extraordinario: 145-155.
- GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, E. (1996): "Autonomía del Derecho penitenciario. Principios informadores de la LOGP". En *Cuadernos de Derecho Judicial*, 95/33, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 67-104.
- GRACIA MARTÍN, L., BOLDOVA PASAMAR, M.A. y ALASTUEY DOBÓN, M.C. (1998): *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia: Tirant lo blanch.
- HERRERA MORENO, M. (1993): "Mujeres y prisión". En *Cuadernos de Política Criminal*, 49: 339-354.
- IZQUIERDO MORENO, C. y CANTERO FALCÓN, M. (1994): "Instituto pionero para jóvenes de Liria (Experiencia piloto en la política penitenciaria española)". En *Cuadernos de Política Criminal*, 52: 393-413.
- JABARDO QUESADA, M. (1994): "Los Centros de Integración Social". En *Derecho Penitenciario y Democracia*, Sevilla: Fundación El Monte, 61-97.
- LANDROVE DÍAZ, G. (1996): *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4ª ed., Madrid: Tecnos.
- LUZÓN PEÑA, D.M. (1987): "Estado de necesidad e intervención médica (o funcional o de terceros) en casos de huelgas de hambre, intentos de suicidio y de autolesión". En *Revista de Estudios Penitenciarios*, 238, 47-69.
- MAPELLI CAFFARENA, B. (1986): "La clasificación de los internos". En *Revista de Estudios Penitenciarios*, 236, 99-126.
- MAPELLI CAFFARENA, B. (1989): "Consideraciones en torno al art. 10 de la LOGP". En *Revista de Estudios Penitenciarios*, extra 1, 127-138.
- MAPELLI CAFFARENA, B. (1994): "SIDA, drogas y prisión". En *Cuadernos de Política Criminal*, 53: 797-812.
- MAPELLI CAFFARENA, B. y TERRADILLOS BASOCO, J. (1996): *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., Madrid: Civitas.
- MAPELLI CAFFARENA, B. (1998): "La judicialización penitenciaria: un proceso inconcluso". En *Cuadernos de Derecho Judicial*, 95/33, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 277-303.
- MARKIEGI, X., AGÚNDEZ, M., LÓPEZ DE FORONDA, F., BARCELÓ, F. y ORTUBAI, M. (1996): *Situación de las Cárceles en el País Vasco*, Vitoria-Gasteiz: Ararteko.
- Memoria de actividad de la Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios* (1994), Madrid.
- MUÑAGORRI LAGUÍA, I. (1989): "Tecnología de la irrealidad. Cárceles de máxima seguridad, incomunicabilidad y sublimación autoritaria". En *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, comp. por J.L. de la Cuesta, I. Dendaluze y E. Echeburua, San Sebastián, 1094-1103.

- MUÑAGORRI LAGUÍA, I. (1998): "Reflexiones sobre la pena de prisión en el nuevo Código Penal de 1995: polifuncionalidad e incremento regresivo de la complejidad penal". En *Estudios Penales y Criminológicos*, XXI: 209-238.
- MUÑOZ CONDE, F. (1985): *Derecho Penal y Control Social*, Jerez: Fundación Universitaria de Jerez.
- MUÑOZ CONDE, F. (1994): "El tratamiento penitenciario". En *Derecho Penitenciario y Democracia*, Sevilla: Fundación El Monte, 197-208.
- ORBEGOZO, J., DE LA CUESTA, J.L, ETXEBERRIA, F., CABALLERO, S. y TAMAYO, G. (1994). "Enfermos hospitalarios y custodia policial". En *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 8: 59-62.
- RIBERA BEIRAS, I. (1996): *La cárcel en el sistema penal, Un análisis estructural* 2ª ed., Barcelona: M.J. Bosch.
- RÍOS MARTÍN, J.C. y CABRERA CABRERA, P.J. (1998): *Mil voces presas*, Madrid: Universidad Pontificia de Comillas.
- RUIZ VADILLO, E. (1992): "Perfil del Juzgado de Vigilancia conforme a la Doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción". En *Ministerio Fiscal y Sistema Penitenciario*, Madrid: Ministerio de Justicia, 239-252.
- TAMARIT SUMALLA, J.M., SAPENA GRAU, F. y GARCÍA ALBERO, R. (1996): *Curso de Derecho Penitenciario (Adaptado al Nuevo Reglamento Penitenciario de 1996)*, Barcelona: Cedecs.
- TÉLLEZ AGUILERA, A. (1995): "El toxicómano y su rehabilitación en prisión, un estudio de derecho comparado". En *Revista de Estudios Penitenciarios*, 246, 9-29.
- TÉLLEZ AGUILERA, A. (1996): *Jurisprudencia Penitenciaria 1984-1995*, Madrid: Ministerio del Interior.
- TÉLLEZ AGUILERA, A. (1998): *Seguridad y Disciplina Penitenciaria. Un estudio jurídico*, Madrid: Edisofer.
- TORRECILLA COLLADA, M.P. (1993): "Problemática planteada por la Ley de extranjería". En *Vigilancia Penitenciaria (VI Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria y Bibliografía)*: Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 253-265.
- VARONA MARTÍNEZ, G. (1994): *La inmigración irregular: derechos y deberes humanos*, Vitoria-Gasteiz: Ararteko.