

Manual regional de buenas prácticas penitenciarias

AIDEF

Asociación Interamericana de Defensorías Públicas

Colección **Documento de Trabajo nº37**

Serie **Guías y manuales**

Área **Justicia**



Manual regional de buenas prácticas penitenciarias

AIDEF

Asociación Interamericana de Defensorías Públicas

Documento de Trabajo nº 37

Serie: Guías y Manuales

Área: Justicia



PROGRAMA FINANCIADO
POR LA UNIÓN EUROPEA

Edita:

Programa EUROsociAL
C/ Beatriz de Bobadilla, 18
28040 Madrid (España)
tel: +34 91 591 46 00
www.eurosocial-ii.eu

Con la colaboración:

Fundación Abogacía Española



Justice Coopération Internationale (JCI)



Expertise France



Asociación Interamericana de Defensorías Públicas



La presente publicación ha sido elaborada con la asistencia de la Unión Europea. El contenido de la misma es responsabilidad exclusiva de los autores y en ningún caso se debe considerar que refleja la opinión de la Unión Europea.

Edición no venal.

Realización gráfica:

A.C. Ediciones Ambulantes.

Madrid, noviembre 2015



No se permite un uso comercial de la obra original ni de las posibles obras derivadas, la distribución de las cuales se debe hacer con una licencia igual a la que regula la obra original.

Autores

Borja Mapelli Caffarena, *Experto Unión Europea Programa EUROsociAL II*

Rubén Adrián Alderete Lobo, *Experto Regional Argentino, Programa EUROsociAL II*

Agradecimientos

Asociación Interamericana de Defensorías Públicas

Socios Operativos

Marion Cathelin, *Justice Coopération Internationale*

Macarena Eserverri Aznar, *Fundación Abogacía Española*

Índice

Abreviaturas.....	11
Prólogo.....	13
Capítulo I. Concepto y ámbito del derecho penitenciario.....	15
1. Concepto de Derecho penitenciario	15
2. Naturaleza jurídica de la actividad penitenciaria.....	17
3. La relación norma-realidad en el ámbito penitenciario.....	22
4. El principio de legalidad en la fase de ejecución de la pena.....	23
4.1. Introducción.....	23
4.2. Principio de legalidad en la fase de ejecución de la pena.....	24
5. Los fines de la ejecución de la pena privativa de libertad. Principio de resocialización.....	39
6. El principio de normalización penitenciaria.....	45
Capítulo II. Derechos y deberes de los privados de libertad	47
1. Los Derechos Fundamentales en el marco de la ejecución de la pena privativa de libertad	47
2. La teoría de la relación especial de sujeción	50
3. El status jurídico del interno	53
4. Derechos de los internos	57
4.1. Derecho a la vida y la integridad.....	58
4.2. Derecho a la dignidad.....	67
4.3. Derecho a la intimidad.....	68
5. Deberes de los internos.....	69
5.1. Deber de permanencia.....	70
5.2. Deber de respetar las normas de régimen interior.....	70
Capítulo III. Relación espacial y temporal de la pena de prisión.....	73
1. Introducción	73
2. El establecimiento penitenciario	74
2.1. Definición.....	74
2.2. Tipos de establecimientos. Los centros polivalentes.....	74
2.3. Módulos.....	75

2.4. Ubicación y capacidad	77
3. La celda	86
3.1. Principio celular y su fundamento	86
3.2. Condiciones mínimas de habitabilidad	89
4. La prisión desde una perspectiva dinámica	90
4.1. Ingreso	91
4.2. Liberación	95
4.3. Traslados	97
4.4. Conducción	99
5. El régimen penitenciario	100
5.1. La seguridad	100
5.1.1. Principios	102
5.1.2. Los objetivos de la seguridad	103
5.1.3. Técnicas de seguridad	103
5.2. Regímenes especiales por seguridad personal	106
Capítulo IV. El control judicial de la ejecución de la pena	109
1. Los difíciles orígenes de la jurisdicción penitenciaria	109
2. Las relaciones entre el órgano sentenciador y la jurisdicción penitenciaria	114
3. Competencias de los jueces de vigilancia penitenciaria	116
3.1. Vías de acceso a la justicia	118
3.2. El alcance de las resoluciones de los jueces de vigilancia penitenciaria	123
4. La petición y la queja	123
5. Ejemplos de competencias de los jueces de vigilancia en algunos países de la región	125
Capítulo V. El tratamiento penitenciario	131
1. Tratamiento y resocialización	131
2. Tipos de tratamiento	135
3. La incidencia de la evolución del tratamiento en el modelo de ejecución	136
4. Modalidades de terapias en prisión	139
5. De los sistemas progresivos a los programas individualizados de intervención.	142
Capítulo VI. Relaciones con el mundo exterior	145
1. Introducción	145
2. El fundamento de las relaciones con el mundo exterior	146
3. La presencia del penado en la sociedad libre durante la ejecución	147
3.1. Los permisos ordinarios	148
3.2. Los permisos extraordinarios	155
4. Las comunicaciones en el interior	156
4.1. Las visitas íntimas y de grupo familiar	158
4.2. Contactos con abogados	163
4.3. Contactos con representantes religiosos	164
4.4. Las comunicaciones empleando medios tecnológicos (comunicación telefónica o por internet)	164
4.5. Las comunicaciones epistolares	167
4.6. El acceso a los medios de comunicación	168

Capítulo VII. Beneficios penitenciarios que adelantan el momento de la excarcelación	171
1. Introducción	171
2. Concepto, fundamento y naturaleza jurídica de los beneficios penitenciarios ..	171
2.1. Concepto	171
2.2. Fundamento	173
2.3. Naturaleza jurídica	173
2.4. La irretroactividad de las normas y los beneficios penitenciarios	174
3. La libertad condicional	181
4. Otros beneficios penitenciarios	189
4.1. El adelantamiento de la libertad condicional	189
4.2. El indulto particular	189
5. Otras figuras afines	190
6. Los beneficios penitenciarios en la legislación internacional	191
 Capítulo VIII. Trabajo penitenciario	 193
1. Introducción	193
2. Trabajo y política penitenciaria	193
2.1. Los orígenes del trabajo en prisiones	195
2.2. Las dificultades del trabajo penitenciario	196
2.3. La laboralización del trabajo en prisiones	197
2.4. Naturaleza jurídica	198
3. Principios que conforman el trabajo	199
3.1. Alcance del derecho y el deber de trabajar de los internos	205
3.2. Otros derechos de los internos-trabajadores	206
4. Diferentes tipos de trabajo en prisiones	207
4.1. El trabajo por cuenta ajena	207
4.2. Las prestaciones personales obligatorias	207
5. Organización del trabajo	208
6. Condiciones laborales del trabajador-interno	209
6.1. Adjudicación de los puestos de trabajo	209
6.2. Interrupción, suspensión y extinción de la relación laboral	210
6.3. Los derechos políticos de los internos/trabajadores	211
 Capítulo IX. Otras prestaciones que debe brindar el servicio penitenciario.	 213
1. Privatización o externalización de los servicios	213
2. Sanidad	216
3. Educación	221
4. Alimentación	227
5. Higiene	229
6. Ropa	231
7. Cultura y deportes	233
8. La asistencia postpenitenciaria	234
 Capítulo X. Régimen disciplinario	 237
1. Introducción	237

2. Principios generales	240
3. La participación de la población de los internos en las funciones disciplinarias. .	245
4. Las conductas infractoras	247
5. Las sanciones	248
6. Procedimiento	250
7. Las recompensas	254
8. Los medios coercitivos	255
Capítulo XI. Los grupos especialmente vulnerables	259
1. Introducción	259
2. La mujer en la prisión	262
2.1. Alternativas a la separación. Modelos de cohabitación	265
2.2. Aspectos regimentales de los centros de mujeres	266
2.3. La estancia de niños en prisión	267
3. Los jóvenes en la prisión	270
3.1. Problemas del internamiento de jóvenes	272
3.2. El régimen penitenciario en los establecimientos de jóvenes	273
4. Los extranjeros en prisión	276
4.1. El traslado de personas condenadas entre países	278
4.2. La expulsión del territorio nacional. Prisiones internacionales	280
4.3. Derechos específicos de los extranjeros en prisión	281
5. Otros grupos vulnerables	281
5.1. Personas con discapacidad	281
5.2. Adultos mayores en prisión	283
5.3. Grupo LGTB	284
5.4. Portadores de HIV y enfermedades contagiosas	285
5.5. Personas pertenecientes a pueblos indígenas	285

Abreviaturas

CPT	Comité de Prevención de la Tortura
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos.
CETPC	Convenio de Estrasburgo sobre traslado de personas condenadas.
CICC	Convención interamericana para el cumplimiento de condenas penales en el extranjero.
CIPST	Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura.
CTFO	Convenio 29 OIT relativo al trabajo forzoso u obligatorio.
CTCI	Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
CEDH	Corte Europea de Derechos Humanos
CortelDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
DUDH	Declaración Universal de Derechos del Hombre.
NPE	Normas Penitenciarias Europeas.
OIT	Organización Internacional del Trabajo.
PBP	Resolución 1/08 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que adopta los principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas.
PBTR	Principios básicos para el tratamiento de los reclusos
PIDCP	Pacto internacional de derechos civiles y políticos.
PPTPSCFDP	Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.
Protocolo	Protocolo facultativo de la convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, Inhumanos o degradantes.
RMTR	Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos humanos.

Prólogo

La AIDEF ha asumido el desafío de abordar la problemática del sistema penal capitalizando las realidades y experiencias de los Estados que la conforman, desde la perspectiva de los defensores y defensoras públicos, que no se circunscribe a los aspectos rígidos de su actuación en el juicio penal.

En esa línea de trabajo, presentamos el *Manual regional de buenas prácticas penitenciarias*. La lectura del mismo nos revela una labor de rigurosa disciplina y minucioso análisis –que debemos a los expertos Borja Mapelli Caffarena y Rubén Alderete Lobo– abarcando de manera clarificadora y sintética los diferentes aspectos que envuelven la complejidad del campo penitenciario y la ejecución de la pena. Hallamos abundantes pasajes jurisprudenciales orientadores en la interpretación y la evolución de la normativa.

La misión del control judicial de la ejecución de la pena implica conocer y revisar aspectos con frecuencia críticos de los sistemas de administración y gestión de los centros de privación de libertad, como lo son el régimen disciplinario, el trabajo intramuros y la infraestructura de las penitenciarías.

La vulnerabilidad del colectivo de personas privadas de libertad se asocia a otras circunstancias que profundizan la posición de desventaja poniendo en serio riesgo el respeto a la dignidad humana, independientemente sean mujeres, hombres o jóvenes.

El documento gravita en torno al postulado constitucional de la reinserción social colocándose a la vanguardia de la doctrina y las buenas prácticas que nos señalan que la responsabilidad del segmento penitenciario se constituye en un componente clave de la seguridad humana, que significa proteger al ser humano, tendiente a eliminar la reincidencia.

Nuestra tarea del ejercicio de la defensa pública está estrechamente relacionada con el rumbo de la administración penitenciaria, a través de las respuestas transversales desde todos los organismos estatales y la sociedad.

Convenimos que la construcción de un sistema que atienda la privación de libertad es un proceso continuo y si bien como operadores de justicia hemos avanzado, es impostergable continuar sin tregua en el fomento de la sensibilización y la aplicación de los instrumentos internacionales de protección en los procesos judiciales.

Desde la plataforma de AIDEF agradecemos la colaboración permanente de EUROSOCIAL II en el fortalecimiento de las Defensorías Públicas, acogemos con beneplácito el Manual de referencia y asumimos como imperativo ético su más amplia difusión, que permitirá revisiones, análisis y nuevas proyecciones en la estricta observación hacia el cumplimiento de los derechos humanos de las personas privadas de libertad y sujetas a medidas de seguridad.

Abg. Noyme Yore Ismael
Coordinadora General AIDEF

Capítulo I. Concepto y ámbito del derecho penitenciario

1. Concepto del derecho penitenciario

l) La conocida desatención de la cuestión penitenciaria necesariamente da lugar, en primer término, a que no se haya debatido suficientemente sobre el concepto y los contenidos de lo que llamamos penitenciario y con qué criterios debemos resolver ambas cuestiones. Y no son estas decisiones accesorias, sino que inciden en la concreción de los principios que operan y las competencias de los órganos y, consiguientemente, en la seguridad jurídica.

Pero, las conclusiones de una reflexión jurídico-sistemática no coinciden con la voluntad del legislador, como tampoco un análisis de derecho comparado conduce a mayores coincidencias. La propia evolución de la pena privativa de libertad y su cada vez mayor complejidad ejecutiva añaden una dificultad a las labores definitorias de esta materia. Además en las últimas décadas se observa un efecto de penitenciarización del sistema de penas que influye también en el desorden conceptual en el que se mueven.

La incorporación al universo penológico de los distintos países de nuevas penas de diseño que, en forma más o menos limitada, afectan también a la libertad ambulatoria del penado, unido a la carencia de recursos ejecutivos para las mismas o a la confianza de seguridad que ofrecen los servicios de prisiones convencionales ha provocado que la ejecución de muchas de esas nuevas sanciones se haya penitenciarizado y transferido a esos servicios. Por todo ello, podemos hablar, al respecto, de una rica variedad de matices, que con esfuerzo se puede reconducir a un concepto amplio y otro estricto de lo penitenciario, según se entienda si comprende, o no, toda la regulación de la ejecución del total de las penas de un sistema penal.

II) Pero las dificultades de una labor definitiva no atañen solo a la complejidad del ámbito de lo penitenciario, sino también a que bajo el concepto Derecho penitenciario es preciso incluir un considerable número de normas no jurídicas que van más allá del simple desarrollo de un cuerpo legal (ej. circulares, instrucciones, norma de régimen interior). Por sí solo el derecho penitenciario no podría pretender regular todos los aspectos de la vida de la prisión –trabajo, educación, sanidad e higiene, alimentación, etc.–, que se comporta como una microsociedad, en donde además, al tratarse de una sociedad fuertemente intervenida, en la que se invierte en gran medida la relación entre lo prohibido y lo permitido –aquello que no está permitido, se encuentra prohibido–, es necesario partir de un modelo de vida normativizado.

En consecuencia tendríamos que diferenciar entre Derecho penitenciario y actividad penitenciaria, que en ocasiones se regula por normas que no podrían ser englobadas dentro de la expresión derecho.

III) Siguiendo la tradición más reciente nos inclinamos por incluir dentro del Derecho penitenciario, exclusivamente, las cuestiones relacionadas con la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad y de la detención. No obstante, desde una perspectiva dinámica, también surgen dudas respecto del alcance de lo que llamamos la fase de ejecución de las penas en general. En concreto se plantea dónde termina la competencia jurisdiccional de juzgar y dónde comienza la ejecución propiamente dicha. Aunque todas las penas permiten diferenciar entre su ejecución y su cumplimiento es, sin embargo, en la pena privativa de libertad donde ese matiz es más intenso y también más necesario tener en cuenta.

La prisión, por su naturaleza, permite introducir durante su cumplimiento modificaciones que la hacen irreconocible, y no por ello deja de ejecutarse la pena. La jurisdicción penitenciaria, lejos de aclarar la cuestión, ha introducido un nuevo elemento de confusión, pues en tanto la actividad ejecutiva era competencia exclusiva de la administración, los límites podían establecerse cómodamente a partir de las competencias otorgadas por el legislador a los jueces sentenciadores. Siendo también un juez quien decide sobre aspectos ejecutivos los límites no resultan tan claros y, en todo caso, desde una perspectiva material pierde parte de su justificación la referida distinción entre hacer ejecutar y ejecutar.

Esta circunstancia es de absoluta relevancia en la región, pues aún conviven ambas decisiones de política criminal en torno al control judicial. Por un lado hallamos contextos en los que se ha creado la figura del juez de ejecución y, por el otro, aún se hallan ejemplos de jurisdicciones donde se ha mantenido la

opción de asignar al tribunal de juicio la supervisión y control de la ejecución de la pena por este dictada.¹

En particular se ha suscitado un debate sobre las cuestiones relacionadas con la liquidación de condenas, entendiéndose por tal la actividad procesal por medio de la cual se resta de la pena impuesta en la sentencia –pena nominal–, los indultos, las medidas cautelares y los beneficios previos a la ejecución, que puedan eventualmente concurrir, y resultando a este respecto una magnitud –pena real– que deberá ser ejecutada. El debate, ciertamente, no pretende resolver aspectos conceptuales, sino de competencia, pero, necesariamente, obliga a plantearse aquellos.

Independientemente de cual sea la voluntad del legislador y del órgano que deba asumir esa competencia, es decir, a partir de consideraciones sistemáticas y, sobretudo, político criminales, la medición después de que se haya concretado la pena impuesta debe plantearse como una actividad ejecutiva abierta dentro de un proceso general de individualización en el que las consideraciones preventivo-especiales se hacen de un espacio propio. No obstante, es también recomendable hacer disminuir las diferencias entre la pena nominal –aquella que se impone en el fallo condenatorio firme– y la pena real materialmente cumplida, en especial en aquellos países en los que aún no se encuentra establecida la jurisdicción penitenciaria, porque que un órgano administrativo modifique sustancialmente la pena al margen del control judicial es incompatible con las exigencias de seguridad y legalidad. Así pues, esta disminución otorgará al sistema penal en su conjunto mayores dosis de realidad y de respeto a los principios que lo inspiran. Un modelo eficaz para evitar estos riesgos es, sin duda, la jurisdicción penitenciaria con competencias para establecer las condiciones esenciales de la pena que va a ejecutarse.

2. Naturaleza jurídica de la acción penitenciaria

El afianzamiento del espacio penitenciario dentro del sistema penal, haciéndose progresivamente meritorio de un lugar propio, pese a las resistencias de la doctrina clásica, ha suscitado dudas en torno a su naturaleza jurídica. La decisión sobre la naturaleza del Derecho penitenciario tiene una considerable relevancia que afecta, en primer lugar, a los principios que deben informarlo, entre los que destaca el principio de legalidad y la consiguiente prohibición de irretroactividad que se deriva de él.

1. Argentina, Chile y Perú son algunos ejemplos de ello. Si bien en Argentina la figura existe, en el orden federal y en algunas provincias aún controlan la ejecución los tribunales de juicio. En Chile y Perú no se ha optado aún por la creación de jueces especializados para supervisar la ejecución de la pena.

Hoy resulta incuestionable que el derecho penitenciario forma parte del conjunto del orden jurídico y, además, se trata de una rama del derecho público en la medida que abarca parte de las relaciones del Estado con los ciudadanos. Pero más allá de esto no hay un acuerdo pacífico sobre la rama del ordenamiento público en la que se inserta. Durante la ejecución se produce un fenómeno de injerencias de otras actividades públicas que aparecen y desaparecen en relación con determinados aspectos penitenciarios (por ej. educación, trabajo, sanidad) y que reclaman de una regulación normativa diversa y dispersa. Pero las dificultades surgen también de la propia contextura híbrida del derecho penitenciario en donde es fácil encontrar normas sustantivas que reconocen derechos subjetivos de los internos, normas adjetivas con las condiciones y presupuestos de legitimidad frente a la jurisdicción penitenciaria y, finalmente, normas administrativas. Claudicar a favor de una solución ecléctica invocando su naturaleza híbrida no es sino una prueba más de las altas dosis de autonomía que reclama la actividad penitenciaria.

1) Tesis administrativistas

La doctrina alemana defiende mayoritariamente el carácter administrativo de la actividad penitenciaria. Ciertamente que concurre aquí un fenómeno característico de los ámbitos de la administración y es que entre la norma superior –en este caso, la ley penitenciaria– y los destinatarios se interpone la administración, que no solo califica a las relaciones jurídicas que de ellas nacen, sino que asume la competencia de crear normas propias.

Desde esta óptica se considera que el derecho penitenciario se encuentra orientado a la teoría general del derecho administrativo especialmente en lo relativo a los principios y la teoría general del acto administrativo. Esta orientación sería de tal intensidad que el derecho penitenciario se desliga de la naturaleza penal –aun regulando un aspecto del sistema penal– para convertirse en un Derecho administrativo especial. Solo de esta forma, se entiende desde esta perspectiva, puede explicarse el alto grado de discrecionalidad de que goza la administración penitenciaria en la interpretación y desarrollo de estas normas y la escasa concreción de muchos de sus conceptos. Es el Derecho administrativo y no el Derecho penal el que se tiene en cuenta para valorar los actos penitenciarios.

Principios administrativos como la teoría del acto administrativo más favorable o el principio de autotutela son empleados frecuentemente para desarrollar e interpretar las normas penitenciarias. Sin embargo, la ley penitenciaria no es administrativa, porque tampoco puede considerarse un acto administrativo la pena de prisión.

2) Las normas penitenciarias como normas procesales

El punto de encuentro entre lo penitenciario y lo procesal es la resolución judicial que otorgaría a aquel la naturaleza jurídica de este y la competencia del orden jurisdiccional de ejecutar lo juzgado como parte de un sistema penal inescindible. La concepción procesalista de lo penitenciario era una opción vehementemente defendida desde las tesis retributivas. Lo ejecutivo, según estas tesis, no añade nada a la decisión temporal objetiva expresada por el juez en la sentencia. Los defensores de las tesis procesalistas justificaron que tanto para la ejecución como para el proceso, la garantía de legalidad se limita por el principio de *tempus regit actum* y, a tenor del mismo, la norma penitenciaria perdería la cualidad de la irretroactividad.

3) Hacia una concepción integradora del derecho penitenciario

Rechazadas las tesis de la administrativización y procesalistas del derecho penitenciario, porque unas y otras terminan provocando un inaceptable debilitamiento de las garantías del Estado de Derecho, precisamente, allí donde su vigencia resulta más legitimada por los riesgos de lesión de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, corresponde ahora plantearnos de qué manera, entonces, se vincula este con el derecho penal en su globalidad. Expuesto a modo de pregunta: ¿Es el derecho penitenciario un conjunto de normas penales referidas específicamente a la ejecución de una pena concreta o, por el contrario, nos encontramos ante una rama jurídica con autonomía, aun presentándose dentro del sistema penal? La cuestión hoy ha dejado de suscitar el interés y apasionamiento con que se llevó la polémica doctrinal en otro tiempo y probablemente la razón está en un reconocimiento general de que la materia regulada por el derecho penitenciario justifica, por su complejidad e importancia, un tratamiento autónomo y no solo en lo jurídico, sino también en lo científico.

La evolución histórico-jurídica del derecho penitenciario se ha completado y hoy se le reconoce comúnmente un ámbito funcional bien delimitado; goza de unas normas programáticas y de desarrollo sometidas a principios de rango constitucional; de una jurisdicción propia, con sus órganos, sus procedimientos y recursos; y de una política penitenciaria fundada en la investigación empírica de la Ciencia penitenciaria.

Con este marco de referencia podemos hablar de una autonomía relativa. La relación dinámica entre los derechos penal, procesal y penitenciario se traduce en las siguientes exigencias para la fase de ejecución de las penas:

- La fase ejecutiva debe conservar el carácter punitivo de la pena de prisión establecido por el derecho penal y que consiste en la privación de libertad (sentido de la pena).
- La cuantía de la pena está sometida a las medidas que determina el derecho penal. La ejecución no puede sobrepasar el límite temporal expuesto en una sentencia firme de acuerdo con un procedimiento legal (sentencia condenatoria).
- El sistema o sistemas de ejecución que se empleen no serán más gravosos que lo exigido por la propia naturaleza de la pena. En este sentido, ciertas medidas represivas utilizadas en las prisiones –celdas de castigo– pueden entrar en contradicción con los fundamentos del derecho penitenciario (ley penitenciaria).

Esta vinculación del derecho penitenciario al sistema penal no le hace perder su autonomía sino que, en la propia coherencia interna del sistema, le enriquece. Así lo han visto también muchas constituciones y normas internacionales, como es el caso de las NPE (2006), que destacan entre sus principios generales, que “las personas privadas de libertad conservan todos aquellos derechos que por ley no les hayan sido retirados por la decisión que los condena a una pena de prisión o a una detención preventiva” (Norma 2). A nivel regional una disposición similar está recogida en el Principio VIII de la Resolución 1/08 de la CIDH (PBP) en cuanto regula que: Las personas privadas de libertad gozarán de los mismos derechos reconocidos a toda persona en los instrumentos nacionales e internacionales sobre derechos humanos, a excepción de aquellos cuyo ejercicio esté limitado o restringido temporalmente, por disposición de la ley y por razones inherentes a su condición de personas privadas de libertad.

La circunstancia de la diversidad normativa del derecho penitenciario en donde coexisten normas penales, procesales, administrativas y penitenciarias, en sentido estricto, no es un argumento suficiente para negarle a este su autonomía dentro del conjunto del sistema penal. De la misma manera que este proyecta sus garantías sobre el ámbito ejecutivo de la pena, desde el derecho penitenciario se enriquece aquel suministrando una información muy valiosa sobre los modelos punitivos y sus capacidades de adaptación preventiva a partir de la experiencia de implementación de las estrategias resocializadoras que le son propias. Tampoco debe extrañarnos que ciertas garantías que en el derecho penal se aplican con rigor –tal como puede ser el principio de tipicidad–, por la peculiaridad de la norma penitenciaria deban reformularse con contenidos distintos.

Esto, sin embargo, no debe sugerir una mengua en la vigencia plena de las garantías derivadas del derecho penal material y procesal que se mantienen vi-

gentes durante la ejecución de la pena. La pretendida diferenciación entre la naturaleza jurídica de las cuestiones que se abordan durante la ejecución de la pena, sigue siendo una excusa recurrente para el cercenamiento de las garantías y derechos fundamentales de las personas privadas de libertad.

Nuestra región no es ajena a este fenómeno y cuenta con diversos pronunciamientos de la CortelDH que han salido a rechazar este debilitamiento. En principio, los límites se dirigen a la presencia de las reglas del debido proceso en general, pero también, en particular, sobre la vigencia del derecho de defensa en las prisiones. Así, por ejemplo, La Corte ha dicho que: *“El derecho al debido proceso o derecho de defensa procesal es una garantía que se aplica en todo tipo de procedimiento judicial o administrativo que implique la determinación de un derecho y es fundamental en el Estado de Derecho (...) y que (...) en los procedimientos administrativos y judiciales en los que se determinen derechos y obligaciones de las personas, es aplicable una serie de garantías específicas concernientes al derecho de defensa para la protección de sus derechos”* (CortelDH Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, Sentencia del 6 de febrero de 2001). De este modo, la CortelDH resolvió que *“el derecho de defensa no se limita a los recursos judiciales, en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos”*. Así, el art. 8.1 de la CADH indica que *“es igualmente aplicable a las situaciones en que alguna autoridad pública, no judicial, dicte resoluciones que afecten la determinación de tales derechos”* (CortelDH Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, op. cit.).

Del mismo modo, en *“Baena vs. Panamá”* (2 de febrero de 2001), se señaló que si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula *“Garantías Judiciales”*, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino *“al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias judiciales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal”*. Y agrega: *“La justicia, realizada a través del debido proceso legal, como verdadero valor jurídicamente protegido, se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del art. 8 de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. Permitirle a los Estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso.”*

La integración de la cuestión penitenciaria dentro del sistema penal fue descrita plásticamente como una de las tres columnas que sirven de sustento al mismo. La primera de estas columnas estaría representada por el derecho penal material que amenaza con el castigo a través de la norma. La segunda por el derecho procesal y el juez encargado de cumplir la amenaza penal. Y, finalmente, el derecho penitenciario cuya misión es la de ejecutar materialmente el castigo impuesto por el juez. En cierta forma, cada una de esas instancias del sistema está ocupada por cada uno de los poderes que emanan de la división tripartita del Estado. El ámbito penitenciario lo está por el poder ejecutivo, el procesal por el judicial, y el penal material por el legislativo. Asimismo, esta visión tripartita del sistema penal ha sido empleada para explicar de qué forma se combinan y estructuran los fines preventivos general y especial.

El interés de esta visión del sistema penal no va más allá de sus ventajas para una comprensión lógica del mismo. Por lo demás, presenta graves objeciones: una de las cuales es que se trata de una exposición incompleta, ya que el sistema penal se sustentaría también en el poder policial, que es la primera instancia selectiva de la criminalidad. También un nuevo espacio de control postpenitenciario se afianza a pasos agigantados en nuestros sistemas penales.

3. La relación norma-realidad en el ámbito penitenciario

La cuestión penitenciaria presenta como una de sus características propias el hecho de ser objeto de investigación tanto de las ciencias jurídicas (derecho penal, derecho procesal o derecho administrativo) como de las ciencias sociales y humanas (criminología, psicología, sociología o pedagogía). El estudio de la ejecución de la pena de prisión se enriquece igualmente de las reflexiones jurídico-dogmáticas y político-criminales, como de las investigaciones empíricas, y ambas perspectivas constituyen el fundamento imprescindible para el análisis científico del tema penitenciario. Una consideración incompleta no permite valorar la dimensión real de la pena privativa de libertad, por eso el aporte del conocimiento empírico nos ayuda hoy a saber entre otras muchas cosas que la reclusión es una pequeña parte del conjunto de sistemas de sanciones por medio de los cuales la sociedad conforma la conducta de sus miembros. La información empírica es también un instrumento imprescindible para conocer las posibilidades fácticas que el contexto real de las prisiones ofrece para el desarrollo de los objetivos marcados por el derecho. De la misma manera se puede afirmar que las ciencias experimentales no podrán analizar críticamente un resultado sin saber antes qué se pretende por medio de la prisión, información que solo puede suministrar el análisis jurídico.

No queremos subrayar tan solo la posibilidad del conocimiento jurídico y empírico del problema de las prisiones, sino la necesidad de que exista una interrelación entre ambos conocimientos. Y si lo primero es frecuente, lo segundo resulta un hecho excepcional e insólito. No es exagerado afirmar que la investigación penitenciaria solo ha sido objeto de estudio para los juristas y solo en la medida que era la consecuencia jurídica del delito. Ciertamente en los últimos años se observa un mayor interés por el tema dentro de las líneas de investigación abiertas por los científicos de la conducta humana. No obstante, el intercambio de información es muy escaso y, por sorprendente que resulte, los discursos del ser y el deber ser en el tema de las prisiones marchan en líneas paralelas.

Aún es más extraño que los procesos de decisiones judiciales sean influidos por los conocimientos empíricos. Este fenómeno de exclusivismo científico entre ramas del saber que tienen un mismo objeto de investigación favorece una visión aislada, fragmentada y unidimensional de la prisión. La idea de la *gesamtestrafrechtswissenschaft* de v. Liszt únicamente llegó a prosperar bajo la hegemonía del derecho penal positivo. Cuando las ciencias de la conducta logran liberarse e iniciar un análisis crítico de las instituciones penales se originó una fisura que aún no ha encontrado solución.

La desatención de los conocimientos empíricos del mundo de la prisión origina que las políticas penitenciarias se diseñen de espaldas a los fines preventivos del sistema y se sometan a las exigencias de las políticas de orden público. Por ello las prisiones en sus diseños actuales y los regímenes que se aplican en su interior no aspiran a otro objetivo que no sea el de recuperar la vieja idea de la cárcel custodial.

4. El principio de legalidad en la fase de ejecución de la pena

4.1. Introducción

Como sucede en todo sistema jurídico, también en el penitenciario, nos encontramos con un conjunto de principios relacionados entre sí que permiten una configuración armónica de la ejecución de la pena de prisión. A su vez, dichos principios son un instrumento imprescindible para una valoración crítica de la cuestión penitenciaria. Guardan entre sí una relación de complementariedad, de forma que no son imaginables los unos sin los otros. Así, por ejemplo, un sistema penitenciario judicializado solo es exigible y, a su vez, imaginable cuando la ejecución de la pena se orienta hacia los postulados resocializadores. Todos ellos son además principios que se corresponden con la configuración

de nuestros estados, conforme al modelo del Estado social y democrático de Derecho.

Dentro de los principios que inspiran el modelo de ejecución penitenciaria es posible distinguir dos grandes grupos. Por una parte, aquellos que son también compartidos por otras ramas del sistema penal en la medida en que el derecho penitenciario forma parte integrada del mismo –intervención mínima, proporcionalidad o humanidad– y, por otra, los principios que le son propios y exclusivos o bien, que siendo compartidos, como sucede con la legalidad, presentan para el derecho penal un alcance distinto. En este apartado vamos a estudiar solo estos últimos, y dentro de ellos los que tienen un mayor alcance o incidencia en la ejecución.

El sistema penitenciario refleja del mismo modo que el sistema penal una tensión dialéctica permanente entre el garantismo y la defensa social o, expresado en términos más actuales, entre las exigencias preventivas, entre las necesidades de los individuos, que sufren la pena, y las de la colectividad, expresadas estas últimas en la realidad del castigo. Es la tensión que se dibuja en cualquier texto legal penitenciario cuando –de una u otra forma– señalan a la par como fines de las instituciones penitenciarias la reinserción y la custodia. La búsqueda de un punto de equilibrio entre ambos extremos es una exigencia del Estado de Derecho que no puede ignorar, por una parte, la sanción como un fenómeno socio-jurídico ineludible y, por otra, la condición de persona del condenado, que no puede ser sometida a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (Artículo 5. DUDH). Los sistemas penitenciarios de corte autoritario se han caracterizado tradicionalmente por acentuar los aspectos subjetivos de la ejecución en favor de los fines defensistas. Criterios como los de peligrosidad, reincidencia, habitualidad criminal o moralidad han servido dentro de ellos para fijarlas condiciones regimentales más autoritarias. Por el contrario, el derecho liberal propugnó un sistema de ejecución penal sometido a las garantías del Estado de Derecho.

No se trata tanto de renunciar a las posibilidades de los programas resocializadores, como de evitar que su aparente santidad justifique su imposición a cualquier precio. El ideal del pensamiento preventivo general y especial no ha muerto, pero debe interpretarse dentro de los estrictos límites del respeto a la persona y su dignidad de acuerdo con la ley.

4.2. Principio de legalidad en la fase de ejecución de pena

El sometimiento del sistema penal al principio de legalidad ha sido reconocido universalmente. Tanto las declaraciones internacionales como las legislaciones

nacionales coinciden en que la actividad penitenciaria tiene que desarrollarse con las garantías y dentro de los límites establecidos por la ley (*"Toda persona privada de libertad"*, señala la Comisión Interamericana (R nº 1/08), *"será igual ante la ley, y tendrá derecho a igual protección de la ley y de los tribunales de justicia"*). Sin embargo, se muestran más cautos a la hora de reconocer la vigencia de la legalidad en el ámbito de la ejecución de las penas. Así, por ejemplo, el PIDCP, se limita a declarar prohibida la privación de libertad que no sea por causas fijadas por la ley y siguiendo el procedimiento establecido en ella (artículo 9), pero no extiende la legalidad a las condiciones de vida dentro de la prisión.

Hemos querido recoger en el siguiente cuadro un conjunto de tópicos que testimonian el grado de implantación de la legalidad más allá de las macrodeclaraciones de la norma positiva. Así, entendemos que la legalidad solo puede garantizarse en relación con el mundo penitenciario cuando un país dispone de una norma sectorial que regule, al menos, los aspectos esenciales de la ejecución y cuando existe un control jurisdiccional específicos dotados de recursos personales razonables o cuando el control de las prisiones está en manos de los ministerios de justicia y no de gobernación o interior o cuando en contacto con los reclusos hay un personal cualificado y no miembros de la policía o del ejército. Estas medidas son las mimbres imprescindibles para tejer una garantía eficaz de legalidad. El resultado de este análisis comparado nos permite concluir que aún queda muchos campos oscuros dentro de las prisiones que son barreras insuperables en la praxis para un eficaz sometimiento a la ley.

	¿Existe ley penitenciaria?	¿Existe juez de vigilancia penitenciaria?	¿De qué Ministerio depende la cuestión
Argentina	Existe la Ley de Ejecución de la pena Privativa de libertad y sus reglamentaciones.	Existen en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires cinco jueces de ejecución aunque dos no han entrado en funcionamiento. También existe la figura en algunas provincias. En el ámbito federal la ejecución de las penas es supervisada por los tribunales de juicio.	Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
Brasil	El texto legal principal es la Ley de Ejecución Penal 7210/84.	Existe el juez de Ejecución de Penas.	La vigilancia externa de los presidios es efectuada por la Policía Militar que depende del Poder Ejecutivo. El contacto dentro de los presidios es efectuado por agentes penitenciarios (civiles) también dependientes del Poder Ejecutivo.
Chile	No existe ley penitenciaria. Se regula mediante Reglamentos.	No.	Ministerio de Justicia. No obstante, las labores de vigilancia interior la asume la Gendarmería de Chile.

	¿Existe ley penitenciaria?	¿Existe juez de vigilancia penitenciaria?	¿De qué Ministerio depende la cuestión
Colombia	Los textos legales que actualmente regulan la ejecución de la pena privativa de la libertad en Colombia son la Ley 1709 de enero 20 de 2014; Ley 65 de 1993 y Ley 906 de 2004.	Existen los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad (JEPMS).	En Colombia las prisiones están a cargo del INPEC (Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario), en contacto diario con los internos se encuentran los Funcionarios Públicos del Instituto, los cuales se dividen en Funcionarios administrativos y del Cuerpo de Custodia y Vigilancia vinculadas por carrera administrativa. El INPEC depende del Ministerio de Justicia y del Derecho.
Costa Rica	No existe ley penitenciaria. Se regula mediante Reglamentos.	Existen cinco Juzgados de Ejecución de la Pena o Jueces de Vigilancia.	Las prisiones en Costa Rica son vigiladas por la Policía Penitenciaria, órgano adscrito al Ministerio de Justicia y Paz. Conforme con la Ley General de Policía se designa expresamente a la Policía Penitenciaria como una de las fuerzas de policía encargadas de la vigilancia y conservación de la seguridad pública, siendo su competencia exclusiva la vigilancia y control de los Centros Penitenciarios del País. Además de la Policía Penitenciaria, están en contacto diario con los usuarios privados y privadas de libertad los Equipos de Atención Técnica (orientadores, trabajadores sociales; psicólogos; educadores).
Ecuador	No existe ley penitenciaria. Las cuestiones más relevantes se regulan en el Código Integral Penal.	Sí, existe en la formalidad legal la figura de Juez de Garantías Penitenciarias. El organismo técnico oficial (Consejo de la Judicatura) amplió las funciones del Juez Penal, para que asuma las funciones del Juez de Garantías Penitenciarias.	Funcionarios del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.
El Salvador	Existe una Ley Penitenciaria y un Reglamento General de La Ley Penitenciaria.	Existen diez Jueces de Vigilancia Penitenciaria en materia de adultos y cinco Jueces de Ejecución de Medidas al Menor, en materia de menores.	La vigilancia la asume el personal del Ministerio de Gobernación.

	¿Existe ley penitenciaria?	¿Existe juez de vigilancia penitenciaria?	¿De qué Ministerio depende la cuestión
Guatemala	Hay Ley y Reglamento penitenciarios.	Existen dos juzgados de ejecución. Uno en la Capital con seis jueces y jurisdicción sobre quince Departamentos y otro en Quezaltenango con diez jueces.	Personal de la Dirección General del Sistema Penitenciario dependiente del Ministerio de Gobernación.
Honduras	Existe una Ley del Sistema Penitenciario y su Reglamento.	Existe el Juez de Ejecución de la Pena.	Las prisiones dependen de la Secretaría de Estado en los Despachos de Derechos Humanos, Justicia, Gobernación y Descentralización; Secretaria del Poder Ejecutivo.
México	A nivel Federal existe una Ley que Establece las Normas Mínimas Sobre Readaptación Social de Sentenciados. Está en discusión la Normatividad en Ejecución Penal que regirá en el país.	A nivel Federal existen tres juzgados de Distrito en Ejecución de Penas.	A nivel Federal la responsabilidad del sistema recae en la Autoridad Administrativa denominada Órgano Administrativo Desconcentrado Prevención Readaptación Social, dependiente de la Secretaría de Gobernación.
Nicaragua	Existe una Ley del Régimen Penitenciario y Ejecución de la Pena y su Reglamento.	Existen los Jueces de Ejecución de Penas y Vigilancia Penitenciaria.	La autoridad máxima para coordinar, dirigir y administrar el Sistema Penitenciario es el Ministerio de Gobernación y en el art. 48 de la Ley se señala que la seguridad interior se garantizará con un personal interno.
Paraguay	Código de Ejecución penal y Ley Penitenciaria.	Existe Juez de Ejecución Penal en distintos puntos del país.	Los centros penitenciarios están a cargo del Ministerio de Justicia, a través de la Dirección General de Establecimientos Penitenciarios.
Perú	Código de Ejecución Penal.	No existe.	El Código de Ejecución Penal establece que la seguridad interna de los establecimientos carcelarios está a cargo de personal de seguridad del INPE (depende del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos).

	¿Existe ley penitenciaria?	¿Existe juez de vigilancia penitenciaria?	¿De qué Ministerio depende la cuestión
República Dominicana	Ley Sobre régimen Penitenciario.	Existe el Juez de Ejecución de la Pena.	Los establecimientos penales dominicanos dependen de la Dirección General de Prisiones, que depende de la Procuraduría General de la República. La seguridad de los recintos penitenciarios, conforme lo previsto en el artículo 95 de la Ley 224-84, estará bajo la vigilancia y control de personal especializado e idóneo, capaz de cumplir la misión social impuesta por dicha ley. Los centros del Modelo tradicional están a cargo tanto de miembros del Ejército Nacional como de la Policía Nacional. En cambio, los Centros de Corrección y Rehabilitación están a cargo de los Agentes de Vigilancia y Tratamiento Penitenciario, quienes egresan de la Escuela Nacional Penitenciaria.
Uruguay	Existe Ley Penitenciaria. Decreto-Ley 14.470 y Ley 17.897 (Ley de Libertad Provisional y Anticipada).	El mismo Juez de proceso es quien ejerce la vigilancia de la ejecución de la pena. Solo en la Capital, se crearon en junio de 2014 dos cargos de "Jueces de Ejecución" (Ley 19.226).	Depende del Ministerio del Interior, el cual creó el Instituto Nacional de Rehabilitación que ha ido incorporando a su competencia todos los centros de reclusión del país. El INR ha instrumentado la incorporación de "operadores civiles" a los centros de reclusión, quienes están en trato directo con la población reclusa, para el apoyo y la orientación en los beneficios que se les brindan, tales como acceso a la educación, trabajo, cursos de formación en oficios etc., para poder transitar hasta lograr que no existan funcionarios policiales dentro de los establecimientos y que solo se dediquen a la custodia de los mismos. El número de estos operadores es muy reducido en comparación con la cantidad de funcionarios policiales que trabajan en la interna del sistema penitenciario.

	¿Existe ley penitenciaria?	¿Existe juez de vigilancia penitenciaria?	¿De qué Ministerio depende la cuestión
Venezuela	Existe la Ley de Régimen Penitenciario.	Existe el Juez de Ejecución.	La Vigilancia exterior de la prisión se encuentra encomendada a un organismo militar (Guardia Nacional Bolivariana), el cual se abstiene de toda intervención en régimen y vigilancia interior, salvo en los casos donde expresamente es requerido por el director de la prisión, según lo establecido en el artículo 8 de la Ley de Régimen Penitenciario. Todo lo relacionado en materia de prisiones se encuentra bajo la dirección del Ministerio del Poder Popular para el Servicio Penitenciario.

I. La ejecución de la privación de libertad no puede hacerse al margen de la ley y, consiguientemente, todo lo que sucede dentro de la prisión debe hacerse conforme a ella. Las personas privadas de libertad tendrán derecho a conservar sus garantías fundamentales y ejercer sus derechos, a excepción de aquellos cuyo ejercicio esté limitado o restringido temporalmente, por disposición de la ley, y/o razones inherentes a su condición de personas privadas de libertad. Se trata de la cuarta manifestación en lo penitenciario (*nulla exsecutio sine legem*) de esta garantía que completa los principios de *nullum crimen sine legem*, *nulla poena sine legem* y *nemo damnetur nisi per legale iudicium*.

Pero defender la legalidad es asegurar la vida y la integridad física de los privados de libertad. Casi toda la violencia que se desencadena en una prisión es ilegal, luego, asegurando el imperio de la ley dentro de la prisión, lograremos reducir drásticamente los actos de violencia, las mafias carcelarias, los abusos de poder, las agresiones sexuales, las extorsiones, los excesos penitenciarios, etc.

No es preciso, en cambio, retrotraerse mucho en el tiempo para ver la cuestión penitenciaria sumida en una gestión administrativa lejos de cualquier control judicial o transparencia legislativa y regida tan solo por un conjunto desordenado de normas ministeriales de régimen interno. Sin embargo, la virtualidad del principio de legalidad sigue estando, aún hoy, llena de excepciones. Doctrina y jurisprudencia rivalizan en la invocación de la conocida teoría administrativa de relación especial de sujeción como fuente inagotable de debilitamiento de los derechos de los privados de libertad –por esta razón nos referiremos a ella más ampliamente en el apartado 2 del capítulo 2–. Esta teoría preestatal viene a reconocer ciertos ámbitos de actuación de la administración,

entre los que se encontraría el penitenciario, ajenos al derecho. La relación especial de sujeción sirve, en definitiva, para justificar una excepción en el principio de legalidad que reclama la reserva absoluta de ley para poder limitar un derecho fundamental, como es el de la libertad. En todo caso, el alcance dado a la referida teoría tiene más que ver con la fuerza plástica de las expresiones que con una reflexión teórica sobre cuales son las relaciones que se establecen entre la población penitenciaria y la Administración. Que entre ambos existe una relación de sujeción diversa a la que se da con los ciudadanos libres está fuera de dudas, pero que esa relación justifique la excepción al principio de legalidad cuando se limitan el ejercicio de los derechos fundamentales, es una conclusión inaceptable en un Estado de Derecho, que ni siquiera defienden quienes ven en el ámbito penitenciario una relación especial de sujeción. Toda la construcción teórica de ese modelo de organización estatal por la que los poderes públicos ceden frente a los derechos de la persona y las garantías jurídicas de estos es puesta en cuestión a partir de la relación especial de sujeción que permite, en definitiva, la configuración de un orden institucional excluyente para quienes son condenados.

Así pues, del reconocimiento de unas relaciones diversas solo se deriva que algunos de los derechos constitucionales (v. gr. la libertad ambulatoria) adquieran una configuración distinta cuando se está cumpliendo una pena de prisión. Configuración que se encuentra amparada tanto por las normas penales y penitenciarias, como procesales.

II. Pero el principio de legalidad presenta también aquí ciertas particularidades que deben ser consideradas. En primer lugar, aunque la mayoría de los países cuentan con leyes penitenciarias que recoge los derechos de los condenados y las condiciones mínimas en las que debe cumplirse la pena para garantizar el respeto a los derechos de la persona, también debe ser tenido en cuenta el marco constitucional en las decisiones de las autoridades penitenciarias. La ejecución de la pena privativa de libertad da lugar a una frecuente intervención en los derechos fundamentales y la legislación penitenciaria contiene en muchas ocasiones una norma, válida para orientar la diversidad de problemas concretos que surgen en el desarrollo de la ejecución, pero con una gran dosis de inconcreción. Por esta razón es importante –y así se ha demostrado– la intervención y el control de la jurisdicción constitucional que permite contrastar los supuestos que afectan a esos derechos con su contenido y protección constitucional.

En segundo lugar, el referido principio tiene distinto nivel de exigencia según se trate de derechos fundamentales de las personas o, simplemente de cuestiones relacionadas con la ejecución de la pena. Como veremos más adelante

en este segundo aspecto, no toda la normativa penitenciaria tiene que estar regulada por leyes, también puede estarlo por reglamentos o normas de rango jurídico inferior con la única salvedad de que no afecte a los derechos fundamentales de los privados de libertad.

Es decir, toda norma cuyo contenido permita modular la intensidad o gravedad de la privación de libertad debe ser una norma de rango legal por estricto cumplimiento del principio de legalidad.

En el marco de un Estado Democrático de Derecho, los derechos fundamentales que aquí interesan, es decir, los de carácter subjetivo, son facultades de protección que la norma atribuye a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política o social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a su desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y con posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción. Estos derechos solo pueden "exceptuarse" por una ley, lo que permite rechazar las opiniones de quienes han querido incluir los reglamentos y otras disposiciones de rango inferior en la expresión "ley penitenciaria" como parte de un pretendido bloque de legalidad.

Pero la garantía formal de la reserva absoluta de ley no resulta suficiente, ya que con ella no se evita que se lesione arbitrariamente por medio de una ley un derecho del interno. Además la limitación de los derechos fundamentales de los internos debe responder a una necesidad. Necesidad penitenciaria que puede valorarse en la intensidad y en el tiempo. Por lo que hace a la intensidad, como quiera que la pena priva de libertad y esta es su naturaleza, es este el único derecho fundamental que puede limitarse.

Así debe entenderse la expresión, el sentido o contenido de la pena de prisión. Ni el sentido ni el contenido de la pena de prisión tienen que ver con los fines resocializadores. Contar con una diferenciación conceptual entre ambos resulta imprescindible para evitar que las actuaciones resocializadoras –programas terapéuticos, educacionales, formativos, de tratamiento, etc.- puedan imponerse a los privados de libertad y lesionar el derecho al libre desarrollo de su personalidad.

En la doctrina se ha defendido, en ocasiones, la opinión contraria. Opinión que, a nuestro juicio, debe rechazarse por dos razones. La primera de ellas es que se hace difícil de imaginar que la resocialización pueda convertirse en una fuente de restricción de los derechos fundamentales de los internos, como para que justifique una mención expresa en el texto constitucional. La segunda, que toda

la actividad del tratamiento está presidida por el consentimiento voluntario del interno por lo que la restricción ya no responde a la idea de autolimitación de la actividad del Estado en el ámbito penitenciario.

Ciertamente, la ejecución de la pena prisión atañe a otros derechos fundamentales además de la libertad ambulatoria entre los que pueden citarse los derechos a educar los hijos, a la libertad de residencia, a la intimidad, derecho de reunión, de comunicación o a la propiedad. Todos ellos, en mayor o menor medida, resultan menoscabados dentro de la prisión. En todo caso, debe quedar claro la fuerza limitadora de la ley, ya que todo límite a los derechos de los internos –incluida la libertad ambulatoria– tienen que tener sentido desde la privación de libertad que constituye el núcleo de la sanción. Asimismo tiene plena vigencia la prohibición general de que las limitaciones a los derechos fundamentales son excepcionales por lo que deben estar motivadas y, además, nunca deben llegar a afectar al contenido esencial del derecho afectado. Por estas razones la privación de libertad, por ejemplo, no sería respetuosa con los derechos humanos si un sistema penitenciario permitiese aislar en una celda durante largos periodos al condenado.

Queda, finalmente, una limitación temporal máxima dentro de la que pueden darse las referidas restricciones que viene determinado por el fallo condenatorio. La sentencia firme solo resuelve el “qué” y el “cuánto” de las penas, pero en ningún caso el “cómo”.

III. El principio de legalidad es un elemento esencial del Estado de Derecho que se concreta básicamente en dos aspectos: primacía de la ley y reserva de la ley. De acuerdo con el primero la ley formal tiene prioridad sobre cualquier otra manifestación del Estado y, de conformidad con el segundo, la intervención estatal contra los derechos fundamentales solo puede tener lugar bajo el amparo de una ley con unos contenidos claros y taxativos. La materia objeto de la reserva de ley queda sustraída a otra norma que no tenga rango de ley, lo que significa que el legislador ha de establecer por sí mismo la regulación, sin que quepa la remisión a los reglamentos y, aún menos, a normas de rango inferior. La taxatividad obliga al legislador a utilizar una técnica legislativa clara y concisa y, si bien es cierto que hoy no puede defenderse la ingenua pretensión iluminística de la omnielocuencia normativa, numerosos pasajes de las legislaciones adolecen de una grave falta de precisión.

Pero mientras la actividad penitenciaria recae sobre la Administración pública, es conveniente destacar que dicho principio tiene una doble consecuencia: de carácter negativo, en la medida que la Administración penitenciaria no podrá desarrollar una actividad distinta a la que establece la legalidad y, de signo po-

sitivo, que compromete a la misma a cumplir en su totalidad la legalidad vigente, sin que sea posible espacios legales que puedan afectar a los derechos de los internos y que queden sin ejecutar por deficiencias administrativas (La falta de recursos, señalan las Normas Penitenciarias Europeas, no podrá justificar unas condiciones de detención que violen los derechos humanos). La CortelDH se ha manifestado en el mismo sentido: “Los Estados no pueden invocar privaciones económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en esta área y no respeten la dignidad del ser humano” (CortelDH Caso Vélez Loo Vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C. No. 218, párr. 198; CortelDH Caso Boyce et al Vs. Barbados. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C. No. 169, párr 88; CortelDH, Caso Montero Aranguren y otros (retén de Catia) Vs. Venezuela. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C. No. 150, párr. 85; CortelDH, Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C. No. 133, párr. 96). Esta perspectiva resulta de un considerable interés en el ámbito penitenciario donde lamentablemente quedan incumplidas con frecuencia algunas disposiciones por falta de medios (v.gr. programas de tratamiento).

IV. Hemos hablado hasta ahora de la normativa penitenciaria como un bloque homogéneo afectado por el principio de legalidad, sin embargo, en el texto precedente nos hemos adherido a la propuesta de quienes ven dentro de este conjunto de normas diferencias en torno a su naturaleza que repercute en su vinculación a dicho principio. También son normas penitenciarias aquellas que estructuran los órganos de un establecimiento y sus funciones y nadie propone que estén, en cambio, sometidas a la reserva absoluta de ley. Solo, pues, aquellas disposiciones que afecten a los derechos fundamentales de los internos se ven amparadas por esta garantía del Estado de Derecho.

Dos circunstancias han convertido el principio de legalidad en una suerte de principio relativo con una eficacia controlada, en una última instancia, por la administración penitenciaria.

Por una parte, los legisladores abusan de la técnica de remisión reglamentaria, asumiendo indebidamente la competencia de decidir qué materias deben reservarse a la ley y cuáles pueden ser reguladas por normas jurídicas de menor rango o, incluso, por normas no jurídicas, cuestión que corresponde de forma exclusiva a la Constitución. En numerosas ocasiones se puede comprobar cómo el legislador no ha tenido en cuenta los límites de esta técnica legislativa establecidos por la propia jurisprudencia constitucional, según la cual la norma de remisión ha de ofrecer un mínimo de contenido material para evitar la deslegalización y, por su parte, la norma remitida ha de ser dependiente subordinada a la norma habilitante. Conforme a esta garantía, por ejemplo, solo la ley puede

disponer las circunstancias en las que se aplica el sistema disciplinario de una prisión, debido a que muchas sanciones son privativas de más libertad y la libertad de las personas en un Estado de Derecho solo puede restringirse bajo la cobertura de una norma de rango legal.

La problemática es particularmente importante en la región. Las distintas legislaciones suelen delegar en la reglamentación la regulación de aspectos de la vida en prisión que se relacionan con el ejercicio de derechos fundamentales de los privados de libertad o bien que tienen impacto en el aspecto cualitativo de la pena. El ejemplo más claro de este último supuesto es la existencia de legislaciones que efectúan una remisión reglamentaria del sistema y condiciones de avance y retroceso por las distintas etapas del régimen progresivo. Se advierte en varios contextos que simplemente se mencionan en la ley los períodos que integran el régimen progresivo y se delegan luego en la reglamentación tanto las condiciones para acceder a ellos, como la creación ilimitada de fases dentro de los períodos fijados legalmente. Veamos ejemplos de ello en las regulaciones de algunas legislaciones de la región:

El art. 6 del Código de Ejecución Penal de Paraguay prevé que: Ningún prevenido o condenado podrá sufrir limitación o menoscabo de su libertad y otros derechos que no sea consecuencia directa e inevitable de la naturaleza de la pena o la medida impuesta, de su regulación legal expresa y de la decisión judicial que la imponga, dentro del marco constitucional y legal. Sin embargo, al establecer el sistema de avances y retrocesos del régimen progresivo admite en el art. 51 que: En la medida que lo permita la mayor o menor especialidad del establecimiento penitenciario, el período de tratamiento podrá ser fraccionado en fases que importen para el interno una paulatina atenuación de las restricciones inherentes a la pena. Estas fases podrán incluir el cambio de sección o grupo dentro del establecimiento o su traslado a otro. Estas fases no están previstas en la ley.

Similar problema presenta el art. 14 de la Ley de Ejecución de la Pena Argentina, aunque esta admite en su propia letra la restricción de derechos por vía reglamentaria: el condenado podrá ejercer todos los derechos no afectados por la condena o por la ley, y las reglamentaciones que en su consecuencia se dicten (art. 3). Argentina prevé todo el sistema de avance y retrocesos en el régimen, e incluye la creación de fases, por vía reglamentaria (Decreto 396/99).

El Salvador también admite la restricción reglamentaria en el art. 4 de su Ley Penitenciaria: La actividad penitenciaria se deberá fundamentar en la Constitución de la República, en esta Ley, en los reglamentos dictados conforme a ella y en las sentencias judiciales. Ningún interno podrá ser obligado a realizar

una actividad penitenciaria, a omitir el ejercicio de un derecho, o a cumplir una medida disciplinaria, si esta restricción, mandato o medida no han sido previstos en aquellos.

Regulaciones similares presentan la ley del Sistema Penitenciario Nacional de Honduras (art. 2)² y la Ley del Régimen Penitenciario de Guatemala (art. 5)³, aunque esta última parece finalizar con una fórmula opuesta: Ningún funcionario podrá restringir un derecho fundamental o imponer una medida disciplinaria, si tal restricción o sanción no se encuentran previamente reguladas por la ley.

La ley hondureña también delega en la reglamentación el sistema de fases (art. 52)⁴. Guatemala remite íntegramente al reglamento de su ley, la determinación de las condiciones para avanzar o retroceder en las fases. Ecuador resuelve también por vía de remisión el sistema de avances en el Régimen Progresivo en el artículo 696 del Código Orgánico Integral Penal.⁵

La Ley de Ejecución Penal y Supervisión de Bolivia, en cambio, parece no admitir estas restricciones por fuera de la ley: Las únicas limitaciones a los derechos del interno son las emergentes de la condena y las previstas en esta Ley, fuera de ellas no es aplicable ninguna otra limitación (art. 2). La persona privada de libertad es un sujeto de derechos que no se halla excluido de la sociedad. Puede ejercer todos los derechos no afectados por la condena o por esta Ley y, debe cumplir con todos los deberes que su situación legalmente le imponga (art. 9).

El art. 1 del Código de Ejecución Penal de Perú también se inclina por no mencionar a los reglamentos: El interno goza de los mismos derechos que el ciudadano en libertad sin más limitaciones que las impuestas por la ley y la sentencia respectiva.

Finalmente encontramos en la vereda opuesta a Chile que carece directamente de ley penitenciaria y regula las diversas cuestiones por vía reglamentaria (De-

2. "La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Constitución de la República, las leyes, los reglamentos, las sentencias judiciales y los tratados internacionales ratificados por Honduras"

3. "Toda política y actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Constitución Política de la República, los tratados y convenios internacionales ratificados por Guatemala, la presente Ley, y los reglamentos emitidos de conformidad con la misma y las sentencias judiciales".

4. Artículo 52: El Tratamiento Penitenciario Progresivo comprende los periodos siguientes: a) Observación y Diagnóstico; b) Tratamiento, con sus distintas Fases; y, c) Post-Penitenciario. El Reglamento de Régimen Penitenciario establecerá el objeto, finalidad, alcances, duración, fases, sub-etapas, régimen de seguridad y demás características de cada una de estos periodos.

5. Art. 696: Los regímenes son: 1. Cerrado. 2. Semiabierto. 3. Abierto. Una persona privada de libertad podrá pasar de un régimen a otro en razón del cumplimiento del plan individualizado, de los requisitos previstos en el reglamento respectivo y el respeto a las normas disciplinarias. La autoridad competente encargada del centro, solicitará a la o al juez de garantías penitenciarias la imposición o cambio de régimen o la persona privada de libertad lo podrá requerir directamente cuando cumpla con los requisitos previstos en el reglamento respectivo y la autoridad no la haya solicitado.

creto Supremo 518 de 22 de mayo de 1998 que establece el Reglamento de establecimientos penitenciarios).

Es llamativa la persistencia de estas remisiones ilegítimas en la región frente a la contundencia del art. 30 de la CADH: Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

La CortelDH ha sido sometida a una solicitud de opinión consultiva acerca del alcance de la expresión “leyes” empleada por el art. 30 de la Convención. La hipótesis que motivara la consecuente Opinión Consultiva se centraba en torno a si la expresión “leyes”, utilizada en el art. 30 de la Convención, se refiere a leyes en sentido formal –norma jurídica emanada del Parlamento y promulgada por el Poder Ejecutivo, con las formas requeridas por la Constitución– o en sentido material, como sinónimo de ordenamiento jurídico prescindiendo del procedimiento de elaboración y del rango normativo que le pudiera corresponder en la escala jerárquica del respectivo orden jurídico.

En respuesta a ello, la CortelDH en la Opinión Consultiva OC-6/86 sostuvo que: En tal perspectiva no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público (...); equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes sobre los gobernados. En cambio, el vocablo leyes cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana. La Corte concluye que la expresión leyes, utilizada por el art. 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado. (CortelDH. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, solicitada por el Gobierno de la República Oriental del Uruguay).

Por otra parte, también se abusa tradicionalmente de la técnica de las circulares administrativas o reglamentos de interior, hasta el extremo de que no es exagerado afirmar que el conocimiento más acertado de la normativa vigente en una prisión se obtiene de forma más precisa a partir de dichas fuentes. Así por ejemplo, es usual que todo lo atinente a los registros y requisas a visitantes sea objeto de regulación reglamentaria, resoluciones del órgano penitenciario cen-

tral o directamente se fije a partir de disposiciones internas de cada centro de detención. En el Informe 38/96, la CIDH ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la regulación de intromisiones que afecten derechos fundamentales de las personas privadas de libertad y visitantes. Concluyó preliminarmente que: "Cualquier acción que afecte los derechos básicos debe ser prescripta por una ley probada por el Poder Legislativo y debe ser congruente con el orden jurídico interno." En el caso, el Estado denunciado había regulado mediante disposiciones administrativas internas los mecanismos de registros de visitas al establecimiento. La Comisión expresó al respecto que: "Estos reglamentos otorgan a las autoridades penitenciarias amplia latitud discrecional al no especificar las condiciones ni los tipos de visita a las que son aplicables. Es dudoso que esa norma posea el grado de precisión necesario que es esencial para determinar si una acción está prescripta por la ley. Es incuestionable que esta deferencia hacia dichas autoridades en materia de seguridad interna está relacionada con su experiencia y conocimiento de las necesidades concretas de cada centro penitenciario y el caso particular de cada preso. Sin embargo, una medida que representa una amenaza de violación a una serie de derechos garantizados por la Convención, debe ser prescrita por una ley que especifique claramente en qué circunstancias se puede imponer una medida de esa naturaleza y que enumere las condiciones que deben ser observadas por los que realizan el procedimiento, de manera que todas las personas que se vean sujetas a él, puedan tener la mayor garantía posible de que no se verán sujetas a arbitrariedad y trato abusivo" (CIDH Informe 38/96, caso 10.506 del 15 de octubre de 1996).

Esta actividad normativa irregular, que debilita la trascendencia del principio de legalidad en la ejecución, se excede de los límites legales de los contenidos de las instrucciones y órdenes de servicio que solo deben hacer referencia a cuestiones relacionadas con las actividades de los órganos jerárquicamente dependientes.

V. Consecuencia inherente del principio de legalidad es la irretroactividad de la ley. Con carácter general este límite de vigencia de la ley penal se describe como la imposibilidad de aplicar una norma legal a un supuesto acontecido con anterioridad a su entrada en vigor. La irretroactividad afecta al derecho penal salvo cuando la nueva disposición resulta más favorable para el reo. Con respecto a las normas penitenciarias debido a que dentro de un mismo cuerpo legal encontramos normas de carácter sustantivo y otras que no lo son, normas penitenciarias que no pueden ocultar su estrecha relación con las de naturaleza administrativa o procesal, es indispensable determinaren qué medida se ven afectadas cada una de ellas, específicamente, por el principio de irretroactividad. Ciertamente, esta heterogeneidad frente a una garantía jurídica de esta trascendencia no es una solución satisfactoria, pero es, a nuestro juicio, la única

que da una respuesta satisfactoria frente a las peculiaridades de esta rama del derecho. Son irretroactivas con idéntico rigor que las normas penales aquellas que determinan una modificación en la intensidad de la privación de libertad –elemento sustantivo de la pena de prisión, tales como los permisos, condiciones regimentales, beneficios, etc.– y solo serán retroactivas en la medida que favorezcan al interno. Más alejadas de la naturaleza penitenciaria se encuentran las normas de contenido técnico, las que regulan el procedimiento disciplinario o las que se refieren a los aspectos organizativos de la Administración penitenciaria. Unas y otras, en cambio, están sometidas al principio de eficacia en coordinación con los principios constitucionales.

Con todo, volveremos a plantear de nuevo la cuestión de la irretroactividad en relación con los beneficios penitenciarios por ser en este ámbito en el que se plantea con más vehemencia (vid. infra. apdo. 2.4. del capítulo 7).

Por supuesto que debe entenderse que una nueva norma es más favorable cuando permite más libertad, aunque con ello se incrementase el riesgo de la recaída en el delito y, a la inversa, serán irretroactivas aquellas normas que favoreciendo potencialmente la resocialización entraña más o mayor tiempo de privación de libertad.

VI. Finalmente, apuntar que el principio de legalidad solo está garantizado si la declaración de su vigencia se acompaña de los correspondientes mecanismos de control judicial. Este control corresponde, en primer lugar, al juez de vigilancia penitenciaria de ejecución de penas. Pero la particularidad y complejidad de la cuestión penitenciaria da lugar a que no sea esta la única jurisdicción competente. Así, en vía de recurso frente a las resoluciones de estos jueces está prevista la intervención de segundas instancias que corresponde, normalmente, a la jurisdicción ordinaria. La combinación de una jurisprudencia procedente de una jurisdicción especial, a la que debe presumirse una mayor sensibilidad frente a la cuestión penitenciaria y una segunda instancia en manos de órganos judiciales ajenos a este mundo, plantea problemas difíciles de resolver, como la falta de armonización.

Más allá de la jurisdicción penal, la contencioso-administrativa tiene igualmente competencias en otras cuestiones que, a veces, no resultan fáciles de delimitar, pero, en todo caso, serán competentes los tribunales de esta jurisdicción en todo lo relativo a los funcionarios los conflictos entre los órganos de los establecimientos. Por último, también las cuestiones penitenciarias podrán someterse al control del Defensor del Pueblo, del Tribunal Constitucional y de los tribunales internacionales de Derechos Humanos.

5. Los fines de la ejecución de la pena privativa de libertad. Principio de resocialización

Ampliamente invocado en los textos internacionales y en los nacionales, el principio de resocialización, que abarca en su interior una rica variedad de matices, viene a sintetizar los objetivos de la prevención especial positiva. Las fuertes críticas a las que este principio ha sido sometido en las últimas décadas, sobre todo desde las filas de la Criminología moderna, ha provocado que, sometido a una cirugía reduccionista, se entienda hoy, más que como un objetivo de educar o rehabilitar a los condenados, como un esfuerzo del sistema penitenciario por poner al alcance de estos recursos para facilitar su incorporación pacífica a la comunidad jurídica una vez producida la excarcelación.

Reeducar no puede estar entre las funciones que fundamentan el castigo en la medida que es cuestionable la legitimidad del Estado para educar a adultos y, mucho menos, hacerlo a través de la pena.

Pero no es solo un problema de falta de legitimidad, es que la prisión no puede hacer milagros y es un milagro pensar que una institución diseñada para castigar pueda ser compatible con una plataforma de promoción social de los condenados.

Ahora bien, la resocialización no es solo un fin de la pena de prisión, por el contrario, es también la orientación de todo el sistema de penas. La configuración del Estado como un Estado Social en el que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, cultural y social, obliga concebir todo el sistema penal con esta misma orientación.

De esta manera podemos entender que el principio de la resocialización presenta dos facetas con distintos alcances y también con distintos contenidos. En un sentido más concreto la resocialización obliga a un diseño de las instituciones penitenciarias y de las medidas de seguridad privativas de libertad –para adultos y para menores– con esa meta reinsertadora.

Por otra parte, la resocialización como principio rector del sistema penal tiene un alcance mayor e incide aunque de forma desigual a todas las fases del mismo. Tanto el legislador como las diversas instancias de la Administración de justicia se comprometen con el objetivo de favorecer la reinsertión pacífica y libre del condenado en la sociedad jurídica y, en los casos en que ello sea in-

compatible con la pena impuesta, buscar medios a través de los cuales se puedan neutralizar los efectos negativos de las penas. En este sentido, vemos la incidencia de estas metas cuando, por ejemplo, el legislador dispone de penas alternativas para que el órgano judicial determine aquella que pueda favorecer la reinserción o, al menos, no perturbar las relaciones del condenado con su medio social. También hay una influencia de este principio en los diseños ejecutivos de algunas penas, como la prisión, la privación del derecho a conducir vehículos de motor o del derecho a tenencia de armas, etc.

El discurso penitenciario suele invocar con énfasis los fines resocializadores dentro de su esquema de decisiones y objetivos. Las soluciones a las que se arriba son de lo más diversas y es usual que se recurra a su utilización con el fin de restringir derechos de las personas privadas de libertad.

Es por ello que aparece como prácticamente ineludible que todo estudio o actuación directamente vinculado con la ejecución de la pena privativa de la libertad en América Latina, deba contener una definición precisa acerca de qué se entiende por reinserción social. La vaguedad del término ha transformado al principio en una suerte de carta plurivalente cuya utilización permite soluciones muchas veces contrapuestas. Como se trata de un precepto contenido en tratados internacionales de Derechos Humanos, se impone darle contenido específico pues sobre la base de ese postulado se estructurará todo el razonamiento y análisis de la ejecución penal en la región. La conceptualización y definición del principio de resocialización no resulta una discusión de exclusivo orden criminológico sino, antes bien, de innegables consecuencias jurídico-dogmáticas.

Por tal motivo la definición de contenido acerca de la posición sobre la resocialización de quien argumenta en materia de ejecución penal, resulta una obligación ineludible para dotar a la opinión de fundamento adecuado. En este sentido, la obligación de dar cuenta de la concepción que se tiene de este principio se transforma en un imperativo.

La exigencia de este proceder se impone, además, dado el carácter ambiguo y laxo que este principio tiene. Es sabido que a lo largo de la historia se han justificado en aras de esta idea soluciones de todo tipo, incluyendo aquellos programas de resocialización máxima –cuyo objetivo era obligar al condenado a identificarse con los valores socialmente hegemónicos– que contienen medidas notoriamente contrarias a otras garantías y derechos consagrados en la normativa internacional. El principio de resocialización no puede ser interpretado como una mera declamación. Cualquier opinión que relativice esta máxima y minimice sus consecuencias se encuentra irresolublemente infundada desde

que el pilar sobre el que toda la estructura de la ejecución de la pena se edifica está vinculado con el desarrollo conceptual de esta idea.

Hoy existe un compromiso regional asumido por los estados de diseñar su sistema de ejecución de penas en miras a favorecer “la reinserción social de los condenados” (artículo 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Una primera consecuencia de esta concepción de la finalidad del cumplimiento de las penas de prisión consiste en que la idea de reinserción social se transforma en una herramienta para la interpretación de las normas penitenciarias en general. Cualquier precepto contenido en las leyes relativas a la ejecución penal debe ser interpretado de forma tal que no se oponga a este objetivo considerado “esencial”. Por ello, la referencia a que determinada decisión administrativa, acto jurisdiccional o existencia de instituto liberatorio se dirige, o tiene como función, “alcanzar la reinserción social” no dice nada por sí sola, ya que cualquier invocación que se haga de esta finalidad debe estar antecedida de una definición precisa sobre qué se entiende por reinserción social y qué alcance se le da al concepto.

Si bien sabemos que el ideal resocializador no es más que eso, un ideal, por lo tanto inalcanzable desde el punto de vista práctico, no puede negarse que este sigue siendo, por imperio convencional, el objetivo de la ejecución penal en la región. Frente a semejante jerarquía normativa, se impone reelaborar el concepto, adecuándolo a un marco de interpretación acorde con los límites del derecho penal en un Estado de derecho.

Bajo esta propuesta, la finalidad de reinserción social contenida en los pactos internacionales de Derechos Humanos no puede ser incompatible con la dignidad humana, los derechos que son inherentes a ella y el libre desarrollo de la personalidad, sino que debe ser interpretada como una obligación impuesta al Estado (“derecho”, por lo tanto, de las personas privadas de su libertad) de proporcionar al condenado las condiciones necesarias para un desarrollo personal adecuado que favorezca su integración a la vida social al recobrar la libertad.

De ello se deduce que toda medida de ejecución de penas debe estar dirigida a hacer efectiva la obligación, inherente al Estado, de garantizar que las penas privativas de la libertad posean el menor efecto desocializador y deteriorante posible, a partir del despliegue de recursos materiales y humanos dirigidos a mitigar los efectos del encarcelamiento y ofrecer asistencia al condenado en el medio libre, durante un período previo a su liberación definitiva.

Tal cual está formulada la vigencia del principio, trae consigo necesariamente la implementación de un programa de tratamiento penitenciario optativo, personalizado, con interacción con el afuera. Esto conlleva, por un lado, la posibilidad cierta de reincorporación al medio libre, así como también la continuidad a modo de asistencia a través de programas de seguimiento post-penitenciario. Por lo tanto, si los estados se encuentran obligados a garantizar a todas las personas privadas de su libertad la posibilidad de un reintegro al medio libre antes del agotamiento de su condena, se descarta que deba existir también la posibilidad de que esta se diera por cumplida en algún momento. Ninguna interpretación que pueda hacerse del principio de reinserción social, ni siquiera la más restringida imaginable, puede avalar que una persona permanezca de por vida en prisión. La prisión materialmente perpetua, en la medida que arrastra a la persona a la muerte civil, sin posibilidad de liberación y agotamiento, debe ser considerada, entonces, contraria a la disposición del art. 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La CortelDH se ha pronunciado en este sentido en relación con la privación de la libertad de niños declarados culpables por la comisión de un delito. En el caso "Mendoza" la Corte expresó: "La Convención Americana sobre Derechos Humanos no hace referencia a la prisión o reclusión perpetuas. No obstante, el Tribunal destaca que, de conformidad con el artículo 5.6 de la Convención Americana, las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados. En ese sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño prevé que, cuando un niño haya sido declarado culpable por la comisión de un delito, tiene derecho a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que este asuma una función constructiva en la sociedad." "En este sentido, la medida que deba dictarse como consecuencia de la comisión de un delito debe tener como finalidad la reintegración del niño a la sociedad. Por lo tanto, la proporcionalidad de la pena guarda estrecha relación con la finalidad de la misma" (CortelDH Caso Mendoza y otros Vs. Argentina Sentencia del 14 de mayo de 2013).

Con base en lo anterior, de conformidad con el artículo 5.6 de la Convención Americana, la CortelDH consideró que: "La prisión y reclusión perpetuas, por su propia naturaleza, no cumplen con la finalidad de la reintegración social de los niños. Antes bien, este tipo de penas implican la máxima exclusión del niño de la sociedad, de tal manera que operan en un sentido meramente retributivo, pues las expectativas de resocialización se anulan a su grado mayor. Por lo

tanto, dichas penas no son proporcionales con la finalidad de la sanción penal a niños” (CorteIDH Caso Mendoza y otros Vs. Argentina, Sentencia del 14 de mayo de 2013).

Algunos tribunales supremos de la región se han pronunciado en sentido coincidente haciendo extensivas las conclusiones a casos de personas adultas. La Corte Suprema Argentina ha dicho: “El nuestro es un modelo constitucional en el que subyace la concepción de que la prisión solo se justifica si se la ejecuta de tal modo que se asegure que el individuo, en algún momento, habrá de poder convivir en sociedad pacíficamente e impone al legislador y a los jueces el deber de asumir los posibles riesgos de la libertad del condenado, pues no hay readaptación social sin perspectiva real de libertad”.⁶ Y también se ha referido en otro precedente afirmando que: “La pena privativa de la libertad realmente perpetua lesiona la intangibilidad de la persona humana en razón de que genera graves trastornos de la personalidad, por lo que resulta incompatible con la prohibición de toda especie de tormento”.⁷

El Tribunal Constitucional Peruano también se refirió al tema de las exigencias de reeducación, rehabilitación y reincorporación como fines del régimen penitenciario se deriva la obligación del legislador de prever una fecha de culminación de la pena, de manera tal que permita que el penado pueda reincorporarse a la vida comunitaria. Si bien el legislador cuenta con una amplia libertad para configurar los alcances de la pena, sin embargo, tal libertad tiene un límite de orden temporal, directamente relacionado con la exigencia constitucional de que el penado se reincorpore a la sociedad. La denominada cadena perpetua, en su regulación legal actual, es intemporal; es decir, no está sujeta a límites en el tiempo, pues si tiene un comienzo, sin embargo carece de un final y, en esa medida, niega la posibilidad de que el penado en algún momento pueda reincorporarse a la sociedad.⁸

El carácter rehabilitador de la pena tiene la función de formar al interno en el uso responsable de su libertad. No la de imponerle una determinada cosmovisión del mundo ni un conjunto de valores que, a lo mejor, puede no compartir. Pero, en cualquier caso, nunca le puede ser negada la esperanza de poderse insertar en la vida comunitaria. Y es que al lado del elemento retributivo, ínsito a toda pena, siempre debe encontrarse latente la esperanza de que el penado algún día pueda recobrar su libertad. El internamiento en un centro carcelario de por vida, sin que la pena tenga un límite temporal, aniquila tal posibilidad. La cadena perpetua, en sí misma considerada, es repulsiva con la naturaleza

6. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Fallo "Gramajo", sentencia del 5/09/2006.

7. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Fallo "Gimenez Ibañez", sentencia del 4/07/2006.

8. Tribunal Constitucional del Perú, Exp. 010-2002-AI/TC, sentencia del 10/7/2012, párr. 182-183.

del ser humano. El Estado Constitucional de Derecho no encuentra justificación para aplicarla, aun en el caso que el penado, con un ejercicio antijurídico de su libertad, haya pretendido destruirlo o socavarlo.⁹

En definitiva lo que la normativa internacional sugiere cuando recoge el postulado constitucional de la reinserción social, no es que los estados quedan habilitados para dispensar compulsivamente terapias dirigidas a modificar la esfera de la personalidad de quienes se hallan privados de libertad. Sino por el contrario, que son los estados quienes quedan obligados a partir de esta disposición a, por un lado, garantizar el retorno al medio libre de los penados y, por el otro, llevar adelante todas las líneas de acción necesarias para ofrecer herramientas que permitan al interno reducir los efectos nocivos de la cárcel.

Esto exige priorizar en todo momento la mirada en quien se encuentra privado de libertad. En este sentido ha dicho la CIDH que “aun cuando existe una relación directa entre el cumplimiento de los fines de las penas privativas de la libertad y la prevención del delito y la violencia (la protección de las víctimas y la sociedad), el mandato contenido en el artículo 5.6 de la Convención está dirigido fundamentalmente a establecer la obligación institucional del Estado de dar a las personas condenadas la asistencia y las oportunidades necesarias para desarrollar su potencial individual y hacer frente de manera positiva a su retorno a la sociedad, así como la prohibición de entorpecer este desarrollo (...) Así, los Estados deben adoptar políticas públicas integrales, orientadas a la readaptación social y la rehabilitación personal de los condenados” (CIDH Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de libertad en las Américas, 2011, págs. 229 y 230).

También se expresó que El logro de estos objetivos depende necesariamente del establecimiento de un sistema integral en el que los Estados establezcan planes y programas de trabajo, educación y de otra naturaleza, orientados a brindar a los reclusos las herramientas necesarias para su eventual retorno a la sociedad (CIDH, Comunicado de Prensa 56/11 –Observaciones preliminares de la visita de la Relatoría sobre Derechos de las Personas Privadas de Libertad a Surinam– Washington, DC, 9 de junio de 2011, Anexo, párr. 17).

La reinserción social es un derecho del condenado, y de ello deriva una correlativa obligación estatal de garantizar su vigencia. Como derecho, no puede ser invocado en contra de la persona privada de libertad ni utilizado como fundamento para el dictado de decisiones que restrinjan otros derechos o establezcan soluciones o condiciones de detención más perjudiciales para la persona.

9. Tribunal Constitucional del Perú, Exp. 010-2002-AI/TC, sentencia del 10/7/2012, párr. 188.

6. El principio de normalización penitenciaria

Por último, vamos a referirnos a un principio que ha ido progresivamente consolidándose en los textos internacionales, en la medida que la crítica a la resocialización ha ido dejándola vacía de contenido. En su momento ya fue recogido por las Naciones Unidas en las Reglas Mínimas embridándolo con la dignidad de los internos (R 60. "1).

El régimen del establecimiento debe tratar de reducir las diferencias que puedan existir entre la vida en prisión y la vida libre en cuanto estas contribuyan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a la dignidad de su persona. También se refieren a él las NPE: "La vida en la prisión se adaptará en la medida de lo posible a los aspectos positivos de la vida en el exterior de la prisión" (N 5. NPE).

Someter a un proceso de normalización al sistema penitenciario es hacer que la vida dentro de la prisión se parezca lo más posible a la vida en libertad. Al principio de normalización se le reconocen dos cualidades cuando se compara con el de resocialización. La primera es que sus contenidos son tangibles, en cualquier ámbito podemos despejar las dudas sobre cómo se resuelve una determinada cuestión en la sociedad libre; la segunda es que la normalización es fácil de aplicar en todas las instancias y por todos los operadores del sistema, no solo no entraña mayores costos de recursos, sino que sintoniza con los principios de intervención mínima y proporcionalidad.

Capítulo II. Derechos y deberes de los privados de libertad

1. Los derechos fundamentales en el marco de la ejecución de la pena privativa de libertad

A pesar de la retracción del derecho en las prisiones, el sistema penitenciario preserva para los privados de libertad la plena vigencia de los derechos fundamentales, salvo en aquello que se ve constreñido por la ejecución de la pena o de la orden de prisión. Este compromiso es generalmente asumido por los textos constitucionales y, desde luego, por los internacionales. Así, por ejemplo, la CADH señala que toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (artículo 5).

En gran medida las leyes fundamentales son textos legales de constante referencia para determinar el alcance de los derechos reservados a los condenados y los límites y condiciones en las que se ejecuta la pena de prisión en un Estado democrático de Derecho.

En consecuencia la intensidad de esos límites y las causas que pueden originarlos vienen también establecidas por la jurisprudencia constitucional y por los tribunales internacionales. Unos y otros han venido a consolidar una doctrina que puede resumirse en las siguientes directrices:

- Los privados de libertad se integran en una institución preexistente y que proyecta sobre ellos su autoridad. Esta circunstancia legal da lugar a una condición jurídica diferente de personas particularmente sujetas a los poderes públicos que no es la que, con carácter general, existe sobre el común de los ciudadanos.
- Esta relación especial de sujeción es una fuente de restricción de los derechos fundamentales de las personas, que afectan, en primer lugar, al principio de

legalidad, de forma que la reserva de ley de las restricciones de aquellos derechos en el ámbito penitenciario se cumple, adecuadamente, cuando se asegura que los privados de libertad puedan recibir una información con suficiente precisión para entender el contenido de esos límites para que pueda prever razonablemente las consecuencias que se pueden derivar de la ejecución de determinadas conductas.

En virtud de esta sujeción especial y en virtud de la efectividad que entraña ese sometimiento singular al poder público, el *ius puniendi* no es el genérico del Estado, y en tal medida la propia reserva de ley pierde parte de su fundamentación material, dado el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria o dispositiva expresiva de la capacidad propia de auto ordenación correspondiente para determinar en concreto las pretensiones legislativas abstractas sobre conductas identificables como antijurídica en el seno de la institución.

Las anteriores reflexiones procedentes de la jurisprudencia constitucional española se han atemperado, en la actualidad, hasta el extremo de que se admite que la condición de penado no genera una suerte de sujeto con un status jurídico debilitado, sino de sujeto con un status restringido. Restricción que solo afecta a derechos fundamentales directamente relacionados con la pérdida de la libertad ambulatoria.

Los condenados a pena de prisión solo son condenados a la pérdida de la libertad ambulatoria, la prisión es el castigo, en sí misma considerada, no es un medio para aplicar otros castigos, como lo fue en sus orígenes. Luego tan solo está legitimada la pérdida de la libertad ambulatoria. Así lo ha establecido como doctrina jurisprudencial el TEDH en el caso *Hirst c. Reino Unido* en el 2005: "Los reclusos continúan disfrutando de todos sus derechos fundamentales y libertades garantizadas por el CEDH con excepción del derecho a la libertad (...). Cualquier restricción sobre otros derechos deberá estar justificada."

Los derechos fundamentales no tienen carácter absoluto ni irrestricto, ni siquiera la vida goza de una protección total, porque la búsqueda de una civilizada convivencia puede justificar determinadas restricciones. El origen de esas limitaciones puede ser explícito cuando viene previsto en los textos constitucionales o autorizados por estos o implícitos cuando nacen de la colisión de derechos. Las limitaciones en el ejercicio de estos derechos deben estar recogidas en un texto de rango legal (Las personas privadas de libertad gozarán de los mismos derechos reconocidos a toda persona en los instrumentos nacionales e internacionales sobre derechos humanos, a excepción de aquellos cuyo ejercicio esté limitado o restringido temporalmente, por disposición de la ley y

por razones inherentes a su condición de personas privadas de libertad. Principio VIII, PBP. En el ámbito penitenciario ha de prestarse un especial interés a las técnicas de remisión normativa; la ley ha de ofrecer un mínimo contenido material y la norma inferior ha de ser dependiente y subordinada a la ley habilitante, de forma que no puede admitirse que una remisión termine deslegalizando los contenidos de aquella.

Como mencionamos en el capítulo anterior, al referirnos al principio de legalidad, la CortelDH tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el carácter de las normas que pueden legítimamente aplicar restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Convención. Señalamos que, según la Corte, la expresión leyes, utilizada por el art. 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado. CortelDH. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, solicitada por el Gobierno de la República Oriental del Uruguay.

Sin embargo, el razonamiento de la Corte no terminó allí sino que también admitió la posibilidad de remisiones reglamentarias precisando y limitando el modo que estas podrían válidamente efectuarse: "Lo anterior no se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención."

Pero los derechos cuyo ejercicio se limita no pueden estar negados de forma absoluta, en ningún caso, se puede afectar el núcleo de los mismos y se verá afectada su esencia cuando resulte incompatible con el orden democrático. Así, por ejemplo, la pérdida de libertad ambulatoria no permite ejecutar la pena de modo que el sujeto permaneciese todo el tiempo internado en una celda. La legislación tiene que asegurar que el condenado pueda disfrutar de espacios de libertad restringida –patios y otras zonas comunes– durante la ejecución de la pena.

Toda limitación de los derechos fundamentales tiene un carácter excepcional de donde se derivan tres compromisos: el primero, que estas limitaciones deben ser provisionales; el segundo, que para proceder a restringir un derecho fundamental deben concurrir razones graves y sustanciales; y, el tercero, que en caso de dudas debe de operarse con el principio de in dubio pro libertatis,

es decir, salvaguardar el derecho es siempre prioritario en esas circunstancias. Ni las meras sospechas, ni criterios formales justifican que se vean afectados los derechos que no están embridados directamente con la libertad ambulatoria. Especialmente contundentes se muestran los textos internacionales en relación a la vida y la integridad (toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral Artículo 5. CADH). En ningún caso pueden crearse situaciones legales que pongan en peligro la vida del condenado, pero, incluso frente a aquellos otros derechos que caben ciertas restricciones se exige expresamente que concurren razones excepcionales. Así, por ejemplo, el artículo 15 de la precitada Convención señala que el ejercicio de los derechos democráticos solo puede limitarse en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás. Estas razones no pierden su vigencia en el escenario penitenciario.

La condición de persona del condenado le hace acreedor de nuevos derechos que tienen su origen en el modelo social del Estado moderno, cuyo objetivo es promocionar a las personas lo que en el ámbito penitenciario se traduce en la obligación del Estado de asegurar unos servicios durante la ejecución que le permitan alcanzar una reinserción pacífica tras su liberación.

Por último, tampoco los privados de libertad, a pesar de su diversa sujeción con los poderes públicos pueden perder derechos inalienables como son la vida o la salud, la libertad ideológica y religiosa, ni ser sometidos a tratos inhumanos y degradantes. La relación de derechos inalienables ha quedado expresamente reconocida.

2. La teoría de la relación especial de sujeción

La frecuencia con que es invocada por la jurisprudencia la teoría de las relaciones especiales de sujeción para debilitar los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad justifica que le dediquemos un apartado. En sus aspectos esenciales la referida teoría viene a decir lo siguiente:

- Conforme a una clásica concepción del Estado, su actividad cuando es puramente administrativa no formaba parte del Derecho. Quedaban, pues, fuera del ámbito jurídico todas aquellas actividades propias de la Administración, como son la reglamentación, la edición de bandos o las órdenes de organización y servicios dirigidas a los funcionarios. Allí donde no se establece una relación entre iguales sino que existe un poder arbitrario o de sujeción entre las partes no puede hablarse de relaciones jurídicas. El contenido de la norma ju-

rídica solo puede consistir en una delimitación de derechos y deberes de los ciudadanos que entran en un conflicto paritario entre sí.

- Si el Estado actúa con libertad y, por tanto, no existe encuentro de voluntades, solo es posible hablar de normas técnicas. De la misma manera que no pueden considerarse normas jurídicas aquellas que rigen aspectos de la vida doméstica de una familia. Esta posibilidad de encontrar espacios libres a la limitación que comporta toda norma jurídica se explica en su propia concepción del Estado como entidad superior al Derecho. El Estado no nace del Derecho sino que asume los ámbitos jurídicos como autolimitación de su propio poder. Cuando aquel actúa fuera del derecho solo se encuentra sometido al dominio político o ético.

- El Estado es pues libre para regular el ámbito interno del poder de la Administración. Las relaciones que establece en el ejercicio de su soberanía son de carácter externo, cuando regulan relaciones generales con los ciudadanos, e interno, cuando se refieren a las relaciones especiales con determinados grupos de personas que por lo general guarda con el Estado un específico deber de lealtad (círculo interno del Estado). Esto explica que la sanción disciplinaria sea más una respuesta a una conducta infiel que a una infracción, especialmente cuando las relaciones de sujeción se entienden fundadas en la soberanía del Estado. A diferencia del ilícito penal el administrativo se agota con la lesión al principio de lealtad, es decir, con la frustración de unas expectativas sin necesidad de que este llegue a concretarse en la infracción normativa. La siguiente cita de Mayer ilustra hasta qué punto el administrativista alemán entendía la responsabilidad disciplinaria como una responsabilidad de autor. La oportunidad de la pena, señala Mayer, así como su forma son aspectos que entran en la apreciación del interés del servicio. Por lo tanto, el poder disciplinario no lleva ante los ojos una venda por cuyas estrechas aperturas solo se ve una parte de la realidad, aquella que constituye la materia del delito, sino que tiene en cuenta también los antecedentes meritorios y las perspectivas de enmienda que el culpable puede ofrecer, el daño inferido por el castigo al nombre del funcionario, el mal ejemplo, que, por otro lado, podría causar su impunidad en los funcionarios, en fin, todo lo que la prudencia política puede hallar digno de consideración.

- Planteado en estos términos, desde el momento en que el órgano sancionador no es a la antinormatividad de la conducta a donde debe prestar atención sino a la persona sometida a la potestad disciplinaria, es del todo innecesario que la norma de conducta esté configurada con precisión. Dicho en otros términos, ni el principio de reserva de ley, ni la taxatividad que requiere el principio de legalidad ofrecen funciones garantistas cuando nos encontramos ante una ma-

nifestación del derecho de autor. Esta consideración es conveniente tenerla en cuenta ya que es frecuente encontrar en la doctrina y, sobre todo, en la jurisprudencia como único argumento para excepcionar ambos principios frente a la potestad disciplinaria de la administración la presencia de unas relaciones especiales de sujeción, cuando en realidad se trata solo y exclusivamente de perpetuar una manifestación del Estado autoritario.

Tras la teoría de la relación especial de sujeción basada en la soberanía del Estado subyace la idea del Estado absoluto en el que los intereses del mismo no solo son autónomos respecto a los intereses de los ciudadanos sino también antagónicos.

Frente a esas posiciones hoy es generalmente admitido que el Estado carece de intereses propios, que se trata solo de un instrumento al servicio de los intereses de la sociedad y que, por lo tanto, solo ejerce un poder vicarial. La diferenciación entre los intereses internos y externos propicia que el interés interno del Estado termine confundándose con los conceptos de "jerarquía", "dominio" o "lealtad". Conceptos que inevitablemente han de verse potenciados si la diferenciación determina el fundamento de relaciones específicas y la génesis de ámbitos de restricción de los derechos fundamentales al margen del derecho. El reconocimiento de un orden doméstico permite ya de por sí recrearse en la idea de una Administración liberada de los controles de garantía del Estado de Derecho.

Especialmente útil resultaba la idea de la supremacía para explicar cómo en el marco de unas relaciones especiales de sujeción también perdía su vigencia el principio de reserva de ley. La propia Administración ejerce una capacidad de autocontrol y la reserva de ley pierde parte de su fundamento. Si grave es que la Administración pueda ejercer la potestad disciplinaria esgrimiendo tan solo una pretendida relación de supremacía, más grave aún resulta el hecho de que dicha actividad pudiera llevarse a cabo al margen de la ley, tan solo por vía reglamentaria. La doctrina administrativista reaccionó críticamente considerando que se extrapolaba el ámbito propio de la auto tutela administrativa para ejercer una heterotutela que burla los controles de legalidad y judicialidad.

La propia idea de dependencia que subyace en aquellas posiciones parece cuando menos contradictoria con la concepción democrática del Estado de Derecho. En la propia doctrina clásica alemana ya encontramos una preocupación por explicar las relaciones de sujeción más allá de la idea general de supremacía del Estado. Este es el caso de Mayer que las define como una acentuada dependencia que se establece, en favor de un determinado fin de la Administración pública, para todos aquellos que entren en esa prevista estructura especial.

Si esta concepción autoritaria del Estado no se compadece con la idea de servicio que preside las relaciones del Estado moderno con las personas, todavía resulta mucho más complicado de admitirlas para justificar el sometimiento de los privados de libertad a un control en un espacio libre de Derecho.

Pretender enervar, como en no pocas ocasiones se ha hecho, los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad –derecho a la salud, a la educación, a la familia, al trabajo, etc.– en base a las relaciones que estos tienen con la Administración, no solo está reñido con la concepción democrática del Estado de Derecho, sino que también está en franca contradicción con los objetivos de reinserción social que recogen las constituciones y los textos internacionales.

3. El status jurídico del interno

I. Del reconocimiento de la validez de los derechos fundamentales y de la diversidad que algunos tienen para los privados de libertad resulta la necesidad de elaborar un status jurídico penitenciario. Ciertamente, esta construcción no está exenta de problemas y quizás por ello no todas las legislaciones nacionales o, incluso, textos internacionales han catalogado de forma ordenada la relación de derechos y deberes que preside las relaciones entre los privados de libertad y las administraciones penitenciarias.

En efecto, la propia idea del status parece estar en contradicción con las tesis que defiende que no hay diferencias entre los condenados y las personas libres, que permita elaborar una micro constitución penitenciaria; los privados de libertad son sujetos de pleno derecho, en tanto esa condición no se haga insostenible con el ejercicio de ciertos derechos, como son la libertad ambulatoria y otros directamente asociados a ella como el derecho a elegir residencia, derecho a la educación de los hijos, etc.

Por otra parte, los catálogos cerrados de derechos y deberes no solo no ofrecen seguridad jurídica, ni mayor respeto a la legalidad, sino que, en ocasiones, entorpecen la protección de esos derechos, cuando por ejemplo el legislador dejó de mencionar algunos de ellos o cuando los referidos catálogos no están actualizados, planteándose entonces serias dudas sobre si los nuevos derechos, no catalogados, lo son en efecto o, por el contrario, son concesiones de la administración penitenciaria o de la justicia, como se plantea con frecuencia con las salidas al exterior de los privados de libertad. Además aquellas legislaciones que han optado por elaborar catálogos, más o menos cerrados, de los derechos y deberes de los privados de libertad, no llevan a sus lógicas consecuencias esa

decisión legislativa. Parece razonable que la existencia de un catálogo legal de derechos vaya acompañado del correspondiente desarrollo de las vías por medio de las cuales los interesados pueden hacerlos virtuales.

Bien sea con catálogo o sin él, los operadores penitenciarios tienen ante sí la misión de identificar y definir cuáles son los derechos de los reclusos, sus límites y sus mecanismos de protección.

II. Muchos de los derechos de los internos quedarían en meras declaraciones programáticas si no tenemos en cuenta que, allá donde se reconoce un derecho, se está implícitamente reconociendo un deber genérico de todos a respetarlo. Este principio en el escenario penitenciario tiene un doble matiz. La relación de los privados de libertad con la Administración penitenciaria es monopólica. A diferencia de lo que sucede en la sociedad libre solo esta puede garantizar en una institución total que se permita el acceso al ejercicio de los mismos.

Es así que, en la región, los Estados partes han asumido como obligación internacional básica “que estos se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción” (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art 1.1). Es obvio que la situación de privación de libertad genera una posición de especial vulnerabilidad que, sin dudas, implica un compromiso mayor en la obligación general que le cabe a los Estados respecto de todas las personas sujetas a su administración.

El respeto a los derechos fundamentales se erige, entonces, en una limitación a la actividad desplegada por todo órgano del Estado en relación con los sujetos sobre los cuales ejerce una relación de subordinación. Esta obligación exige, además, un compromiso positivo en procura de que estas personas puedan gozar de manera efectiva de aquellos derechos. Sobre esta base la Corte Interamericana ha dicho que, de las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos, derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre (CortelDH, Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Sentencia del 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 98; CortelDH, Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia del 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 111; CortelDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 243).

La privación de libertad indudablemente genera una de las situaciones en la que con mayor intensidad se expresa esta relación de control estatal. Las personas quedan, durante su encierro, sujetas a decisiones de la administración que regulan diversos aspectos de su vida, que han llegado a ser calificados por la CIDH como el ejercicio de un control total de las autoridades estatales sobre la persona que se encuentra sujeta a su custodia (CIDH, Asunto María Lourdes Afuni respecto Venezuela, Resolución del Presidente de la CIDH del 10 de diciembre de 2010, Considerando 11; CortelDH, Caso Bulacio Vs. Argentina. Sentencia del 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 126).

Sobre esta base se apoyan las teorías de relación especial de sujeción a las que nos referíamos en el punto anterior, y que han sido la herramienta principal para autorizar todo tipo de restricciones de derechos, el ablandamiento del principio de legalidad, y un debilitamiento del control judicial de la ejecución. Pero junto con todos estos efectos no queridos, la relación Estado-privado de libertad también genera una posición de garante de aquel respecto de todos los derechos que no se encuentran afectados por la privación de libertad. La CortelDH, a partir del caso Neira Alegría, ha establecido que toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos (CortelDH, Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Sentencia del 19 de enero de 1995. Serie C No. 20, párr. 60).

El concepto fue desarrollado posteriormente, en el caso del "Instituto de Reeducación del Menor", en donde se agregó que: Ante esta relación e interacción especial de sujeción entre el interno y el Estado, este último debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquellos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible. De no ser así, ello implicaría que la privación de libertad despoja a la persona de su titularidad respecto de todos los derechos humanos, lo que no es posible aceptar (CortelDH, Caso Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay. Sentencia del 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párrs. 152 y 153. Véase también, CortelDH, Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia). Sentencia del 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 87).

En una línea similar la Comisión Interamericana expresó de manera contundente en su *Informe de Fondo No. 41/99* del caso de los Menores Detenidos que:

“El Estado, al privar de libertad a una persona, se coloca en una especial posición de garante de su vida e integridad física. Al momento de detener a un individuo, el Estado lo introduce en una "institución total", como es la prisión, en la cual los diversos aspectos de su vida se someten a una regulación fija, y se produce un alejamiento de su entorno natural y social, un control absoluto, una pérdida de intimidad, una limitación del espacio vital y, sobre todo, una radical disminución de las posibilidades de autoprotección. Todo ello hace que el acto de reclusión implique un compromiso específico y material de proteger la dignidad humana del recluso mientras esté bajo su custodia, lo que incluye su protección frente a las posibles circunstancias que puedan poner en peligro su vida, salud e integridad personal, entre otros derechos”; (CIDH, Informe Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos en la Cárcel de Challapalca, párr. 113; CIDH, Informe No. 41/99, Caso 11.491, Fondo, Menores Detenidos, Honduras, 10 de marzo de 1999, párr. 135).

Por otra parte, la resocialización compromete a las administraciones penitenciarias a tratar a los privados de libertad como sujetos de derechos, un ejercicio personal durante la ejecución de las penas que favorece el futuro reingreso en la sociedad de los derechos en libertad.

Lamentablemente, observamos como muchos derechos son regular e institucionalmente negados con el argumento de que la prisión es en su estructura una sociedad carencial. El derecho asume con naturalidad el hacinamiento, la tortura, las mafias carcelarias y la corrupción sobre la pena hegemónica del Derecho penal. Negar esta realidad es tanto como negar las prisiones, y hay un contrastado abandono del respeto de los derechos de los reclusos que carece de todo fundamento y se detectan frecuentes problemas de excesos penitenciarios con la infundada justificación de que son necesarios para garantizar la seguridad de las prisiones. Esta política está en franca contradicción con nuestras constituciones y con los compromisos internacionales de nuestros países. La limitación del acceso a los derechos no puede establecerse de forma genérica y, como indicamos, tiene una consideración excepcional y siempre justificada en razones.

Las prisiones democráticas y humanizadas, entendiendo por tal aquellas que respetan el marco constitucional de los derechos fundamentales de las personas, no solo no son una entelequia sino que constituyen el único camino posible. La gestión de una prisión respetando esos derechos ni siquiera es más cara o más problemática. Esta convicción no puede ser cuestionada, sino que tiene que ser compartida por quienes reconocen la bondad de los valores democráticos de una sociedad de derecho, también para las personas privadas de libertad.

4. Derechos de los internos

A la vista de todo lo anterior es posible elaborar un mapa de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, empleando como criterio esta circunstancia.

El resultado es la siguiente agrupación tripartita:

- Derechos directamente o indirectamente afectados por la privación de libertad:

- Derecho a la libertad ambulatoria.
- Derecho a elegir libremente la residencia.
- Derecho a circular por el territorio nacional.
- Derecho a abandonar el país.
- Derecho a reunirse sin autorización.
- Derecho al ejercicio profesional.
- Derecho a educar a los hijos.

- Derechos eventualmente afectados por la condición de privado de libertad:

- Derecho a la propiedad.
- Derecho a la intimidad.
- Derecho a la propia imagen.
- Derecho a la inviolabilidad del domicilio.
- Derecho al trabajo.
- Derecho a participar en asuntos públicos.
- Derecho a comunicarse y expresarse libremente.
- Derecho al secreto de las comunicaciones.
- Derecho a la educación y al trabajo.

- Derechos inalienables:

- Derecho a la vida y a la integridad física y moral.
- Derecho a la salud y a la higiene.
- Derecho al honor y a la dignidad.
- Derecho a la igualdad y a la no discriminación.
- Derecho a la tutela judicial efectiva.
- Derecho a la libertad ideológica y de conciencia.
- Derecho a la nacionalidad.
- Derecho a la paternidad.

A continuación vamos a analizar algunos supuestos frecuentes y problemáticos de lesiones de derechos de las personas en el ámbito penitenciario, sin ánimo de exhaustividad ya que a lo largo de los capítulos de este trabajo van a ser abordados otros casos similares.

4.1. Derecho a la vida y a la integridad

I. La relevancia del derecho a la vida y la salud corren parejas con los riesgos de que ambos se vean agredidos a lo largo de la ejecución de la pena. La salud penitenciaria sigue siendo sensiblemente más frágil que la de la sociedad libre y la escasa atención que se le presta y las dificultades de prevenir graves enfermedades en un espacio tan sanitaria e higiénicamente erosionado como un centro penitenciario, todavía aumentan los riesgos de que los internos sufran algún episodio más o menos grave contra su vida o su salud.

Si hacemos un ejercicio de síntesis a nivel mundial y si excluimos las muertes violentas, podemos afirmar que en los centros penitenciarios se está experimentando un cambio importante en cuanto a las principales causas de fallecimiento. Las muertes infecciosas concretamente, la infección por el Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH), relacionadas con la generación de la heroína y a las deficientes condiciones higiénicas, causa prevalente de los fallecimientos, cede frente a las de origen cardiovascular. Se aprecia una tendencia a la normalización, de manera que, a pesar de las diferencias, los procesos patológicos son cada vez más similares a los que se producen en la sociedad libre. Por otro lado, la media de vida en la población penitenciaria también está aumentando.

Las normas internacionales reconocen ambos derechos como inalienables (“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”; Art. 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). El derecho a la vida y a la salud está directamente relacionado con otros derechos que se traducen en obligaciones para la administración penitenciaria, como son el derecho a agua potable, al aseo personal, a la alimentación equilibrada, a usar ropa, a los servicios sanitarios, a los servicios médicos, al descanso nocturno, a una cama, etc.

El ejercicio de estos derechos se ha visto cuestionado en algunas circunstancias derivadas de la situación penitenciaria. En concreto, nos vamos a referir a tres problemas: muertes violentas, suicidios y huelgas de hambre. En relación con estos tres supuestos debemos de empezar por destacar que la Administración penitenciaria no solo está comprometida con respetar y garantizar la vida en los mismos términos que establecen las constituciones, sino que debe velar por

la vida, integridad y salud de los internos. Este mayor compromiso, eventualmente, llega a justificar la limitación de derechos fundamentales, así lo contemplan, por ejemplo, los PBP que permiten el aislamiento de un interno cuando sea preciso para velar por su vida (Principio XXII). En base a este deber de velar por la vida, por ejemplo, la mayoría de los sistemas penitenciarios contemplan la posibilidad de aislamientos de internos con fines de protección, en casos en los que es previsible una respuesta agresiva por parte de otros internos.

Esta eventualidad se da frente a miembros de grupos criminales por otros grupos rivales, frente a agresores sexuales y, también, contra miembros de la administración de justicia –policías, jueces– u otros grupos en situación de vulnerabilidad, que están cumpliendo condena.

II. Muertes violentas. En la región la problemática es particularmente grave y se presenta como un fenómeno en el que concurre una innegable responsabilidad estatal. El Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas de la CIDH (año 2011), muestra un número alarmante de muertes violentas en los distintos países de la región, que en muchos casos se ha incrementado en los últimos años. Así –sin perjuicio de que las cifras suelen ser relativas en cada contexto, según el órgano que las aporta–, el informe da cuenta que los países han informado que en Argentina, entre el año 2006 y 2009, se produjeron 26 muertes violentas; en Chile, entre 2005 y 2009, se registraron 203 muertes por riñas/agresiones y eventos de fuga; en Colombia, entre 2005 y 2009, 113 muertes violentas; en Costa Rica, 25 homicidios entre 2005 y 2009; en Ecuador, entre 2005 y 2010, se produjeron 172 muertes por violencia carcelaria; en El Salvador, 72 homicidios, entre 2006 y 2010; en Guatemala, entre 2002 y 2010, un total de 33 muertos en riñas y motines; entre otros informes con menos precisiones (CIDH, Informe sobre los derechos Humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, 2011, p. 36-37).

El grave problema que enfrenta la región no se explica, precisamente, por la falta de pronunciamientos e informes categóricos por parte de los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Más bien, la situación halla razón en la coexistencia de diversos factores que resulta dificultoso agrupar de modo genérico para encontrar un patrón que unifique la problemática a nivel regional. Sin embargo no cabe duda de que el hacinamiento y sobrepoblación carcelaria; la falta de control efectivo de los centros penales; la falta de servicios básicos y las condiciones insalubres de las instalaciones; el maltrato por parte de personal penitenciario que constituyen hechos de tortura y tratos crueles inhumanos o degradantes; las deficiencias en la clasificación, asignación de alojamiento y separación por categorías de los internos; la falta de recopilación, sistematización y publicidad de la información sobre hechos

de violencia en las cárceles; la deficiente respuesta jurisdiccional frente a casos de torturas y malos tratos; las insuficiencias en los mecanismos de monitoreo; entre otros, son causas comunes que en mayor o menor medida se presentan en los distintos países de la región y que contribuyen al fenómeno que mantiene hasta hoy niveles preocupantes.

Nos interesa subrayar que la violencia penitenciaria es ilegal y que nace al amparo de los campos oscuros de legalidad, de las deficiencias de control legal y de la falta de consolidación de vías de acceso a la justicia con todas las garantías por parte de los internos. En este sentido, la CIDH ha sido contundente en cuanto a que el deber del Estado de proteger la vida e integridad personal de toda persona privada de libertad incluye la obligación positiva de tomar todas las medidas preventivas para proteger a los reclusos de los ataques o atentados que puedan provenir de los propios agentes del Estado o terceros, incluso de otros reclusos. (CIDH, Informe No. 41/99, Caso 11.491, Fondo, Menores Detenidos, Honduras, 10 de marzo de 1999, párrs. 136 y 140). Asimismo, sostuvo la CIDH que, siendo la prisión un lugar donde el Estado tiene control total sobre la vida de los reclusos, este tiene la obligación de protegerlos contra actos de violencia provenientes de cualquier fuente (CIDH, Informe No. 67/06, Caso 12.476, Fondo, Oscar Elías Biscet y otros, Cuba, 21 de octubre de 2006, párr. 149).

Se advierte entonces que la responsabilidad estatal en los centros de detención no cesa con la simple abstención de llevar adelante actos que afecten la vida e integridad personal de los privados de libertad, sino que los Estados deben actuar positivamente para neutralizar situaciones que puedan poner en riesgo a las personas privadas de libertad.

En esta línea de pensamiento, la CIDH también ha señalado que: “En materia penitenciaria, además de un marco normativo adecuado, resulta urgente la implementación de acciones y políticas concretas que tengan un impacto inmediato en la situación de riesgo en que se encuentran las personas privadas de libertad. La obligación del Estado frente a las personas privadas de libertad no se limita únicamente a la promulgación de normas que las protejan ni es suficiente que los agentes del Estado se abstengan de realizar actos que puedan causar violaciones a la vida e integridad física de los detenidos, sino que el derecho internacional de los derechos humanos exige al Estado adoptar todas las medidas a su alcance para garantizar la vida e integridad personal de las personas privadas de la libertad” (CIDH, Democracia y Derechos Humanos en Venezuela, Cap. VI, párr. 826).

Indudablemente la situación es sumamente compleja, y los esfuerzos de los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos por

sí solos no alcanzan para reducir los niveles de violencia y muertes en prisión en los distintos países de la región. En tanto, el Principio XXIII de la Resolución 1/08 de la CIDH (PBP) ofrece una serie de "Medidas de prevención de la violencia" cuya implementación y seguimiento en cada contexto puede contribuir a la reducción del fenómeno. Allí se dispone que: De acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos, se adoptarán medidas apropiadas y eficaces para prevenir todo tipo de violencia entre las personas privadas de libertad, y entre estas y el personal de los establecimientos. Para tales fines, se podrán adoptar, entre otras, las siguientes medidas:

- a) Separar adecuadamente las diferentes categorías de personas, conforme a los criterios establecidos en el presente documento.
- b) Asegurar la capacitación y formación continua y apropiada del personal.
- c) Incrementar el personal destinado a la seguridad y vigilancia interior, y establecer patrones de vigilancia continua al interior de los establecimientos.
- d) Evitar de manera efectiva el ingreso de armas, drogas, alcohol y de otras sustancias u objetos prohibidos por la ley, a través de registros e inspecciones periódicas, y la utilización de medios tecnológicos u otros métodos apropiados, incluyendo la requisa al propio personal.
- e) Establecer mecanismos de alerta temprana para prevenir las crisis o emergencias.
- f) Promover la mediación y la resolución pacífica de conflictos internos.
- g) Evitar y combatir todo tipo de abusos de autoridad y actos de corrupción.
- h) Erradicar la impunidad, investigando y sancionando todo tipo de hechos de violencia y de corrupción, conforme a la ley.

III. Suicidios. El suicidio viene definido por la voluntad de la persona que se quita la vida. El suicida acepta morir. En consecuencia solo estamos ante estos supuestos, cuando a la persona se le reconoce capacidad de voluntad en los mismos términos que se da en la sociedad libre. En la sociedad libre, en general, no se castiga la tentativa de suicidio salvo en algunos países. Sin embargo, las disparidades son más pronunciadas cuando el suicida demanda ayuda. Los países con una legislación más generosa solo justifican la ayuda cuando concurre una grave enfermedad. Pero determinadas circunstancias, como los continuos avances médicos y la mayor expectativa de vida, están provocando un cambio en la jurisprudencia, al menos, internacional. Una reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH 14 de mayo de 2013), sin negar el principio de santidad de la vida, entiende que, debido a esas circunstancias, muchas personas consideran que no se les debe forzar a prolongar la vejez o a vivir en estados de decrepitud física o mental avanzada que entran en conflicto con las nociones dominantes de la autonomía y la identidad personal.

Este cambio de criterio puede tener una particular relevancia en el mundo carcelario ya que en prisión aparecen una gran cantidad de factores estresantes que favorecen las conductas suicidas (duración de la condena, condiciones penitenciarias, síndrome de abstinencia, atención psiquiátrica, etc.). Los datos empíricos corroboran que el número de suicidios en la cárcel es sensiblemente superior al que se produce en la sociedad libre. Recientemente la justicia belga (Caso Van der Bleeken) ha dado la razón a un condenado a cadena perpetua, quien alegaba simplemente angustia psicológica insoportable debido a su comportamiento agresivo incorregible, del que derivaron los delitos de asesinato y de violación por los que se le condenó. Sin embargo, una auténtica avalancha de demandas solicitando ayuda a morir por personas condenadas a cadenas perpetuas ha forzado al Ministerio de Justicia belga a dejar sin cumplir el acuerdo alcanzado por el condenado y la justicia.

Surgen al respecto tres interrogantes. La primera, si en esas circunstancias se podría castigar disciplinariamente el interno por tentativa de suicidio. La segunda, si a la vista de la solicitud, la administración penitenciaria podría aplicar al presunto suicida unas medidas regimentales más estrictas que implicasen un aislamiento preventivo. La tercera, por último, si la Administración deberá atender a la petición y está obligada a proveer al interno de un medio para quitarse la vida.

En relación con la primera de las cuestiones debe descartarse la sanción disciplinaria de los intentos de suicidio, salvo cuando los mismos se realicen con el objetivo de alterar la convivencia ordenada del establecimiento, en cuyo caso el motivo de la sanción ya no es el intento de suicidio sino la alteración del orden. Por el contrario, en aquellos casos en los que no hay ninguna finalidad trascendente en el comportamiento suicida el castigo del mismo atentaría contra el derecho a la disponibilidad sobre la propia vida que se reconoce a todas las personas y que es inalienable, incluso, para los privados de libertad.

Las siguientes cuestiones plantean problemas más complejos, en donde se deben aplicar criterios de ponderación para resolver las dudas que suscitan los derechos que entran en conflicto. ¿Hasta dónde está legitimada la Administración penitenciaria en su deber de velar por la vida de los privados de libertad? Este deber pierde gran parte de su contenido cuando la persona toma la decisión de acabar con su vida, siempre que dicha decisión responda a un acto volitivo considerado jurídicamente válido. A nadie –tampoco a los internos– se le puede obligar a vivir. De manera que no estaría justificado que a un interno presuntamente suicida se le aplique peores condiciones regimentales, tales como el aislamiento en celdas especiales o la imposición de tratamientos farmacológicos contra su voluntad. Otras estrategias, en cambio, no solo son po-

sibles, sino que son obligadas en virtud de esa posición de garante que asume la Administración penitenciaria. Revisiones rutinarias de seguridad, conversaciones en períodos críticos con personal cualificado, supervisión de visitas con familiares o amigos para identificar conflictos o problemas que emergen durante la visita, intensificación de las medidas de vigilancia, medidas de interacción social positiva, como asistencia psicológica, celda compartida, comunidades terapéuticas, etc. Si media el consentimiento del interno estas medidas pueden intensificarse, aun cuando entrañen condiciones de internamiento más severas. Los límites impuestos por el derecho de la persona a decidir sobre su propia vida en absoluto puede entenderse como abandono de quienes, debido a razones personales muy frecuentemente relacionadas con las condiciones penitenciarias a las que se ve sometido, deciden quitarse la vida. La Administración, por el contrario, debe prestar una asistencia y ofertar recursos materiales y personales de disuasión.

A este respecto la CIDH ha sido categórica al considerar que el Estado, como garante de los derechos de las personas privadas de libertad, debe prestar atención prioritaria a la prevención del suicidio, lo que implica reducir al máximo los posibles factores de riesgo. En este sentido se fijó el deber de practicar un examen médico inicial a toda persona que ingresa en un centro de privación de libertad, en el cual se debe observar si el recluso representa un peligro para sí mismo; y el deber del Estado de proveer servicios de salud mental siempre que la situación personal del recluso lo amerite (CIDH, Informe sobre los derechos Humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, 2011, p. 122-123).

A su vez, el mismo organismo, a través de su función contenciosa, también se ha pronunciado acerca del contenido y alcances de la responsabilidad del Estado en casos de suicidios de personas privadas de libertad. En el caso César Alberto Mendoza y otros, la CIDH expresó que el Estado incurrió en una secuencia de omisiones que resultaron no solo en el deterioro de la integridad personal de la víctima, sino en la pérdida de su vida, la cual pudo ser evitada. (CIDH, Informe No. 172/10, Caso 12.651, Fondo, César Alberto Mendoza y otros, Argentina, 2 de noviembre de 2010, párrs. 2, 95, 97, 102, 103, 104, 109, 262, 264, 265, 266, 267, 268 y 271). En su análisis, la Comisión tomó en consideración que: (a) la víctima estaba en una celda de castigo con régimen de aislamiento de 21 horas diarias de encierro; (b) que interpuso una acción de habeas corpus en la que alegaba estar siendo amenazado constantemente por personal penitenciario y ser objeto de agresión psicológica por parte de estos; (c) que anunció en varias ocasiones al personal de custodia su intención de quitarse la vida; (d) que días antes de su muerte miembros de una delegación de la Comisión de Seguimiento de Políticas Penitenciarias observaron su marcado deterioro psi-

cológico, lo cual fue puesto en conocimiento de las autoridades competentes; y (e) que dos días después del suicidio de la víctima, el Jefe Administrativo de la División de Sanidad solicitó al Director de la Penitenciaría eliminar urgentemente el sistema de encierro de 21 horas diarias que se aplicaba en la unidad. La Comisión determinó, que además de las omisiones en los días y semanas anteriores a la muerte del interno, las autoridades penitenciarias no le dieron seguimiento cercano; no efectuaron llamados de emergencia a personal médico o psicológico que pudiera intervenir en la situación, ni dispusieron medios de custodia adecuados. Es decir, las autoridades bajo cuya custodia se encontraba no realizaron todos los esfuerzos necesarios para resguardar su vida. Además, en el momento mismo en que la víctima procedió a quitarse la vida, las autoridades no actuaron con la debida diligencia para evitar que el acto del suicidio se consumara. En lo fundamental, la concurrencia de las circunstancias descritas y la ausencia de otra explicación satisfactoria por parte del Estado permitieron a la CIDH concluir que las mismas tuvieron relación directa con el fallecimiento de la víctima.

Posteriormente, la CortelDH se pronunció en el caso y consideró que: ...las autoridades del Estado estaban bajo la obligación de seguir una línea lógica de investigación dirigida a la determinación de las posibles responsabilidades del personal penitenciario por la muerte, en tanto que las omisiones vinculadas con las condiciones de detención en las cuales se encontraba y/o su estado de depresión, pudieron contribuir a este hecho. El Estado tenía la obligación de desvirtuar la posibilidad de la responsabilidad de sus agentes, tomando en cuenta las medidas que debieron adoptar a fin de salvaguardar los derechos de una persona que se encontraba bajo su custodia y de recaudar las pruebas que ello implicara... (CortelDH Caso Mendoza y otros Vs. Argentina Sentencia del 14 de mayo de 2013).

La última de las cuestiones relacionadas con el suicidio que se pueden producir en el escenario de una prisión es la demanda de medios para suicidarse. Imaginemos que, en casos particularmente graves, como puede ser, por ejemplo, condena a una pena larga de prisión con una patología criminal imposible de tratar, el interno se dirige a la Administración penitenciaria pidiéndole que le provea de un medio adecuado para quitarse la vida. Como ya hemos visto algunos tribunales contemplan la posibilidad de que los supuestos legales de eutanasia activa puedan extenderse a personas sin enfermedades graves e incurables, sino que no quieren prolongar su vida en unas condiciones de decrepitud determinadas. A favor de un cambio de criterio apunta también el propio concepto de salud con el que trabaja la Organización Mundial de la Salud en su texto fundacional (La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades -p.1).

Solicitar un medio para poner fin a la propia vida no puede considerarse un caso de eutanasia activa ya que no se solicita un auxilio ejecutivo. Por lo tanto la demanda de un recurso con el fin de auto suministrárselo debe valorarse en el marco de la disponibilidad de cada uno sobre su propia vida. En la sociedad libre el ejercicio de ese derecho no llega al extremo de convertirse en un deber genérico de los poderes públicos de suministro de medios de suicidio. La persona que desea acabar con su vida puede encontrar, sin problemas, un amplio catálogo de medios para hacerlo.

Las cosas vuelven a ser distintas en un establecimiento penitenciario, en el que por razones de seguridad esos medios no existen o no están al alcance de los internos. En estas circunstancias podría defenderse la tesis de que solo puede ejercer ese derecho el interno si existe el correspondiente deber de la administración penitenciaria. No obstante, en este conflicto, y para negar la colaboración activa de esta, puede invocarse la posición de garante de la vida de la población penitenciaria que asume por ley la Administración. Es incoherente que ese deber de velar fuera compatible con el deber de suministrar recursos para el suicidio.

IV. Huelga de hambre. Junto con el motín las huelgas de hambre son los medios de reivindicación más violentos que se practican en los establecimientos penitenciarios.

Se trata de conductas individuales o colectivas que consisten en no ingerir ningún tipo de alimentación, en los casos más extremos tampoco líquidos, hasta que no sean atendidas determinadas reivindicaciones. Aunque estas pueden ser de cualquier tipo, por lo general, hacen referencias a problemas con la administración de justicia o con las condiciones de la prisión en donde el sujeto está internado. Una persona que inicia una huelga de hambre no es un suicida a pesar de que el final de la huelga sea la muerte, pero a diferencia con los suicidas los huelguistas no quieren morir sino que no encuentran otra vía para vehicular sus reivindicaciones.

El problema que se plantea es determinar la legalidad de la interrupción de la huelga mediante medios coercitivos de alimentación parenteral. Son escasas las ocasiones en las que los huelguistas, con su actitud, buscan la extensión del conflicto a la totalidad de la población penitenciaria, por esta razón la interrupción de la huelga contra la voluntad de la persona no puede justificarse en las necesidades de evitar riesgos de extensión de la conflictividad a la totalidad del establecimiento. Mucho más lejos se encuentra la posibilidad de incriminar esas conductas a través de los delitos contra la libertad considerando a la propia Administración como sujeto pasivo. Así pues, tanto dentro como fuera de la

cárcel, la huelga de hambre reivindicativa es un comportamiento lícito. Si convenimos en esto, la interrupción de la huelga mediante medios coercitivos podrá castigarse, al menos, como un delito contra la libertad, incluso, si se considera la huelga como un modo de ejercer la libertad de expresión aún podemos aplicar otras figuras delictivas más específicas.

Las posibilidades de acudir a las causas de justificación también se antojan difíciles. A partir de la legalidad de la conducta solo podría justificarse en el cumplimiento de un deber o en el estado de necesidad. Este último requiere verificar la presencia de dos males: el mal de la muerte del huelguista frente a la lesión de su libertad mediante la alimentación forzada.

Pero la muerte deseada no puede considerarse un mal salvo que se entienda que se trata de un bien no disponible por su titular. Por similares razones el cumplimiento del deber de velar por la vida de los internos encuentra su límite allá donde se produce el deseo de interrumpir la vida. Dicho cumplimiento queda vacío de contenido cuando no confluye la voluntad de vivir. Solo en aquellos casos en los que el mantenimiento de la huelga entrañe directamente graves riesgos para la seguridad podría justificarse su interrupción por exigencias del cumplimiento del deber de mantener la convivencia en el centro.¹⁰

Algunos países siguiendo la solución propuesta por la jurisprudencia alemana han considerado que mientras el huelguista pueda actualizar su voluntad de mantenerse en esa actitud cualquier intervención daría lugar a responsabilidad penal, pero, una vez que entrase en un coma inconsciente, ante la imposibilidad de conocer la opinión de mantener la huelga la presunción no es válida y la alimentación forzada estaría amparada por el cumplimiento del deber de velar por la vida. Esta propuesta, sin embargo, no es convincente por varias razones. La primera es porque si el huelguista está debidamente informado, la inconsciencia terminal es un hecho predecible y la voluntad expresada en la huelga contempla ese término. Por otra parte, la solución puede constituir trato inhumano y el interno reinicia la huelga una vez recuperada la conciencia. Se entraría en un círculo terrorífico e inhumano.

10. La legislación de la región no encuentra ejemplos de respeto de este principio. El art. 151 de la Ley 24.660 (Argentina) prevé: "Si el interno se negare a ingerir alimentos, se intensificarán los cuidados y controles médicos. Se informará de inmediato al juez de ejecución o juez competente solicitando, en el mismo acto, su autorización para proceder a la alimentación forzada, cuando, a criterio médico, existiere grave riesgo para la salud del interno". Con redacción prácticamente similar el artículo 182 del Código de Ejecución Penal Paraguay dispone: "Si el interno se negare a ingerir alimentos, se intensificarán los cuidados y controles médicos. Se informará de inmediato al Juez de Ejecución, solicitando en el mismo acto su autorización para proceder a la alimentación forzada cuando, a criterio médico, existiere grave riesgo para la salud del interno. El Juez de Ejecución decidirá sobre esta medida, previa entrevista con el interno".

4.2. Derecho a la dignidad

El derecho a ser tratado dignamente, es decir, a ser tratado como persona con sus cualidades inherentes de autonomía, diversidad, humanidad y racionalidad, introduce en el mundo penitenciario un cambio de enorme calado que afecta a todas las relaciones imaginables que se establecen con el interno, desde el derecho a usar el propio nombre al derecho a disponer de un espacio en el que poder desenvolver su individualidad o el derecho a que los registros y cacheos a los que se le sometan estén presididos por la excepcionalidad y otros muchos aspectos; o la prohibición de ser utilizado para pruebas científicas. De manera que podemos convenir que más que un derecho, garantizar la dignidad de los condenados constituye el sustento de todos los valores del hombre e inspira al Estado en su relación con las personas.

Es así que el fundamento del desarrollo y tutela de los derechos humanos a nivel internacional no es otro que el reconocimiento de la dignidad inherente a toda persona cualquiera sea su condición personal o situación jurídica. De allí que los límites con los que se encuentra el Estado se relacionan de manera directa con esta noción fundamental y la protección de los derechos humanos presupone la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona que no pueden ser ignorados ni afectados por ejercicio del poder público. En esta línea de pensamiento se inserta el derecho de las personas privadas de libertad a recibir un trato humano. En el ámbito del Sistema Interamericano este principio está consagrado en el artículo XXV de la Declaración Americana, que dispone que todo individuo que haya sido privado de su libertad [...] tiene derecho a un tratamiento humano durante la privación de su libertad. Además, el trato humano debido a las personas privadas de libertad es un presupuesto esencial del artículo 5.1 y 2, de la Convención Americana que tutela el derecho a la integridad personal de toda persona sujeta a la jurisdicción de un Estado parte.

La dignidad no es un derecho medible que pueda valorarse en comparación con otros derechos de las personas. El trato digno es consustancial al hombre y en ninguna situación se la puede degradar o cosificar. En este sentido tiene carácter absoluto, irrestricto, como lo prevé el Principio I de la Resolución 1/08 de la CIDH (PBP): Toda persona privada de libertad que esté sujeta a la jurisdicción de cualquiera de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos será tratada humanamente, con irrestricto respeto a su dignidad inherente, a sus derechos y garantías fundamentales, y con estricto apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. En particular, tomando en cuenta la posición especial de garante de los Estados frente a las personas privadas de libertad, se les respetará y garantizará su vida e integridad personal, y se asegurarán condiciones mínimas que sean compatibles con su dignidad.

4.3. Derecho a la intimidad

La intimidad guarda una estrecha relación con la dignidad humana y se garantiza a través de ella una esfera personal en la cual no puede haber intromisiones de terceros sin la autorización del titular del Derecho. La compatibilidad entre privado de libertad y la vigencia del derecho a la intimidad es la mejor prueba de que dicha condición no afecta al *status libertatis* porque el reconocimiento del derecho a la intimidad parte de la idea de la libertad de la persona. No obstante, el reconocimiento de este derecho constituye un reto para la ejecución de la pena. La sobrevaloración de las razones de seguridad ha sido tradicionalmente un campo abonado para abusar de medidas y decisiones que vulneran gravemente la intimidad de los internos.

Sin embargo, se observa en la actualidad un interés por reforzar el derecho a la intimidad como medio de humanización del castigo. Con independencia de que a lo largo de esta obra invoquemos este derecho como límite de la gestión penitenciaria, podemos adelantar aquí un par de ejemplos que ilustran la trascendencia del mismo en la ejecución.

Los excesos con los que se emplean las medidas de registro corporal deben encontrar un freno en el derecho a la intimidad en un doble sentido. Por una parte, porque los mismos han de aplicarse con un riguroso cumplimiento de la excepcionalidad y, por otra parte, porque todos los registros corporales deben llevarse a cabo de modo que se respete en todo momento la intimidad corporal del sujeto afectado. No es admisible que el mismo se haga en presencia de terceras personas o que se haga por personas de distinto sexo o con desnudo integral del cacheado.

Los registros en las celdas o de los armarios en los que el interno guarda sus enseres no han merecido nunca la menor consideración desde el respeto a la intimidad; no obstante, la jurisprudencia comienza paulatinamente a reflexionar sobre estos extremos.

Desde el punto de vista del derecho, el domicilio es un espacio acotado en el que la persona desarrolla su actividad privada o íntima. La circunstancia de haber sido objeto de elección por terceras personas o de que la permanencia en la misma no depende del morador no resultan elementos conceptuales del domicilio en un sentido jurídico.

Tampoco es cierto que no se haya configurado como un espacio específico de exclusión de la actuación del poder público. La evolución de la celda es la propia historia del acotamiento de un espacio. Primero fueron los dormitorios colec-

tivos y estos han ido siendo sustituidos por los individuales, más tarde, estos se limitaban a tener unas rejas y en la actualidad tienen puertas opacas con mirillas que permanecen normalmente cerradas. Esa evolución es una prueba irrefutable de que no estamos ante un domicilio en un sentido estricto pero terminaremos dándole analógicamente la misma protección. Téngase en cuenta que hay una jurisprudencia coincidente en otorgar la condición de domicilio a los efectos de su protección a espacios mucho más cuestionables que una celda, como puede ser la habitación de un hotel, el habitáculo de un coche o el departamento del vagón del tren y el camarote del barco.

La consideración analógica de la celda con el domicilio obliga, en primer lugar, a otorgarle la misma inviolabilidad. Esto es posible y plausible. Es posible sin plantear problemas garantísticos o de seguridad porque el registro de una celda puede hacerse con la autorización del juez de vigilancia penitenciaria o de ejecución de penas, próximo al centro o establecimiento penitenciario de su jurisdicción, que existe en la mayoría de los países y puede ejecutarse por los funcionarios de prisiones, que tienen la consideración de policía judicial. Teniendo en cuenta la agilidad de las comunicaciones, hoy no plantea ningún problema la transmisión de una autorización judicial de registro desde las dependencias de los juzgados. Es plausible porque significa un reconocimiento consecuente del derecho a la intimidad. En tanto en cuanto los internos perciban estos ejercicios de coherencia por parte de los poderes públicos se encontrarán en una mejor predisposición a reiniciar pacíficamente su reinserción a la comunidad jurídica.

Dos cuestiones más. También para garantizar la licitud en la obtención de las pruebas es recomendable que medie una autorización de un juez. Por último, cuando concurran razones excepcionales de urgencia las autoridades podrán llevar a cabo el registro de la celda sin necesidad de contar con la correspondiente autorización.

5. Deberes de los internos

5.1. Deber de permanencia

Este deber aparentemente sencillo en su enunciado, derivado de la propia naturaleza de la pena, plantea algunos problemas jurídicos de interés que no pueden ser analizados aquí exhaustivamente, aunque trataremos de enunciar algunos de ellos. Como todos los deberes, no tienen carácter absoluto y frente a su incumplimiento podrá legarse causa de justificación o exculpación.

No plantea ninguna duda que dicho deber cede cuando hay una situación de emergencia. Sin embargo, el quebrantamiento puede ser debido a que las condiciones de internamiento no cumplen con la legislación vigente en aspectos esenciales y se pone en peligro la integridad o salud del interno. El deber de permanecer privado de libertad entra en franca contradicción con el instinto natural del hombre a la libertad, de forma que en determinadas circunstancias en las que el interno sufre un trastorno de su personalidad por una prolongada estadía en la prisión, debe considerarse la exculpación de la fuga.

También es cuestionable si el deber de permanencia sigue vigente cuando debido a un fallo fortuito o negligente en las medidas de seguridad del establecimiento se produce un caso de ostium apertum. En estas circunstancias puede resultar excesivo seguir manteniendo su vigencia.

El deber de permanencia no es único sino que vendrá determinado normalmente por la autoridad judicial o administrativa, será distinto para quienes disfrutan de una semilibertad o de quienes están en una unidad de máxima seguridad. En todo caso solo se infringe cuando el interno trata de interrumpir la privación de libertad que tenga impuesta.

Los casos de desubicación dentro de un establecimiento no lesionan este deber de permanencia. Tampoco quebranta la condena el preventivo incomunicado por orden judicial cuando desobedece la incomunicación. Por lo tanto, el deber de permanencia es un elemento normativo referido exclusivamente a un nivel de libertad ambulatoria, cuyo contenido viene señalado en la decisión judicial que mantiene al sujeto en la prisión (vid. 10.1.3.).

Todo deber se corresponde con una sanción para quien lo infringe. Quien con su fuga quebranta el deber de permanencia será objeto de una sanción cuya gravedad va a depender de las circunstancias de la fuga. El quebrantamiento plantea un problema de duplicidad sancionatoria que será analizado en el capítulo dedicado a las cuestiones disciplinarias.

5.2. Deber de respetar las normas del régimen interior

La cárcel constituye una auténtica microciudad plagada de normas que regulan la vida en su interior. Las personas allí ingresadas tienen el deber de cumplir con dichas normas. Igual que en el caso anterior debe distinguirse entre normas escritas y órdenes del personal competente. En ambos casos la conducta infractora merecerá ser sancionada pero muy probablemente la gravedad de la sanción variara.

Como presupuesto para que sea sancionado el incumplimiento de las normas de un establecimiento es que el sujeto infractor tuviera conciencia de la anti-normatividad de su conducta. No podrá ser objeto de sanción quien no fue informado de la norma o no lo fue debidamente.

Capítulo III. Relación espacial y temporal de la pena de prisión

1. Introducción

La pena de prisión se encuentra limitada por una doble coordenada de espacio y de tiempo. Ambas guardan una estrecha relación con los objetivos de esta pena. Sin tener en cuenta los fines que a lo largo de la historia se le han dado a la prisión es imposible entender los cambios, las reformas y modelos de ambas coordenadas. Así, por ejemplo, la desaparición de las penas cortas de prisión no son imaginables en un sistema retributivo. Solo bajo el prisma resocializador los legisladores han evitado entradas a la prisión por periodos cortos de tiempo, conscientes de que es mayor el daño que se produce que los beneficios preventivos que se obtienen tanto para la sociedad como para el condenado.

El tiempo penitenciario en el sistema retributivo estaba estancado, todo sucedía de igual manera al comienzo y al concluir la ejecución de la pena. En la actualidad los fines preventivos obligan a entender el tiempo penitenciario de forma dinámica y cambiante, de manera que multitud de circunstancias, algunas imprevisibles, en la medida que pueden aparecer durante la ejecución, van a dar lugar a una pena mutante en sus elementos esenciales.

El régimen, es decir, las condiciones de vida dentro del establecimiento, no puede diseñarse de espaldas a los fines preventivos, que impregnan toda la prisión de un especial significado. También los modelos arquitectónicos se encuentran estrechamente relacionados con las propuestas regimentales. Mientras que en un escenario retributivo a la prisión solo se le exigía funciones custodiales y para la reclusión bastaban con edificios excedentes o de desecho del mundo militar o monástico. Los fines preventivos demandaban una distribución más racional y funcional del espacio para asegurar la eficacia de un régimen orientado hacia la recuperación del condenado, en donde la población

monolítica de otras épocas daba paso a distribuciones y a clasificaciones dinámicas, propuestas por las ciencias de la conducta para rentabilizar el tiempo penitenciario de cara a esos objetivos.

2. El establecimiento penitenciario

A pesar de lo anterior y aunque los pronunciamientos del legislador a favor de los fines resocializadores no han cambiado en las últimas décadas, la política penitenciaria resocializadora ha dejado paso a una política condicionada por razones de economía y de seguridad. Debido fundamentalmente al vertiginoso empleo de la pena de prisión y al, consiguiente, aumento de la población penitenciaria en todo el mundo, se ha abandonado el camino de las alternativas a la pena de prisión y como única respuesta se construyen más y más prisiones. Esta errada política ha obligado a apostar por una construcción y unos regímenes penitenciarios enfrentados a las exigencias resocializadoras. De ellos podemos destacar las siguientes características: grandes construcciones; reducción de los recursos disponibles; ruralización; debilitamiento de los principios de normalización, de diversidad y legalidad.

2.1. Definición

El establecimiento penitenciario es una entidad arquitectónica, administrativa y funcional con organización propia. Jurídicamente son equivalentes las expresiones establecimiento y prisión, si bien esta última se emplea en el doble sentido de pena y lugar en el que se interna a los condenados a la pena privativa de libertad. Un establecimiento penitenciario suele estar conformado por distintos edificios o unidades de construcción.

Más allá de esto, el derecho comparado presenta una constelación de expresiones para referirse a otros espacios funcionales. Expresiones como unidad, departamento, modulo, sección etc. se emplean para llamar a cada uno de los espacios en que se fracciona el establecimiento para dar cumplimiento a lo que disponen las leyes sobre separación de los privados de libertad.

2.2. Tipos de establecimientos. Los centros polivalentes

Desde la perspectiva arquitectónica el hecho de que un establecimiento se dedique a uno u otro régimen penitenciarios implica profundos cambios. Así una prisión abierta debe empezar por perder sus características de prisión, tales

como muros, cerramientos de seguridad, garitas, etc.; además su ubicación está integrada necesariamente en la ciudad, sin que presente signos exteriores que denoten otra cosa que una vivienda para una colectividad de vecinos. También son diferentes las características de un hospital penitenciario, en donde los criterios de distribución del espacio están determinados por razones hospitalarias, incluso, cediendo los criterios de seguridad.

Sin embargo, en la práctica y, por razones económicas, se ha impuesto un modelo al que podemos denominar polivalente. Esto quiere decir que el espacio arquitectónico dedicado a uno u otro régimen apenas va a presentar más diferencias que las de ubicación dentro del establecimiento y otras circunstancias accidentales.

El establecimiento polivalente, entendido como centro capaz de desarrollar en su interior las funciones correspondientes a distintos regímenes, no es nuevo, sino que es una tendencia previsible, porque sintoniza mejor que cualquier otro modelo con las nuevas políticas penitenciarias, en parte, al disminuir la necesidad de desplazamientos, y, en parte, porque proyecta sobre el conjunto de las instituciones penitenciarias un nivel de seguridad máximo. Si esta proyección no afecta a quienes se encuentran clasificados como sujetos muy peligrosos, si tiene, sin embargo, unos efectos muy negativos para el resto de los penados y, en especial, para aquellos que disfrutaban de los regímenes más benevolentes o para quienes entran en prisión a cumplir penas cortas y no presenta problemas de riesgos de fuga. Frente a todos ellos se actúa ya desde el propio diseño arquitectónico con exceso penitenciario, lesionando el principio de intervención mínima. Esta normalización del modelo más grave –también en el plano arquitectónico– se ha manifestado en la propia evolución de los establecimientos de máxima seguridad cuya tendencia es a disminuir, quedando convertidos, más que antes, en un instrumento simbólico de reforzamiento del régimen disciplinario.

Las normas internacionales apenas hacen referencia a las condiciones arquitectónicas de los establecimientos. En algunos casos se señala, con carácter general, las exigencias mínimas para asegurar su habitabilidad (“Las personas privadas de libertad deberán disponer de espacio suficiente, exposición diaria a la luz natural, ventilación y calefacción apropiadas, según las condiciones climáticas del lugar de privación de libertad” P. XII PBP).

2.3. Módulos

El módulo resulta un elemento arquitectónico de reciente incorporación a las instalaciones penitenciarias. Se puede afirmar que el módulo es un estableci-

miento o una microprisión desprovista de los servicios y prestaciones generales, los cuales le vienen suministrados por el centro penitenciario en el que se inician. El módulo ha venido a sustituir, en parte, a las galerías y el módulo tiene como objetivo lograr las mejores condiciones de internamiento mediante una doble estrategia: diseño físico de la cárcel y gestión de los internos en el espacio.

Entre las características más destacadas de los módulos podemos señalar las siguientes:

- Los módulos permiten que los internos se puedan mover en su interior con bastante libertad y establecer una relación más estrecha entre ellos, en comparación con las galerías ya que todo el sistema de seguridad se establece en sus contornos, evitándose de esta manera una sucesión de espacios con separaciones rígidas.
- En el interior el módulo dispone de todos los servicios básicos. El interno puede acceder a ellos con bastante facilidad y, además, los desplazamientos intermodulares son muy escasos porque el módulo es bastante autosuficiente. La incorporación de la iluminación natural, colores, nuevos diseños y nuevas tecnologías, logra que en el interior haya un ambiente que no hace recordar a una prisión, sino a las instalaciones de un club privado (salones, zonas deportivas propias y de esparcimiento, patio, comedor, etc.).
- La cantidad de celdas por módulos estaba inicialmente prevista que no fueran superior a 60 o, incluso, menos. Al disponer de un espacio independiente pero reducido, una mayor densidad de población no sería soportable. El incremento de la población penitenciaria está forzando la masificación de los módulos, lo que resulta para sus habitantes más insostenible por sus escasas dimensiones.
- El diseño permite una desubicación controlada de los internos para aumentar la sensación de privacidad. Estos pueden moverse por grupos espontáneos en distintas zonas del módulo transmitiendo una relativa y cómoda sensación de libertad.
- El personal penitenciario que trabaja dentro del módulo no asume competencias relacionadas con la seguridad, salvo las imprescindibles. Por el contrario, se mueve en su interior en funciones positivas de asistencia, coordinación y asesoramiento. Esto es posible porque, como ya hemos indicado, el perímetro de seguridad se despliega por el exterior. No obstante, el diseño arquitectónico responde a los parámetros del panóptico, aunque aprovechan espacios abiertos sin obstáculo a una natural función de observación.

- Las prisiones diseñadas a partir del módulo y no de las galerías resultan mucho más seguras porque la impermeabilidad de los módulos logra que, un eventual conflicto en uno de ellos, pueda ser absolutamente aislado sin riesgo para el resto del establecimiento. Desde una perspectiva de seguridad el módulo logra la máxima fragmentación tanto de las personas como del espacio y de esta manera se economizan los recursos operativos de seguridad que, en caso de crisis intervendrán en un espacio muy reducido.
- Comparativamente, sin embargo, los internos terminan teniendo menos movilidad en el diseño modular. Los diseños convencionales ofrecen grandes patios y obligan a desplazamientos dentro del centro de unos lugares a otros. Ciertamente, esos desplazamientos pueden convertirse en puntos débiles del sistema de seguridad pero evitan la sensación de claustrofobia modular que se produce cuando no puedes abandonar un módulo durante periodos largos de tiempo. La falta de horizonte puede producir graves problemas sensoriales y derivar en daños irreversibles cuando se trata de internamientos de larga duración.
- Una de las principales causas de violencia en las cárceles es el dominio que practican en ellas las mafias carcelarias. Los módulos ayudan a combatirlas gracias a la fragmentación de los grupos. En un grupo de menos de cien personas podrá haber un líder pero no permite estructurar un grupo de poder alternativo. Y aun así, el líder, debido a la estrecha relación interpersonal tiene un poder debilitado.
- El módulo como una forma natural de luchar contra las mafias carcelarias se ve respaldado en esa función cuando se organiza interiormente a partir de la autorresponsabilidad y la participación de todos.

2.4. Ubicación y capacidad

I. Las normas internacionales no son muy dadas a concretar en qué condiciones materiales se debe de cumplir la pena o, dicho de otra forma, qué condiciones materiales serían ya insoportables desde la perspectiva del respeto a los derechos fundamentales de los privados de libertad. La respuesta a preguntas sobre la ubicación de un establecimiento o sobre su capacidad no resulta fácil porque depende de una pluralidad de factores, de modo que no hay una respuesta unívoca, sino que deberá considerarse, entre otras cosas, las circunstancias personales de los condenados.

La cuestión de la ubicación de los establecimientos penitenciarios ha sido objeto de un constante debate técnico y político. Si las razones económicas y de

seguridad recomienda que los establecimientos se sitúen en zona rural, donde el suelo es más económico y las posibilidades de vigilancia mejores, sin embargo, razones de coherencia con los principios resocializadores exigen acercar las prisiones al medio urbano, para que la geografía no añada una circunstancia más al estigma penitenciario.

No obstante, sí existen pronunciamientos de los tribunales internacionales de derechos humanos en el sentido de que imponer a un interno condiciones de ubicación extrema o masificación que reduce los servicios mínimos de alimentación, higiene o sanidad es un trato inhumano y degradante del que deben responder quienes toman esas decisiones.

La prisión del siglo XIX estaba concebida como un elemento de la trama urbana, como las estaciones, los hospitales o los colegios, y estaba situada generalmente en los alrededores de las ciudades. Su aspecto exterior, austero y tenebroso, permitía a la población distinguirlo del resto de los edificios. Fue, sobre todo después de la Guerra Mundial cuando, por las razones antes indicadas, comenzó a extenderse un modelo penitenciario diseminado, que ocupaba grandes extensiones de terrenos. Edificios que sobresalen en el entorno con destacados elementos de seguridad y que obstaculizan los contactos con el exterior tanto de sus habitantes, como de quienes trabajan en él. En este sentido no es exagerado afirmar que la política penitenciaria que se ha seguido tozadamente a favor de la opción rural está en contradicción con los principios que reclaman evitar el desarraigo de los internos.

Las propuestas de los estudiosos de estos temas actualmente van en sentido contrario a la opción rural; sin que ello sea obstáculo para que en ciertos centros, por su dimensión y peligrosidad, sea recomendable dicha opción. La mayoría de ellos deben reconocerse como equipamientos públicos urbanos y, en consecuencia, tienen como cualquier otro su derecho a la ciudad. Tampoco debe olvidarse que la ubicación de los establecimientos penitenciarios por la geografía nacional responde a los mismos criterios de evitar el desarraigo y tener a la población penitenciaria a la disposición de la administración de justicia.

Estas cuestiones tienen particular relevancia en la región, sobre todo en los países que poseen una extensión geográfica importante y una distribución de los establecimientos carcelarios distante de los grandes centros urbanos. En ocasiones, la lejanía de las prisiones transforma en sumamente dificultosa la visita de los familiares y allegados del privado de libertad, sea por su difícil acceso o por lo oneroso del traslado. Muchas veces esta circunstancia imposibilita el contacto con afectación directa en el derecho a mantener relaciones familiares. En

un caso concreto, la CIDH ha determinado que las condiciones geográficas de la Cárcel de Challapalca, en Tacna, Perú, dificultan a tal punto la realización de las visitas familiares que constituyen una restricción indebida a este derecho. Dicho centro penal está ubicado sobre la cordillera de los Andes, a una altura de 4,600 metros de altura sobre el nivel del mar y a dos días de viaje desde Lima, por lo que los familiares de los detenidos debían turnarse entre ellos para realizar las visitas semanales. Además, debido a la altura el acceso de los niños y personas mayores resultaba imposible (CIDH, Informe Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos en la Cárcel de Challapalca, párrs. 20,88, 89 y 117).

Por otra parte, en algunos países de la región esta práctica suele utilizarse como castigo encubierto por lo resulta imperativo prestar mucha atención a los fundamentos y circunstancias en las que se producen estos movimientos. El alojamiento en lugares distantes también suele afectar el contacto de la persona privada de libertad con sus defensores, y demás organismos de asistencia y control, a la par de dificultar el acceso a la justicia por la lejanía de las sedes judiciales en las que se tramitan los procesos. Los PBP prevén en forma expresa que al momento de la determinación del alojamiento de un interno se debe tomar en cuenta "la necesidad de las personas de estar privadas de libertad en lugares próximos o cercanos a su familia, a su comunidad, al defensor o representante legal, y al tribunal de justicia u otro órgano del Estado que conozca su caso" (Principio IX.4, Resolución 1/08 de la CIDH (PBP)).

Es usual, que la administración penitenciaria invoque razones de seguridad, clasificación o necesidades de distribución relacionada con los cupos, para disponer este tipo de movimientos. Muchas veces estas motivaciones resultan justificadas y pretenden evitar la afectación de otros derechos fundamentales. La situación en la región es, en este sentido, compleja, de acuerdo con los alarmantes niveles de sobrepoblación y violencia en los establecimientos. Resulta importante que la legislación interna de cada país limite el ejercicio de estos traslados mediante la inclusión de supuestos precisos que contribuyan a evitar el posible empleo arbitrario de ellos por parte de la autoridad administrativa. Asimismo, es indispensable que se prevean mecanismos para lograr el control judicial efectivo y oportuno en todo caso en el que una persona privada de libertad considere que ha sufrido (o puede sufrir) un daño concreto o menoscabo de algunos de sus derechos fundamentales con motivo de un traslado.

Sobre esto la CIDH ha observado que los estados deben adoptar todas aquellas medidas conducentes a asegurar que las personas privadas de libertad no sean recluidas en establecimientos ubicados a distancias extremadamente distantes de su comunidad, sus familiares y representantes legales. Asimismo, ha esta-

blecido que deben examinar los casos individuales de los presos y facilitar en la medida de lo posible su traslado a un centro de privación de libertad cercano al lugar donde reside su familia. Finalmente, respecto de la invocación de razones vinculadas con el fenómeno de la sobrepoblación de los establecimientos, ha dicho que es fundamental que los Estados superen aquellas deficiencias estructurales que ocasionan la concentración de reclusos exclusivamente en determinadas áreas geográficas, y procuren la construcción de centros de privación de libertad en aquellas jurisdicciones cuya actividad judicial lo demande. De forma tal que se mantenga una distribución geográfica racional de la población penitenciaria. (CIDH, Informe sobre los derechos Humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, 2011, p. 226).

II. En cuanto al tema de la capacidad que debe tener una prisión, no encontramos referencias concretas en la normativa internacional. Por otra parte, tan importante como la capacidad ideal de un establecimiento son los recursos de que dispone, las condiciones de vida en su interior y la movilidad. Las nuevas prisiones plantean un grave problema de disponibilidad de espacio, de manera que aun cuando consumen grandes extensiones el interno se mueve en un espacio relativamente estrecho. También influyen las condiciones de las zonas comunes. El patio de las prisiones, que es un espacio de encuentro y esparcimiento, en la mayoría de las cárceles es un lugar desagradable e inhóspito, donde se encuentra una muchedumbre de presos hacinados en un espacio muy pequeño y sucio, sin apenas equipamientos.

Con todo se puede dar por válido que las prisiones de grandes dimensiones están deshumanizadas, se organizan con criterios de grandes centros industriales en los que la mercancía cuyo cuidado se gestiona son personas privadas de libertad. Los cargos de responsabilidad no tienen apenas contacto directo con la población y no conocen sus problemas cotidianos, hay una fisura más que pronunciada entre el interior y el exterior.

Los riesgos para la seguridad se incrementan y las medidas de este tipo se sobredimensionan frente a cualquier otra aspiración. También apostar por establecimientos de pequeñas dimensiones asegura una oferta mayor de regionalización y se evita la desubicación. Pocas legislaciones encontramos que –como en el caso de la española– se pronuncien con detalle sobre el tema de la capacidad, señalando que los “establecimientos penitenciarios no deberán acoger más de trescientos cincuenta internos por unidad” (artículo 12.2). En su momento se justificó esta cantidad diciendo que responde a una demanda de las instituciones internacionales a favor de que los países inviertan en centros de pequeñas dimensiones, porque con ello se alcanzan mayores ventajas de cara a la resocialización del interno. Pero la cuidada redacción que se ha dado a la

norma le ha hecho perder eficacia, de forma que se ha entendido por unidad los departamentos de un establecimiento, lo que ha permitido construcciones de grandes dimensiones.

Uno de los problemas que viven las prisiones de todo el mundo es el hacinamiento. Las causas inmediatas son: la falta de espacio y de recursos y la falta de una cultura jurídica entre los operadores de la justicia penal, que se tome en serio la urgente necesidad de poner en marcha las alternativas a la pena de prisión, las cuales, en términos generales, cumplen suficientemente con las exigencias de prevención general para resolver los conflictos planteados por los delitos de gravedad media y baja, que constituyen más del 50% y que son los causantes de esa sobrepoblación.

Con determinados índices, el hacinamiento puede convertirse en trato inhumano y degradante. En los centros que sufre sobrepoblación escasean los servicios más esenciales como la sanidad y la higiene, poniéndose en riesgo la salud de los internos a los que se les somete a alojamientos inadecuados. Cuando hay una ocupación muy por encima de sus posibilidades se produce un efecto de endurecimiento del régimen, se activan todas las alarmas disciplinarias y las razones de seguridad pasan a ser sobrevaloradas sobre otra consideración. Por el miedo a que la masificación pueda ser instrumentalizada para actos de violencia o fugas se cierran o disminuyen los contactos con el exterior. Los servicios penitenciarios se ven igualmente afectados, las ofertas educativas o socioculturales quedan colapsadas.

El alojamiento de personas en establecimientos carcelarios por encima de su capacidad es, entonces, un indicador de potencial violación a la garantía de los reclusos de recibir un trato digno y condiciones de detención adecuadas. Esta violación acarrea consecuencias concretas de suma gravedad para las personas privadas de su libertad y tiene repercusiones especialmente negativas en la ejecución de las penas.

En este sentido, es innegable que el hacinamiento genera un progresivo incremento de la tensión entre los propios internos, que deriva en problemas de convivencia en un espacio insuficiente e inadecuado para el desarrollo de la persona. Fomenta, además, la propagación de enfermedades de todo tipo, producto de la falta de higiene de los establecimientos y de una adecuada atención médica. Ello muestra claramente la inobservancia, por parte del Estado, de la exigencia de salubridad y limpieza entre otros factores con impacto en la vigencia del derecho a condiciones carcelarias dignas. En cuanto a los regímenes de ejecución de penas, el exceso de población carcelaria imposibilita la asignación de tareas laborales a todos los internos y la participación en actividades

educativas y recreativas, obstaculizando la reinserción social de los condenados. Sobre este punto ha sido contundente la CIDH en su informe de 2011 al expresar que: "Otra grave deficiencia estructural que obstaculiza la implementación efectiva de cualquier sistema de actividades para los reclusos, es la sobrepoblación. La masificación de los sistemas penitenciarios impide el acceso de la mayor parte de los reclusos a las –generalmente pocas– oportunidades de trabajo y estudio, imposibilitando su adecuada clasificación; lo que genera una situación de hecho contraria al régimen establecido por el artículo 5.6 de la Convención. Por lo tanto, el logro de la finalidad esencial de la pena mediante el tratamiento penitenciario adecuado, presupone necesariamente erradicar la sobrepoblación y el hacinamiento"; (CIDH, Informe sobre los Derechos Humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, 2011, p. 230).

En definitiva, la sobrepoblación carcelaria implica la violación de los derechos fundamentales de las personas privadas de su libertad. Resolver este problema es una exigencia ineludible en un Estado de Derecho, como consecuencia necesaria de la obligación de este de brindar condiciones carcelarias dignas y evitar que el encierro se convierta en una pena inhumana o degradante.

El análisis del fenómeno de la sobrepoblación en la región requiere evaluar la actividad de todos los poderes del Estado de manera individual y en su conjunto. No resulta arriesgado afirmar que el problema tiene su génesis en: a) la inconsistencia de las políticas públicas adoptadas en materia criminal y penitenciaria; b) deficiencias de orden normativo, y c) deficiencias en la administración de justicia.

Una de las causas más evidentes del exceso de personas alojadas en establecimientos carcelarios es la ausencia de un diagrama serio de política criminal, coherente y acorde con las herramientas disponibles para sustentarlo. Los países suelen optar por la utilización del derecho penal como principal método de solución de conflictos y –sobre la base de este modelo– la utilización de la prisión como pilar del sistema punitivo. A ello se suma el uso indiscriminado de una medida de excepción como la prisión cautelar. La sobrepoblación generada por el exceso de detenciones preventivas conlleva, además, la inobservancia de otro mandato, como es la diferenciación en el trato a condenados y procesados. El art. 5.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece: "Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas".

En el exceso de población carcelaria incide notoriamente también el uso limitado de institutos o modalidades de cumplimiento de pena alternativas al en-

cierro carcelario aplicables a quienes han sido condenados (salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional, etc.). Lo anterior obedece, normalmente, a la actividad de los órganos jurisdiccionales que suelen llevar al límite la interpretación de la normativa aplicable, determinando la procedencia de estos regímenes en circunstancias sumamente excepcionales. Todo ello se asume en el marco de una absoluta falta de previsión de sus consecuencias y, como las estadísticas delictivas lo demuestran, constituyen falsas soluciones a los reclamos por mayor seguridad.

En una línea similar con estas identificaciones se ha expresado la CIDH, observando que el hacinamiento es la consecuencia previsible de: (a) la falta de infraestructura adecuada para alojar a la creciente población penitenciaria; (b) la implementación de políticas represivas de control social que plantean la privación de la libertad como respuesta fundamental a las necesidades de seguridad ciudadana (llamadas de "mano dura" o "tolerancia cero"; (c) el uso excesivo de la detención preventiva y de la privación de libertad como sanción penal; y (d) la falta de una respuesta rápida y efectiva por parte de los sistemas judiciales para tramitar, tanto las causas penales, como todas aquellas incidencias propias del proceso de ejecución de la pena, por ejemplo en la tramitación de las peticiones de libertad condicional (CIDH, Informe sobre los derechos Humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, 2011, p. 173).

Otro de los factores que promueven la grave situación de sobrepoblación carcelaria en la región es la falta de normas específicas que prevean mecanismos y medidas concretas frente al alojamiento de personas por sobre la capacidad de los establecimientos carcelarios. En este sentido, en los casos en que se ha pretendido introducir alguna disposición concerniente al problema, se ha utilizado una redacción vaga e ineficaz asociada más a una expresión de deseos sin establecer ninguna consecuencia jurídica; es decir, sanciones frente a la inobservancia de la norma.¹¹ Tampoco se consigna una legitimación amplia para denunciar la situación e iniciar las acciones correspondientes ni se enumeran criterios legales para adoptar decisiones en caso de inminencia de exceso de la capacidad establecida. Este tipo de normas no prescriben los principios y elementos necesarios para la determinación y fijación del cupo al que hace referencia, lo cual las torna absolutamente inoperativas.

Existen sin embargo, en la región, algunas excepciones que pueden ser consideradas como buena práctica normativa sobre la problemática. Son los casos de las disposiciones contenidas en las legislaciones de Paraguay, Bolivia y Honduras. La ley Paraguaya establece la prohibición de alojamiento por sobre la ca-

11. Un ejemplo claro es el art. 59 de la Ley de Ejecución Argentina: "El número de internos de cada establecimiento deberá estar preestablecido y no se lo excederá a fin de asegurar un adecuado alojamiento".

pacidad del centro y faculta al Director para rechazar el ingreso excedente, además del deber de comunicar al Juez de Ejecución cuando la capacidad se encuentre al límite.¹²

La ley Boliviana¹³ y la Hondureña también facultan al Director a rechazar el ingreso. Esta última, incluso, avanza más allá previendo un sistema que obliga al Director Nacional a redistribuir a los internos dando noticia al Juez de Ejecución, hasta incluso admitir el adelantamiento de incorporación a regímenes de libertad de las personas con mayor antigüedad en el centro para lograr descomprimir la situación de hacinamiento.¹⁴

La introducción normativa de estándares mínimos sobre condiciones de encierro y la fijación de cupos de alojamiento basados en ellos constituyen, sin dudas, herramientas imprescindibles para contener el problema de la sobrepoblación carcelaria. La determinación de un cupo penitenciario exige cierto deteni-miento. No basta con la sola indicación de la cantidad de personas que pueden ser alojadas en un establecimiento carcelario, sino que es indispensable definir previamente cuáles van a ser las condiciones que mínimamente debe respetar el encierro y cuyo cumplimiento entraría en crisis al superarse la capacidad de alojamiento fijada. En la gran mayoría de los supuestos, no resulta difícil determinar si las condiciones en que se priva a una persona de la libertad son acordes a las exigencias constitucionales. Sin embargo, las cláusulas referidas a cuestiones como "trato digno", "humanidad de los castigos", "medio saludable" son laxas en su redacción y, por tanto, dejan un margen de arbitrariedad a la apreciación judicial.

Se hace indispensable la definición de ciertos estándares para determinar si, en el caso bajo estudio, se verifica la infracción de un deber jurídico y de ser así, establecer la sanción correspondiente. La tarea de interpretación de la norma-

12. Artículo 79 del Código de Ejecución Penal de Paraguay: "Capacidad de Establecimiento. El número de internos en cada establecimiento no podrá superar su capacidad máxima certificada, a fin de asegurar la adecuada custodia y tratamiento del interno. El Director del establecimiento estará facultado para rechazar el ingreso excedente de internos. Cuando un establecimiento se encuentre al límite de su capacidad de alojamiento, el director del mismo deberá comunicar el hecho al Juez de Ejecución".

13. Artículo 83 de la ley de Ejecución Penal y Supervisión de Bolivia: "La capacidad máxima de albergue de cada establecimiento penitenciario, estará preestablecida por Resolución Ministerial. El número de internos en cada establecimiento, no podrá superar su capacidad máxima, a fin de asegurar la adecuada custodia y tratamiento del interno. El director del establecimiento, estará facultado para rechazar el ingreso excedente de internos."

14. Artículo 66 de la Ley del Sistema Penitenciario Nacional de Honduras: "El número de personas internas en cada establecimiento debe estar preestablecido en relación con su capacidad real y no excederse a fin de asegurar una adecuada convivencia. En el caso de que el número de personas internas en un Establecimiento Penitenciario alcance el máximo permitido, el (la) Director(a) Nacional, con autorización del Consejo Directivo, debe proceder a distribuir la población penitenciaria en otros establecimientos, notificando en su caso a los respectivos Jueces de Ejecución. Cuando se lleve a cabo la distribución poblacional por agotamiento de la capacidad máxima de un Establecimiento Penitenciario, se debe velar porque las personas internas de mayor antigüedad accedan a la Etapa de Preliberación o libertad condicional, si es posible, dentro del marco de la Ley. En todo caso, el traslado de personas internas se debe realizar a los Establecimientos Penitenciarios más cercanos al lugar de residencia de sus familiares".

tiva referida es imprescindible, a fin de determinar si las características del encierro se adecuan a los estándares mínimos así elaborados. La necesidad de contar con normas precisas que fijen estándares sobre condiciones de alojamiento se torna una exigencia ineludible para que la determinación de un cupo penitenciario pueda ser efectuada de manera conveniente, además de facilitar la apreciación judicial para el control del cumplimiento de dicho estándar y evitar la discrecionalidad y arbitrariedad en el análisis de casos individuales. No obstante, ello no basta para evitar la sobrepoblación sino que, además, la ley debe prever sanciones para la violación de este cupo y mecanismos efectivos para evitar el alojamiento de personas por sobre la capacidad de los establecimientos.

Como guía, la CIDH ha recogido el criterio de que la capacidad de alojamiento de los centros de privación de libertad deberá formularse teniendo en cuenta criterios como: el espacio real disponible por recluso; la ventilación; la iluminación; el acceso a los servicios sanitarios; el número de horas que los internos pasan encerrados en sus celdas o dormitorios; el número de horas que estos pasan al aire libre; y las posibilidades que tengan de hacer ejercicio físico, trabajar, entre otras actividades. Sin embargo, la capacidad real de alojamiento es la cantidad de espacio con que cuenta cada interno en la celda en la que se le mantiene encerrado. La medida de este espacio resulta de la división del área total del dormitorio o celda entre el número de sus ocupantes. En este sentido, como mínimo, cada interno debe contar con espacio suficiente para dormir acostado, para caminar libremente dentro de la celda o dormitorio, y para acomodar sus efectos personales (CIDH, Informe sobre los derechos Humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, 2011, p. 177).

Por su parte, los PBP han tomado conciencia no solo de la gravedad del hacinamiento, sino también de la frecuencia con la que se da y la actitud de pasividad de las autoridades en estas situaciones dando por válido que se trata de un mal crónico e inevitable de los sistemas penitenciarios modernos. Acertadamente la norma internacional establece con contundencia no solo la gravedad sino el compromiso de resolverla que tienen las autoridades ("La autoridad competente definirá la cantidad de plazas disponibles de cada lugar de privación de libertad conforme a los estándares vigentes en materia habitacional. Dicha información, así como la tasa de ocupación real de cada establecimiento o centro deberá ser pública, accesible y regularmente actualizada. La ley establecerá los procedimientos a través de los cuales las personas privadas de libertad, sus abogados, o las organizaciones no gubernamentales podrán impugnar los datos acerca del número de plazas de un establecimiento, o su tasa de ocupación, individual o colectivamente. En los procedimientos de impugnación deberá permitirse el trabajo de expertos independientes. La ocupación

de establecimiento por encima del número de plazas establecido será prohibida por la ley. Cuando de ello se siga la vulneración de derechos humanos, esta deberá ser considerada una pena o trato cruel, inhumano o degradante. La ley deberá establecer los mecanismos para remediar de manera inmediata cualquier situación de alojamiento por encima del número de plazas establecido. Los jueces competentes deberán adoptar remedios adecuados en ausencia de una regulación legal efectiva. Verificado el alojamiento de personas por encima del número de plazas establecido en un establecimiento, los Estados deberán investigar las razones que motivaron tal situación y deslindar las correspondientes responsabilidades individuales de los funcionarios que autorizaron tales medidas. Además, deberán adoptar medidas para la no repetición de tal situación. En ambos casos, la ley establecerá los procedimientos a través de los cuales las personas privadas de libertad, sus abogados, o las organizaciones no gubernamentales podrán participar en los correspondientes procedimientos.”)

También la posición del TEDH se ha endurecido frente a este tema. La línea jurisprudencial que venía sosteniendo era que a pesar de ser un problema que debía ser atendido por las autoridades, como quiera que la sobrepoblación no fuera deliberada no podía conceptuarse como trato inhumano y degradante.

Las cosas han cambiado a partir de caso *Dougoz* contra Grecia en el año 2007, donde, en un ejercicio de mayor coherencia, se señaló que la circunstancia de que fuera o no deliberado no modificaba en nada que los daños que sufren los internos en un centro hacinado vulnera el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que prohíbe los tratos degradantes.

3. La celda

3.1. Principio celular y su fundamento

I. La celda constituye el espacio más íntimo de que dispone un interno en un medio en donde la intimidad resulta gravemente dañada por la necesidad de compartir un edificio en condiciones de privación de libertad. Solo está razón justifica que se le preste una especial atención y se favorezca que aquel pueda utilizarla en términos similares a como los moradores utilizan el domicilio. Este objetivo exige prestar atención a las condiciones de habitabilidad, pero también a la protección jurídica de ese espacio.

Si en un principio, a lo largo del s. XIX, la existencia de la celda respondía casi exclusivamente a razones de seguridad y disciplina, con el tiempo la idea de la

celda individual como garantía de la intimidad del interno se va consolidando, lógicamente, en un nuevo escenario jurídico de respeto a los derechos de los internos.

La primera cuestión que se plantea es la conveniencia o no de mantener el principio celular; es decir, la garantía de que a todo interno que lo demande se le va a ofrecer la posibilidad de tener una celda individual. Un espacio personalizado es la primera condición para que el interno pueda sentirse tratado como persona. El respeto al principio celular se encuentra estrechamente relacionado con el libre desarrollo de la personalidad. Las investigaciones de la población penitenciaria y sus reacciones, destacan que los internos ven como uno de los aspectos más gravosos de la prisión la imposibilidad de disponer de un espacio propio. Por otro lado, en el interior de las celdas o los dormitorios colectivos se producen los casos más graves de violencia y sometimiento de unos internos sobre otros. El principio celular representa un avance en el deber de la Administración penitenciaria de velar por la vida y la integridad física de los internos. Las normas internacionales valoran estos aspectos y se inclinan por defender el principio celular. Así lo hacen las RMTR ("Las celdas o cuartos destinados al aislamiento nocturno no deberán ser ocupados más que por un solo recluso"; artículo 9.1) y, en términos parecidos, se expresan las NPE ("Normalmente, todo detenido estará alojado durante la noche en una celda individual, salvo que se considere preferible que la comparta con otros detenidos"; N. 18.5). Mayor contundencia ha expresado el Comité de prevención de la Tortura en su Informe General de 2010: "El CPT plantea objeciones a este tipo de alojamiento de los centros penitenciarios, y estas objeciones se refuerzan cuando, como suele suceder, los dormitorios en cuestión están destinados a alojar a un número excesivo de reclusos y en condiciones sumamente insalubres. Es indudable que, debido a diversos factores –inclusive de carácter cultural– en muchos países prefiere ofrecerse un gran dormitorio para todos los reclusos que celdas individuales. Sin embargo, no puede decirse mucho a favor –pero sí en contra– de las condiciones en que decenas de reclusos viven y duermen en el mismo dormitorio." También para Tribunal Constitucional alemán la dignidad de los internos se pone en peligro cuando se les niega el derecho a ocupar una celda individual.

El cumplimiento absoluto en la región parece, al menos hasta hoy, una utopía. Nos referimos ya a los alarmantes niveles de sobrepoblación que existen en los distintos contextos, a lo que cabe agregar que el fenómeno se presenta en centros que en contadas ocasiones poseen un sistema de alojamiento unicelular. A tal punto la observancia de este estándar se presenta como inalcanzable que los PBP siquiera lo contienen. Al referirse al "Albergue", el Principio XII.1 solo prevé que a los internos "se les proporcionará una cama individual, ropa de

cama apropiada, y las demás condiciones indispensables para el descanso nocturno".

En todo caso, teniendo en cuenta la estrecha vinculación de la celda individual con el respeto por la intimidad y la dignidad de sus moradores, nos parece inaceptable que de forma generalizada se niegue este derecho, sin más razones que la falta de recursos.

El ejercicio de los derechos fundamentales –como es el caso– no puede limitarse por la falta de recursos: "La falta de recursos no podrá justificar unas condiciones de detención que violen los derechos humanos (R. 4. Reglas Penitenciarias Europeas). Lo mencionamos ya que, con un estándar similar, se ha pronunciado la CortelDH: "Los Estados no pueden invocar privaciones económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en esta área y no respeten la dignidad del ser humano" (CortelDH Caso Vélez Looor Vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C. No. 218, párr 198; CortelDH Caso Boyce et al Vs. Barbados. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C. No. 169, párr 88; CortelDH, Caso Montero Aranguren y otros (retén de Catia) Vs. Venezuela. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C. No. 150, párr 85; CortelDH, Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C. No. 133, párr 96).

El principio celular se hace compatible con la posibilidad de que por distintas circunstancias dos o más internos tengan que compartir una celda. Existen razones permanentes y otras provisionales que justifican estas excepciones. Entre las primeras deben considerarse razones de reagrupamiento familiar o de necesidades terapéuticas en casos en los que los técnicos lo hagan recomendable. Esto sucede con más frecuencia entre la población juvenil y entre las mujeres. A veces viene impuesto por un incremento inopinado de la población del establecimiento o por necesidades coyunturales –protocolos de prevención de suicidios o vigilancia postoperatoria–. La provisionalidad debe presidir estas convivencias. Cuando se comparte celdas sus dimensiones y condiciones de habitabilidad deben ser adecuadas.

II. Escasa atención ha merecido la protección del espacio celular frente a intrusiones de terceras personas. No se ha tenido en cuenta que en su interior se desarrollan actividades que pertenecen a la esfera íntima de las personas y que las similitudes con la morada están fuera de dudas. Una vez más la fuerza expansiva de lo regimental deja sin protección derechos fundamentales del interno que no necesariamente están enervados por la pérdida de libertad. Los registros de celdas deben estar sometidos a unas garantías excepcionales, que sería recomendable se recogieran en la ley. Motivación, excepcionalidad, pre-

sencia del interno, mínima intervención, autorización judicial, levantamiento de acta son algunos de los principios que deben regir los mismos.

En aquellos sistemas en los que se cuenta con jurisdicción penitenciaria los permisos para registrar –salvo en situaciones de urgencia– son asumibles. Por otra parte, ya algunas normas como las NPE extienden a los registros de las celdas determinadas garantías previstas por la ley para los registros del domicilio ("El detenido estará presente cuando se registren sus efectos personales, a menos que las técnicas del registro o el daño potencial al personal lo impida". Norma. 54.8). Los PBP no contienen una disposición similar pero establecen que "las inspecciones o registros practicados al interior de las unidades e instalaciones de los lugares de privación de libertad, deberán realizarse por autoridad competente, conforme a un debido procedimiento y con respeto a los derechos de las personas privadas de libertad" (Principio XXI). Creemos que en esta previsión genérica deben considerarse incluidos los principios enunciados.

3.2. Condiciones mínimas de habitabilidad

Si tomamos en consideración que los internos pasan gran parte del día en sus celdas, es lógico que a este espacio se le haya prestado especial atención. Las NPE señalan que "El alojamiento destinado a los detenidos, y en particular los dormitorios, respetarán la dignidad humana y, en la medida de lo posible, su intimidad, y responderán a los requisitos mínimos requeridos en materia de salud e higiene, teniendo en cuenta las condiciones climáticas, y especialmente la superficie de suelo, el volumen de aire, la iluminación, la calefacción y la ventilación" (N. 18.1). En términos similares las RMTR ("Los locales destinados a los reclusos y especialmente a aquellos que se destinan al alojamiento de los reclusos durante la noche, deberán satisfacer las exigencias de la higiene, habida cuenta del clima, particularmente en lo que concierne al volumen de aire, superficie mínima, alumbrado, calefacción y ventilación", R.10). Y, en el ámbito regional, los PBP: "Las personas privadas de libertad deberán disponer de espacio suficiente, exposición diaria a la luz natural, ventilación y calefacción apropiadas, según las condiciones climáticas del lugar de privación de libertad. Se le proporcionará una cama individual, ropa de cama apropiada, y las demás condiciones indispensables para el descanso nocturno. Las instalaciones deberán tomar en cuenta las necesidades especiales de las personas enfermas, las portadoras de discapacidad, los niños y niñas, las mujeres embarazadas o madres lactantes, y los adultos mayores, entre otras" (Principio XII).

Estas exigencias se concretan en una habitación con luz natural, por tanto con ventana que no puede ser tapiada, con un mobiliario mínimo de una cama, un armario y con servicios sanitarios en su interior. Las dimensiones de las celdas

individuales no pueden ser inferiores a los siete metros cuadrados, si bien en aquellos países que cuentan con instalaciones modernas se respeta un mínimo en torno a los diez metros cuadrados.

En relación con este tema se ha manifestado el CPT en su Informe General de 2010 indicando que “se tienen que tener en cuenta algunos factores a la hora de realizar dicha valoración. Sin embargo, las delegaciones del CPT sintieron la necesidad de dictar una directiva preliminar que regulase esta materia. El siguiente criterio (visto más bien como un nivel deseable en vez de un valor mínimo) está siendo actualmente utilizado para valorar las celdas de la policía previstas para que las ocupe una sola persona para estancias superiores a unas pocas horas: alrededor de 7 metros cuadrados, 2 metros o más entre las paredes y 2,5 metros entre el suelo y el techo.” En relación al tema de la extensión de las celdas el TEDH ha dictado una Sentencia condenando a Italia en el caso Torregiani (2013), que junto con otros seis presos había permanecido en una celda con un espacio inferior a los cuatro metros cuadrados para cada uno. Además, la sentencia obligaba al Estado italiano a corregir estas deficiencias.

En correlato con los estándares de los PBP, en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, la CIDH ha considerado que los Estados deben garantizar a las personas privadas de libertad: “el acceso a agua potable, instalaciones sanitarias adecuadas para la higiene personal, espacio, luz y ventilación apropiada, alimentación suficiente; y un colchón y ropa de cama adecuados” (CIDH, Informe de Seguimiento - Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El Camino hacia el Fortalecimiento de la Democracia en Bolivia, OEA/Ser/L/V/II.135. Doc. 40, adoptado el 7 de agosto de 2009, Cap. V, párr. 123).

4. La prisión desde una perspectiva dinámica

Las posibilidades de que el tiempo penitenciario pueda estimular al condenado a reingresar pacíficamente en la sociedad dependen en gran medida del acierto que se tenga en su organización. Los distintos momentos por los que pasa un individuo desde su ingreso tienen una específica problemática que merece ser atendida si, de verdad, apostamos por un sistema orientado a la reinserción social. Para afrontar la forma de organizar estos momentos penitenciarios claves debemos tener en cuenta los principios generales a los que ya nos hemos referido (legalidad, normalización y resocialización), pero, además, los cambios esenciales, como las salidas o los ingresos no pueden ser concebidos radicalmente aislados, sino de forma progresiva. Los servicios penitenciarios deben prestar una especial atención a estas ocasiones intensificando su asistencia o ajustándola a las necesidades del momento.

4.1. Ingreso

Uno de esos momentos claves es, sin duda, el ingreso, en especial cuando se trata de personas que nunca con anterioridad habían sufrido la privación de la libertad. Estos han sido descritos por la ciencia penitenciaria como angustiosos y, en especial, cuando el sujeto arrastra algún tipo de abstinencia psicotrópica que le genera situaciones de ansiedad o cuando entra como preso preventivo y vive la angustia de una incertidumbre generalizada sobre su propia suerte.

Desde una perspectiva criminológica el ingreso significa la interrupción brusca en la continuidad de la propia vida. La autonomía personal resulta fuertemente afectada. Si en la sociedad libre las personas se conducen bajo el criterio de la autorresponsabilidad, en la sociedad penitenciaria ocurre todo lo contrario y la regla frente a los actos espontáneos y personales es la prohibición y, la excepción, lo permitido. El ingreso provoca un cambio de status, de ciudadano de plenos derechos a interno con una fuerte restricción de los mismos. El ingresado experimenta una nueva identidad, la identidad penitenciaria. Este proceso no se vive de igual manera para todos. Dependiendo de circunstancias endógenas y exógenas puede resultar más o menos traumático, pero, en términos generales, se valora como extremadamente complejo. Lógicamente, el ingreso en un centro de máxima seguridad presenta mayores problemas que cuando se produce en uno ordinario.

También la edad es un factor determinante de la dificultad del ingreso. Los jóvenes presentan una mayor resistencia. Las personas se vuelven muy vulnerables y, por esta razón, se considera un periodo de conflictividad consigo mismo y con los demás. En el primer mes de internamiento se produce más actos de suicidio que en fases posteriores y las sanciones son también muy frecuentes. Entre 1998 y 2003, por ejemplo, un cuarto de los suicidios en las prisiones inglesas tuvieron lugar tras la primera semana y la mitad tras el primer mes desde el ingreso.

La ciencia penitenciaria y algunas legislaciones vienen a concebir este momento como un proceso continuado por medio del cual el interno debe ser ubicado dentro del sistema penitenciario bajo el régimen que resulte más adecuado a sus circunstancias personales, procurando reducir al mínimo los efectos negativos de miedo, adversidad o ansiedad propios de los primeros contactos con el centro. Cuanto más evolucionado sea un sistema mayor capacidad tendrá de adaptar el régimen a esas circunstancias.

Este proceso es el resultado de combinar cuatro criterios de valoración del ingresado. El primero de ellos de carácter jurídico tendrá en cuenta su condición

procesal (detenido, preso o penado); el segundo, de carácter terapéutico va a permitir que el interno sea clasificado de acuerdo con las necesidades de someterlo a un determinado programa resocializador, el tercero, es personal y da lugar a la separación conforme a unos criterios predeterminados por el legislador según el sexo, la edad y otras circunstancias personales y, por último, organizativo, la ubicación en un espacio u otro está condicionada por la disponibilidad de recursos del establecimiento ("Tan pronto como ingrese en un establecimiento un condenado a una pena o medida de cierta duración, y después de un estudio de su personalidad, se establecerá un programa de tratamiento individual, teniendo en cuenta los datos obtenidos sobre sus necesidades individuales, su capacidad y sus inclinaciones" (R. 69. RTR).

La particular presión a que se somete a la persona en el momento del ingreso hace aconsejable que durante el mismo se refuercen los mecanismos asistenciales y de protección.

La situación de ingreso es, también, un momento que suele favorecer la sucesión de hechos de tortura y malos tratos por parte de la administración penitenciaria. En los diversos países, dependiendo de las circunstancias, el ingreso puede producirse en horas de la noche, lo que ubica al interno en extrema situación de vulnerabilidad. En la región existen contextos en los que la clasificación y el destino de alojamiento inicial puede resultar determinante para la seguridad de las personas privadas de libertad. La ligereza o desidia en este proceso puede derivar en graves consecuencias, generalmente vinculadas con conflictos originados afuera; problemas de convivencia que se arrastran de anteriores detenciones; pertenencia a determinados grupos, bandas o pandillas; tipo de delito; edad; orientación sexual, entre muchos otros factores. Es indispensable generar mecanismos que permitan el control inmediato de la forma en que se produce el ingreso y la prevención de hechos que pongan en riesgo la vida e integridad física del privado de libertad. En este sentido, garantizar al interno en todo momento desde el ingreso la posibilidad de contacto con su defensor y otros organismos de control y monitoreo del sistema carcelario, resulta una medida que puede contribuir a la reducción de situaciones de riesgo para las personas.

Los PBP establecen que: "Toda persona privada de libertad tendrá derecho a que se le practique un examen médico o psicológico, imparcial y confidencial, practicado por personal de salud idóneo inmediatamente después de su ingreso al establecimiento de reclusión o de internamiento, con el fin de constatar su estado de salud físico o mental, y la existencia de cualquier herida, daño corporal o mental; asegurar la identificación y tratamiento de cualquier problema significativo de salud; o para verificar quejas sobre posibles malos tratos o tor-

turas o determinar la necesidad de atención y tratamiento"; (Principio IX).

La CIDH ha dicho que el examen médico inicial es una salvaguarda importante para determinar si la persona detenida ha sido objeto de torturas o malos tratos durante el arresto o detención, y en el caso de personas que ingresan a centros penitenciarios, para detectar si estas han sido objeto de este tipo de abusos durante su permanencia previa en centros transitorios de privación de libertad. En definitiva, el examen médico inicial del recluso es una medida de prevención de la tortura; representa el medio idóneo para evaluar el estado de salud del recluso, el tipo de atención médica que este pueda necesitar; e incluso, es una oportunidad para brindarle información relativa a enfermedades de transmisión sexual (CIDH, Informe sobre los derechos Humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, 2011, p. 62).

Particular importancia tiene salvaguardar la intimidad, que ha llevado en algunos países, como Alemania, a incluir una expresa referencia a la prohibición de exponer al ingresado frente al resto de la población penitenciaria.

Los sistemas penitenciarios modernos han generado un conjunto de derechos específicos para los ingresados, con los que se les procura una situación menos traumática y de menos riesgo. Estos derechos también han merecido la atención de las normas internacionales y son los siguientes:

- Derecho a la información (PBP. "A su ingreso las personas privadas de libertad serán informadas de manera clara y en un idioma o lenguaje que comprendan, ya sea por escrito, de forma verbal o por otro medio, de los derechos, deberes y prohibiciones que tienen en el lugar de privación de libertad", Principio IX). Dentro de la amplia repercusión que tiene el ejercicio de este derecho a lo largo de la estancia en un centro penitenciario, la información debe ser particularmente completa en los primeros momentos del ingreso. El ingresado tiene derecho a acceder a su expediente personal, a conocer la situación en que se encuentra la causa penal por la que está en prisión. Se le garantiza también una información actualizada sobre los datos personales que se van a registrar en su expediente penitenciario, pudiendo solicitar su rectificación en los casos que proceda. Por otro lado se le va a informar sobre las características del establecimiento y las normas que rigen en su interior. Esa información debe mantenerse con posterioridad de forma regular y tiene que ser actual y comprensible, teniendo en cuenta el nivel cultural del ingresado. Téngase en cuenta que toda información inaccesible o inacabada termina siendo sustituida por la información sesgada y pervertida de los grupos dominantes en la prisión. El TEDH se ha pronunciado en distintas ocasiones sobre las características que debe tener la información considerando las particularidades de la población penitenciaria. El derecho a ser informado exige que dicha información sea rápida (Fox, Camp-

bell y Hartley c. Reino Unido, de 30 de agosto de 1990), completa (Lamyc. Bélgica, de 30 de marzo de 1989) e inteligible (Fox, Campbell y Hartley c. Reino Unido, de 30 de agosto de 1990).

Un tratamiento especial merece los ingresados extranjeros. Para ellos están previstas informaciones concretas sobre los representantes diplomáticos de sus países, sobre las posibilidades de solicitar el traslado conforme a los convenios internacionales y sobre las medidas que la legislación nacional tiene específica para este colectivo.

- Derecho a la intimidad. Ya hemos apuntado las graves consecuencias que pueden tener para ciertos ingresados los primeros contactos con la vida penitenciaria. Permitir exposiciones de su persona en el patio innecesariamente no solo no es recomendable por razones de seguridad personal, sino también para salvaguardar su propia intimidad. Esta es una de las misiones que cumplen los departamentos de ingresos. La estancia en estos espacios separados del complejo penitenciario debe asegurarse sea cual sea la condición del ingresado.

- Derecho a comunicaciones extraordinarias. Para asegurar que el interno pueda recibir apoyo del exterior. Estas comunicaciones pueden ser con los familiares, con los abogados y, en caso de extranjeros, con los representantes diplomáticos del país de origen. Las comunicaciones en estos primeros momentos deben guiarse por la máxima flexibilidad para atender a las necesidades personales de forma eficaz. Tan solo cuando el ingresado es sometido a una incomunicación por orden judicial se puede limitar este derecho. La forma de comunicarse también debe ser adaptada con flexibilidad a las circunstancias personales del interesado.

- Derecho a un reconocimiento médico. Tanto por razones higiénicas, como sanitarias, todos los ingresados sin excepción, deben ser reconocidos por un médico de forma inmediata. En no pocas ocasiones como consecuencia de este reconocimiento se producen decisiones penitenciarias sobre la ubicación del ingresado, cuando está enfermo o sufre una discapacidad. Según el Comité de Prevención de la Tortura en el ingreso el reconocimiento médico puede servir, también, para detectar factores suicidas.

- Derecho de las madres a tener los hijos menores de edad consigo. Independientemente del derecho al ejercicio de la maternidad durante la reclusión, se les reconoce a las madres el derecho de mantener consigo a sus hijos en los momentos del ingreso por encima de otras consideraciones y solo con carácter provisional.

4.2. Liberación

Al otro extremo del tiempo penitenciario se encuentra el momento de la excarcelación o egreso. Es el momento en que se ponen a prueba los recursos que el penado ha asimilado para hacer un regreso pacífico a la comunidad jurídica. Las dificultades del momento del egreso van a depender de varios factores entre los que destacan el tiempo transcurrido en la prisión y la realidad de la propia vida social de la persona. El periodo inmediatamente anterior a la liberación, como señala el Comité de Prevención de la Tortura en su Informe General de 2010, es otro de los momentos penitenciarios en los que hay un mayor riesgo de suicidio.

El interno debe conocer la fecha en que va a tener lugar su puesta en libertad no solo porque supone una relajación que le permite aprovechar el tiempo penitenciario mejor, sino porque la salida, sobre todo cuando se ha pasado un largo periodo en prisión, exige una preparación. Una correcta programación de ese momento es un factor determinante del éxito de la reinserción social. Además, con esta información se reconoce al condenado el derecho de recurrir la liquidación de condena que se le haya practicado. En este sentido se expresan las NPE (“Se informará al detenido de los procedimientos judiciales en los que esté implicado y, en caso de condena, se les informará de la duración de su pena y de las posibilidades de liberación anticipada”, N. 30.3).

La puesta en libertad presenta formas penitenciarias muy diversas, aunque todas ellas tienen en común que deberán ser ordenadas por una autoridad judicial. Los modelos actuales de ejecución permiten excarcelar a penados, aun cuando la pena no se ha extinguido, para que terminen de cumplirla en libertad. En estos casos se disfruta de una libertad vigilada que sigue vinculando al egresado con la Justicia, de manera que de no cumplir las obligaciones que se le imponen se revocaría el beneficio concedido y el penado regresaría a la prisión. La puesta en libertad con mayor alcance es la que se produce una vez cumplida y, consiguientemente, extinguida la condena. En estos casos el sujeto recupera su condición de persona de pleno derecho. La excarcelación es irreversible. Por lo general no suelen coincidir el egreso con la extinción de la pena porque la mayoría de los condenados disfrutaban de la libertad condicional cuando llega ese momento.

La permanencia de una persona en prisión más tiempo del que corresponde ya sea porque la pena se ha cumplido, ya porque medie una orden de excarcelación de la autoridad judicial competente, da lugar a responsabilidad penal por detenciones ilegales por parte de la autoridad que no la haya ejecutado de forma inmediata. Por otro lado, en el momento de su liberación, todo interno

recupera el dinero y los bienes que hubieran quedado en custodia, con excepción de las sumas que hayan sido retiradas con autorización, de los bienes que hayan sido enviados a otras instituciones con autorización o de los que hayan sido destruidos por medidas de higiene.

La privación de libertad durante el tiempo de ejecución de la pena tiene tanta relevancia para las relaciones sociales, familiares y laborales del condenado, que resulta incongruente mantener la función resocializadora del sistema y considerar que la Administración no asume ninguna obligación una vez que cierra la puerta de la cárcel tras la salida del egresado. Cada vez se reconoce mayor importancia a los programas postpenitenciarios de asistencia al exinterno y a su familia dándole apoyo en los ámbitos de vivienda, de trabajo y personales.

La condicionalidad de la libertad, y su correlativa posibilidad de retorno a prisión a fin de continuar la ejecución de la pena, es una de las características más salientes que diferencia a los institutos preliberatorios de la liberación por agotamiento de pena. En general, estas medidas sustitutivas tienen como fundamento la suspensión de la ejecución de la sanción penal con el objeto de favorecer la reinserción social del condenado y mitigar los efectos deteriorantes de las penas de prisión. De este modo, es importante considerar, como principio rector, que durante el período de prueba ninguna de las reglas a observar por el condenado posea naturaleza punitiva e interpretarlas de un modo que las oriente a favorecer la reinserción social de los liberados. De acuerdo con esto, nos parece más adecuado reformular la forma de entender los institutos preliberatorios considerándolos una herramienta prioritariamente asistencial en lugar de orientada al control. Así, las denominadas "condiciones de cumplimiento" de los beneficios deben ser diferenciadas según se trate de disposiciones que obliguen al Estado a prestar determinada ayuda al liberado (normas de asistencia postpenitenciaria) o de normas que ubiquen directamente en cabeza del interno la responsabilidad de cumplir con determinada exigencia (normas de conducta en sentido estricto). Normalmente las condiciones vinculadas con la residencia; adquisición de arte, oficio, industria o profesión y asistencia médica, psiquiátrica o psicológica, deben obligar al Estado a favorecer, con acciones positivas, su cumplimiento, más que hacer recaer en contra del liberado las dificultades para observarlas.

En esta línea se pronuncian los PBP al referirse a las medidas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad: "Los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos deberán incorporar, por disposición de la ley, una serie de medidas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad, en cuya aplicación se deberán tomar en cuenta los estándares internacionales sobre

derechos humanos en esta materia. Al aplicarse las medidas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad, los Estados Miembros deberán promover la participación de la sociedad y de la familia, a fin de complementar la intervención del Estado, y deberán proveer los recursos necesarios y apropiados para garantizar su disponibilidad y eficacia" (Principio III. 4).

4.3. Traslados

El traslado de un interno de un establecimiento a otro puede ser una sanción encubierta, pero también puede constituir la noticia más deseada del interno cuando media su consentimiento porque le significa acercarse a su lugar de origen y asegurar más frecuencia en la visita de los familiares o, simplemente, porque espera mejorar las condiciones de su encarcelamiento. También existen traslados que se producen dentro de un establecimiento debido a la aplicación de sistemas progresivos o programas de tratamiento. Por lo general, el traslado constituye una cierta alteración del orden penitenciario porque comporta un riesgo para la seguridad. La mayoría de las fugas se producen, precisamente, aprovechando un traslado. En este sentido, los PBP contempla específicamente la utilización de medios coercitivos como medida de precaución contra una evasión durante un traslado.

La importancia del traslado es tal y los riesgos de que encubra una sanción son tan frecuentes que en aquellos sistemas que cuentan con jurisdicción penitenciaria es conveniente que la autoridad judicial, al menos, tenga conocimiento de él y lo apruebe.

Las NPE incluso establecen como garantía que "en la medida de lo posible, los detenidos serán consultados en relación a su asignación inicial y en relación a cada traslado ulterior de una prisión a otra", N. 17.3. También sobre los traslados se ha pronunciado el CPT indicando que, a pesar de que ciertos traslados pueden estar plenamente justificados para tratar de adaptar a un interno a una prisión de mejores condiciones para sus circunstancias, sin embargo, los continuos traslados de un preso de un establecimiento a otro pueden tener efectos muy nocivos con respecto a su bienestar físico y psicológico. Además, un preso en dicha posición tendrá dificultades para mantener los contactos adecuados con su familia y su abogado. El efecto global de traslados sucesivos en el preso podría derivar, en determinadas circunstancias, en trato inhumano y degradante.

Los PBP también establecen una serie de medidas dirigidas a la evitación de vulneración de derechos en el marco de estos movimientos: "Los traslados de las personas privadas de libertad deberán ser autorizados y supervisados por autoridades competentes, quienes respetarán, en toda circunstancia, la digni-

dad y los derechos fundamentales" y no se deberán practicar "con la intención de castigar, reprimir o discriminar a las personas privadas de libertad, a sus familiares o representantes; ni se podrán realizar en condiciones que les ocasionen sufrimientos físicos o mentales, en forma humillante o que propicien la exhibición pública (Principio IX.4)". Asimismo, disponen que en ningún caso el traslado de reclusos será utilizado para justificar "la discriminación, la imposición de torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, o condiciones de privación de libertad más rigurosas o menos adecuadas a un determinado grupo de personas" (Principio XIX).

Las formas, en ocasiones sutiles, de afectación a derechos fundamentales que adoptan estas decisiones son diversas. Muchas veces el agravamiento que implica el traslado de personas no se manifiesta solo en el alejamiento del núcleo familiar o su defensor (nos hemos referido a esto ya en el punto 2.4. de este capítulo), sino que encubre la decisión de desmejorar la situación del interno disponiendo su alojamiento en un establecimiento cuyas condiciones son sensiblemente peores. A la inversa, también en la región se advierte la práctica de determinar traslados selectivamente a sectores diferenciados que presentan mejores condiciones, sin atender a los criterios establecidos en la ley o los reglamentos. Estos tratos diferenciados no reglados generan consecuencias perniciosas para los sistemas, focos de corrupción y situaciones de violencia, por lo que es conveniente identificar y erradicar estas prácticas.

Otra exigencia, muy importante para la región, que la CIDH ha señalado en su informe de 2011, consiste en el deber del Estado de "abstenerse de trasladar reclusos a establecimientos de reclusión en los que hayan indicios claros de que existe un riesgo cierto de que sufran un daño irreparable. En estos casos las autoridades deben actuar con la debida diligencia y objetividad en la evaluación de los posibles factores de riesgo y la viabilidad del traslado. Este mismo criterio es aplicable a la reubicación de internos en los distintos módulos, pabellones o sectores dentro de un mismo establecimiento carcelario" (CIDH, *Informe sobre los derechos Humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, 2011, p. 187).

Finalmente la CIDH también consideró que el Estado debe garantizar el control judicial efectivo de los traslados en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención y XVIII de la Declaración Americana. Esto implica que "independientemente de cuál sea la autoridad competente para autorizar y/o ejecutar los traslados, dicha autoridad debe informar al juez o tribunal a cuyo cargo se encuentra la persona privada de libertad acerca del traslado, antes de realizarlo o inmediatamente después. La autoridad judicial competente deberá tener las facultades para revocar dicho traslado si considera que el mismo es ilegal, ar-

bitrario o vulnera derechos fundamentales del interno; además, en todo caso, la ley deberá disponer de los recursos judiciales adecuados y efectivos para impugnar dichos traslados cuando se considere que los mismos afectan derechos humanos de los reclusos" (CIDH, *Informe sobre los derechos Humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, 2011, p. 188).

4.4. Conducción

La conducción de los privados de libertad que necesitan ser trasladados de un centro a otro ha sido tradicionalmente un capítulo abandonado, lo que ha permitido que esta se lleve a cabo en unas condiciones deplorables que atentan contra la dignidad de las personas. Conducciones interminables en unos transportes inmundos sin medidas de seguridad vial de ningún tipo obligan a prestar interés a las mismas para asegurar que también ahí se aplican los derechos y garantías de las leyes, puesto que, durante la conducción, el vehículo en el que son transportados los internos es, a todos los efectos, una prisión ambulante. Las RMTR señalan que "cuando los reclusos son conducidos a un establecimiento o trasladados a otro: 1) se tratará de exponerlos al público lo menos posible y se tomarán disposiciones para protegerlos de los insultos, de la curiosidad del público y para impedir toda clase de publicidad; 2) deberá prohibirse el transporte de los reclusos en malas condiciones de ventilación o de luz o por cualquier medio que les impongan un sufrimiento físico; 3) el traslado de los reclusos se hará a expensas de la administración y en condiciones de igualdad para todos", R. 45).

El traslado debe garantizar la seguridad y la dignidad de las personas. Sea cual sea el medio empleado se debe procurar preservar en la medida de lo posible la intimidad. "Se expondrá a los detenidos", señalan las NPE, "lo menos posible a la vista del público y las autoridades tomarán medidas para proteger su anonimato", R. 32).

Como ya señalamos, los PBP también contienen disposiciones similares: "Los traslados de las personas privadas de libertad deberán ser autorizados y supervisados por autoridades competentes, quienes respetarán, en toda circunstancia, la dignidad y los derechos fundamentales" y no se podrán realizar "en condiciones que les ocasionen sufrimientos físicos o mentales, en forma humillante o que propicien la exhibición pública (Principio IX.4)".

Especial cuidado debe tenerse en aquellos casos en los que son trasladadas madres que llevan consigo a sus hijos. Salvo estrictas razones de seguridad estos traslados deben hacerse en vehículos que no delaten la condición penitenciaria de la mujer.

En algunos países se emplea el autotraslado cuando se trata de internos de baja peligrosidad. Se trata de una fórmula más razonable y, desde luego, más económica.

En otro orden, las personas privadas de libertad también son vulnerables frente a malos tratos de las autoridades durante el transporte propiamente dicho. La CIDH ha analizado con mucho detenimiento las violaciones que se producen a raíz de la disposición de traslados de detenidos y mientras son llevados de un lugar a otro. A este respecto, ha mencionado en su informe de 2011 "que los deberes especiales del Estado de respetar y garantizar los derechos a la vida e integridad personal de las personas bajo su custodia, no se limitan al contexto específico de los centros de privación de libertad, sino que se mantienen en todo momento mientras estas personas se encuentren en custodia del Estado; por ejemplo, mientras son transportados hacia los centros de detención, o de ahí a otros lugares como hospitales, juzgados etc., o cuando son trasladados de un centro de reclusión a otro. En estos casos permanece la obligación perentoria del Estado de no someter a estas personas a tratos crueles, inhumanos o degradantes" (CIDH, Informe sobre los derechos Humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, 2011, p. 187).

5. El régimen penitenciario

5.1. La seguridad

I. Decíamos al comenzar a analizar las cuestiones penitenciarias en los primeros temas que todo el sistema de ejecución se encuentra sometido a la tensión que ejercen dos fuerzas antagónicas: de una parte, las exigencias resocializadoras y, de otra las necesidades de orden y seguridad. A pesar de que muchas legislaciones se inclinan por los fines resocializadores y ante un eventual conflicto priman estos frente a la seguridad, lo cierto es que las exigencias de seguridad tienen una férrea presencia en el mundo de las prisiones, a veces, incluso, excesiva. Las necesidades de orden y seguridad no son, en sí mismas, ningún fin, mientras que sí lo es la reinserción social y la reeducación.

Más oportuno y clarificador resulta priorizar estas frente a aquellas. De esta forma se traslada al ámbito de la ejecución la teoría unificadora de la prevención que es generalmente aceptada por la doctrina y, sobretodo, por la legislación penal, según la cual los eventuales conflictos entre la prevención general –aquí representada por las necesidades de orden y seguridad– ceden a favor de las de prevención especial hasta un determinado límite que resulta infranqueable sin poner en grave peligro aquellas.

La correlación de fuerzas resocialización frente al orden y a la seguridad encuentra en la praxis un tratamiento muy distinto al que pretenden las legislaciones, aunque las imprecisiones conceptuales de las normas se convierten en el mejor aliado de esa situación. Pese a que los niveles técnicos de seguridad alcanzados gracias a las nuevas tecnologías son muy altos, las razones de seguridad presentan una incontenible fuerza expansiva.

Ello se ha visto, además, favorecido por los nuevos diseños arquitectónicos de carácter polivalente y de grandes dimensiones. La necesidad de internar en un mismo espacio a personas muy diferentes y la imposibilidad de diversificar para un mismo centro las estrategias generales de orden y seguridad provoca que la mayoría de la comunidad penitenciaria –en régimen ordinario o, incluso, abierto– tenga que soportar medidas restrictivas innecesarias que solo se encuentran justificadas para condenados muy inadaptados, lesionándose de esta forma el principio de proporcionalidad.

De otra parte, el incremento de centros de grandes proporciones y su diseño modular son circunstancias que favorecen la seguridad por encima de cualquier otra consideración.

El espacio se concibe y se convierte en el mejor aliado de esta situación, los contactos visuales al exterior son cada vez más efímeros y la relación personal con el trabajador penitenciario se encuentra mediatizada por elementos de seguridad, todo lo cual se aleja de la prioridad enunciada por la legislación.

II. La aplicación de una medida de seguridad por insignificante que ella sea introduce en el ambiente de la prisión un elemento de desequilibrio. Un registro, un cacheo o la simple vigilancia son para el interno un recordatorio de su condición de sujeto vigilado. Si la vigilancia permanente es insoportable en la sociedad libre, aún lo es más en la prisión ya que viene a restar libertad e intimidad en un medio en el que, ya de por sí, el ejercicio de esos derechos resulta muy constreñido. Solo teniendo en cuenta estas consideraciones pueden comprenderse las actitudes de rebeldía que en ocasiones adopta la población penitenciaria aun a riesgo de ser gravemente sancionada.

Los internos rechazan los controles y se niegan a colaborar con ellos. Esta actitud no siempre guarda relación con planes de fuga o de posesión de artículos no autorizados. En ocasiones se ha explicado por la insolidaridad que muestran los internos frente a la actividad penitenciaria, pero, a nuestro juicio, responde más a una reacción de autodefensa frente a lo que se percibe como agresión a una resistencia política frente a lo injustamente desproporcionado. Así las cosas, es preciso que estas medidas se apliquen con carácter excepcional y que se res-

peten los principios legales que limitan su ejecución. No deben confundirse las medidas de seguridad del establecimiento con las medidas regimentales –por ejemplo, horarios–. Coinciden en tanto que ambas confluyen en asegurar el cumplimiento de la privación de libertad, incluso las medidas de seguridad protegen, como hemos señalado, a los propios internos de eventuales agresiones procedentes del resto de la población penitenciaria, con lo que es una garantía para el ejercicio de sus derechos como persona, pero las medidas de seguridad tienen un marcado carácter excepcional.

5.1.1. Principios

Las medidas que se traduzcan en restricciones en el ejercicio de los derechos estarán presididas por los principios de necesidad, mínima intervención o lesividad y proporcionalidad. Como todos los actos coactivos de la Administración.

La utilización de cualquier medida de carácter extraordinario debe estar siempre expresamente justificada y cuando la medida resulta especialmente violenta, como es el caso de las medidas coercitivas, es exigible que previamente la ley señale qué medidas pueden emplearse y en qué supuestos. Sin embargo, cuanto más grande sean los establecimientos, más masificados se encuentren y más estandarizada sea la organización de la vida en su interior, más difícil será cumplir con la prohibición de “adoptar las mismas medidas de seguridad con respecto a todos los grupos. Convendrá establecer diversos grados de seguridad conforme a la que sea necesaria para cada uno de los diferentes grupos” (R. 63.2. RMTR).

En este sentido, la Corte Interamericana en el caso “Montero Aranguren y otros” desarrolló el principio fundamental de que “el uso de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad estatales debe estar definido por la excepcionalidad, y debe ser planteado y limitado proporcionalmente por las autoridades”. De este modo, “solo podrá hacerse uso de la fuerza o de instrumentos de coerción cuando se hayan agotado y hayan fracasado todos los demás medios de control” (CorteIDH, “Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela”. Sentencia del 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 67). Estos preceptos han sido recogidos en los PBP: “El personal de los lugares de privación de libertad no empleará la fuerza y otros medios coercitivos, salvo excepcionalmente, de manera proporcionada, en casos de gravedad, urgencia y necesidad, como último recurso después de haber agotado previamente las demás vías disponibles, y por el tiempo y en la medida indispensables para garantizar la seguridad, el orden interno, la protección de los derechos fundamentales de la población privada de libertad, del personal o de las visitas” (Principio XXIII.2).

5.1.2. Los objetivos de la seguridad

Por seguridad puede entenderse todas aquellas medidas dirigidas a garantizar la retención y la custodia de los internos durante su vinculación con una institución penitenciaria. Las exigencias de seguridad se sintetizan, pues, con las expresiones: retención y la custodia de los internos. Retención y custodia solo pueden alcanzarse desplegando durante la reclusión un conjunto de medidas de seguridad, ya que aunque no siempre está justificado, parece lógico recelar de un consentimiento voluntario de internamiento por parte del interno. Ahora bien, bajo las expresiones retención y custodia se incluye un abanico muy amplio de objetivos. Por una parte, se trata de mantener durante un determinado tiempo una situación de privación de libertad relativa de acuerdo con las condiciones regimentales en las que se encuentre el interno. Pero, por otra parte, custodiar significa garantizar en la medida de lo posible que no se van a cometer nuevos delitos ni contra la sociedad libre, ni tampoco contra la comunidad penitenciaria. Dicho de otra manera las aspiraciones de las medidas de seguridad no se limitan a garantizar el cumplimiento de la pena, sino a que el mismo se haga en condiciones que aseguren el respeto y ejercicio de los derechos de las personas (“convivencia ordenada”).

Tomar específicas medidas de seguridad que eviten la comisión de nuevos delitos durante la ejecución de la pena no es una necesidad que parta de prejuicios sobre los internos por su vida anterior. El hecho de haber cometido un delito o estar condenado no justificaría en ningún caso someter a sospecha de peligrosidad criminal a un individuo. De ser así le estaríamos sometiendo a un tratamiento discriminatorio. Sin embargo, la condición de privado de libertad y las carencias que conlleva, somete a las personas a una presión psicológica propicia para actos de violencia. Una correcta conducta profesional de los funcionarios debe asegurar que las medidas de seguridad no se aplican basándose exclusivamente en prejuicios o en presuntas peligrosidades o intención de fuga.

5.1.3. Técnicas de seguridad

Dentro de los establecimientos penitenciarios el personal tiene un abanico de técnicas de seguridad que se aplican dependiendo de las situaciones y siempre respetando los principios antes mencionados. Veamos a continuación cuales son estas:

- La observación es una medida de seguridad permanente que se comienza a aplicar en el momento del ingreso del interno o de cualquier otra persona que se encuentre en el recinto y cesa con la salida al exterior. Todos los funcionarios del establecimiento, sin excepción, participan en estas labores de observación

y asumen por su condición profesional específicamente el deber de custodia del mismo y de la población penitenciaria. De esta manera, la observación, más que una medida de seguridad propiamente dicha, es una conducta profesional exigida o una actitud durante el tiempo de trabajo. En una institución total como la cárcel la observación tiende a ser absoluta, de manera que el interno apenas disfruta de espacios en donde se encuentre libre del control visual, incluso dentro de las celdas no dispone de opacidad frente a este control ya que el dispositivo de las mirillas en la puerta permite la observación y, lo que es peor, permite una observación sin posibilidades de percatarse de ella, con lo que en el subconsciente el interno se va a sentir permanentemente observado aunque pueda no estarlo. La observación tiene tan solo la finalidad de conocer el comportamiento habitual, las actividades y movimientos del interno y las relaciones con los demás. No está autorizada, en consecuencia, una observación del interno que resulte irrelevante para alcanzar estos fines, ni tampoco puede utilizarse con fines disciplinarios para humillar o menoscabar la dignidad personal –acecho–. Además debe destacarse que existen momentos en los que la observación está prohibida ya que, de lo contrario, se lesionaría gravemente la intimidad. Este es el caso de las salas de visitas íntimas y familiares. Los funcionarios no solo están obligados a observar con los fines señalados de retención y custodia, sino a poner en conocimiento del responsable de seguridad las eventuales incidencias que, a su juicio, pudieran poner en peligro la seguridad y la ordenada convivencia dentro del centro.

- Recuentos. Constituye una medida de control por motivos de seguridad en un sentido estricto. Seguridad, que, como ya vimos, alcanza también a la pretensión de evitar las fugas de los internos. El recuento puede ser ordinario, y se realiza de forma cotidiana, practicándose varios al día; y extraordinario para afrontar situaciones excepcionales (intentos de fugas, desplazamientos colectivos, fallos técnicos en los sistemas de control, etc.). Los recuentos extraordinarios, a diferencia de los otros, pueden practicarse sectorialmente para que afecte tan solo a la unidad o departamento que lo requieran.

- Registros y cacheos. Ambas son empleadas regularmente en los establecimientos para asegurar el orden y la seguridad. Las diferencias entre unas y otras actividades se encuentran en el objeto de las mismas. De manera que el primero se refiere a las cosas y, el segundo, a las personas. Con respecto a las requisas o inspecciones en las instalaciones, los PBP establecen: "Los registros corporales, la inspección de instalaciones y las medidas de organización de los lugares de privación de libertad, cuando sean procedentes de conformidad con la ley, deberán obedecer a los criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad. [...] Las inspecciones o registros practicados al interior de las unidades e instalaciones de los lugares de privación de libertad, deberán realizarse

por autoridad competente, conforme a un debido procedimiento y con respeto a los derechos de las personas privadas de libertad (Principio XXI)". Asimismo, la Corte Interamericana ha dicho que: "El Estado debe asegurarse que las requisas sean correcta y periódicamente realizadas, destinadas a la prevención de la violencia y la eliminación del riesgo, en función de un adecuado y efectivo control al interior de los pabellones por parte de la guardia penitenciaria, y que los resultados de estas requisas sean debida y oportunamente comunicados a las autoridades competentes" (CorteIDH, Asunto de las Penitenciarías de Mendoza respecto Argentina, Resolución de la CorteIDH del 26 de noviembre de 2010, Considerando 52).

La CIDH también se ha pronunciado sobre el uso de la fuerza y el empleo de medios coercitivos durante las requisas y ha expresado al respecto que "solo se justifica en la medida en que los propios reclusos muestren conductas violentas o de alguna forma ataquen o traten de agredir a las autoridades. Si en cambio los internos no están en condiciones de usar la fuerza contra los agentes de seguridad o contra terceros, y están reducidos a una situación de indefensión, el examen de proporcionalidad ya no tiene aplicación, por lo cual toda manifestación de violencia por parte de las autoridades en estas condiciones se caracterizaría, según sea el caso, como tortura o tratos crueles, inhumanos y degradantes. En definitiva, es innecesario y contrario al derecho a la integridad personal de los reclusos el que exista la práctica institucionalizada de acompañar las requisas con un despliegue deliberado y excesivo de violencia y de fuerza" (CIDH, *Informe sobre los derechos Humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, 2011, p. 187).

En general, la práctica del cacheo con tocamientos físicos, desnudos y otros controles constituyen para el interno un grave atentado a su intimidad, que exige un tratamiento excepcional, de forma que solo puede llevarse a cabo cuando razones individuales y contrastadas hagan pensar que el interno ocupa en su cuerpo algún objeto peligroso o sustancia susceptible de causar daños a la salud o integridad física de las personas o de alterar la convivencia ordenada del establecimiento. En el ámbito regional los PBP prohíben de manera expresa los registros vaginales y anales (Principio XXI). Cuando el cacheo exija contacto físico el mismo deberá hacerse por personal del mismo sexo: "Los registros corporales a las personas privadas de libertad y a los visitantes de los lugares de privación de libertad se practicarán en condiciones sanitarias adecuadas, por personal calificado del mismo sexo, y deberán ser compatibles con la dignidad humana y con el respeto a los derechos fundamentales. Para ello, los Estados Miembros utilizarán medios alternativos que tomen en consideración procedimientos y equipo tecnológico u otros métodos apropiados" (Principio XXI).

Específicamente respecto de las mujeres las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok) prevén que se adoptarán medidas efectivas para resguardar la dignidad y asegurar el respeto de las reclusas durante los registros personales, que serán realizados únicamente por personal femenino que haya recibido capacitación adecuada sobre los métodos apropiados de registro personal y con arreglo a procedimientos establecidos (Regla 19); y se deberán preparar otros métodos de inspección, por ejemplo de escaneo, para sustituir los registros sin ropa y los registros corporales invasivos, a fin de evitar las consecuencias psicológicas dañinas y la posible repercusión física de esas inspecciones corporales invasivas (Regla 20).

Conforme con las anteriores referencias internacionales, desde luego, si –en casos de extrema necesidad– hubiera que realizar inspecciones anales o vaginales debe evitarse siempre el desnudo integral y debe hacerse por personal facultativo y evitando la presencia de terceras personas.

5.2. Régimenes especiales por seguridad personal

El principio general de que las limitaciones de los derechos de los reclusos solo pueden venir justificadas por razones contrastadas y durar el tiempo estrictamente necesario, se viene a excepcionar por algunas legislaciones que contemplan que se les aplique un régimen de aislamiento a determinadas personas que pueden ser objeto de agresiones incontroladas por otros internos. Los factores de selección pertenecen en ocasiones a las leyendas penitenciarias, si bien, la experiencia demuestra que tiene un fundamento preventivo. Dentro de estos internos especialmente protegidos mediante medidas de aislamiento del resto de la comunidad prisional se encuentran los autores de delitos especialmente graves contra las personas, o que han merecido una especial atención mediática, o que ejercieron determinadas profesiones –tales como jueces, policías o los propios funcionarios de prisiones–. Para evitar que esta medida pueda ser empelada como una sanción encubierta debe ser solicitada o consentida por el interno y aprobada por una autoridad judicial.

La medida aquí contemplada puede aplicarse tanto a los detenidos y presos como a los penados y puede implicar limitaciones regimentales, o bien el traslado a otro centro para evitar tener que establecer dichas limitaciones. En la práctica, estas medidas vienen muy condicionadas por la disponibilidad de espacio que tenga el establecimiento; en ocasiones puede consistir en el ingreso del interno en un departamento o unidad especial en el que, por lo general, las restricciones devienen sobretodo de la prohibición de entrar en contacto con

el resto de la población penitenciaria. El fundamento concreto de estas restricciones es, exclusivamente, salvaguardar la vida e integridad física del recluso.

En la región, el aislamiento o sectorización suele utilizarse para proteger a los reclusos de ataques de sus pares (por diversas razones) o de represalias por parte de los propios agentes de seguridad. Como se dijo, la voluntad de la persona es indispensable para la imposición de estas restricciones. Asimismo, estas medidas deben ser de carácter excepcional, limitadas en el tiempo y sujetas a control periódico. Debe recordarse que se trata de un recurso exclusivamente destinado a la protección del interno por lo cual se deben adoptar medidas para asegurar que no se utilice como una forma de castigo, especialmente contra aquellos internos que han presentado denuncias contra las autoridades penitenciarias. También se debe considerar que este tipo de medidas es de naturaleza individual y no colectiva, de modo que todas las decisiones y los procedimientos que se adopten al respecto deberán estar referidos a cada caso en particular. Finalmente, su excepcionalidad obliga a mantener en todo momento un abanico de medidas alternativas que permita garantizar la seguridad del detenido de una forma menos restrictiva e implementar líneas de acción adecuadas para revincular progresivamente a los detenidos con el resto de la población carcelaria sin riesgo para su vida e integridad física.

La Corte Interamericana en el ya mencionado caso "Montero Aranguren y otros" (Retén de Catia), se refirió al aislamiento y señaló que solo debe usarse "como medidas disciplinarias o para la protección de las personas por el tiempo estrictamente necesario y en estricta aplicación de los criterios de racionalidad, necesidad y legalidad. Estos lugares deben cumplir con las características mínimas de habitabilidad, espacio y ventilación, y solo pueden ser aplicadas cuando un médico certifique que el interno puede soportarlas" (CorteIDH, "Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela". Sentencia del 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 94).

Con mayor precisión, en 2008 los PBP prevén la prohibición absoluta por disposición de la ley de las medidas o sanciones de aislamiento en celdas de castigo y que estas medidas se adopten respecto de mujeres embarazadas; de las madres que conviven con sus hijos al interior de los establecimientos de privación de libertad; y de los niños y niñas privados de libertad (Principio XXII.3).

Según este principio: "El aislamiento solo se permitirá como una medida estrictamente limitada en el tiempo y como un último recurso, cuando se demuestre que sea necesaria para salvaguardar intereses legítimos relativos a la seguridad interna de los establecimientos, y para proteger derechos fundamentales, como la vida e integridad de las mismas personas privadas de libertad o del personal

de dichas instituciones. En todo caso, las órdenes de aislamiento serán autorizadas por autoridad competente y estarán sujetas al control judicial, ya que su prolongación y aplicación inadecuada e innecesaria constituiría actos de tortura, o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Principio XXII.3).

Así, la CIDH ha considerado en su informe de 2011 que: "Las autoridades penitenciarias deben informar inmediatamente de la aplicación de esta medida al juzgado o tribunal a cuyas órdenes se encuentra el recluso. Además, la autoridad judicial competente deberá tener las facultades para solicitar información adicional a las autoridades penitenciarias y para revocar la medida si considera que hay razones fundadas para ello. En ningún caso la aplicación de la reclusión de personas en régimen de aislamiento deberá dejarse únicamente en manos de las autoridades encargadas de los centros de privación de libertad sin los debidos controles judiciales" (CIDH, Informe sobre los derechos Humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, 2011, p. 157).

Capítulo IV. El control judicial de la ejecución de la pena

1. Los difíciles orígenes de la jurisdicción penitenciaria

I. Una clásica aspiración de la política penitenciaria, finalmente, colmada, es la de someter la ejecución penal al control y vigilancia de un juez especial. No es un problema de desconfianza hacia la Administración –como se entendió en un principio por algunos–, ni tan siquiera de iniciar *ex novo* un control judicial que no existiera antes de la creación de este órgano; se trata solo de considerar que el interno, por su propia condición, por recelo a la justicia que le condenó, por las privaciones inherentes al sistema penitenciario, por su falta de movimientos o por su sentimiento de desprotección requiere de una jurisdicción especializada que esté próxima al desarrollo de la ejecución, pero, también porque todas las constituciones coinciden en destacar que corresponde al poder judicial «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado». En estos términos se han expresado, también, algunas declaraciones internacionales. Así, los PBP señalan que “el control de legalidad de los actos de la administración pública que afecten o pudieren afectar derechos, garantías o beneficios reconocidos en favor de las personas privadas de libertad, así como el control judicial de las condiciones de privación de libertad y la supervisión de la ejecución o cumplimiento de las penas, deberá ser periódico y estar a cargo de jueces y tribunales competentes, independientes e imparciales. Los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos deberán garantizar los medios necesarios para el establecimiento y la eficacia de las instancias judiciales de control y de ejecución de las penas, y dispondrán de los recursos necesarios para su adecuado funcionamiento.” P. VI). La intervención judicial durante el internamiento por parte de jueces distintos a los que determinan las penas es concomitante al debido proceso. Para que el interno pueda hacer valer las normas que le protegen frente a las autoridades penitenciarias negligentes o abusivas, se requiere la existencia de un tercero suprapartes que las aplique, puesto que nadie ha de actuar como

“juez y parte”. Se trata de subordinar a la Administración penitenciaria a instituciones que la controlen, con amplios poderes coactivos más allá de la atención a quejas o la supervisión, a cargo de los órganos administrativos.

No obstante, la creación de este nuevo órgano judicial estuvo en un principio –y, sigue estando– llena de dificultades. Los recelos propios de las instituciones totales, como es la prisión, que, como señala Foucault, ni es hija de las leyes, ni de los jueces, han conseguido que la figura del juez de ejecución de penas o de vigilancia penitenciaria, en muchas ocasiones, se parezca más a un invitado de piedra que a un instrumento eficaz para acercar la justicia a los privados del libertad. La mayor oposición a la existencia de estos ha procedido del mundo de las prisiones. Ha sido la Administración penitenciaria y el personal de los establecimientos quienes han considerado una intromisión en sus funciones y una presunción de ilegalidad en el ejercicio de su profesión. Sin embargo, juzgar a la Administración es ayudar a mejorarla. Existe una recíproca dependencia entre garantía y eficacia.

De modo esquemático podemos señalar las siguientes razones que respaldan la decisión de contar con un juez de vigilancia penitenciaria:

- Argumentos técnico-jurídicos:

- división de poderes: ejecutar lo juzgado. Una persona privada de libertad no es un acto administrativo.

- Garantía de legalidad: donde hay ley debe existir control judicial. Y cuando los riesgos de que la ley sea vulnerada con consecuencias graves para los derechos de las personas mayores deben ser las medidas de control judicial.

- Argumentos político-ideológicos:

- Funciones preventivas de la pena.

- Funciones socio-pedagógicas (reinserción jurídica).

II. Siguen siendo muchos los interrogantes que se plantean en su entorno, desde encontrarle el nombre adecuado hasta precisar sus relaciones con el órgano sentenciador y con la Administración penitenciaria o determinar sus competencias. A veces no hay previsto para su funcionamiento ningún procedimiento específico y su regulación a pesar de tratarse de un órgano jurisdiccional hay que buscarla en normas de rango inferior a la ley. Todos estos problemas no estarán correctamente resueltos hasta que el legislador no se decida por elaborar una legislación específica, en la que se aclaren las competencias, el procedimiento y se garantice una jurisprudencia uniforme en relación con la jurisdicción penitenciaria.

Ahora bien sería ingenuo pensar que para garantizar la eficacia de estos jueces en sus funciones de control de legalidad efectivo basta con la modificación del

derecho positivo, regulando de forma adecuada sus competencias. Bien al contrario, su eficacia solo estará garantizada, en primer lugar, cuando el legislador supere el grave déficit de reconocimiento de los derechos de los privados de libertad. Entre ellos, y de una manera particularmente intensa, el principio de legalidad en la fase de ejecución, que es la base esencial del respeto a la dignidad de las personas. El reconocimiento de este derecho pasa inexorablemente por la posibilidad de la tutela judicial efectiva, respetándose aquellas garantías que aun siendo procesales nadie negaría al hombre libre.

Por otra parte, será necesario también que la prisión se conciba de una forma diferente, que se produzca un cambio integral en la forma en la que hasta ahora hemos venido gestionando el servicio de prisiones. Las ideas positivistas más rancias siguen apoderadas de esa gestión y no permiten su evolución hacia planteamientos más laicos.

Seguimos pensando que el delincuente no es un malhechor, sino una persona mal hecha y que, en consecuencia no merece el reconocimiento de ningún derecho.

La cárcel sigue concibiéndose con una disciplina militar que asfixia la posibilidad de establecer una relación distinta entre el servicio de prisiones y el interno. El proceso de socialización exige antes que nada cambiar esa visión extremadamente autoritaria reñida con una sociedad democrática y con un Estado social que debe promocionar a las personas necesitadas para que pueda normalizar su vida en la sociedad libre. Un cambio en el modelo penitenciario pasa por concebir este órgano judicial como una institución externa al sistema a la cual puedan acceder las personas privadas de libertad sin necesidad de someterse a forma alguna para activar un control y una verificación de las condiciones de su detención. Este instrumento, debidamente reforzado por la ley, en sus competencias y con posibilidades de publicitar los resultados de su labor, podrá contribuir a favorecer la maduración de una conciencia de derechos, no solo en los propios detenidos sino también en los operadores de la justicia penal.

III. Como luego tendremos ocasión de analizar, el juez de vigilancia penitenciaria resulta una figura compleja que comparte labores propias de un órgano jurisdiccional convencional, pero asume otras funciones de inspección e intervención que le alejan de su naturaleza jurídica. En este sentido se inserta en un conjunto de órganos de supervisión independientes. La idiosincrasia de la prisión y su hermetismo estructural obligan a prestar especial atención a estos órganos externos independientes, los cuales no impiden la existencia de otros órganos de la propia Administración cuya función organizativa les somete y obliga a criterios de parcialidad y jerarquía, por lo que no resultan suficientes

para asegurar que la ejecución se hace conforme a lo que establece la ley y los principios que inspiran el sistema. Dependiendo de la tradición jurídica y el derecho interno de cada Estado, la función que desempeña el juez de vigilancia penitenciaria puede, no obstante, ser asignada a un juez administrativo o incluso a otra autoridad especializada con poderes coactivos, siempre y cuando esté establecida por ley, y sea independiente e imparcial. En el mismo sentido se expresa el Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (“Toda forma de detención o prisión debe quedar sujetas a la fiscalización efectiva de un juez u otra autoridad” P. 4). No obstante, la CADH se refiere a la protección judicial, y no de otra naturaleza, en términos tan amplios que son de aplicación en el escenario penitenciario (“1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”. Artículo 25).

La importancia de estos controles externos también ha sido reconocida por las normas internacionales, como es el caso de la NPE, en donde se dice que “todas las prisiones deben estar sujetas a inspecciones regulares por parte del gobierno y a una supervisión independiente”; (N. 9). En las cárceles se cometen frecuentes abusos que lesionan gravemente derechos de las personas; muchos internos se ven obligados a someterse a condiciones inhumanas y no encuentran o no son capaces de interponer una queja para evitarlas. La impunidad frente a la criminalidad penitenciaria favorece un estilo de gestión inaceptable bajo los postulados de un Estado de Derecho. No hay más caminos para acabar con esos abusos contra los internos. Los órganos de supervisión no deben depender económicamente del mismo ministerio que gestiona las prisiones y se debe asegurar que puedan dar a conocer los resultados de su actividad, sin ningún género de censura.

IV. Como hemos señalado las interrogantes en torno a esta figura se originan ya en la selección del *nomen iuris* más adecuado. En un análisis de derecho comparado apreciamos dos tendencias: de un lado, los países que se inclinan por la denominación juez de vigilancia penitenciaria y, de otro, los países que han preferido llamarle juez de ejecución de penas. En parte, una u otra opción guarda relación con un tema ya tratado en el primer capítulo, referido al alcance del Derecho penitenciario. Si el mismo abarca la ejecución de todas las penas, parece más acertado considerar que se trata de un órgano judicial encargado de la ejecución de las penas. Por el contrario, si consideramos que lo penitenciario va referido solo a la pena de prisión, la fase de ejecución resultará some-

tida al control de dos órganos judiciales diferentes: el uno, dedicado a la ejecución de las sentencias penales, y, el otro, específicamente, a la cuestión penitenciaria.

Mucho se ha debatido acerca de si resulta conveniente que la vigilancia y control penitenciario se hallen a cargo de un órgano jurisdiccional especializado de acuerdo con la naturaleza de la materia. En la región todavía subsisten sistemas en los que no se ha creado la figura del juez de ejecución y se asigna esta función a los tribunales de juicio de forma residual. La especialización ha sido defendida, en general, dado el carácter multidisciplinar de lo penitenciario. Según esta posición, la creación de tribunales dedicados en forma exclusiva a la ejecución penal favorece la selección de jueces profesionales con formación en otras ramas más allá del derecho que contribuyen para desempeñarse con mayor eficacia en el abordaje de la problemática carcelaria.

Sin embargo, como contrapartida, también se ha sostenido que esta especialización tiene la desventaja de favorecer el clima propicio para que se cree alrededor de esta figura una cultura judicial propia que profundice la burocratización y que, al mismo tiempo, resulte difícil de armonizar con los principios que nutren las otras etapas del proceso. La naturaleza administrativa de varios aspectos de la actividad de estos magistrados y el contacto directo y continuo con el órgano encargado de la custodia de las personas privadas de libertad puede generar, en la práctica, que el órgano judicial pierda de facto su condición de tal para mimetizarse con la agencia penitenciaria. Al mismo tiempo, esto tiene como efecto una desvalorización de la función de estos magistrados por parte de sus propios pares que normalmente los asocian a jueces “sin jurisdicción”, algo que, indudablemente, juega en desmedro de la eficacia de su tarea de control.

Este problema parece no presentarse si el órgano se encarga de la ejecución penal de manera complementaria a la función de juicio. En estos casos, resulta más difícil que los tribunales pierdan en los hechos –tanto desde la óptica de la administración como también de la de los propios internos–, su carácter de órgano judicial independiente ajeno al servicio penitenciario. Sin embargo, esta última opción también posee varias desventajas. En primer lugar, por más compromiso y seriedad con que los tribunales de juicio asuman su función ejecutiva, la sobrecarga laboral que usualmente poseen dificultaría que se ocupen adecuadamente de las incidencias de ejecución. Así, la ejecución de la sentencia, como función adicional de los tribunales de mérito, obstaculizaría su tarea principal, en desmedro también de la supervisión del cumplimiento de las penas.

La carga de trabajo no es el único argumento que se esgrimió para optar por la creación de tribunales especializados. Antes bien, el momento de aplicación de una pena y el momento de su ejecución, presentan características, objetivos y fundamentaciones disímiles que deben tenerse en cuenta. No parece positivo que las tareas de ejecución orientadas a facilitar la reinserción social del condenado queden en manos de jueces comprometidos personalmente con la condena que dictaron.

Nos inclinamos por un juez especializado en cuestiones penitenciarias y consagrado a ellas de forma exclusiva. Pero la figura del juez de vigilancia no puede ser concebida como un órgano jurisdiccional convencional encargado del control de legalidad en el ámbito penitenciario; es preciso que asuma funciones de promoción del proceso dinámico de la ejecución de la pena a la luz de los fines resocializadores. En este sentido, podríamos hablar de la dimensión o la función social de este órgano que se embrida de esta forma con los fines de reinserción social del sistema penitenciario.

Junto al Juez interviene en el procedimiento penitenciario el fiscal de vigilancia penitenciaria que tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley. Para que la persona interna tenga acceso a la justicia penitenciaria se requiere, además, garantizar una asistencia letrada especializada en la protección de sus derechos durante la ejecución de la pena o la prisión preventiva.

2. Las relaciones entre el órgano sentenciador y la jurisdicción penitenciaria

Los jueces de vigilancia penitenciaria son órganos jurisdiccionales. A pesar de que se han querido ver como instituciones híbridas a mitad de camino entre un órgano administrativo y judicial, ejercen funciones propias del poder judicial que, conforme a lo que establecen nuestras constituciones, son competencias exclusivas y excluyentes, concomitantes al derecho al debido proceso. Esta naturaleza judicial no impide que este órgano pueda ejercer funciones impropias o no jurisdiccionales debido a la heterogeneidad de lo penitenciario; sin embargo, el carácter judicial es una garantía de independencia e imparcialidad frente a la Administración.

Al compartir el carácter judicial con el juez o tribunal que dictó la sentencia los jueces de vigilancia penitenciaria asumen con todas las garantías la función de hacer ejecutar lo juzgado, es decir, el cumplimiento y/o ejecución de la con-

dena. Con carácter general asumen todas las funciones que les corresponderían a los jueces o tribunales sentenciadores. Esta transferencia de competencias no se hace a modo de delegación, sino que el juez de vigilancia la asume de forma autónoma *ex novo*. Tan solo en algunos sistemas, se encuentra prevista la intervención del tribunal sentenciador para resolver los recursos de segunda instancia frente a las decisiones de aquellos. No nos encontramos ante un supuesto de delegación de competencias ya que de ser así el órgano delegante –tribunal sentenciador– podría recuperar las competencias delegadas y esa posibilidad no se contempla.

De esta forma el juez de vigilancia asume todas las competencias desde el momento en que la sentencia deviene firme hasta que se extingue la responsabilidad penal por cumplimiento de la sentencia. En aquellos supuestos en los que la condena se prolonga tras la liberación, limitando algunos derechos del condenado, debe entenderse que, igualmente, es competencia del juez de vigilancia, porque forma parte de la condena pendiente de ejecutar, a pesar de que la misma se haya mutado en la dinámica de la ejecución.

Teniendo en cuenta lo anterior resulta más fácil pronunciarse sobre algunos espacios intermedios del procedimiento penal y, más concretamente, sobre la llamada liquidación de condena y sobre el beneficio de la dispensa de la pena. La primera consiste en una actividad que se realiza después de ser firme la condena. Se cuenta ya con una pena concreta –pena nominal– a la que procede restar el tiempo de las medidas cautelares, que haya podido sufrir el condenado. A resultados de esa operación nos encontramos con la pena real, que debe ejecutarse. Para un sector de la doctrina dicha operación es todavía determinación de la pena y, por tanto, corresponde asumirla al tribunal sentenciador. Sin embargo, no hay determinación de la pena cuando ya contamos con una pena concreta, lo que se explica porque la individualización de la pena es un proceso continuo que pasa por distintas fases. La liquidación ya no es determinación de la pena, sino concreción de la pena que corresponde cumplir materialmente. La pena ha pasado de presentar una magnitud nominal a otra real.

Por lo que se refiere a la concesión de la dispensa de pena esta es competencia del tribunal sentenciador. Se trata de un beneficio que permite suspender el dictado de la pena. La sentencia es firme pero incompleta. En ella se hace mención firme de la responsabilidad penal, pero no se dicta pena, sino que queda suspendida por concesión del beneficio de la dispensa. Si transcurrido el tiempo suspensivo no hay incidencias negativas, finalmente, se extingue la responsabilidad penal. La función de determinación de la pena y su incorporación a la sentencia no ha sido concluida, de manera que si hubiera que realizarla corresponde al mismo órgano que declaró la responsabilidad penal.

3. Competencias de los jueces de vigilancia penitenciaria

I. En un intento de ordenar todas las competencias penitenciarias que debe asumir este órgano, podemos agruparlas en torno a dos ideas: garantías judiciales respecto a la ejecución de la condena y garantías judiciales frente a las instituciones penitenciarias. Aunque pueda resultar una distinción artificiosa –por más que se quiera interpretar restrictivamente, pocas cuestiones de la vida de la prisión no se refieren al régimen o al tratamiento o no afectan a los derechos de los internos– las competencias del primer grupo hacen referencia exclusiva a la dimensión temporal de la pena; en tanto que las del segundo grupo se refieren a las condiciones de ejecución. Dentro del primer grupo encontramos, entre otras, las competencias sobre la liquidación de la condena, es decir, la fijación de la magnitud real de la pena, acordar la fecha de excarcelación, sobre la concesión de los beneficios penitenciarios, que puedan suponer acortamiento de condena y la resolución de recursos frente a las decisiones de los órganos administrativos.

En el segundo, se encuadran todas las competencias que tienen relación con la salvaguarda de los derechos de los internos y la corrección de los abusos y desviaciones de la Administración penitenciaria, la aprobación de las sanciones disciplinarias más graves y, en especial, aquellas que entrañan una mayor privación de libertad y la resolución de los recursos contra sanciones disciplinarias y de las quejas y peticiones.

No es fácil en la práctica mantener esta separación porque determinadas cuestiones –por ejemplo, todo lo relativo a los beneficios penitenciarios que acortan la condena– lo mismo pueden ser entendidas como un problema que afecta a la condena o a la gestión penitenciaria. Dentro de las competencias que forman parte del segundo de los dos grupos de funciones mencionadas, la jurisdicción penitenciaria hace acto de presencia en el amplio campo del procedimiento sancionador en donde el juez realiza una función casi administrativa aportando a un procedimiento de naturaleza administrativa las garantías de una actuación judicial. Nos encontramos también con que este puede actuar, en primera instancia, cuando se trata de imponer sanciones o, en segunda instancia, resolviendo los recursos que presenten los interesados frente a una sanción disciplinaria distinta de la anterior.

II. Como es lógico, son las competencias estrictamente penitenciarias las que ocasionan más problemas. Los responsables de los sistemas penitenciarios insisten en que una cárcel sería ingobernable si un órgano ajeno a la misma tuviera que tomar las decisiones más importantes. Pero la presencia de un órgano judicial en la prisión no es algo que pueda cuestionarse por razones de opera-

tividad, su fundamentación constitucional no permite otras alternativas. El debate debe situarse, pues, en la forma de hacer compatible las necesidades regimentales con el control judicial. Y se puede.

Citaremos tan solo dos cuestiones de las muchas que plantean problemas de competencia. Por un lado están los traslados. La Administración considera que un traslado es un instrumento de gestión que en nada afecta a los privados de libertad, los cuales no pueden disponer sobre el establecimiento en el que quieren cumplir su condena y, en consecuencia, es competencia exclusiva de los órganos administrativos. Sin embargo, las cosas no son así porque el lugar donde se cumple no es una cuestión irrelevante, sino que puede formar parte de las estrategias de desubicación dentro del sistema con el objetivo de cercenar el ejercicio de muchos derechos –piénsese, por ej. en las visitas familiares– por otra parte, es frecuente el uso del traslado como medida disciplinaria. Ambas razones justifican sobradamente el control judicial de los mismos.

Otra competencia que debe estar sometida al control judicial es la aprobación de las normas de régimen interior. Son disposiciones que condicionan la vida en el interior del establecimiento, en muchas ocasiones tienen más virtualidad que la propia legalidad. En ellas se tratan temas como los horarios, la distribución de las visitas, los criterios de ubicación, la programación de actividades, la gestión y organización de los servicios sanitarios y otros, etc. Por esta razón, el juez de vigilancia tiene que conocer qué reglamento interior rige en los centros que están bajo su jurisdicción.

En síntesis, cabe entender que todas aquellas decisiones que implican la modificación sustancial de los aspectos cualitativos de la sanción penal, sin dudas, deben estar incluidas dentro de las facultades jurisdiccionales del órgano de ejecución. El avance y retroceso de los internos por los distintos períodos de atenuación de las condiciones de encierro, la concesión de salidas transitorias, semilibertad, prisión domiciliaria, libertad condicional; la sustitución de la pena por trabajos comunitarios, la revisión de sanciones disciplinarias, el contralor de las condiciones de detención y los traslados de internos de un establecimiento a otro, en tanto resultan ser cuestiones que afectan de manera directa el aspecto cualitativo de la pena, no pueden ser otra cosa que objeto de una decisión de carácter jurisdiccional.

Así entendida, la judicialización del proceso de ejecución no sólo implica la creación de mecanismos procesales para el control de la ejecución de la condena, sino también permitir que el interno pueda defenderse cuando la pena de prisión no se ejecute de acuerdo a su finalidad constitucional. Es el juez de ejecución, en consecuencia, quien debe actuar como defensor de los derechos fun-

damentales de todos los internos y de la Constitución Nacional, haciendo respetar las finalidades allí enunciadas y actuando también, en su caso, como órgano administrativo titular de iniciativas frente a la administración penitenciaria.

III. Pero hay que contar con la posibilidad de que el juez pueda intervenir en todas aquellas ocasiones que estime que se están poniendo en peligro o lesionando los derechos de los privados de libertad o, simplemente, que se vulnera la ley en aspectos trascendentales relacionados con la ejecución de la pena. Es muy cierto que establecer las competencias de un juez en términos tan amplios es una contradicción con el principio de legalidad que debe regir las competencias de estos jueces. Pero sus competencias no se limitan a garantizar derechos sino a asegurar el ejercicio efectivo de los mismos. Para alcanzar este cometido debe contar con la posibilidad de intervenir en todo aquello que considere un riesgo para esos derechos –referente a la organización y desarrollo de los servicios de vigilancia, a la ordenación de la convivencia interior en los establecimientos, a la organización y actividades de los talleres, escuela, asistencia médica y religiosa, y, en general, a las actividades regimentales, económico-administrativas y de tratamiento penitenciario–. Es evidente que evitar una deplorable higiene en la cocina del establecimiento o una situación de hacinamiento no son competencias directas de los jueces de vigilancia, pero en la medida que esas situaciones comprometen gravemente la salud de los internos, debe poder intervenir. Es probable que la obligación de realizar visitas periódicas a los establecimientos penitenciarios, aun cuando no medie ninguna denuncia, pueda resultar, incluso, inquisitorial, pero no puede prescindirse de ellas.

3.1. Vías de acceso a la justicia

I. Si no tiene sentido concebir al juez de vigilancia como un órgano judicial convencional en cuanto a las competencias sin tener en cuenta las consideraciones precedentes sobre la prisión, igualmente es un sinsentido ofrecer un procedimiento complejo e ininteligible entre el privado de libertad y el juez, que desanime al justiciable y levante una barrera de incomunicación infranqueable entre ambos. Dicho procedimiento debe diseñarse a partir de los siguientes principios:

- Proximidad. Se ha planteado la conveniencia de que los jueces de vigilancia tengan su oficina en el establecimiento penitenciario. Con ello no se trata solo de asegurar la accesibilidad de la población penitenciaria al juez, sino también de hacer más fácil la información. Los jueces se resisten alegando que se podría producir una confusión con los órganos administrativos y un contagio de sus

intereses. En la mayoría de los países los jueces de vigilancia se acercan a los establecimientos bajo su jurisdicción en contadas ocasiones y siempre con el objeto de resolver una diligencia. Todavía la expansión de nuevas tecnologías, como la videoconferencia, favorece el distanciamiento personal de la figura del juez. Mucho menos frecuente es verles hacer las visitas que la mayoría de los textos legales les obligan a hacer. La visita es una forma imperfecta de conocimiento de la realidad, pero, al menos, debiera de hacerse con periodicidad suficiente para conocer de primera mano las condiciones generales del centro.

- **Agilidad.** El tiempo penitenciario es relativamente corto para la mayoría de la población encarcelada. Esta circunstancia debe tenerse en cuenta para imprimir la máxima diligencia a los procedimientos penitenciarios. La sociedad carcelaria es muy inmediata y reclama decisiones próximas a los conflictos. Si un interno recurre la no concesión de un permiso de salida poco le puede interesar que el juez resuelva unos años después dándole la razón. Por otro lado, como en la mayoría de las ocasiones, la interposición de un escrito ante el juez no suspende la ejecución de la resolución administrativa, la eficacia real de la decisión del juez es escasa. Piénsese en una sanción de aislamiento de una semana, recurrida por el sancionado, ejecutada y resuelta a su favor meses después.

- **Vías de intervención directas.** Ciertamente que la falta de procedimiento puede debilitar el alcance de las resoluciones de los jueces ya que le haría perder su carácter jurisdiccional. La simplificación o ausencia de formas procedimentales para facilitar la accesibilidad no debe interpretarse en el sentido de favorecer las intervenciones de plano en cuestiones que afecten a los derechos de los penados, como puede ser la aplicación de sanciones disciplinarias.

- **Oralidad.** Las dificultades de redactar un escrito, de entender su contenido o de presentarlo en tiempo y forma hacen recomendable que los procedimientos ante el juez de vigilancia puedan gravitar, alternativamente, sobre la tramitación oral o escrita.

La garantía de acceso a la justicia se deriva como consecuencia de la vigencia plena de los derechos fundamentales durante la privación de libertad y la correspondiente posición de garante del Estado de asegurar que las condiciones de detención resulten compatibles con el respeto a la dignidad inherente a todo ser humano. En este sentido, el establecimiento de recursos judiciales que aseguren una tutela efectiva de los derechos es un mecanismo que posibilita el involucramiento de un poder del Estado que actúe como tercero imparcial en la supervisión de la forma en la que se ejecuta el encierro.

Básicamente se cuenta con dos tipos de recursos que permiten a las personas privadas de libertad el acceso a la justicia en protección de sus derechos fundamentales. Por un lado, el artículo 25.1 de la Convención Americana dispone: "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales". Por el otro, la posibilidad legal de acudir de forma directa al Juez de Ejecución de Penas a efectos de que resuelva una de las cuestiones de su competencia específica en el marco del sistema progresivo previsto legalmente, o el control judicial sobre las decisiones administrativas. Esta variante depende de la legislación procesal de cada país y del mecanismo que se prevé para lograr un pronunciamiento del Juez de Ejecución. Consiste en la asignación de competencia al poder judicial para resolver determinados incidentes que suceden durante la etapa de ejecución en un proceso en el que se respeten las garantías previstas en el proceso penal. Se trata de una extensión del ámbito de actuación del derecho procesal penal a la etapa de ejecución de las sentencias.

Respecto de la primera vía, los PBP fijaron los estándares relativos a la naturaleza y alcances que debe tener, Principio V. [...] Toda persona privada de libertad, por sí o por medio de terceros, tendrá derecho a interponer un recurso sencillo, rápido y eficaz, ante autoridades competentes, independientes e imparciales, contra actos u omisiones que violen o amenacen violar sus derechos humanos. En particular, tendrán derecho a presentar quejas o denuncias por actos de tortura, violencia carcelaria, castigos corporales, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, así como por las condiciones de reclusión o internamiento, por la falta de atención médica o psicológica, y de alimentación adecuadas. En general las legislaciones de los distintos países establecen recursos de este tipo con ciertas diferencias de denominación. En ocasiones el acceso a la justicia se garantiza a través de la acción de amparo o tutela, o bien directamente por la vía del *habeas corpus* en su modalidad correctiva.

La CortelDH no ha prestado tanta atención en el nombre que se le da a los recursos, sino antes bien, a su eficacia "Un recurso debe ser, además, eficaz, es decir, capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido (CortelDH, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 66).

La CIDH ha entendido relevante que el Estado garantice que las personas privadas de libertad, o terceros que actúen en su representación, tengan acceso a los órganos jurisdicciones encargados de tutelar sus derechos. Que estos se

pronuncien sobre el fondo dentro de un plazo razonable y de acuerdo con las normas generales del debido proceso. Y que las decisiones judiciales que emanan de estos procesos sean efectivamente ejecutadas por las autoridades competentes. Esto último es fundamental para que la tutela judicial sea capaz de producir cambios reales en la situación concreta de las personas privadas de libertad (CIDH, *Informe sobre los derechos Humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, 2011, p. 92). Asimismo, la Comisión ha observado en el mismo informe que muchas veces las decisiones judiciales emitidas en estos recursos se refieren a mejoras de aspectos tales como, las condiciones físicas o de seguridad de los establecimientos penitenciarios; la provisión de servicios básicos como, alimentos, agua potable, atención médica, elementos de higiene u otro tipo de medidas que requieren la asignación de recursos para su ejecución. En estos casos es indispensable que las autoridades correspondientes, ejecutivas y legislativas, adopten en un plazo razonable las medidas que fueren necesarias para destinar los recursos requeridos y hacer efectivos los derechos y libertades tutelados judicialmente. En atención al deber general de los Estados de adoptar disposiciones de derecho interno contemplado en el artículo 2 de la Convención Americana. (CIDH, *Informe sobre los derechos Humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, 2011, p. 92).

Pero también un recurso es eficaz en la medida que se otorgue a quien es titular del derecho facilidades para su interposición. En este sentido, en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana realizada en Brasilia en marzo de 2008, se fijaron 100 reglas que consagran los estándares básicos para garantizar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, con el objetivo principal de "establecer líneas de actuación para los Poderes Judiciales, con el fin de brindar a las personas en condición de vulnerabilidad un trato adecuado a sus circunstancias particulares".

En este sentido se ha constatado la relevancia del asesoramiento técnico-jurídico para la efectividad de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad (Regla 28) y se destaca la conveniencia de promover la política pública destinada a garantizar la asistencia técnico-jurídica de la persona vulnerable para la defensa de sus derechos en todos los órdenes jurisdiccionales (Regla 29).

También se ha previsto algo muy importante en la materia a efectos de evitar que la persona que reclama sea objeto de amenaza o apremios por parte de los agentes del órgano denunciado. En este sentido se recomienda adoptar las medidas necesarias para garantizar una protección efectiva de los bienes jurídicos de las personas en condición de vulnerabilidad que intervengan en el proceso judicial en calidad de víctimas o testigos (Regla 75). Y se prestará es-

pecial atención en aquellos supuestos en los que la persona está sometida a un peligro de victimización reiterada o repetida (regla 76).

II. Una de las barreras procesales entre el juez y la población penitenciaria está en la intervención de aquel solo a instancias de parte. Para abordar esta cuestión, una vez más, hay que tener en cuenta la idiosincrasia del mundo de las prisiones. A los internos no les ha ido bien con la justicia penal y confían poco en ella. Tampoco la institución penitenciaria va a favorecer la comunicación fluida entre el interno y el juez. En estas circunstancias limitar su actuación a la denuncia de una de las partes se convierte en un obstáculo procesal que le impide intervenir. Por otra parte, si el juez puede actuar de oficio hay posibilidades de control judicial de las concesiones de beneficios penitenciarios que afectan a la materialidad de la ejecución y que, en manos de la Administración, se emplean, en ocasiones, con absoluta arbitrariedad. Con respecto a ellas no es previsible que ejerza ninguna acción reivindicativa el beneficiado y no tendrían legitimación activa aquellos que quieren denunciar la arbitrariedad. Así, pues, solo la actuación de oficio del órgano judicial es eficaz.

Se trata de una supervisión imperativa y continua de la autoridad judicial acerca de todas las cuestiones que rodean la aplicación de la sanción penal. Este contralor debe ser oficioso y permanente más allá de aquellas peticiones que activan la intervención jurisdiccional a partir de reclamos concretos o situaciones en las que se encuentre afectado algún derecho de la persona privada de libertad. El control jurisdiccional permanente no es más que la herramienta que permite hacer efectiva la garantía de legalidad y es en este aspecto donde cobra relevancia la intervención oficiosa de la jurisdicción. El juez no debe permanecer ajeno al modo como la administración hace cumplir la sentencia, sino que hacer cumplir la condena en sí misma, sin escindir el control de la actividad asignada específicamente a la agencia penitenciaria.

En este sentido, ha dicho la CIDH que: “La revisión de la legalidad de una detención implica la constatación no solamente formal, sino sustancial, de que esa detención es adecuada al sistema jurídico y que no se encuentra en violación a ningún derecho del detenido. Que esa constatación se lleve a cabo por un Juez, rodea el procedimiento de determinadas garantías, que no se ven debidamente protegidas si la resolución está en manos de una autoridad administrativa”; (CIDH, Informe nro. 66/01, Caso 11.992, Fondo, Dayra María Levoyer Jiménez, Ecuador, 14 de junio de 2001, párr. 79).

III. La eficacia funcional del juez de vigilancia radica en una correcta combinación y distribución entre competencias y actuaciones sobre la misma. Allá donde se ponga materialmente en peligro la legalidad de la pena debe posibi-

litarse una intervención activa y ausente de barreras procesales. Por el contrario, aquellas cuestiones que no afecten esencialmente a la legalidad de la pena o los derechos fundamentales de los condenados permiten que el control sea menos incisivo.

3.2. El alcance de las resoluciones de los jueces de vigilancia penitenciaria

A la vista de la distinta naturaleza que tienen las decisiones de este órgano judicial, la respuesta a la pregunta del alcance de las mismas no puede ser unívoca. El juez de vigilancia tiene, en primer lugar, atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las Leyes y, como tal, sus resoluciones son unas decisiones de primera instancia que pueden ser recurridas ante un órgano superior.

Pero los jueces realizan un control de legalidad sobre las condiciones de la privación de libertad. Las normas positivas se refieren a esta competencia con cláusulas abiertas a través de las cuales se pretende vencer la resistencia inicial de la Administración penitenciaria a un efectivo control e intervención de aquellos en la ejecución de la pena. En su función de control de legalidad los jueces de vigilancia están amparados para intervenir cuando medie una queja o petición de un interno. Esta posibilidad lejos de preocupar, es la mínima exigencia que se deriva del principio de judicialización. En el ejercicio de esta competencia se puede decir que los jueces ejercen una jurisdicción propia y, como tal, sus resoluciones tienen que estar revestidas de fuerza ejecutiva. Desde luego no se compadece con el Estado de Derecho una situación en la que una autoridad judicial específicamente creada para ejercer un control de legalidad sobre una actividad administrativa tan delicada, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, deba verse relegada a hacer propuestas o a esperar que los interesados recurran frente a las situaciones de ilegalidad. Se trata de subordinar a la Administración penitenciaria a instituciones que la controlen, con amplios poderes coactivos más allá de la atención a quejas o la supervisión, que puedan realizar los propios órganos administrativos.

4. La petición y la queja

Ya en 1955 las Reglas Mínimas establecieron el derecho de todo privado de libertad de interponer una queja o una petición ("1) Todo recluso deberá tener en cada día laborable la oportunidad de presentar peticiones o quejas al director del establecimiento o al funcionario autorizado para representarle" R. 36).

Desde el momento del ingreso al privado de libertad se le tiene que informar no solo de sus derechos y deberes, sino también de las formas previstas para hacerlos valer ante la autoridad competente. La información correcta de este derecho y de la forma de ejercerlo es un presupuesto inescindible del mismo. En el derecho comparado las vías de reclamación más comunes a disposición de los internos son la petición y la queja. Ambos derechos han ido mereciendo con el transcurso de los años cada vez mayor atención y protección, conscientes de que se trata de la forma más directa de conocer, a través de los propios afectados, las eventuales irregularidades de la ejecución. En la Sentencia del Tribunal Europeo de DDHH de 8 de abril (Labitavrs. Italia) se condena a este país por lesionar el artículo 3 del Tratado cuando las instancias penitenciarias no iniciaron una investigación sobre supuestos malos tratos a raíz de la queja más o menos formal del afectado.

Conforme a las normas internacionales para garantizar el eficaz ejercicio de estos derechos, se deben respetar las siguientes condiciones:

- Se puede ejercer ya sea de forma oral o escrita y en cualquier momento.
- Ni la queja ni la petición pueden ser objeto de censura, ni se puede restringir los contenidos de la misma. Cualquier circunstancia penitenciaria puede ser objeto de una queja.
- El ejercicio de estos derechos no puede ser sancionado, ni el interno puede sufrir ningún cambio regimental motivado por ello.
- La petición puede ser hecha de modo individual o colectivo o puede ser presentada por una tercera persona en nombre del interno, acreditando su debida autorización para hacerlo.
- Sea cual sea su contenido la Administración penitenciaria está obligada a tramitar la petición o la queja y asegurarse que la misma va a llegar a su destinatario.
- Las personas privadas de libertad también tendrán derecho a presentar denuncias, peticiones o quejas ante las instituciones nacionales de derechos humanos; ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; y ante las demás instancias internacionales competentes, conforme a los requisitos establecidos en el derecho interno y el derecho internacional.
- Cuando una autoridad visita el establecimiento con funciones de inspección, el privado de libertad puede dirigirse a ella interponiendo una petición o una queja.
- Los contenidos del escrito en el que se ejerce este derecho permanecerán reservados para las autoridades del establecimiento. Hasta llegar a su destino tanto la queja y la petición, como la respuesta a las mismas, son confidenciales.
- Salvo que se trate de una petición temeraria o una queja sin fundamento al-

guno, los destinatarios de una y otra están obligados a responder. La respuesta debe darse dentro de un plazo razonable.

- Cuando el destinatario de la queja o la petición se dirige a la propia Administración penitenciaria, si esta no reconoce los hechos o no concede lo solicitado, en el escrito de respuesta se darán los argumentos suficientes y la información correspondiente para que el interno pueda acudir a una segunda instancia. Las NPE señalan que en caso de desacuerdo la mediación debe ser considerada el procedimiento prioritario para tratar de poner de acuerdo a las partes (N. 70).

Por su parte, los PBP establecen que "Las personas privadas de libertad tendrán el derecho de petición individual o colectiva, y a obtener respuesta ante las autoridades judiciales, administrativas y de otra índole. Este derecho podrá ser ejercido por terceras personas u organizaciones, de conformidad con la ley. Este derecho comprende, entre otros, el derecho de presentar peticiones, denuncias o quejas ante las autoridades competentes, y recibir una pronta respuesta dentro de un plazo razonable. También comprende el derecho de solicitar y recibir oportunamente información sobre su situación procesal y sobre el cómputo de la pena, en su caso. Las personas privadas de libertad también tendrán derecho a presentar denuncias, peticiones o quejas ante las instituciones nacionales de derechos humanos; ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; y ante las demás instancias internacionales competentes, conforme a los requisitos establecidos en el derecho interno y el derecho internacional (Principio VII).

5. Ejemplos de competencias de los jueces de vigilancia en algunos países de la región

En el cuadro que presentamos a continuación hemos recogido a partir de la información suministrada por los Defensores Públicos de cada uno de los países que participan en este Proyecto, un análisis comparativo de las competencias que tienen asignadas los órganos judiciales de la jurisdicción penitenciaria. Las conclusiones que se pueden extraer de este análisis comparativo embridan con lo que ya hemos señalado anteriormente de la falta de concreción de lo que debemos de entender por penitenciario. Esta inconcreción se refleja en una importante disparidad de competencias de estos órganos que no solo nos aleja de las posibilidades de alcanzar ciertos hitos de armonización a nivel regional, sino que aseguran conflictos jurisdiccionales y decisiones judiciales contradictorias. Es pues este marco comparativo un motivo más para reclamar a la ciencia y al legislador que presten más atención al tema de determinar el principio y el fin de lo penitenciario.

Competencias del Juez de Ejecución de Penas

Argentina	<ul style="list-style-type: none"> - Control judicial permanente y garante del cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por la República Argentina y los derechos de los condenados no afectados por la condena o por la ley. - Resuelve las cuestiones que se susciten cuando se considere vulnerado alguno de los derechos del condenado. - Autoriza todo egreso del condenado del ámbito administración penitenciaria. - Resuelve todas las cuestiones o incidentes que se susciten durante la ejecución. - Colabora en la reinserción social de los liberados condicionalmente. - Debe verificar, por lo menos semestralmente, si el tratamiento de los condenados y la organización de los establecimientos de ejecución se ajusta a las prescripciones de la ley y los reglamentos. Las observaciones y recomendaciones que resulten de esas inspecciones serán comunicadas al Ministerio competente. - Resuelve por vía de apelación sobre la validez de los correctivos disciplinarios impuestos por la administración.
Bolivia	<ul style="list-style-type: none"> - Garantiza a través de un permanente control jurisdiccional, la observancia estricta de los derechos y garantías que consagran el orden constitucional, los Tratados y Convenios Internacionales y las Leyes, a favor de toda persona privada de libertad. - Resuelve los incidentes que se produzcan durante la ejecución de la pena y las peticiones o quejas efectuadas por los internos en forma oral o escrita. - Otorga y revoca de la libertad condicional y supervisa el cumplimiento de las condiciones impuestas. - Actúa como tribunal de recurso de todas las Resoluciones Administrativas que afecten los intereses del condenado. La decisión del Juez de Ejecución Penal, en grado de Apelación, no admite recurso ulterior.
Brasil	<ul style="list-style-type: none"> - Aplica la ley posterior que de cualquier forma favorezca al condenado. - Decide sobre: unificación de penas; avances y retroceso en el régimen; remisión de pena; suspensión condicional de la pena; liberación condicional; incidentes de ejecución. - Autoriza salidas temporarias. - Determina: la forma de cumplimiento de la pena restrictiva de derechos y fiscaliza su ejecución; la conversión de la pena restrictiva de derechos y de multa en privativa de libertad; la conversión de la pena privativa de la libertad en restrictiva de derechos; aplicación de medidas de seguridad y sustitución de pena por medida de seguridad; la desinternación o restablecimiento de la situación anterior; cumplimiento de pena o medida de seguridad en otra región. - Vela por el correcto cumplimiento de las medidas de seguridad. - Inspecciona mensualmente los establecimientos penales, adoptando medidas para su adecuado funcionamiento. - Interviene total o parcialmente los establecimientos penales que estuviesen funcionando en condiciones inadecuadas o en violación a las previsiones de la ley de ejecución.
Colombia	<ul style="list-style-type: none"> - Están encargados de la ejecución de la sanción penal impuesta mediante sentencia ejecutoriada. - Vigilan el cumplimiento de la sanción penal impuesta en la sentencia ejecutoriada, en coordinación y bajo la supervisión del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC). - Resuelven sobre la libertad condicional y su revocatoria. - Entienden sobre lo relacionado con la rebaja de pena y redención de pena por trabajo, estudio y enseñanza. - Ejercen la verificación del lugar, condiciones en que se deba cumplir la pena o la medida de seguridad, control para exigir los correctivos o imponerlos si se desatienden, y la forma de cumplir las medidas de seguridad impuestas a los inimputables.

Competencias del Juez de Ejecución de Penas	
Colombia	<ul style="list-style-type: none"> - Entienden de la aplicación al principio de favorabilidad cuando debido a una ley posterior hubiere lugar a reducción, modificación, sustitución, suspensión, o extinción de la sanción penal. - Vigilan que la pena cumpla la función de prevención especial y reinserción social. - Vigilan el cumplimiento de los derechos fundamentales y garantías del condenado. - Conocen de: la aprobación previa de las propuestas que formulen las autoridades penitenciarias y solicitudes de reconocimiento de beneficios administrativos. De la extinción de la sanción penal. Verificar las condiciones del lugar o del Establecimiento de reclusión donde deba ubicarse la persona condenada. De la ejecución de la sanción penal de las personas condenadas, repatriadas y trasladadas. Deben hacer seguimiento a las actividades dirigidas a la integración social del interno. Conceptuar periódicamente sobre el trabajo, estudio y enseñanza. De las peticiones que los internos o apoderados formulen contra el reglamento interno y penitenciario respecto de los derechos y beneficios que afecten la ejecución de la pena.
Costa Rica	<ul style="list-style-type: none"> - Resuelve los incidentes de ejecución, las peticiones, las quejas y los recursos interpuestos por las partes durante la ejecución de la pena. - Resuelve la extinción, la sustitución o la modificación de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad impuestas. - Controlan el cumplimiento del régimen penitenciario y el respeto de las finalidades constitucionales y legales de la pena y de las medidas de seguridad. - Debe visitar los centros de reclusión, por lo menos una vez cada seis meses, con el fin de constatar el respeto de los derechos fundamentales y penitenciarios de los internos y ordenar las medidas correctivas que estimen convenientes. - Resuelve, por vía de recurso, las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias. - Aprueba las sanciones de aislamiento por más de 48h, en celdas.
Ecuador	<ul style="list-style-type: none"> - Realiza por lo menos una inspección mensual a los centros de privación de libertad a fin de garantizar el adecuado cumplimiento de la condena y de los derechos de las personas que están privadas de la libertad. Podrá ordenar la comparecencia ante sí de las personas privadas de libertad con fines de vigilancia y control. Cuando realice las visitas a los centros de privación de libertad debe ordenar lo que juzgue conveniente para prevenir o corregir las irregularidades que observe. - Resuelve cualquier petición, reclamación o queja relacionada con la ejecución de la pena o la vulneración de los derechos de la persona privada de libertad. - Resuelve las impugnaciones de cualquier decisión emanada de la autoridad competente relativas al régimen penitenciario. - Conoce y sustancia los procesos relativos al otorgamiento de los regímenes semiabierto y abierto. - Debe cumplir las disposiciones establecidas en el Protocolo facultativo a la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.
El Salvador	<ul style="list-style-type: none"> - Controla el adecuado cumplimiento del régimen penitenciario. Vigila y garantiza el estricto cumplimiento de las normas que regulan la ejecución de las penas y medidas de seguridad y los derechos de toda persona mientras se mantenga privada de libertad por cualquier causa. - Acuerda el beneficio de libertad condicional y los revoca en los casos que proceda. - Resuelve acerca de la fijación, modificación o suspensión de las medidas de seguridad de acuerdo con lo establecido por el Código Penal. - Practica el cómputo de las penas y ordena la libertad por cumplimiento de la condena. - Debe realizar visitas periódicas a los Centros Penitenciarios y se debe entrevistar personalmente, con los internos que lo soliciten, dentro de su jurisdicción territorial.

Competencias del Juez de Ejecución de Penas

El Salvador	<ul style="list-style-type: none"> - Controla el cumplimiento de las condiciones o reglas de conducta impuestas para gozar de alguna de las formas sustitutivas de la ejecución de la pena de prisión. - Debe vigilar de modo especial que no haya en los centros penales persona alguna detenida en forma ilegal, y cuando constate que la detención provisional ha adquirido las características de una pena anticipada, debe comunicarlo inmediatamente al juez de la causa para que resuelva lo que corresponda. - Resuelve, por vía de recurso, una vez agotada la vía administrativa, acerca de la ubicación de los internos en los centros penales y en las etapas que correspondan, controlando que no se apliquen criterios discriminatorios contrarios a la dignidad humana, ni se favorezca indebidamente la situación de algún interno. - Resuelve las quejas orales o escritas presentadas por los internos o cualquier persona o asociación de personas directamente vinculadas con los intereses del interno.
Guatemala	<ul style="list-style-type: none"> - Controla el cumplimiento adecuado del régimen penitenciario, debiéndose velar por las condiciones dignas y los derechos inherentes al ser humano. - Autoriza el traslado de las personas reclusas de un centro a otro o a un centro médico asistencial, salvo situación de emergencia. - Supervisa el cumplimiento de las normas relativas al régimen progresivo y al sistema disciplinario. - Resuelve las cuestiones relativas al cumplimiento y extinción de la pena, así como a la libertad condicional.
Honduras	<ul style="list-style-type: none"> - Verifica que la prisión preventiva, la ejecución de las sentencias y la suspensión condicional del proceso, se realicen de conformidad con la ley y las resoluciones judiciales, así como, la sustanciación, decisión y seguimiento de la libertad condicional y de todos los incidentes que se produzcan durante la etapa de ejecución de las penas y medidas de seguridad. - Debe velar por el cumplimiento de las finalidades de la pena y de las medidas de seguridad, lo mismo que la defensa de los derechos de los condenados. - Debe velar por la correcta aplicación de las normas que regulan el régimen penitenciario, por el respeto de las finalidades constitucionales de la pena y por el estricto cumplimiento de las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales. El Juez de Ejecución corregirá, asimismo, los abusos y desviaciones que puedan producirse en el cumplimiento de los preceptos contenidos en la legislación penitenciaria, y resolverá los recursos que se puedan interponer contra las resoluciones de los órganos directivos, administrativos y técnicos de los establecimientos penitenciarios. - Resuelve sobre propuestas de libertad condicional y revocaciones que procedan. - Resuelve las reclamaciones que formulen los reclusos en caso de denegación del disfrute de beneficios penitenciarios, por las autoridades del respectivo establecimiento penal, las reclamaciones que formulen los reclusos sobre sanciones disciplinarias y contra las decisiones referentes a clasificación inicial y a progresiones y regresiones de período de tratamiento. - Acuerda sobre las quejas que formulen los internos en los establecimientos penales, en relación con el régimen y funcionamiento de los mismos, y con el trato que los reclamantes reciban, en cuanto resulten afectados sus derechos fundamentales o beneficios.
México	<ul style="list-style-type: none"> - La función jurisdiccional de ejecución penal comprende el conocimiento, trámite y decisión de las cuestiones relativas a la modificación y duración de las penas que se impongan a los sentenciados del orden federal, así como a la reparación del daño de las víctimas de los procesos penales federales que se susciten. - Los jueces de Distrito Especializados en Ejecución de Penas serán competentes para conocer y resolver: I. La modificación y duración de las penas; II. La substanciación del procedimiento para el cumplimiento de la reparación del daño; y III. Las demás que le confieran las Leyes de la materia.

Competencias del Juez de Ejecución de Penas

Nicaragua	<ul style="list-style-type: none"> - Vela por el efectivo cumplimiento de la sanción impuesta, controla la aplicación del régimen penitenciario y el respeto de las finalidades constitucionales y legales de las penas y medidas de seguridad. De igual manera, ejerce el control de legalidad de las acciones u omisiones de la autoridad penitenciaria, salvo en materia administrativa cuando no afecte derechos fundamentales o derechos y beneficios penitenciarios. - Resuelve los incidentes de peticiones o queja de la persona condenada o su representante en el reclamo de sus derechos fundamentales o penitenciarios denegados expresa o tácitamente por la administración penitenciaria.
Paraguay	<ul style="list-style-type: none"> - Controla la ejecución de las Sentencias que impongan sanciones penales o medidas definitivas previstas en el Código de la Niñez y la Adolescencia. Vela por el cumplimiento de los fines de la prisión preventiva, el trato del prevenido y la defensa de sus derechos y por el cumplimiento de los fines constitucionales de las sanciones penales y la defensa de los derechos de los condenados. - Practica el cómputo definitivo de la pena y la unificación de las penas impuestas por los tribunales competentes. - Sustancia y resuelve todos los incidentes que se produzcan durante el proceso de ejecución, relacionados con las salidas transitorias, los ceses de medidas, la libertad condicional del condenado, con la situación del interno y su vida dentro del establecimiento, los permisos de salida y con la aplicación del régimen disciplinario. - Debe garantizar el respeto de los derechos fundamentales del interno ante cualquier exceso de la administración penitenciaria. A ese efecto, le corresponde al Juez intervenir en grado de apelación en las sanciones disciplinarias. - Debe visitar permanentemente los establecimientos penitenciarios, de prevenidos, educativos y de internación. Puede realizar visitas e inspecciones cuando lo considere conveniente y sin previo aviso. Debe escuchar las quejas que le acerquen los internos sobre el funcionamiento de los centros, controlar el cumplimiento estricto de la ley, especialmente en cuanto a la alimentación, vestuario, higiene, salud, recreación, trato dispensado, condiciones de habitabilidad y otras cuestiones previstas en la ley. - Podrá llamar ante sí a la autoridad administrativa o al funcionario responsable de alguna irregularidad o incumplimiento de la ley, para exigir las explicaciones correspondientes. - Eleva un informe anual a la Corte Suprema de Justicia acerca del funcionamiento de los establecimientos bajo su supervisión y control, así como del cumplimiento de los fines señalados por la Constitución y la ley por parte de los mismos. - Controla la capacidad de alojamiento de los establecimientos, de acuerdo con las certificaciones respectivas y toma las medidas que correspondan en caso de que dicha capacidad se vea excedida y no se disponga nada al respecto por parte del director del establecimiento o centro respectivo. - Determina el tratamiento a seguirse para cada condenado, el cual deberá ser controlado y evaluado a medida de su aplicación. Dispone la promoción del condenado a la fase del período de tratamiento que mejor se adecue a sus condiciones personales, de acuerdo con los resultados de los estudios técnico-criminológicos y mediante resolución fundada. - Realiza un seguimiento a través del asesor de prueba del condenado en libertad condicional. - Coordina todo lo atinente a la asistencia pospenitenciaria, procurando involucrar en este menester a organizaciones comunitarias y de la sociedad civil. - Los Juzgados de Ejecución deben tener una oficina en los establecimientos y centros de ejecución de penas y medidas, con al menos un funcionario judicial a cargo, de manera a poder atender diligentemente los reclamos, quejas y demandas de los internos.

Competencias del Juez de Ejecución de Penas

República Dominicana	<ul style="list-style-type: none"> - Controla la ejecución de las sentencias, de la suspensión condicional del procedimiento, de la sustanciación y resolución de todas las cuestiones que se planteen sobre la ejecución de la condena, y velar por el respeto de los derechos fundamentales de los privados de libertad. - Debe garantizar a los condenados el goce de los derechos humanos fundamentales y de las garantías reconocidas por la Constitución, los tratados internacionales, las leyes y el Código Procesal Penal, sin mayores restricciones de las que resulten de la sentencia condenatoria irrevocable y de la ley. - Debe controlar el cumplimiento adecuado de las sentencias condenatorias, de conformidad con los principios de legalidad, de dignidad, de imparcialidad o no discriminación, resocialización como finalidad de la pena y al debido proceso. - Resuelve jurisdiccionalmente las cuestiones que se susciten durante la ejecución, conforme al procedimiento de los incidentes y propuestas de libertad condicional de los condenados y su revocación si procediere. - Dispone las inspecciones y visitas a los establecimientos penitenciarios que sean necesarias. Puede hacer comparecer ante él a los condenados y encargados de los establecimientos penitenciarios con fines de vigilancia y control y dictar, aún de oficio, las medidas que juzgue convenientes para corregir y prevenir las fallas que observe en el funcionamiento del sistema penitenciario. - Controla jurisdiccionalmente, de oficio o a petición del condenado, las quejas o peticiones sobre las sanciones disciplinarias impuestas a los condenados o condenadas, por la autoridad administrativa. - Debe verificar que los reclusos reciban una alimentación adecuada 3 veces al día; diligenciar lo necesario, a fin de que los reclusos mantengan buen estado de salud y de higiene general; abogar por que los reclusos practiquen deportes, actividades físicas o ejercicios y que tomen sol varias veces por semana; realizar las diligencias de lugar con el objetivo de que los reclusos participen en programas educativos, sobre todo que reciban instrucción primaria; interesarse por el respeto de los derechos de los reclusos, tales como: derecho de visitas y a recibir correspondencia; adecuada aplicación de las sanciones disciplinarias; ejecución de trabajo penitenciario; clasificación técnica de los reclusos y auspiciar que los reclusos practiquen la religión de su preferencia y que participen en los servicios religiosos efectuados en el penal.
Uruguay	<ul style="list-style-type: none"> - En la legislación vigente, la competencia natural, ejecutoriada la sentencia, está dada en la vigilancia del cumplimiento de la pena, disponiendo en forma inmediata la "liquidación de la condena" y para el caso de estar privado de libertad, determinar efectivamente la fecha del cumplimiento de la media pena, los dos tercios de la pena y el vencimiento. - Asimismo dispone aplicar el Instituto de la redención de la pena, por trabajo o estudio, generando así nuevas fechas de cumplimiento. El Instituto no modifica el monto de la pena impuesta por sentencia ejecutoriada, sino el "tiempo" en el que se cumple la misma. - Asimismo tiene entre otras facultades el conceder o denegar las solicitudes de salidas transitorias presentadas por las personas privadas de libertad.
Venezuela	<ul style="list-style-type: none"> - Al tribunal de ejecución le corresponde la ejecución de las penas y medidas de seguridad impuestas mediante sentencia firme. Conoce de: - Todo lo concerniente a la libertad del penado, las fórmulas alternativas de cumplimiento de pena, redención de la pena por el trabajo y el estudio, conversión, conmutación y extinción de la pena; - La acumulación de las penas en caso de varias sentencias condenatorias dictadas en procesos distintos contra la misma persona; - El cumplimiento adecuado del régimen penitenciario. Entre otras medidas, dispondrá las inspecciones de establecimientos penitenciarios que sean necesarias, y podrá hacer comparecer ante sí a los penados con fines de vigilancia y control.

Capítulo V. El tratamiento penitenciario

1. Tratamiento y resocialización

I. Señala el PIDCP que “el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados” (Art. 10.3). Y, en el mismo sentido las RMTR nos dicen que “para lograr este propósito, el régimen penitenciario debe emplear, tratando de aplicarlos conforme a las necesidades del tratamiento individual de los delincuentes, todos los medios curativos, educativos, morales, espirituales y de otra naturaleza, y todas las formas de asistencia de que puede disponer”, R. 59.

Ambos textos rezuman un irresistible optimismo y, pecando de cierta candidez, conciben el régimen, es decir, las condiciones de vida dentro de una cárcel, hipotecadas por los fines del tratamiento, esto es, la actividad directamente dirigida a la consecución de la reeducación y la reinserción social de los penados mediante la utilización de métodos científicos adecuados. Esta identificación, que después vuelve a corroborarse en muchas legislaciones nacionales, introduciría, de ser llevada a sus últimas consecuencias, un factor de subjetivación penitenciaria insoportable. Factor que como luego trataremos de demostrar hace perder virtualidad a la necesidad de contar en todo momento con el consentimiento del interno para llevar a cabo un programa terapéutico. La Ley debe evitar y no potenciar que la única razón por la que el interno se someta al tratamiento sea con el fin de no perder una serie de beneficios penitenciarios, ya que como se ha demostrado con abundante referencia empírica cuando el penado solo se ve impulsado a colaborar con el fin de mejorar su condición penitenciaria, la labor resocializadora generalmente termina fracasando.

II. Pocos aspectos del sistema penitenciario han merecido una crítica tan unánime como el tratamiento en el ámbito penitenciario. De forma esquemática destacan dos corrientes críticas: una norteamericana, más técnica, dirigida a valorar las consecuencias; y otra europea, más ideológica, que critica los fun-

damentos. Ambas venían a converger en los siguientes aspectos: El modelo terapéutico presidido por la psiquiatría clínica gira en torno a la idea indemostrable de que en la criminalidad concurren factores patológicos. Ni siquiera los planteamientos multifactoriales sobre el origen de las conductas delictivas pueden soportar la realidad de que la criminalidad es normal y, en gran medida, es un comportamiento creado y estigmatizado por la norma, que es un factor exógeno. Por otro lado, el objetivo del tratamiento planteado como buen ciudadano no tiene cabida en una sociedad multicultural y democrática.

Las reiteradas críticas, unas de perfil ideológico y otras por los escasos resultados positivos de la resocialización, plantearon unas perspectivas puramente custodiales para la pena privativa de libertad. Un exponente de este resurgimiento de la prisión como sanción se demuestra en la doctrina escandinava del *new crime control policy* y en la anglosajona de *justice modal*.

El renovado interés por la retribución en USA encuentra su fundamento inmediato en la crítica al poder casi ilimitado de los órganos penitenciarios o judiciales, no solo para elegir la respuesta sancionatoria al delito en el caso concreto (*sentencing*) sino también para “perdonar” al condenado en base a la evaluación del éxito del tratamiento mediante la *parole board*. La individualización con fines reeducativos había conducido a un modelo presidido por una generalizada falta de homogeneidad en las modalidades y en los criterios con los que se afrontaban situaciones exteriormente análogas.

La crítica a este estado de las cosas ha encontrado su soporte ideológico al inicio de los años setenta con el surgimiento de una autorizada corriente de pensamiento representada por la clásica *Theory of Justice de Rawls*, la cual pretende una reconstrucción en clave rígidamente distributiva del concepto de justicia bajo el presupuesto de una concepción puramente contractual de la organización social. Aunque Rawls no se preocupa específicamente por la cuestión penal, de su obra se deriva una justicia formal al margen de cualquier pretensión utilitaria, que puede sintetizarse en la máxima según la cual lo igual debe tratarse de modo similar, con lo cual la autoridad judicial pierde cualquier ámbito de discrecionalidad.

La construcción de Rawls expresa el *background* cultural en el que se inserta la dimensión custodial y pretendidamente garantista del neoclasicismo americano. La afirmación de esta tendencia en la opinión pública americana se manifiesta con publicaciones como el informe *Struggle for Justice* de 1971 sobre la situación penitenciaria en este país. Más que un verdadero documento del que se desprendan determinadas estrategias, se trata de una denuncia de la injusticia y discriminación que representaba según sus autores la configuración

de la sanción como un tratamiento favorable al reo. En el informe referido se reclama la eliminación de la justicia penal de toda discrecionalidad o indeterminación en la ejecución penitenciaria con el consiguiente retorno a los planteamientos rígidos y custodiales.

Esta tendencia se ve posteriormente reforzada por autores como Morris, Tonry, Radzinowicz, Hood, etc. Un segundo polo del resurgimiento del neoclasicismo penal surge en los países escandinavos, que no se funda como en el caso americano en la preocupación por la dispersión de los poderes de discrecionalidad del Juez y los órganos penitenciarios, ni por el resurgir de fuertes presiones represivas de naturaleza emotiva en el contexto social, sino por un renovado interés por la retribución a partir de la crisis de los modelos terapéuticos, del enorme costo de estos y sus escasos resultados positivos.

El carácter racional y finalísticamente orientado de la inversión de planteamientos en la política penal escandinava frente al contenido más ideológico en el caso americano no ha impedido una enorme coincidencia que ha provocado una importante alteración en el panorama político-criminal y que se detecta por un cambio en los discursos oficiales sustituyendo la idea de la prevención especial positiva entendida ésta como resocialización o reeducación, por una prevención especial negativa como simple inocuización o neutralización del penado. La valoración crítica de la resocialización, aun cuando no haya sido buscado de propósito, ha favorecido y reforzado un argumentario conservador que, por una parte, ha permitido recuperar el modelo arquitectónico de las penitenciarías clásicas de grandes dimensiones y aisladas del contexto y, por otra, que los recursos que fueron concebidos en sus orígenes como medios de estímulos para los objetivos de aquel, se encuentren en la actualidad al servicio de otros objetivos. Lejos de desaparecer fueron poco a poco reformulados y empleados con fines de orden y seguridad. Las actuales políticas penitenciarias se inspiran fundamentalmente en las políticas de orden público y no en las de prevención especial positiva.

III. La cárcel es un instrumento contrario a todo diseño socio pedagógico, no tiene capacidad para afrontar programas terapéuticos. Ni en sus orígenes ni en su posterior evolución puede afirmarse que la cárcel se haya diseñado conforme a estos criterios que, como mínimo, apuntan a necesidad de respetar la diversidad como principio rector. Por otra parte, el tratamiento exigirá y ofrece la posibilidad de concebir de forma integrada todo el sistema penal como un proceso, pero este tan solo se refiere a las actividades terapéuticas nada más que en la fase ejecutiva de la pena, el marco estructural dentro del cual tiene lugar un suceso en la vida de una persona. Es decir, un tiempo relativamente breve que se inicia, formalmente, con el ingreso del sujeto como penado y

acaba con el momento en que abandona el establecimiento. Sin embargo, una correcta programación terapéutica haría recomendable la intervención en una fase previa en la que puede llegar a considerarse incluso el propio proceso penal y una fase posterior durante la cual el sujeto se encuentra en cualquiera de las modalidades de libertad condicionada bajo el control de los órganos de asistencia postpenitenciaria. En el desarrollo de este proceso tiene un peso muy destacado la interacción social entre la institución, el personal y los internos. Se considera que difiere poco de los procesos interactivos que se originan en la sociedad libre. Invocando necesidades terapéuticas la ejecución desde el siglo pasado se ha planteado como un sistema progresivo en el que el transcurso del tiempo permite rebajar el índice de privación de libertad. Pero a la postre este criterio objetivo-temporal no estaba en sintonía con las exigencias terapéuticas, lo que favoreció su uso vicarial como instrumento disciplinario. Hoy, se ha avanzado en la concepción de la ejecución penitenciaria como un campo de aprendizaje social y, aun cuando de manera residual siguen vigentes normas antinómicas de épocas anteriores, se tiende a una mayor fluidez.

IV. El tratamiento, como el trabajo, la formación y otras instituciones tienen precisamente la misión de favorecer esa fluidez y permitir que en el momento de la liberación el interno pueda incorporarse nuevamente a la sociedad con el menor número de problemas y tensiones.

De todo lo anterior se desprenden, a nuestro juicio, las posibilidades de recuperar una cierta esperanza frente a la crisis irreversible de la ideología resocializadora de los años setenta y ochenta.

Frente a todo este movimiento, en nuestra opinión, surge la necesidad de adquirir un compromiso con una corriente de pensamiento empeñada en la labor de formular críticamente los fines de la ejecución de la pena de prisión, procurando que esta no sirva como una coartada de dispersión y reforzamiento de la misma, sino que favorezcan una pena de menor lesividad para el condenado dentro de una estrategia reduccionista.

Esta perspectiva puede acogerse a partir de la idea de la reinserción social entendida como un proceso por medio del cual se remueven los obstáculos que impiden la participación del individuo en la vida social, cultural y política y, a la vez, se promueve el libre desarrollo de su personalidad. Se trata de huir de visiones profundamente ideologizadas y etizantes de tratamiento en combinación con ciertos aspectos regresivos rígidos de épocas anteriores que no se han sabido superar. Esta idea se encuentra sintetizada en las RPE cuando entre sus Principios Básicos señala que "cada internamiento debe gestionarse de manera que se facilita la reinserción social de las personas privadas de libertad", R.

9. Y, en esta misma línea insiste en que: “En el tratamiento no se deberá recalcar el hecho de la exclusión de los reclusos de la sociedad sino, por el contrario, el hecho de que continúan formando parte de ella. Con ese fin debe recurrirse, en lo posible, a la cooperación de organismos de la comunidad que ayuden al personal del establecimiento en su tarea de rehabilitación social de los reclusos”, R. 61. Esta comprensión tiene incuestionables ventajas frente a los planteamientos difusos de las concepciones reeducativas difíciles de traducir en propuestas de política penitenciaria. Cuando hablamos de ofertar recursos que favorezcan la reinserción social estamos necesariamente reconociendo que el interno es un sujeto de derecho –y no un objeto–, al que se le reconocen sus derechos salvo los afectados por la pena. También esta propuesta nos compromete con una prisión dinámica y abierta en la que se refuerzan aquellos medios que puede ayudar al interno a recuperar su integración en la sociedad tras la egrésión.

Así entendido, desde luego, denominar tratamiento a las actividades que se despliegan durante la ejecución de la pena para favorecer la vuelta a la sociedad no deja de ser una contradicción en sus términos ya que transfiere al ámbito penitenciario una terminología terapéutica y hospitalaria, propia del positivismo radical, reservada para las personas que sufren patologías sociales y que son tratadas por medios terapéuticos.

Esta contaminación de la semántica médica favorece la asociación de la criminalidad con patologías biopsíquica y desplaza todo programa que no sea el propuesto por las ciencias médico-psiquiátricas. Sería recomendable abandonar ese léxico que dificulta una comprensión laica de la actividad de reinserción social, la cual se encuentra en el basamento de todos aquellos institutos jurídicos empeñados en restringir la prisión a una privación de libertad ambulatoria y nada más.

2. Tipos de tratamiento

Con los años el debate sobre el tratamiento se ha situado en el centro de una polémica mucho más amplia de crítica hacia la propia prisión, que, sin duda, ha enturbiado el sentido social de aquella polémica. La valoración crítica del tratamiento penitenciario entendido como actividad directamente comprometida con la resocialización, y la necesidad de reelaborar unos nuevos contenidos en el sentido que hemos apuntado en el apartado anterior, no están en absoluto reñidos con la obligación del Estado de ofrecer un servicio de asistencia psicológica a los internos con el que ayudarle a superar los muchos daños que provoca la pérdida continuada de la libertad.

Probablemente no se puede mantener, como proponen las normas internacionales citadas al comienzo, que la prisión se modele conforme a las necesidades del tratamiento, pero de ahí tampoco puede extraerse que debemos hacer desaparecer la oferta de los programas de tratamiento penitenciario a la vista de su escaso éxito. El tratamiento no legitima la prisión, ni el actual uso desmedido de la misma, ni siquiera se puede traducir en propuestas de política penitenciaria o directrices de actuación dentro de un centro concreto, pero representa una tensión moral con el sistema que refuerza los principios de humanización del castigo y de respeto de los derechos de los privados de libertad. El destinatario no es solo el condenado o los responsables de la ejecución sino toda la sociedad que debe comprometerse en un empeño activo de estabilizar y mantener las relaciones humanas durante el tiempo penitenciario.

Es cierto que las posibilidades de llevar a la práctica en un centro penitenciario unos programas de tratamiento resultan poco menos que imposible porque a los problemas de masificación se suman problemas estructurales. No solo no está pensada una cárcel para ese tipo de actividad, sino que ni siquiera los trabajadores penitenciarios pueden asumirla responsabilidad de hacerlo. El éxito del tratamiento es más elevado cuanto más alta es la percepción de competencia profesional que los condenados tengan. El personal penitenciario no está formado para dirigir un programa de esas características y, además, compatibiliza sus funciones asistenciales con las represivas, por lo que el interno no lo ve como un técnico sino como una pieza más del mismo aparato represivo. La percepción de la población penitenciaria sobre los trabajadores es negativa y como terapeutas, nula.

A pesar de todo, la prisión debe ofertar a la población penitenciaria una programación de actividades diversas, que por voluntad de los legisladores identificamos como tratamiento, cuya orientación es *primum nill nocere*, es decir, equilibrar el daño penitenciario y poner a su disposición recursos que hagan más fácil la vuelta a la sociedad.

3. La incidencia de la evolución del tratamiento en el modelo de ejecución

La propuesta de tratamiento que defendemos exige que haya una autonomía entre tratamiento y las cuestiones relativas a la ejecución de la pena. Esta autonomía es un presupuesto de la libre aceptación del interno a someterse a los programas de tratamiento. Debido a la unidad conceptual propuesta por el positivismo criminológico que, como hemos visto, aún se encuentra presente en las normas nacionales e internacionales, los modelos penitenciarios insisten en

convertir el éxito del tratamiento en una condición que modula sustancialmente el contenido de la pena establecida. Son numerosos los beneficios penitenciarios –permisos de salida, régimen abierto, sistemas progresivos, libertad condicional, etc.– que dependen del “éxito” del tratamiento.

Esta interacción en una institución total y en manos de la Administración que la gestiona es una fuente de arbitrariedades y de inseguridad jurídica que vulnera el principio de legalidad y de igualdad. Las propuestas de un monismo penitenciario tienen las mismas objeciones que las que se hicieron al monismo como solución a las relaciones entre penas y medidas de seguridad.

La confusión que normalmente se presenta en las legislaciones de la región entre tratamiento y régimen penitenciario –o sistema de ejecución– es un factor importante en la restricción arbitraria de los derechos de las personas privadas de libertad. La cuestión se relaciona de manera directa con los límites y el sentido de intervención estatal en la aplicación del régimen penitenciario, por un lado, y en el diseño e implementación de estos programas terapéuticos, por el otro.

Las acciones de tratamiento deben estar desligadas de la posibilidad de acceso a institutos de atenuación del encierro para no transformar en coactiva la sujeción a estos programas. Es importante a este efecto que las normas de ejecución contengan disposiciones claras que permitan esta distinción, y que separen de modo genérico al conjunto de actividades que no son obligatorias de las que sí lo son. Así, el régimen penitenciario es el conjunto de normas que regulan cómo será la vida de las personas privadas de libertad en todos sus aspectos. Estas normas son, de forma general, de acatamiento obligatorio. El tratamiento, por el contrario, es el conjunto de actividades terapéuticas y asistenciales dirigidas directamente a colaborar en el proceso de "resocialización" de los internos. Estas actividades son aquellas que deben ser voluntarias y sobre las que es necesario garantizar la plena libertad de la decisión de los internos de aceptarlas o rechazarlas.

La CIDH ha dicho en este sentido que "la participación de los reclusos en estas actividades debe ser siempre voluntaria y no coactiva, pues la concepción actual de la rehabilitación promueve un mayor reconocimiento de que los cambios verdaderos y el desarrollo propio provienen de la elección. Lo que implica además que el tratamiento penitenciario debe estar encaminado a fomentar en los reclusos el respeto de sí mismos y desarrollar su sentido de la responsabilidad"; (CIDH, *Informe sobre los derechos Humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, 2011, p. 231).

Para que la voluntariedad no se encuentre seriamente comprometida es necesario que la indeterminación de la fecha posible de liberación no se vincule con el sometimiento de los programas de tratamiento; es decir, que no debería haber indicación alguna de que la liberación de un interno pueda acelerarse o postergarse debido su participación en estos programas. La importancia de la determinación temprana de cuáles actividades le serán exigibles al interno y cuáles no se relaciona en forma directa con las calificaciones e informes que luego la administración determina y que normalmente son los que la autoridad judicial analiza al momento de evaluar el otorgamiento de beneficios penitenciarios.¹⁵

En otro orden, es indispensable que estos "medios de tratamiento interdisciplinario" consistan en actividades concretas, que permitan la ponderación de elementos objetivos y verificables. De este modo, se evita la formulación de un vaticinio o predicción sobre el eventual comportamiento ilícito del interno en el futuro, y se evalúa la forma en que el interno cumplió con las actividades que integran el tratamiento penitenciario, pero sin condicionar de ningún modo la liberación a esos resultados.

Así, resulta central determinar cuáles son las actividades a considerar para efectuar esa evaluación y precisar, al mismo tiempo, sobre qué aspectos ese estudio no puede avanzar. Es claro que el principio de dignidad de la persona prohíbe toda referencia a cuestiones de carácter subjetivo orientadas a que opere una rectificación, recuperación, arrepentimiento, o cualquier otro resultado invasivo del libre desarrollo de la personalidad de los condenados.

15. Las legislaciones de la región recurrentemente evidencian la confusión entre régimen progresivo y tratamiento. Un ejemplo de ello lo hallamos en el art. 81 del Reglamento de la ley del Régimen Penitenciario de Guatemala: "El régimen progresivo está conformado por un conjunto de programas y actividades de carácter evaluativo, educativo, terapéutico, cultural, social, deportivo, de formación, capacitación, trabajo y demás acciones que promuevan la autorrealización, autodeterminación y compromiso de las personas reclusas al lograr su rehabilitación total". En cuanto a la voluntariedad los ejemplos también son diversos. La ley de ejecución de la pena Argentina proclama que el tratamiento deberá ser programado e individualizado y obligatorio respecto de las normas que rigen la convivencia, la disciplina y el trabajo. Toda otra actividad tendrá carácter voluntario (art. 5). Por su parte el art. 126 de la Ley de El Salvador prevé que: "Para la aplicación del tratamiento será necesario, en todos los casos, contar con el consentimiento del interno. De la negativa a aceptarlo no podrá derivarse ninguna consecuencia desfavorable dentro del régimen penitenciario. En todo momento se fomentará la participación del interno en el diseño, planificación y ejecución de su tratamiento. No se inculcarán otros valores que aquellos que libremente acepte o que fueren imprescindibles para una adecuada convivencia en libertad y respeto a la Ley". Sin embargo, seguidamente, esa aparente voluntariedad despojada de consecuencias es puesta en serias dudas por el art. 127: "El Consejo Criminológico Regional evaluará, periódicamente, los avances producidos, decidiendo la continuidad, la modificación o la finalización del tratamiento según lo que corresponda. El Consejo Criminológico Regional cuidará de armonizar el tratamiento con las actividades del régimen. Los avances o retrocesos en el tratamiento serán considerados para evaluar la progresión o regresión en las fases del régimen penitenciario". Más contundente y contradictorio es el art. 180 de la Ley Boliviana: "Se fomentará la participación del condenado en la planificación de su tratamiento; sin embargo, el condenado podrá rehusarse, sin que ello tenga consecuencias disciplinarias. La ejecución del Programa de Tratamiento será de cumplimiento obligatorio por el condenado".

Por otro lado, solo de esta manera podemos encontrar dentro de la prisión internos que, renunciando a someterse a un tratamiento o no necesitando de este o habiéndolo concluido, sigan manteniendo un status que les permita acceder en igualdad de condiciones todos los beneficios penitenciarios. Esta separación facilita que la actividad de tratamiento tenga un carácter universal y se ponga a disposición de todos los que se encuentran privados de libertad, porque es esta circunstancia y no la comisión de un delito la que legitima su oferta.

Con la experiencia acumulada en las últimas décadas estamos en condiciones de afirmar que este modelo monista en la forma de relacionar tratamiento y ejecución ha resultado un fracaso. Por una parte, no logra sus objetivos de incentivar las conductas activas y receptivas al tratamiento y, por el contrario, fomenta que el interno simule un interés condicionado por la inmediatez y la importancia del premio. Los logros positivos, cuando se alcanzan, son inestables porque dura el tiempo que el condenado tiene su libertad coagulada por la obtención de un beneficio penitenciario. Los programas de tratamiento no pueden ser unilaterales; si, como señalan las RMTR, tienen como objetivo “inculcarles la voluntad de vivir conforme a la ley, mantenerse con el producto de su trabajo y crear en ellos la aptitud de hacerlo”, (R. 65), la colaboración del interno es imprescindible.

Pero quizás los problemas más graves se derivan de que a falta de una oferta de programas de tratamiento con resultados fiables que sirvan de criterios para conceder o no beneficios, debido entre otras razones por la falta de recursos y la masificación, los criterios que se emplean para tomar esa decisión son puramente disciplinarios. De esta manera, se pone en manos de la Administración un poderoso instrumento de disciplina procedente de institutos que tienen otros objetivos. La diferencia no solo es importante sino necesaria para el desarrollo racional de ambas instituciones.

4. Modalidades de terapias en prisión

I. A continuación haremos una breve referencia a las modalidades de tratamientos terapéuticos más frecuentemente utilizados en los sistemas penitenciarios, reiterando que muchos de ellos tienen como objetivo un cambio de personalidad, lo cual sería contrario a los derechos de los privados de libertad, si no se cuenta con su consentimiento libremente emitido.

Psicoterapia. Se utiliza, a veces, como sinónimo de psicoanálisis aunque en realidad responde a una definición más estricta pese a participar de los mismos

principios. Los psicoterapeutas ven como obstáculo para el pleno desarrollo de los métodos psicoanalíticos la propia personalidad del delincuente.

Psicoanálisis. Dentro del psicoanálisis se han desarrollado numerosas técnicas de terapia desde las ya clásicas de Jung a otras orientadas al tratamiento educativo como las de Adler.

Como más frecuentes en el medio penitenciario podemos señalar las terapias de carácter individual y colectivas.

Terapia individual. Centrada en las fases preedipales y edipales; se busca un síntoma de allanamiento a través del cual podrá conseguirse el cambio de las estructuras de la personalidad del paciente. Los sentimientos de culpa y miedo son modificados y se produce un reforzamiento del yo. El problema que plantea el desarrollo de esta terapia en prisión es la lentitud del proceso que, con frecuencia, supera el del tiempo penitenciario y la falta de cualificación del personal.

Terapia de grupo. Dentro de la terapia de grupo se incluye también un importante número de técnicas que pueden tener como paciente a todo el grupo o al individuo o puede convertirse la terapia en el centro del programa o forma parte del mismo. A través de un mecanismo de proyección se posibilita al participante que descargue toda la problemática que guarda en su subconsciente sobre el resto de los miembros.

Por medio del peso horizontal del grupo, el cual es regularmente más efectivo que la autoridad del terapeuta, practicada verticalmente, pueden ser introyectadas con más facilidad las normas sociales que por medio de la terapia individual. La organización de esta modalidad terapéutica encuentra serias dificultades en un centro penitenciario ya que la selección de los individuos que deben de participar en la misma no coincide con las posibilidades regimentales.

Dentro de las terapias grupales –al menos, así concebida en sus orígenes– es frecuentemente empleada en los establecimientos penitenciarios el psicodrama (el psicodrama terapéutico; el existencial, el analítico, el hipnodrama, el sociodrama o interpretación de papeles, el etnodrama, etc.). Definido por su creador como un método mediante el cual se penetra en la verdad de la psique a través de ciertas actitudes, permite al individuo en relación con el resto del grupo poner en escena situaciones características o problemas insuperables de sus respectivas vidas. La experiencia en la clínica Van der Hoeven en Utrech demostró la utilidad de este método, solo contraindicado en los casos extremos

de conductas anormales, pero especialmente efectivo para las psicosis. La edad, la estructura de la personalidad y la sintomatología son factores irrelevantes para la selección de los miembros, en esto marca diferencias con las terapias de grupo.

II. Algunas terapias individuales pueden llevar lo penitenciario a límites de dudosa constitucionalidad, como es el caso de las terapias de conducta a partir de la teoría del aprendizaje. La técnica esencialmente consiste en alterar la sensibilidad y requiere una primera fase en la que el individuo va haciendo desaparecer el comportamiento desviado, para luego pasar a la que se reinicia un proceso de aprendizaje que nunca había llegado a desarrollarse con anterioridad al tratamiento. En relación con estas formas de terapias se suscita el problema de su compatibilidad con la dignidad de las personas y la prohibición de tratos inhumanos en los casos en los que se emplean técnicas de aversión particularmente agresivas –revulsivos, descargas eléctricas, fármacos, actos repetitivos de la conducta negativa, etc–.

Todas estas técnicas fueron favorablemente aceptadas por algunos científicos que vieron así resuelto el problema de la relación terapeuta-paciente que la mayoría de las terapias no pueden solucionar y además vieron garantizados unos éxitos más o menos seguros.

El problema entonces es averiguar cuáles son los factores que deben ser valorados prioritariamente para considerar si una determinada terapia es o no positiva. Si nos dejamos llevar por los criterios funcionalistas es lógico que este tipo de tratamiento aparezca ante nuestros ojos como muy sugestivo por su bajo costo de aplicación, escasa cualificación del personal, poco tiempo y altos porcentajes de éxito. Frente al resto de los modelos son razones poderosas para hacerlas atractivas. Sin embargo, nada nos dicen estos datos sobre qué tipo de socialización se ha conseguido para el paciente.

La terapia de comportamiento renuncia por principio a todos los conocimientos históricos-hermenéuticos, se sitúa al margen de contenidos ideológicos y frente a las implicaciones sociales de los métodos empleados; todo ello es posible gracias a una sobrevaloración de la eficacia, la economía y la higiene en lograr los resultados apetecidos. El sujeto-condenado-paciente es materialmente liquidado para poderlo manipular. Ni siquiera mediando su consentimiento pueden ser admisibles estas terapias porque lesionan la dignidad humana convirtiendo al hombre no en un ser independiente sino en esclavo del sistema.

Con argumentos aun de más peso deben ser rechazadas las somatoterapias de base física, química o quirúrgica –lobotomía, castración–, que parecen haber

encontrado una renovada legitimación con las nuevas líneas de investigación criminológica sobre las neurociencias en la búsqueda de las bases biológicas de la conducta humana.

No plantean, en cambio, ningún problema jurídico las llamadas terapias no directivas, como la terapia de la configuración o la terapia del contacto que, partiendo de una visión positiva del hombre, crean en el paciente las posibilidades óptimas para su autodesarrollo y reflexión. Incluso, la terapia de contacto abre nuevas posibilidades de reforzar los contactos con la sociedad libre más allá de las comunicaciones convencionales.

5. De los sistemas progresivos a los programas individualizados de intervención

Durante mucho tiempo las políticas penitenciarias se empeñaron en concebir el tiempo penitenciario de forma progresiva, rompiendo con la concepción monolítica del retribucionismo. Fue a finales del s. XVIII cuando proliferaron estos modelos que se les llamaron sistemas progresivos, abarcando dentro de este concepto una rica variedad de matices. Los sistemas progresivos fueron diseñados en los primeros momentos con criterios temporales-objetivos, de manera que según se iba extinguiendo el tiempo de pena el condenado disfrutaba de mayores espacios de libertad.

A mediados del pasado siglo se había acumulado experiencia suficiente para objetar a los sistemas progresivos una rigidez extrema. En efecto, los diseños del régimen que se aplicaba a los condenados estaban predeterminados; y estos, tras una clasificación, eran sometidos a uno de ellos que podía ser o no adecuado a sus circunstancias personales.

Para avanzar en la personalización de la ejecución los países del área anglosajona articularon formas que aseguraban que la ejecución en todos sus aspectos iba a estar condicionada por las circunstancias personales del condenado. Es decir, que apenas ingresa el condenado a cumplir la pena se diseña un programa individualizado de intervención que no es otra cosa que un documento dinámico en el que se recogen los aspectos más significativos de la ejecución de la pena para cada condenado –ocupación, programas educativos, ubicación, etc.– concibieron la ejecución. Los contenidos de estos programas se redactan por los equipos técnicos tras realizar una serie de entrevistas con el interno.

El interés de estos programas radica en la posibilidad de embridarlos, no con actividades resocializadoras, en el sentido clásico del término, sino respetando

el principio de la diversidad humana que se encuentra en relación con el principio del libre desarrollo de la personalidad y la libertad.

Capítulo VI. Relaciones con el mundo exterior

1. Introducción

Como hemos manifestado en capítulos anteriores y ha sido invocado en textos internacionales y nacionales, los fines de la ejecución de la pena privativa de libertad son un conjunto de objetivos que se resumen en el principio de resocialización. Así, por ejemplo, se ha reconocido expresamente en la CADH, al disponer que “las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados” (artículo 5.6). Conforme con ello, debe diseñarse el régimen penitenciario, facilitando vías que mantengan abiertas las relaciones con el mundo exterior. En aras de cumplir estos objetivos, se ha instaurado el principio de normalización penitenciaria, conforme al cual la vida que se desarrolla en prisión debe asemejarse lo más posible y siempre que las circunstancias lo permitan a la vida en el exterior.

Por su parte, las RMTR consideran como conveniente que antes del término de la ejecución de una pena o medida se adopten los medios necesarios para asegurar al interno un retorno progresivo a la vida en sociedad.

En este capítulo vamos a abordar el estudio de las llamadas relaciones con el mundo exterior, comenzando por el fundamento de tales medidas. Asimismo, nos vamos a referir a las diferentes modalidades de salidas que se encuentran más generalizadas en el derecho comparado, tales como los permisos ordinarios y los extraordinarios, que significan en cierta medida la presencia del penado en la sociedad libre, como preparación para su vida en libertad.

En este mismo contexto, se examinará la comunicación en el interior, con el análisis de las visitas íntimas y familiares; las comunicaciones orales; las comunicaciones epistolares y telefónicas y, finalmente, el acceso a los medios de comunicación. La amplia gama de contactos con el exterior durante la ejecución de la pena privativa de libertad ha permitido comprobar empíricamente las po-

sibilidades de modulación que tiene la libertad humana. Experiencias muy novedosas cuyo origen apenas tiene un siglo. Porque con anterioridad la prisión había sido concebida de modo monolítico sin fisuras ni posibilidades de ningún tipo que permitieran combinar la condición de interno con las salidas al exterior.

Estas experiencias se iniciaron con los sistemas progresivos y se han expandido de forma muy considerable en todos los países. Las salidas al exterior ofrecen la posibilidad de alcanzar unos índices muy elevados y recomendables de individualización de la pena durante su ejecución.

2. El fundamento de las relaciones con el mundo exterior

Si la finalidad del tratamiento penitenciario se orienta a la resocialización del penado preparándolo para su reingreso en la sociedad, tal premisa debe construirse a partir del reforzamiento de las relaciones con el exterior, moderando así el desarraigo que la pena privativa de libertad conlleva con respecto a la sociedad a la que pretenden retornar. En cierta forma la proliferación de estos contactos asociados a los fines resocializadores son la mejor de las pruebas de la imposibilidad de alcanzarlos mediante la privación de libertad. Cuando el legislador quiere introducir un instituto jurídico penitenciario a partir de estos fines no tiene más opciones que abrir la prisión para permitir que los internos puedan comunicarse con el mundo libre y alejarse de ella hasta donde sea posible.

Sin embargo, los contactos con el mundo exterior no se inspiran únicamente en estas ideas; de ser así, no tendrían el carácter universal que presentan, pudiendo beneficiarse cualquier interno sea cual sea su condición. Más allá de los fines resocializadores, los contactos con el mundo exterior humanizan este castigo, procuran que la prisión no rompa de forma irreversible las relaciones del interno con su familia o allegados. Es una manifestación del principio de humanización que inspiran en gran medida las modernas políticas penitenciarias como la única alternativa posible para evitar el retroceso a las prisiones custodiales, una vez que se ha verificado la imposibilidad de resocializar mediante el castigo.

Los contactos con el exterior no tienen un objetivo disciplinario pero pueden ser empleados –y se suelen emplear– como instrumentos muy eficaces para lograr la pacificación de un establecimiento y estimular la convivencia ordenada. Tanto mediante su restricción, como sanción, como ofreciendo contactos extraordinarios, como recompensa.

3. La presencia del penado en la sociedad libre durante la ejecución

En cumplimiento de estos principios, el Consejo de Europa ha destacado el significado penitenciario del permiso de salida recomendando a los Estados miembros que aquel se conceda en la forma más amplia posible por motivos médicos, educativos, profesionales, familiares, etc., debiendo alcanzar por igual no solo a los internos de las prisiones de régimen abierto, sino también a las prisiones de régimen cerrado a condición de que esto no sea incompatible con la seguridad pública.

Es una opinión generalmente aceptada a nivel penitenciario internacional, aquella que considera que las formas de salida de prisión propician la resocialización del penado, reforzando sus contactos con el mundo exterior. En los casos en los que el interno es autorizado a visitar su casa, el estigma que provoca la pena privativa de libertad se ve mitigado, propiciando, asimismo, el mantenimiento de los lazos familiares y con amigos.

Como ejemplo de las muchas modalidades que permiten estas salidas al exterior podemos mencionar un ejemplo del sistema penitenciario alemán. Se trata de modelos mixtos, en este caso, concebidos como beneficio penitenciario (en detalle, véase Capítulo 7). Quizás, la peculiaridad de esta figura a la que nos referimos es que busca soluciones intermedias para aquellos casos en los que la salida plena no es posible. Se denomina *Besuchsausgang* (salidas en lugar de visitas) y consiste en posibilitar a los internos reunirse con sus visitas fuera del establecimiento penitenciario por periodos cortos de tiempo de una o varias horas.

Casi toda la normativa internacional insisten en la conveniencia de potenciar estos contactos y los relacionan directamente con el compromiso resocializador. Especialmente expresa es la Recomendación Núm. R (82) 16 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre permisos penitenciarios (aprobado el 24 de septiembre de 1982). La Recomendación afirma, *inter alia*, como sigue:

“El Comité de Ministros, en virtud de los términos del artículo 15.b del Estatuto del Consejo de Europa, considerando que el permiso penitenciario es uno de los medios de facilitar la reintegración social del prisionero;

Vista la experiencia en este campo recomienda a los gobiernos de los Estados miembros:

1. Conceder permisos penitenciarios en la medida de lo posible por motivos médicos, educativos, ocupacionales, familiares y sociales.

2. Tener en consideración para conceder los permisos:

– la naturaleza y gravedad del delito, la longitud de la condena trascurrida y el período de prisión provisional completado,

– la personalidad y conducta del prisionero y el riesgo, si existiera, que puede presentar para la sociedad,

- la situación familiar y social del prisionero que puede haber cambiado durante la reclusión:
- el propósito del permiso, su duración y sus términos y condiciones;
- 3. Conceder los permisos tan pronto y frecuentemente como sea posible teniendo en cuenta los factores mencionados anteriormente.
- 4. Conceder permisos penitenciarios no sólo a prisioneros en régimen abierto sino también aquellos en régimen cerrado siempre que no sea incompatible con la seguridad pública (...)
- 9. Informar al prisionero, en la medida de lo posible, de las razones de denegación de un permiso,
- 10. Proporcionar los medios para que esa denegación pueda ser revisada”.

En otras ocasiones se ha exigido a los países que aseguren, al menos, unas salidas circunstanciales, como la de permitir que los penados puedan estar presente en casos de fallecimiento o enfermedad de parientes (regla 44.2 RMTR).

El desarrollo de los contactos con el mundo exterior, especialmente, aquellos que permiten la salida del interno no siempre son aceptados pacíficamente por la opinión pública. No es extraño que los medios de comunicación se hagan eco en tono crítico sobre estas medidas de excarcelación adelantadas. Por esta razón el éxito de estos programas dependen de manera muy significativa de una correcta selección de los internos que van a disfrutar de las salidas para evitar incidencias negativas. Las circunstancias personales deben ser ponderadas por los órganos competentes para evitar que un fracaso obligue a restringir el disfrute de los permisos a quienes son inocentes.

3.1. Los permisos ordinarios

Se trata del contacto con la sociedad libre de mayor alcance ya que el interno egresa en absoluta libertad durante el periodo de tiempo que dure el permiso. Le denominamos ordinario porque se distribuye, por lo general, de forma regular a lo largo del tiempo penitenciario. En este sentido, tiende a concebirse como un elemento objetivo de la ejecución. A veces como medida complementaria se obliga al interno a personarse en determinadas dependencias oficiales, o a no acudir a determinados lugares o se le obliga a residir en un sitio concreto. Para estas últimas obligaciones complementarias se emplean cada vez con mayor frecuencia los controles telemáticos.

La concesión del permiso, allá donde está contemplado por la legislación, es, por lo general, potestativa y, por las razones antes apuntadas, se condiciona al informe preceptivo de un equipo técnico, entendiéndose por tal el equipo formado por profesionales especializados en las conductas. La denegación del mismo debe realizarse mediante decisión motivada para que el interesado pueda recurrirla si no está conforme con ella.

Una correcta gestión en la concesión y organización de estos permisos garantizan un éxito muy alto, con muy pocas incidencias negativas y casos de no retorno. Apenas alcanzan un tres por ciento los casos de fracaso, entendido este término en un sentido general.

La cuestión relativa a su naturaleza jurídica ha suscitado un enconado debate. La legislación de Luxemburgo, por ejemplo, reconoce expresamente al permiso ordinario penitenciario como auténtico “privilegio” (“Boulouis contra Luxemburgo”, PROV 2012,122542, GS, núm. 37575/04, TEDH 2012). Otras legislaciones no hacen mención expresa de la categoría de dicho instituto, sino que solo se utiliza la expresión “podrá concederse”, lo que indica que las autoridades penitenciarias disfrutan de un cierto grado de discreción para decidir si se concede o no. Sin embargo, este factor no es concluyente y debe prestarse atención a la interpretación de esta disposición por los tribunales nacionales.

Hay una convención bastante extendida que niega que estos permisos penitenciarios constituyan derechos subjetivos o fundamentales de los privados de libertad. Sin embargo, a nuestro juicio, la evolución en el derecho comparado va en sentido inverso, de forma que se tienden a conceder de forma generalizada, salvo que, excepcionalmente, concurren razones que hagan recomendable su denegación. Distintas razones respaldan esta opinión.

En primer lugar, hemos de tener en cuenta que estos permisos son un instrumento imprescindibles para hacer compatible en unos términos mínimos la condición de privado de libertad con los derechos a la familia y al desarrollo integral de la personalidad, cuyo núcleo esencial, como tal derecho no deber verse afectado por la condición de interno. Por otra parte, la concesión generalizada de estos permisos hace que la prisión rebaje considerablemente sus peores defectos; la prisionalización, las mafias carcelarias, las tensiones se ven considerablemente relajadas si a la población penitenciaria se le permite seguir disfrutando de estos contactos mínimos periódicos con el exterior. Las consecuencias prácticas de ser considerado como derecho y no como beneficio son muy destacadas. De ellas podemos destacar las siguientes:

- Solo podrá limitarse este derecho si así lo establece una ley.
- La Administración penitenciaria tendrá que conceder el permiso cuando concurren los requisitos legales.
- Los internos tienen que tener reconocidas unas vías de queja ante los tribunales ordinarios para exigir y garantizar el reconocimiento de este derecho.
- Las normas que recogen las condiciones de acceso a este derecho se deben interpretar de forma favorable al reo y de conformidad con los principios que inspiran el sistema.

I. Veamos algunos ejemplos de este tipo de permisos en los países de la región:

ARGENTINA

Se contempla un régimen de salidas transitorias que va desde las 12 hs hasta las 72 hs y pueden otorgarse: a) Para afianzar y mejorar los lazos familiares y sociales; b) Para cursar estudios; c) Para participar en programas específicos de prelibertad ante la inminencia del egreso por libertad condicional, asistida o por agotamiento de condena. Las salidas pueden concederse acompañado por un empleado que en ningún caso irá uniformado; confiado a la tuición de un familiar o persona responsable o bajo palabra de honor (art. 16 Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad).

Para la incorporación a salidas transitorias se requiere: estar incorporado al Período de Prueba; haber cumplido la mitad de la condena o, si la pena es perpetua, 15 años de condena; no tener causa abierta donde interese su detención u otra condena pendiente; poseer conducta ejemplar o el grado máximo susceptible de ser alcanzado según el tiempo de internación; merecer, del organismo técnico-criminológico, concepto favorable respecto de su evolución y sobre el efecto beneficioso que las salidas puedan tener para el futuro personal, familiar y social del condenado. En los casos de las personas condenadas por delitos contra la integridad sexual, antes de adoptar una decisión, se debe requerir un informe del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución y se notificará a la víctima o su representante legal que será escuchada si desea hacer alguna manifestación (art. 17 Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad).

BOLIVIA

Según el art. 136 de la Ley 2298: "Los actos del condenado que pongan de manifiesto su buena conducta, espíritu de trabajo, voluntad de aprendizaje, participación activa en eventos y sentido de responsabilidad, serán estimulados con una de las siguientes recompensas: 1. Notas meritorias; 2. Permisos de salida por veinticuatro horas, independientemente de aquellos permisos como derechos; y, 3. Otras que se establezcan por reglamento. La recompensa prevista en el numeral 2) solo podrá otorgarse a los condenados que se hallen al menos en el segundo período del Sistema Progresivo".

El art. 167 prevé las denominadas "salidas prolongadas": "Los condenados clasificados en el período de prueba, podrán solicitar al Juez su salida prolongada, por el plazo máximo de quince días, cumpliendo los siguientes requisitos: 1. No estar condenado por delito que no permita indulto; 2. Haber cumplido por

lo menos dos quintas partes de la pena impuesta; 3. No haber sido sancionado por faltas graves o muy graves en el último año; y, 4. Ofrecer dos garantes de presentación. Las salidas prolongadas solo podrán concederse una vez por año".

CHILE

El art. 96 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios prevé los siguientes "permisos de salida": a) la salida esporádica; b) la salida dominical; c) la salida de fin de semana, y d) la salida controlada al medio libre. La concesión, suspensión o revocación de los permisos es una facultad privativa del Jefe de Establecimiento. Solo podrá concederlos a los internos que gocen de informe favorable del Consejo Técnico. Para estos efectos se entenderá que existe informe favorable cuando el Consejo Técnico se pronuncie positivamente acerca de la postulación del interno. Las sesiones de los Consejos Técnicos serán secretas y sus deliberaciones y acuerdos constarán en el acta respectiva" (art. 98 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios).

En la salidas dominicales (art. 103 REP) los internos condenados, previo informe favorable del Consejo Técnico del respectivo establecimiento penitenciario y a partir de los doce meses anteriores al día en que cumplan el tiempo mínimo para optar a la libertad condicional, podrán solicitar autorización al Alcaide para salir del establecimiento los días domingos, sin custodia, por un período de hasta quince horas por cada salida.

La salida de fin de semana (art. 104 REP) puede ser solicitada por los internos condenados que durante tres meses continuos hayan dado cumplimiento cabal a la totalidad de las obligaciones que impone el beneficio de salida dominical. En este caso podrán ser autorizados para salir del establecimiento desde las dieciocho horas del día viernes hasta las veintidós horas del día domingo como máximo. Se requiere informe favorable del Consejo Técnico del establecimiento penitenciario respectivo.

Finalmente la salida controlada al medio libre (art. 105 REP) está prevista para los internos condenados que cuenten con informe del Consejo Técnico del respectivo establecimiento penitenciario y se encuentren a menos de seis meses del día en que cumplan el tiempo mínimo para optar a la libertad condicional. Consisten en la autorización para salir durante la semana por un período no superior a quince horas diarias, con el objeto de concurrir a establecimientos laborales, de capacitación laboral o educacional, a instituciones de rehabilitación social o de orientación personal, con el fin de buscar o desempeñar trabajos. El permiso se concederá por los días y extensión horaria estrictamente necesarios

para la satisfacción del objetivo que le sirva de causa. Los internos a quienes se haya concedido este permiso para salir todos los días de la semana podrán ser autorizados para gozar de la salida de fin de semana.

EL SALVADOR

Según el art. 92 de la Ley Penitenciaria los permisos pueden obtenerse en los siguientes casos: 1) Por razón de grave enfermedad o muerte de su cónyuge, convivientes, ascendiente o descendiente, y hermanos; 2) Para participar en actividades culturales, laborales y deportivas entre los establecimientos penales, o con ocasión de eventos de trascendencia comunal o nacional organizados por la Dirección General, entidades estatales, patronatos o asociaciones de asistencia a los internos; y 3) Para contraer matrimonio, cuando no sea posible la concurrencia del funcionario competente, sacerdote o ministro del culto al cual pertenece el interno. 4) Para realizar actividades laborales fuera de los establecimientos penitenciarios, con fines de tratamiento. El permiso de salida podrá ser otorgado por el Juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena o el Director del centro en el caso de los condenados; y por el juez de la causa en el caso de los detenidos provisionales. En ambos casos, el juez competente deberá comunicar su resolución al Director del centro, en la cual determinará el tiempo del permiso y la custodia, si fuere necesaria.

El art. 98 de la Ley Penitenciaria dispone que los permisos pueden obtenerse a partir de la fase de confianza. El ingreso a la fase de confianza es decidido por el Consejo Criminológico Regional. La decisión es recurrible ante el Consejo Criminológico Nacional. Las condiciones para ingresar a la fase de confianza son: 1) Haber cumplido la tercera parte de la pena; y, 2) Demostrar avances en el desarrollo de la personalidad. A este fin, se valorarán en conjunto las relaciones del interno con la comunidad penitenciaria y con el exterior, su predisposición a participar en la vida de su grupo social, la conducta, los progresos demostrados en los programas de instrucción educativa, su actividad laboral y, en los casos de internos que reciban tratamiento, los resultados producidos en el mismo. (art. 99).

GUATEMALA

Según el art. 68 de la Ley del Régimen Penitenciario, "Salidas transitorias y beneficios", la persona reclusa que se encuentre en la fase de prelibertad podrá gozar de permisos de salida de fin de semana, o de salidas diurnas con la obligación de pernoctar en el centro. Podrá gozar además de otros beneficios, como ser colocado en algún sector específico del centro. Tanto las salidas transitorias como los beneficios relacionados se ejecutarán de conformidad con lo

dispuesto por el juez de ejecución correspondiente. El incumplimiento voluntario de los horarios y condiciones impuestas por el juez de ejecución, conllevará el regreso automático a la fase de tratamiento y la imposibilidad de realizar actividades fuera del centro hasta que sea promovido nuevamente a esta fase.

HONDURAS

Prevé el art. 88 de la Ley del Sistema Penitenciario Nacional: “La Dirección del Establecimiento Penitenciario, previo el informe favorable del personal técnico y de seguridad y orden del mismo, puede autorizar salidas de personas internas en el Establecimiento a su cargo en los siguientes casos: 1) Para efectuar diligencias personales en los casos de grave enfermedad o muerte comprobadas de padres, hijos, hermanos y cónyuge o compañero(a) de hogar; 2) Cuando las salidas tengan por finalidad la preparación para la vida libre, de conformidad con el Programa de Tratamiento Progresivo Individual; y, 3) Para actuar en lugares públicos como integrantes de grupos culturales, artísticos o deportivos, siempre que estos se encuentren establecidos en el Programa de Tratamiento Progresivo Individual aplicable a las personas internas de que se trate. [...]”

NICARAGUA

El art. 60 de la Ley del Régimen Penitenciario y ejecución de la pena contiene el llamado “Régimen de convivencia familiar”. El régimen de convivencia familiar se establece como un período previo a la libertad definitiva, su objetivo es fortalecer las relaciones del privado de libertad con su núcleo familiar, preparándolo para su vida social al recuperar su libertad. En este régimen, los privados de libertad conviven en el exterior del centro penitenciario junto a su familia de origen o adquirida, estos internos aún se encuentran vinculados al Sistema Penitenciario Nacional. Para el control de estos, se deben establecer los mecanismos de control y registros que al efecto consideren pertinente las autoridades del Sistema para dar garantía plena a quién goce del beneficio de este régimen y cuanto resulte necesario. Bajo este régimen, se podrán ubicar a los ciudadanos que en general carezcan de antecedentes penales, siempre y cuando los delitos por los cuales hayan sido procesados y condenados no sean aquellos que por su naturaleza no aceptan fianza de ningún tipo. La incorporación a este Régimen es a propuesta del director general del centro penitenciario, quien debe de coordinar con el juez executor de la pena, en base a los criterios y las recomendaciones del equipo interdisciplinario.

PARAGUAY

La incorporación al "Período de Prueba" incluye la posibilidad de obtener salidas transitorias del establecimiento (art. 54 del Código de Ejecución Penal). Según el art. 56 las salidas transitorias del interno podrán ser autorizadas por el tiempo que disponga el Juez de Ejecución, regularmente hasta un máximo de cuarenta y ocho horas y, excepcionalmente, hasta un período de setenta y dos horas. Las salidas transitorias del interno tendrán como fundamento el afianzamiento de sus vínculos familiares y sociales o su participación en programas específicos, previos a la libertad condicional o por compurgamiento de la pena (art. 57).

Para la concesión de las salidas transitorias o la incorporación al régimen de semilibertad, se requiere: 1) Haber cumplido por lo menos la mitad de la pena. 2) No tener causa abierta u otra condena pendiente. 3) Poseer buena conducta. 4) Merecer, por parte del organismo técnico-criminológico y del Consejo de Asesor del establecimiento, un concepto favorable respecto a su evolución y sobre el efecto beneficioso que la salida o el régimen de semilibertad pudieran tener para el futuro personal, familiar y social del interno (art. 59).

REPÚBLICA DOMINICANA

Las salidas transitorias requieren que el penado esté incorporado al Período de Prueba. El período de prueba comenzará a aplicarse: para aquellos condenados hasta 5 años, después del cumplimiento de un tercio de la pena; para los condenados a más de 5 años, después de un cuarto de la pena; en situaciones especiales se podrá proponer la puesta en prueba de algún recluso que no caiga dentro de estas disposiciones, en cuyo caso la decisión quedará a cargo de la Comisión de Vigilancia, Evaluación y Sanción. En todos los casos, cuando la pena es superior a 5 años el período de prueba no podrá ser menor a 20 meses.(art. 16 de la Ley No. 224 Sobre Régimen Penitenciario).

Las salidas fuera del establecimiento podrán concederse después que el condenado haya cumplido por lo menos un tercio de su pena, bajo la palabra de honor del recluso, con la compañía de un funcionario de vigilancia no uniformado, o confiado a la custodia de alguna persona que merezca confianza (art. 18). Son finalidades primordiales de los permisos de salida del recluso: el afianzamiento de los vínculos familiares y sociales, la búsqueda de trabajo, y el alojamiento y documentación personal, y como etapa de preparación psicológica para su futura vida en libertad (art. 19).

URUGUAY

Durante la condena, el penado puede gozar de “salidas transitorias” cuando ha cumplido un tercio de la pena, en caso de pena de penitenciaría. Las salidas transitorias son autorizadas por el Juez de la causa, previo informe del Establecimiento de Reclusión y dictamen del Fiscal de la causa. Estas salidas se pueden conceder en régimen de hasta 72 hs. semanales, y se otorgan de manera progresiva, por ejemplo: primero se otorgan 4 hs. semanales y luego se va aumentando.

3.2. Los permisos extraordinarios

A diferencia de los anteriores estos no son elementos objetivos de la ejecución de la pena, sino excepciones motivadas por diversas circunstancias, tales como muerte o enfermedad grave de familiar o allegado, o persona vinculada sentimentalmente, alumbramiento de la pareja del penado o contraer matrimonio. El carácter finalístico de estos permisos, a diferencia de los anteriores, hace recomendable que tengan la máxima flexibilidad en cuanto a su duración y las condiciones en las que se va a producir, en atención a la razón que lo justifica y el grado de peligrosidad que tenga el interno. Este permiso es generalista y debe estar prevista su aplicación para toda la población penitenciaria con independencia de su condición penal y procesal. La fundamentación de estas autorizaciones se justifica por razones humanitaria, sin estar restringida por ello, respecto a su concesión, con la excepción de la adopción de aquellas medidas de seguridad convenientes.¹⁶

Las principales críticas que se han esgrimido contra los permisos ordinarios y extraordinarios radican en el riesgo o peligro tanto de quebrantamiento de condena, como de posible comisión de un nuevo delito. Sobre este extremo resulta muy significativa la Decisión del TEDH, Sección 3ª, “Caso Jaurrieta Ortigala contra España”, de 22 enero 2013. El demandante, ciudadano español, presentó su demanda ante el Tribunal cuando estaba cumpliendo condena de cuatro años y un mes impuesta por la Audiencia Nacional y una condena de quince meses impuesta por el juzgado de lo penal número 4 de San Sebastián por delitos contra la salud pública y conducta amenazadora. El 19 de enero de 2006, la Junta de prisiones le denegó un permiso penitenciario ordinario. El 7

16. Las legislaciones penitenciarias de la región contemplan, casi sin excepción, este tipo de permisos extraordinarios: Argentina (Art. 166 de la Ley 24.660); Bolivia (art. 109 de la ley 2298); Chile (art. 100 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios); El Salvador (art. 92 de la Ley Penitenciaria); Honduras (art. 88 de la Ley del Sistema Penitenciario Nacional); Nicaragua (art. 69 de la Ley del Régimen Penitenciario y ejecución de la pena); Paraguay (art. 129 del Código de Ejecución Penal); Perú (art. 43 del Código de Ejecución); República Dominicana (art. 21 Ley 224 sobre Régimen Penitenciario).

de marzo de 2006, el Juez Central de Vigilancia Penitenciaria de Madrid confirmó el rechazo de la Administración penitenciaria debido a que el demandante podía violar las condiciones de su permiso (riesgo del 25%), por encontrarse el demandante pendiente aún de otros procedimientos penales ante los tribunales, y no habiendo garantía de que el permiso, caso de ser concedido, fuese debidamente utilizado. Sin embargo, deslegitimar la aplicación de estas medidas y lo pernicioso de las mismas sobre meras conjeturas o presunciones no es un argumento sólido, que en absoluto puede deslucir las innumerables ventajas que los permisos de salida conllevan, dirigidos básicamente a preparar al interno para su reingreso a la vida exterior.

4. Las comunicaciones en el interior

El Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión establece que “toda persona detenida o presa tendrá el derecho de ser visitada, en particular por sus familiares, y de tener correspondencia con ellos y tendrá oportunidad adecuada de comunicarse con el mundo exterior, con sujeción a las condiciones y restricciones razonables determinadas por la ley o reglamentos dictados conforme a derecho” (Principio 19). En términos parecidos se expresan las RMTR decretando que “los reclusos estarán autorizados para comunicarse periódicamente, bajo la debida vigilancia, con su familiares y con amigos de buena reputación, tanto la correspondencia como mediante visitas” (Regla37) y, también, los PBP articulan el contacto con el exterior de los penados, al reconocer que “las personas privadas de libertad tendrán derecho a recibir y enviar correspondencia, sujeto a aquellas limitaciones compatibles con el derecho internacional; y a mantener contacto personal y directo, mediante visitas periódicas, con sus familiares, representantes legales, y con otras personas, especialmente con sus padres, hijos e hijas, y con sus respectivas parejas. Tendrán derecho a estar informadas sobre los acontecimientos del mundo exterior por los medios de comunicación social, y por cualquier otra forma de comunicación con el exterior, de conformidad con la ley” (Principio XVIII).

Las comunicaciones son, en un análisis de derecho comparado, las formas más empleadas de posibilitar los contactos con el mundo exterior.¹⁷ Aunque no tienen las ventajas de la excarcelación, sí resultan muy segura gracias a la moderna

17. Argentina (Art. 158 de la Ley 24.660); Bolivia (Art. 103 de la Ley 2298); Chile (Arts. 49 y 50 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios); Ecuador (Arts. 713-717 del Código Orgánico Integral Penal); Guatemala (art. 20 de la Ley del Régimen Penitenciario); Honduras (Art. 83 de la Ley del Sistema Penitenciario Nacional); México (Art. 12 de la Ley de Readaptación Social); Nicaragua (Art. 70 de la Ley N°743); Paraguay (Art. 130, 2da parte del Código de Ejecución Penal); Perú (Art. 37 del Código de Ejecución); República Dominicana (art. 35 Ley No. 224 Sobre Régimen Penitenciario); Venezuela (art. 58 Ley de Régimen Penitenciario).

tecnología y muy económicas, ya que la población no se desplaza sino que lo hacen sus familiares.

Generalmente, las legislaciones disponen que toda la población pueda disfrutar de las comunicaciones salvo los sancionados o los que se encuentren incomunicados por orden judicial. Para facilitarlas se debe siempre contemplar excepciones a los calendarios comunes para casos de extranjeros o de internos de-subicados de su región.

Las comunicaciones deben disfrutar de la máxima privacidad, de manera que solo se establezca un control visual, pero no se intervengan los contenidos de las conversaciones, por lo tanto se puede emplear la lengua que se desee. En caso de que esto suceda deberá mediar la correspondiente orden judicial. No obstante, cabe la suspensión de la comunicación cuando el interno o la visita no tengan un comportamiento correcto. Por su trascendencia, es conveniente que sea a una autoridad judicial a quien corresponda aprobar la suspensión.

Al respecto la CIDH ha declarado que el Estado tiene la obligación de facilitar y reglamentar el contacto entre los reclusos y sus familias, y de respetar los derechos fundamentales de estos contra toda interferencia abusiva y arbitraria. En este sentido refirió que: "En razón de las circunstancias excepcionales que presenta el encarcelamiento, el Estado tiene la obligación de tomar medidas conducentes a garantizar efectivamente el derecho de mantener y desarrollar las relaciones familiares. Por lo tanto, la necesidad de cualquier medida que restrinja este derecho debe ajustarse a los requisitos ordinarios y razonables del encarcelamiento" (CIDH, Informe No. 67/06, Caso 12.476, Fondo, Oscar Elías Biscet y otros, Cuba, 21 de octubre de 2006, párr. 237; CIDH, Informe No. 38/96, Caso 10.506, Fondo, X y Y, Argentina, 15 de octubre de 1996, párr. 97 y 98).

El interno puede negarse a comunicar, incluso, cuando se trata de una visita de la autoridad judicial, salvo en aquellos casos en los que el proceso no permite eludir la obligación de personarse en el juzgado a instancias del juez que lleva la causa penal.

Una cuestión compleja que no encuentra una solución unívoca en el derecho comparado es la relación que debe existir entre el interno y los visitantes. Por lo general estos quedan circunscritos al círculo de familiares, pero semejante restricción, aparte de no estar en sintonía con la evolución de la familia en el mundo actual, representa un privilegio tribal escasamente justificado. La condición de familia no es ni mejor ni peor que la de amigo o conocido; en consecuencia, restringir solo a aquellos el derecho de visita es una limitación injustificada del derecho al ejercicio de un derecho fundamental de los internos. Otra

cosa distinta es excluir ciertas personas cuando median los correspondientes informes, policiales, judiciales o penitenciarios que justifican esa decisión. En estos casos debe notificarse al interno este extremo para que, si lo desea, pueda recurrir la no autorización.

Finalmente, es sabido que para las personas encarceladas el contacto con sus familiares es prioritario desde el aspecto afectivo y emocional. En la región, sin embargo, debe añadirse también el factor material pues en muchas de las cárceles el Estado no cumple con el oportuno y suficiente suministro de los elementos que necesitan las personas privadas de libertad para satisfacer sus necesidades básicas. Es así que la visita de familiares o allegados en ocasiones se transforma en el acercamiento de ayuda material para sobrellevar la estadía en la cárcel, un factor que debe tenerse particularmente en cuenta al momento de garantizar la continuidad y frecuencia de este tipo de comunicaciones.

4.1. Las visitas íntimas y de grupo familiar

I. Con la pretensión de “normalizar” la vida en la prisión, facilitando que el interno mantenga sus relaciones con familiares, evitando la desconexión de la sociedad la legislación comparada penitenciaria contempla la “visita íntima”, intentando paliar el problema sexual que padecen las personas privadas de libertad quienes, por estar reclusos en un centro penitenciario, se hallaban impedidos de mantener relaciones sexuales.¹⁸

Desde un punto terminológico han sido varias las acepciones que se han utilizado, por ejemplo “visita conyugal”, “visita sexual” o “vis a vis”, siendo preferible adoptar el vocablo “visita íntima”, al ser el más omnicompreensivo de todos los términos empleados, si tenemos en cuenta que el objetivo de esta medida reside en la “intimidad de la visita”. Asimismo, esta terminología es más correcta al englobar tanto los contactos conyugales, como los extraconyugales.

Entre las causas que despertaron el interés de la doctrina por el tema de la sexualidad en las prisiones puede citarse las posibles desviaciones que se podían derivar a raíz de la privación de libertad. Si los internos, separados por razón de sexo, obligados a una castidad forzada, solo podían entrar en contacto con internos del mismo sexo, podrían, finalmente, derivar en agresiones homosexuales. En segundo lugar, la abstinencia obligatoria que conlleva la reclusión sin

18. En nuestra región confróntese: Argentina (Art. 167 de la Ley 24.660); Bolivia (Art. 106 de la ley 2298); Chile (Art. 51 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios); Costa Rica (art. 66 del Reglamento Técnico del Sistema Penitenciario y art. 1° del Reglamento de Visita Íntima); Guatemala (art. 21 de la Ley del Régimen Penitenciario); Honduras (Art. 89 de la Ley del Sistema Penitenciario Nacional); México (Art. 12 de la Ley de Readaptación Social); Nicaragua (Art. 72 de la Ley N°743); Paraguay (Art. 131 del Código de Ejecución Penal); Perú (Art. 58 del Código de Ejecución); República Dominicana (art. 36 Ley No. 224 Sobre Régimen Penitenciario).

sexualidad genera un aumento de la agresividad en las relaciones humanas en el centro penitenciario, provoca frecuentes tensiones y motines carcelarios. Una sociedad sin relaciones sexuales y afectivas es una sociedad artificial y violenta. Las visitas íntimas atenuarían no solo la privación de libertad, sino especialmente contrarrestaría las carencias sexuales originadas por un largo período de tiempo de internamiento, y, de igual forma, las afectivas.

Teniendo en cuenta que con estas visitas se pretende hacer compatibles la ejecución de la pena con la satisfacción de las naturales necesidades sexuales y afectivas del ser humano, debe establecerse un ambiente idóneo para expresar las mismas. En aras de poder ejercitar este derecho, la legislación internacional prescribe que los centros penitenciarios dispongan de locales *ad hoc*, adecuados para celebrar este tipo de visitas.

Por lo tanto, previamente a la concesión de estas visitas deben adecuarse las condiciones arquitectónicas de los centros penitenciarios, al objeto de proporcionar el recato y decoro que tales comunicaciones requieren. No se trata solo de asegurar un mobiliario adecuado y garantizar una privacidad, sino que, también, debe procurarse un contexto mobiliario que permita olvidar aunque sea en un espacio reducido las instalaciones penitenciarias. Por otro lado, la frecuencia de las visitas se ve muy condicionado por la disponibilidad de recursos.

Especialmente en las prisiones de grandes dimensiones es imposible atender de forma razonable los deseos de acceder a estas visitas. Conviene recordar lo que ya han establecido las normas internacionales en el sentido de que el ejercicio de derechos fundamentales, como en este caso, no puede limitarse o negarse por razones de no disponibilidad de recursos.

Es posible y, por tanto, de obligado cumplimiento, tener unas instalaciones para estos encuentros en proporción al volumen de población penitenciaria. Alegar razones presupuestarias no es más que una coartada que expresa ante todo falta de compromisos con una política penitenciaria acorde con el Estado de Derecho.

A este respecto ha dicho la CIDH que: "Los estados deben garantizar que las visitas íntimas de pareja de los reclusos y reclusas también se realicen dignamente en condiciones mínimas de higiene, seguridad y respeto por parte de los funcionarios. Esto implica que deben crearse locales destinados a este propósito y evitar la práctica de que los reclusos y reclusas reciban a sus parejas en sus propias celdas"; (CIDH, Informe sobre los derechos Humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, 2011, p. 221).

Como cualquier derecho reconocido a los internos, las leyes penitenciarias admiten la posibilidad de su restricción, en aquellos casos en los que tales contactos con el exterior supongan un peligro para la seguridad de la vida en prisión. Ciertamente, las visitas de esta naturaleza generan riesgos de que puedan ser empleadas para la introducción en el establecimiento de artículos prohibidos. Para prevenir estos riesgos no solo pueden prohibirse las visitas íntimas o familiares a ciertos internos o a ciertas personas del exterior, sino que pueden suspenderse. Como en las demás ocasiones la resolución debe motivarse, para que el afectado pueda recurrirla, si lo desea, ante la autoridad judicial competente.

II. En el plano de la legislación internacional, las “visitas íntimas” han sido expresamente reconocidas y respaldadas por relevantes textos internacionales. Sin embargo, la proyección de criterios morales sobre las visitas íntimas es lamentablemente muy frecuente. De forma explícita o no, legisladores y jueces invocan unos criterios morales restrictivos que no se exigen a las personas en la sociedad libre.

Finalmente, las RMTR han contemplado asimismo la sexualidad de los internos, en los siguientes términos: “A los internos casados de uno u otro sexo podrá permitírseles, a su requerimiento, visitas privadas de los cónyuges, sin tomar en cuenta la calificación de su conducta, una vez que, adecuadas las condiciones de la arquitectura, pueda esta proporcionar el recato y el decoro que inspira la institución matrimonial” (Regla 52). “La Administración penitenciaria podrá permitir a los demás internos la visita privada de personas de otro sexo en locales agrupados. Nunca podrá hacerlo en el mismo lugar donde los casados reciben a sus cónyuges” (Regla 53).

El principio de normalización que debe inspirar el sistema penitenciario entraña que los contactos sexuales entre los internos y sus parejas deberían autorizarse bajo condiciones absolutamente normales, lo que implicará, asimismo, proveer medios anticonceptivos y profilácticos (Regla 60. 1 RMTR).

En la jurisprudencia europea han sido frecuentes las demandas que se han interpuesto alegando la vulneración de artículo 8 del CEDH que garantiza que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia” (artículo 8.1). En la Demanda nº 6564/74, decisión de 21 de mayo de 1975, el demandante cumplía una pena privativa de libertad, y alegaba privación de proseguir con su vida conyugal. A este respecto, consideró la Comisión que “habida cuenta de la legislación y de la práctica de los Estados partes en el Convenio en esta materia (...) el sistema que prohíbe a los detenidos recibir la visita de su mujer en prisión era admisible en virtud de

las disposiciones del párrafo segundo del artículo 8, que autoriza la injerencia de una autoridad pública, siempre que sea necesaria la seguridad pública”.

III. Otro aspecto controvertido que la “visita íntima” plantea como contacto con el exterior la cuestión relativa a su naturaleza jurídica. Históricamente, esta medida fue considerada una recompensa penitenciaria, conectada con la idea de expiación y castigo que el delincuente privado de libertad cumplía. Con la evolución del sistema penitenciario, abandonando esa idea de expiación, la “visita íntima” reviste, más correctamente la naturaleza de derecho del interno, que si bien es privado de la libertad ambulatoria, conserva, no obstante, su derecho a la libertad sexual.

Al igual que ha sucedido con relación al control e interceptación de correspondencia, ha sido muy abundante la jurisprudencia europea con relación a las visitas en los establecimientos penitenciarios. En concreto, en la Demanda nº 1983/63, Decisión parcial del 13 de diciembre de 1965, se interpuso una demanda por parte de quien alegaba no haber sido autorizado a recibir visitas durante su detención. Circunstancia especialmente agravada por el hecho, además, de ser extranjero. La Comisión Europea rechazó la demanda interpuesta, esgrimiendo los siguientes argumentos: “Considerando que...habida cuenta de las observaciones formuladas por el gobiernos sobre este punto, no está claro si el requirente no ha recibido, o en qué medida, la autorización para tener visitas. Que, no obstante, en la medida en que el derecho del requirente a que respeten su vida privada se ha visto limitado, las restricciones impuestas parecían dictadas, según las autoridades, por el riesgo de que utilizara esos contactos personales a fines ilegales; que el requirente no ha demostrado que el punto de vista de las autoridades carecía de fundamento o de motivos razonables; que la Comisión, basándose en las observaciones del Gobierno, está también convencida de que esas restricciones eran compatibles con la legislación del Estado acusado; que, por consiguiente, las medidas de que se queja el requirente eran compatibles en los términos del artículo 8.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que admite, en particular, tal injerencia en el ejercicio del derecho al respeto de la vida privada en la medida en que “está prevista por ley y constituye una medida necesaria en una sociedad democrática para la prevención de las infracciones penales”.

IV. Al socaire del estudio de las visitas íntimas y del grupo familiar, se ha suscitado una cuestión controvertida relativa a la legitimidad de los registros corporales de los familiares visitantes que acuden al establecimiento penitenciario. Se plantea un delicado problema de conflicto de intereses entre las necesidades de seguridad y el derecho a las relaciones con el exterior, si tenemos en cuenta que estos no están cumpliendo ningún tipo de condena, y gozan plenamente

de todos sus derechos y libertades. ¿Es legal someter a un registro corporal a la persona (no reclusa) que acude a un centro penitenciario para llevar a cabo una comunicación íntima con un interno? Como es sabido, el derecho a la intimidad personal reconocido en todos los textos y convenios internacionales aparece configurado como un derecho fundamental, estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin duda, de la dignidad de la persona humana. Entrañando la intimidad personal la existencia de un ámbito propio reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario –según las pautas de nuestra cultura– para mantener una calidad mínima de vida humana. De la intimidad personal forma parte, asimismo, la intimidad corporal, de principio inmune en las relaciones jurídico-públicas que aquí importan, frente a toda indagación o pesquisas que sobre el propio cuerpo quisieran imponerse contra la voluntad de la persona.

Con lo cual queda protegido por el ordenamiento el sentimiento de pudor personal, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad (RTC 137/1990).

De acuerdo con los estándares fijados por la CIDH en los PBP (Principio XXI), el empleo de registros corporales a las personas privadas de libertad y a sus visitantes no debe aplicarse de forma indiscriminada, sino que debe responder a criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad. Además, deben practicarse “en condiciones sanitarias adecuadas, por personal calificado del mismo sexo, y deben ser compatibles con la dignidad humana y con el respeto a los derechos fundamentales. Para ello, los Estados Miembros deben utilizar medios alternativos que tomen en consideración procedimientos y equipo tecnológico u otros métodos apropiados”. En cambio, los registros intrusivos vaginales y anales son prohibidos en los Principios enunciados. La misma CIDH ha dicho en su informe de 2011 que “los estados no solo tienen la facultad, sino la obligación de mantener la seguridad y el orden interno en las cárceles, lo que implica el adecuado control del ingreso de efectos ilícitos. Sin embargo, la implementación de estos esquemas de seguridad debe llevarse a cabo de forma tal que se respeten los derechos fundamentales de los internos y sus familias. Es esencial que el personal de custodia directa de los internos y de seguridad externa de los centros penitenciarios esté capacitado para mantener un balance entre el cumplimiento de sus funciones de seguridad y el trato digno hacia los visitantes”(CIDH, Informe sobre los derechos Humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, 2011, p. 223).

Con relación a los registros personales y cacheos, que constituyen medidas previstas en diversas leyes penitenciarias, hay que afirmar, entonces, que constituyen restricciones de derechos fundamentales, y por tanto, solo pueden au-

torizarse cuando resulten proporcionados, o por razones de seguridad en el ámbito de los establecimientos penitenciarios, en cuyo caso, estos intereses serían prevalentes sobre el derecho a la intimidad.

4.2. Contactos con abogados

En el ámbito de los contactos permitidos a las personas privadas de libertad, las RMTR contemplan los contactos profesionales e institucionales, que deben revestirán carácter confidencial, dada su trascendencia. En este sentido, “el acusado estará autorizado a pedir la designación de un defensor de oficio cuando se haya previsto dicha asistencia, y a recibir visitas de su abogado, a propósito de su defensa. Podrá preparar y dar a este instrucciones confidenciales. Para ello se le proporcionará, si lo desea, recado de escribir. Durante las entrevistas con su abogado, el acusado podrá ser vigilado visualmente pero la conversación no deberá ser escuchada por ningún funcionario de la policía o del establecimiento penitenciario” (Regla 93).

La asistencia legal para otra clase de internos ha sido expresamente reconocida por el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a cualquier Forma de Detención o de Encarcelamiento.

La distinción dentro de las comunicaciones que un abogado puede tener con su cliente, cuando se encuentra privado de libertad, resulta muy artificial si a partir de ella se pretende fundamentar distintos niveles de comunicaciones con distintos grados de garantías. Tanto la dificultad de encontrar un fundamento a los criterios diferenciadores, como la operatividad de los mismos por la facilidad con que pueden ser burlados en la práctica hacen recomendable huir de propuestas engorrosas e inútiles y reducirlos criterios de diferenciación a los mínimos necesarios. Los abogados, defensores o no, se encuentran ejerciendo una profesión que se embrida con derechos de las personas reconocidos por nuestra Constitución.

A pesar de ello, en el derecho comparado es más frecuente encontrar legislaciones que distinguen según la naturaleza de jurídica del asunto que presumiblemente va a ser tratado en el encuentro entre ambos; pero ante la imposibilidad de conocer los contenidos se presume que tratándose del abogado personado en la causa penal, en la entrevista solo se hablará de ello. Desde la óptica del derecho constitucional de acceso a la justicia diferenciar a estos efectos en atención a la naturaleza jurídica de la causa solo puede explicarse a partir de dos argumentos igualmente discutibles. En primer lugar, considerar que una causa penal es siempre más grave que el resto de las causas que entran dentro de la asistencia jurídica y, en segundo lugar, que las garantías de las comunica-

ciones se fundamentan exclusivamente en las necesidades de legitimación del procedimiento penal. Lo primero no requiere de un gran esfuerzo de contra argumentación ya que graves asuntos civiles o administrativos pueden resultar más trascendentes que un juicio por un delito de escasa gravedad. Lo segundo, es erróneo. Es cierto que dentro del derecho a la defensa, del que forma parte el derecho a comunicar con el defensor, interesa al propio procedimiento penal asegurar los principios de contradicción, publicidad, prueba, etc, pero no lo es menos que en su totalidad la asistencia jurídica de un profesional responde a una exigencia del derecho fundamental al debido proceso.

4.3. Contactos con representantes religiosos

Entre las medidas destinadas a mantener el contacto del interno con el mundo exterior se reconocen los contactos con representantes religiosos, descritos con el siguiente tenor literal en las RMTR: “Nunca se negará a un recluso el derecho de comunicarse con el representante autorizado de una religión. Y, a la inversa, cuando un recluso se oponga a ser visitado por el representante de una religión, se deberá respetar en absoluto su actitud”; (Regla 41. 3 RM). No es casual que las Reglas Mínimas hayan prestado una atención expresa a este tipo de comunicación. Los servicios religiosos juegan un papel muy relevante durante el tiempo penitenciario. La alimentación espiritual asegurada para muchos mediante estos servicios es un camino de equilibrio psíquico y emocional que permite mantener viva las constantes sociales del privado de libertad. Sin embargo, los estudios coinciden en destacar la vulnerabilidad espiritual que presenta la población penitenciaria debido al trance del cumplimiento de la pena; para prevenir que determinadas sectas puedan aprovechar su beneficio esta circunstancia y el carácter privilegiado de estas comunicaciones, la Administración debe establecer unos controles, que, quizás, no estarían justificados en la sociedad libre. Al menos, ha de asegurarse que los contactos y el proselitismo se realizan cumpliendo estrictamente la legalidad. Así mismo solo pueden permitirse estas comunicaciones cuando los representantes pertenecen a una confesión debidamente inscrita en los registros civiles correspondientes.

4.4. Las comunicaciones empleando medios tecnológicos (comunicación telefónica o por internet)

En líneas generales, la comunicación telefónica esta admitida en muchos sistemas penitenciarios. El derecho a las mismas no tiene notas específicas que lo hagan diferente del derecho genérico a las comunicaciones avalado por la normas internaciones, como ya hemos visto. Así, por solo citar un ejemplo, el Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión dispone que “la persona detenida o presa

tendrá derecho a comunicarse libremente y en régimen de absoluta confidencialidad con las personas que visiten los lugares de detención o prisión de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del presente principio, con sujeción a condiciones razonables que garanticen la seguridad y el orden en tales lugares"; (Principio 29.2).

Sin embargo, las nuevas tecnologías aún no han entrado en las prisiones. La consustancial resistencia del sistema penitenciario ha dado lugar a que en el derecho comparado apenas encontremos referencias específicas a la realidad de un mundo cambiante vertiginosamente, debido a la evolución de las tecnologías de la comunicación. Una vez más, la norma es la prohibición generalizada a pesar de que la naturaleza de las cosas terminará haciendo cambiar esta política. La actual prohibición absoluta y la, consiguiente, aplicación de estrictas medidas de control en las comunicaciones exteriores tiene los siguientes graves inconvenientes:

- Se emplea masivamente perjudicando a una generalidad de internos ajenos al problema. Como toda restricción indiscriminada de los derechos de las personas está reñida tanto con los principios sobre los que se asienta el sistema penitenciario como con la interpretación constitucional de los mismos.
- Se muestra ineficaz. La propia Administración penitenciaria describe la situación como muy grave, son cientos de móviles los que se incautan cada año, lo que permite suponer su empleo generalizado.
- Si es cierto –y parece que lo es– que los móviles están ya en las prisiones, los riesgos que se asocian a los mismos deben relativizarse. Las nuevas generaciones tienen, en efecto, aplicaciones tecnológicas que los hacen peligrosos y no solo para organizar una operación de tráfico desde la cárcel, sino para el propio sistema. Ahora bien, en estos últimos años hemos encontrado muy pocos episodios asociados al uso clandestino de los móviles y, sin embargo, si hemos constatado que las prohibiciones son una constante fuente de tensiones y conflictividad.

Los internos que actualmente disponen de móviles dentro del establecimiento son probablemente aquellos de los que hay que temer que hagan un uso delictivo de los mismos. La autorización al resto de los internos probablemente no añadiría más riesgos a los que existen en estos momentos, porque la mayoría lo emplearían para comunicaciones positivas. Frente a los riesgos evidentes, no se pueden ignorar las importantes ventajas de un uso generalizado de los móviles. Disponiendo de móvil los internos pueden afianzar sus relaciones sociales y vivir la vida en libertad, sentirse más cerca de su hábitat afectivo y alejado de la rutina carcelaria. Sentimientos tan frecuentes y conflictivos en la población penitenciaria, por ejemplo, como los celos, se verían reducidos con comunica-

ciones regulares con la pareja. También es imaginable que se puedan desarrollar algunos trabajos a distancia, lo que, en algunas ocasiones, podría permitir mantener una ocupación laboral desde dentro de la prisión.

Por otro lado, la liberación debilita las mafias carcelarias, los tratos discriminatorios y la corrupción administrativa. A pesar de no contar con estudios empíricos fiables, no es aventurado suponer que los móviles, que en estos momentos se usan por algunos internos privilegiados, han entrado por vías ilegales o aprovechando la corrupción. Incluso, el mantenimiento oculto del uso del móvil es inimaginable sin contar con cierta permisividad institucional.

La liberación no solo no debilita los sistemas de control sino que los pueden hacer más operativos. Como es lógico, los avances tecnológicos no solo juegan en el campo de los delincuentes o de los infractores, sino también en el de la legalidad y el control. Con independencia de poder emplear un paraguas que invalidan los móviles cuando se entienda necesario, los controles sobre los abusos resultan más eficaces. Los móviles estarían registrados digitalmente, pudiéndose conocer todos los datos del uso que la persona haga de ellos. Al registrarse todos los móviles es probable que algunos internos prefieran usar terminales ilegales para eludir el control. En efecto, esto es así, es probable que la liberación no evite el mercado ilegal de móviles, habrá móviles "legales" e "ilegales", pero estos últimos serán menos que ahora y su persecución podrá llevar sea cabo de modo más selectivo. La gran mayoría de los internos admitirán las terminales "legales" y se beneficiarán de todo lo que tienen de positivo.

La liberación, en caso de que fuera compatible con la convivencia ordenada, viene impuesta por los principios de intervención mínima, de reinserción social, de igualdad de oportunidades y de normalización.

A pesar de su singularidad el mundo de las prisiones no puede resistir y aislarse de los profundos cambios que se están produciendo. Pretender mantener a las prisiones en la era de las comunicaciones físicas predigitales es una aspiración baldía. En su lugar, es más recomendable una política penitenciaria más realista e ir preparando el sistema para el cambio.

Sin lugar a dudas, el uso generalizado de móviles supone un cambio sustancial en la vida de la prisión. Los cauces de contactos con la sociedad libre serían infinitos e incontrolables.

Estas circunstancias requiere de una asimilación por parte del sistema y nos obliga a buscar soluciones a nuevos problemas, que en estos momentos resultan inimaginables, salvo en el plano de la pura conjetura. No nos parece exa-

gerado considerarlo un hito en la historia de las prisiones. La comunicación, que ha sido en las últimas décadas uno de los aspectos regimentales más sometidos a intervención, pasaría a ser gestionada por el propio interno en idénticas condiciones que en la sociedad libre.

Como ya hemos visto las normas internacionales permiten iniciar ese cambio. Nos inclinamos por una liberación progresiva, la cual solo es sostenible trabajando con grupos, cualquier otra propuesta no es operativa y está plagada de riesgos. En estos momentos existen grupos a los que se les puede aplicar la liberación sin ningún problema. Nos referimos a quienes ya disfrutaban de salidas al exterior. La arquitectura modular y su estructuración en torno a la idea de la microprisión inserta en un macrocentro nos parecen propicias para iniciar experiencias sectoriales a nivel de módulos. Una vez valorado el impacto en estos grupos debe seguir progresándose en la liberación de la digitalización de las comunicaciones hasta alcanzar su empleo por la mayoría de la población, sustituyéndose la actual política de absoluta prohibición por una en que la regla sea la permisividad y la excepción la prohibición motivada.

4.5. Las comunicaciones epistolares

Entre los derechos de los que gozan las personas privadas de libertad, diversos textos internacionales han hecho expresa referencia a la correspondencia como medio idóneo para mantener los contactos con el mundo exterior. Singularmente, los Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión reconocen que “toda persona detenida o presa tendrá el derecho a ser visitada, en particular por sus familiares, y de tener correspondencia con ellos y tendrá oportunidad adecuada de comunicarse con el mundo exterior, con sujeción a las condiciones y restricciones razonables determinadas por ley o reglamentos dictados conforme a derecho”; (Principio 19). Igualmente, las RMTR establecen que “los reclusos estarán autorizados para comunicarse periódicamente, bajo la debida vigilancia, con su familiares y amigos de buena reputación, tanto por correspondencia como mediante visitas” (Regla 37).

La reglamentación y requisitos para autorizar a los internos el envío y recepción de correspondencia varían de unos países a otros, superándose en la actualidad cualquier tipo de censura o lectura de las cartas de los internos, práctica frecuente en épocas pasadas. Actualmente nos encontramos ante una flexibilización en la autorización de estos medios, sin que existan restricciones ni de contenido, ni de cantidad salvo aquellos controles que tienen como fin impedir que se introduzcan artículos prohibidos en el interior.

No obstante, han sido frecuentes las Demandas elevadas a la Comisión Europeo, basadas en presuntas violaciones del articulado del Convenio, sobre todo por lo que respecta al control de la correspondencia de los penados. Vamos a aludir brevemente a una Decisión paradigmática. En la Decisión de 14 octubre 1980 (Demanda nº 8283/78), la Comisión Europea tuvo que pronunciarse en un caso en el que se trataba el control de la correspondencia. La parte recurrente alegó la violación del CEDH (artículo 8), al haberse lesionado el derecho al respeto de la correspondencia.

En el caso concreto, el director del establecimiento penitenciario interceptó dos cartas que iban destinadas a dos internos, con el fin de remitirlas al Decano del Colegio de Abogados, quien debía comprobar el contenido de las epístolas. Y si bien se había conocido el contenido de las cartas por quien no era su destinatario, la Comisión rechazó la referida Demanda, dado que el Director del establecimiento penitenciario había procedido justamente, al haber aplicado correctamente los Reglamentos internos.

4.6. El acceso a los medios de comunicación

Desde una perspectiva general, además de autorizarse a los internos a mantener contactos con el mundo exterior, recibiendo visitas de familiares y amigos, visitas íntimas, correspondencias y otras medidas anteriormente estudiadas, los diversos textos nacionales e internacionales garantes de los derechos de los detenidos, ordenan a los estados a posibilitar que los internos dispongan de un acceso regular a la información externa a través de los medios de comunicación legales. Salvo casos excepcionales, que deben ser aplicados restrictivamente, no existen causas justificadas que impidan el acceso a los medios de comunicación por parte de los internos. Entre aquellos deben incluirse los periódicos, radio, televisión e Internet.

Entre los textos legales internacionales que han reconocido este derecho cabe aludir a las RMTR, al disponer que “los reclusos deberán ser informados periódicamente de los acontecimientos más importantes, sea por medio de la lectura de los diarios, revistas o publicaciones penitenciarias especiales, sea por medio de emisiones de radio, conferencias o cualquier otro medio similar, autorizado o fiscalizado por la administración” (Regla 39). En idéntico sentido se ha reconocido por los PBP: “Las personas privadas de libertad tendrán derecho a estar informadas sobre los acontecimientos del mundo exterior por los medios de comunicación social, y por cualquier otra forma de comunicación con el exterior, de conformidad con la ley”; (Principio XVIII).

Han sido frecuentes las Demandas interpuestas ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, por presunta violación del artículo 10 del CEDH (“Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras”). En concreto, en la Demanda nº 8317/18, respecto a los *mass media*, los requirentes denunciaron carecer de medios de lectura, y ser privados de televisión, radio y periódicos. La Comisión se pronunció afirmando que los recurrentes podían utilizar la biblioteca, pero al haber sido despojados de ciertos privilegios, se encontraban limitados para acceder a los medios de comunicación (*mass media*) y, por ende, restringidos en su derecho a la información. Si bien tal injerencia estaba prevista en los Reglamentos, la propia Comisión argumentó que la pérdida de tales privilegios tenía la consideración de una pena dictada por las autoridades penitenciarias, con la finalidad de poner fin a una protesta concreta y excepcional que arriesgaba la seguridad de la prisión. En síntesis, según la Comisión, tal injerencia estaba justificada, siendo “necesaria en una sociedad democrática... para la defensa del orden” (vid. Artículo 10.2 CEDH).

Capítulo VII. Beneficios penitenciarios que adelantan el momento de la excarcelación

1. Introducción

La evolución que ha experimentado el Derecho penal a finales del siglo XIX y los albores del siglo XX a través de las sucesivas reformas que han tenido lugar en el mismo han supuesto, principalmente, el reconocimiento de unos “beneficios” llamados “beneficios penitenciarios” que van a suponer una efectiva modificación de la pena impuesta, adelantando el momento de la excarcelación. Estos beneficios son unas pruebas más de la sorprendente capacidad –casi camaleónica– que tiene la pena de prisión para adaptarse a las distintas políticas criminales y a las épocas con el objetivo de sobrevivir, sin que realmente se vean afectados sus elementos esenciales.

En este Capítulo vamos a tratar de delimitar conceptualmente lo que se entiende por “beneficios penitenciarios”. Una vez abordada tal cuestión, será conveniente determinar cuál sea su naturaleza jurídica y plantearnos el fundamento de aquéllos. Finalmente, se analizará el instituto de la libertad condicional y otros beneficios penitenciarios, y el indulto particular, como ejemplos de beneficios penitenciarios que adelantan el momento de la puesta en libertad.

2. Concepto, fundamento y naturaleza jurídica de los beneficios penitenciarios

2.1. Concepto

Sin pretensiones de exhaustividad, vamos a tratar de aproximarnos al concepto de “beneficios penitenciarios”. Históricamente, fue elaborado en el ámbito del

derecho privado, y se interpretó como equivalente al *status* de una persona, en un sentido similar al derecho de gracia, reconocidos a determinadas personas que, por hallarse en una situación jurídica especial, merecían asimismo contrarrestar los perjuicios derivados de esa especialidad. Valgan como ejemplo el llamado beneficio de abdicación, que permitía a la viuda renunciar a toda participación en los bienes del matrimonio, exonerándose de las deudas que el esposo hubiese contraído; o el beneficio de competencia, que posibilitaba a algunos parientes rechazar toda cuota en los bienes, en aras de eludir las deudas contraídas. Por consiguiente, en una primera etapa, los “beneficios” fueron interpretados como equivalentes al *status* de una persona. Frente a esta primera aproximación, la Ciencia Penitenciaria aportó otro significado al concepto de “beneficio”, bien distinto del anterior, entendido ya no como un *status* de la persona, sino como la propia acción con la que se mejora la condición de una persona y que se ajusta más fielmente a su acepción actual.

En el ámbito del derecho penitenciario, los primeros textos legales no mostraron ningún interés por emplear un concepto ordenado y unívoco de beneficio, una prueba más de su desorden normativo. Tan solo interesaba destacar que se trataba de beneficio, es decir, concesión discrecional a la que no estaba obligada la Administración Penitenciaria.

Por lo tanto, y en una primera aproximación, los “beneficios penitenciarios” pueden definirse como “aquellas medidas que permiten la reducción de la condena impuesta o la duración de la misma”, suponiendo un adelantamiento de la excarcelación, o, dicho con otras palabras, los beneficios penitenciarios son una especie de medidas que recibe el interno durante la ejecución de la pena, fundamentadas en su buen comportamiento.

En una perspectiva de derecho comparado se observa un creciente interés por aumentar los beneficios penitenciarios y experimentarlos con nuevos contenidos. Podemos clasificarlos según que afecten a uno de los siguientes criterios:

- Una primera aproximación nos permite distinguir entre beneficios que se aplican antes de comenzar la ejecución y los que se aplican durante la ejecución o al concluir esta. Los primeros tienden a denominarse beneficios penales y los segundos beneficios penitenciarios.
- Duración de la condena. La mayoría de los beneficios tan solo establecen un cambio en las condiciones del régimen, haciendo variar la intensidad de la privación de libertad y otros afectan a la condena y el sujeto ve recortada la misma cuando obtiene el beneficio (ej. redención de penas por el trabajo). Estos últimos son de dudosa constitucionalidad porque permiten que un órgano administrativo, de quien generalmente depende la concesión o no del

beneficio, pueda modificar el contenido sustancial de una pena firme impuesta por un órgano judicial.

- Contenido. Conforme a este criterio existen beneficios que consisten en poner en excarcelar al condenado, mientras que otros tienen un menor alcance y afectan solo a ciertas condiciones regimentales (v.gr. frecuencia en las visitas familiares).

2.2. Fundamento

Si recordamos que el origen de los beneficios penitenciarios entronca con los movimientos de reforma penitenciaria de los siglos XVIII y XIX, orientados a la resocialización del delincuente, la justificación de aquellos reside en la exigencia de la individualización de la pena, y la concurrencia de factores positivos de evolución del interno, encaminados a conseguir su reeducación y reinserción social como fin principal de la pena privativa de libertad. En efecto, al menos, formalmente, todos los textos legales fundamentan la existencia de los beneficios en el compromiso del sistema penitenciario con los fines resocializadores. Oportunidad que nos permite reflexionar, una vez más, sobre la escasa confianza que tiene el legislador en la capacidad resocializadora de una prisión, ya que el instrumento resocializador más poderoso, que es el beneficio penitenciario, consiste en abrir la puerta de la cárcel y permitir salir al condenado.

Por otra parte, no podemos ignorar la relevancia que ha adquirido en las últimas décadas los beneficios como instrumento disciplinario. La crítica a la capacidad resocializadora de la prisión y la consiguiente crisis de estos fines y la masificación han permitido que todo el andamiaje resocializador con el que cuenta los sistemas penitenciarios modernos se ponga ahora, al servicio de lograr una disciplina en los establecimientos.

2.3. Naturaleza jurídica

La cuestión relativa a la naturaleza jurídica de los beneficios penitenciarios ha suscitado una aguda controversia, que pivota en torno a su consideración como "derecho" o como "gracia".

Un primer posicionamiento sostiene que los "beneficios penitenciarios" son una especie de "gracia" o dádiva que se concede a los internos, a cuya concesión no está obligada la Administración, siendo una potestad discrecional. Esta idea resulta frontalmente incompatible con los actuales sistemas penitenciarios de carácter resocializador y, sobretodo, sometidos al control de legalidad. Ampliamente invocado en los textos nacionales e internacionales, el principio de resocialización sintetiza fielmente los objetivos de la prevención especial posi-

tiva. Los beneficios entendidos como premios para favorecer el buen recluso guardan más relación con los sistemas retributivos, donde la Administración penitenciaria los concedía discrecionalmente, dado que el tratamiento penitenciario revestía un exclusivo carácter disciplinario, siendo su principal pretensión la expiación y el castigo del interno. Entendido el sistema penitenciario como un servicio civil del Estado, que afecta a las personas condenadas, no se compadece con la idea de la discrecionalidad de premios a los mejores ciudadanos. Por último, semejantes propuestas, antaño legítimas, resultan actualmente contrarias a los Pactos Internacionales protectores de los derechos de los detenidos y a las principales Declaraciones de Derechos Humanos.

Una segunda línea interpretativa –la única correcta a nuestro juicio– considera que los llamados “beneficios penitenciarios” constituyen auténticos “derechos subjetivos”, subordinados a la concurrencia de ciertos requisitos establecidos en textos y reglamentos penitenciarios. Varios han sido los argumentos esgrimidos para fundamentar su naturaleza jurídica de derecho subjetivo. En primer lugar, como cualquier derecho subjetivo, su titular puede recurrir en apelación, en caso de serle denegado, reclamando frente a terceros su legítimo derecho a ejercerlos. En segundo lugar, su concesión corresponde a la jurisdicción penitenciaria, que está obligada a concederla si se cumplen ciertos requisitos establecidos reglamentariamente. En tercer lugar, en los actuales sistemas penitenciarios es indudable el reconocimiento de derechos inherentes a los privados de libertad, acordes con la finalidad resocializadora.

En síntesis, en la actualidad, en los sistemas penitenciarios resocializadores los beneficios penitenciarios forman parte del modelo de ejecución penitenciaria, erigiéndose en auténticos límites externos del *ius puniendi* en su fase de ejecución.

2.4. La irretroactividad de las normas y los beneficios penitenciarios

A continuación abordaremos un tema ampliamente debatido en el Derecho penitenciario moderno. Se trata, una vez más, de precisar el alcance del principio de legalidad en la fase de ejecución de las penas y, concretamente, de la pena privativa de libertad.

Como ya tuvimos ocasión de ver la traslación de este principio a este ámbito no está exenta de problemas. Uno de los más complicados es resolver la garantía de la irretroactividad que como todos sabemos tiene una doble dimensión: irretroactividad de la norma desfavorable y retroactividad de la favorable. Se trata, pues, de aplicar la ley penitenciaria a quienes se encuentran cumpliendo

pena de prisión con independencia de que en el momento de la comisión del delito estuviera en vigor una ley más favorable para el condenado. Desde una perspectiva jurídica el problema viene planteándose por la doctrina y la jurisprudencia hace décadas, coincidiendo con los momentos en que el espacio penitenciario o de ejecución de penas comenzó a ser objeto de atención y regulación normativa. Desde entonces interesa saber si las normas referidas a ejecución de penas están sometidas con el mismo rigor que las penales al principio de legalidad y la forma en que opera en relación con ellas el principio de irretroactividad. El problema se ha acrecentado en las últimas décadas en la medida que cada vez son más los institutos jurídicos penitenciarios que permiten obtener beneficios que alteran sensiblemente la virtualidad del contenido de esta pena. Asociado a estos problemas está dilucidar qué entendemos por normas de carácter penitenciario o normas relativas a la ejecución de las penas que ya hemos abordado en el capítulo primero de esta obra, cuestión sobre la que dista mucho de existir una opinión pacífica, debido entre otras cosas a la movilidad a que somete el legislador constantemente a este ámbito jurídico. Las soluciones pueden ser las siguientes:

1. A la totalidad de las normas referidas a la ejecución de las penas se les aplica el principio de irretroactividad en los mismos términos que a las normas penales (principio de asimilación). En consecuencia, tomando siempre como referencia el momento de la comisión dichas normas son irretroactivas salvo que favorezcan al reo.

2. Las normas referidas a la ejecución no son normas penales, por lo que para su eficacia no se debe tomar como referencia el momento de la comisión de la infracción, sino el momento de la ejecución, como sucede con las normas procesales (principio de diferenciación). De forma que en cada momento durante el tiempo de cumplimiento se vendrá aplicando la norma de ejecución vigente –*tempus regit actum*–. Obsérvese que desde esta segunda tesis no es preciso concluir negándoles a los principios de retroactividad/irretroactividad eficacia en el ámbito de las normas de ejecución, sino proponer un cambio en el acto de referencia.

Es cierto que la irretroactividad es una garantía asociada en primer lugar al principio de legalidad y a la seguridad jurídica, pero también a la función motivadora de las normas. Solo la norma conocida tiene capacidad para disuadir a las personas de realizar determinados actos socialmente no deseados. De nada sirve un mensaje de endurecimiento después del delito (o sirve solo para generar desconfianza en el derecho).

Pero no son menos importantes las consideraciones que podemos hacer desde la óptica de la seguridad jurídica en relación con la irretroactividad, porque no son los cambios oportunistas y coyunturales de las leyes la mejor forma de reforzar la confianza en las garantías que el Estado del Derecho postula para los ciudadanos. De las exigencias de garantía nace el derecho de los ciudadanos a saber cuál es la pena que le corresponde a la acción tipificada en la norma penal como delito o falta, el derecho del ciudadano a conocer con certeza cuál es la forma en que se van a aplicar las penas, a saber, en definitiva, en que se va a traducir en la práctica la pena o sanción impuesta.

Parece difícil estar en desacuerdo con ello, siempre que por tal se entienda que ese derecho no es esencialmente el derecho de cada ciudadano a saber qué le va a pasar a otro si delinque, sino de todos y cada uno de los ciudadanos a saber, en concreto, qué le va a pasar a cada uno de ellos si delinque. Y si eso es lo que busca, de poco sirve saberlo antes de delinquir, si después del delito puede cambiarse la forma en que se va a aplicar la pena o el modo por el cual finalmente se va a regir algo tan sustancial al castigo como es el modo de su ejecución.

Estas reflexiones nos permiten llegar a la errónea conclusión de que solo aquellas normas que tienen como misión la motivación de las conductas humanas tienen que ser irretroactivas y, consiguientemente, excluir a las normas de ejecución de penas de esa garantía. Semejante conclusión adolece de dos graves errores, el primero, desconsiderar la importancia de la irretroactividad desde una óptica de seguridad jurídica. La segunda, creer que son escindibles en el marco de la prevención general la tipificación de una conducta y la amenaza penal y su ejecución.

Por otra parte, la retroactividad, prevista para las normas favorables al reo, excepciona el principio de legalidad en la medida que se permite la aplicación de una norma ya derogada –ultraactividad–, posibilidad esta, generalmente, prohibida. A nuestro juicio, ninguno de aquellos principios –asimilación y diferenciación– puede aplicarse, satisfactoriamente, hasta sus últimas consecuencias sin hacer diferenciación es dentro de las normas de ejecución de penas. Con el principio de asimilación, por ejemplo, no podríamos aplicar a la población de un centro unas normas penitenciarias que reformaran, endureciéndolo, el régimen disciplinario, ya que todos los internos lo estarían por delitos cometidos con anterioridad a la entrada de las mismas.

Por el contrario, si partimos del principio de diferenciación todos aquellos beneficios penitenciarios que se hicieran depender del tiempo de pena cumplida habrían de computarse solo a partir de su entrada en vigor y no desde el mo-

mento en que se comenzó a cumplir la condena y, a la inversa, un endurecimiento en las condiciones de obtención de un beneficio o, sencillamente, su desaparición introducida por una reforma legislativa afectaría también a quienes ya habían logrado mitigar su prisión gracias a consolidar el beneficio en la situación anterior a la reforma.

Hay, pues, que empezar reconociendo que bajo el *totum* de normas penitenciarias se agrupan un conjunto normativo muy diverso en el que encontramos unas de carácter técnico, otras organizativas, otras procedimentales, otras que van referidas a aspectos sustanciales de la pena privativa de libertad, etc. Esto nos da una idea de la enorme complejidad que tiene el tema, ya que no solo estamos obligados a diferenciar las normas penales de las normas de ejecución de penas, sino que dentro de estas últimas parece preciso seguir estableciendo diferencias. Necesariamente deberemos acotar nuestro análisis a algunas de estas normas que están dentro del macro concepto de normas de ejecución, pero que tiene una respuesta matizada al principio de legalidad y de irretroactividad.

Dentro de esa constelación y de cara a plantear el problema de la irretroactividad nos parece necesario distinguir dos grandes grupos normativos en la legislación:

- Normas penitenciarias (o de ejecución penal) funcionales. Dentro de las cuales se encuentra un amplio espectro de normas reguladoras de aspectos sectoriales de la ejecución—sanidad, trabajo, educación, higiene— y también normas de régimen general—derechos y deberes, contactos con el exterior, régimen disciplinario, etc—.
- Normas penitenciarias (o de ejecución penal) sustantivas. Incluye todas aquellas normas relativas al cumplimiento material de la pena. Coinciden esencialmente con los llamados beneficios, pero, eventualmente, se incluyen también aquí aquellas otras normas que contemplan sustituciones de la pena durante la ejecución o resuelven problemas que pueden afectar a esta, como las enfermedades sobrevenidas y su repercusión en la ejecución de las penas.

Las que hemos denominado normas funcionales se rigen por el acto de ejecución, de manera que se aplican en el momento en que entran en vigor y con efecto retroactivo, siempre que fuera posible. Veamos unos ejemplos. Una nueva disposición que modificara las competencias del director de un centro, la composición de un órgano penitenciario colegiado, redujera el número de llamadas que puede hacer el interno u obligara a la Administración a garantizar una celda para cada uno de ellos, se aplicaría en el momento que su entrada en vigor; sin embargo, esta última, a pesar de ser más favorable para el interno, no puede —por su propia naturaleza— aplicarse con efectos retroactivo.

En cambio, una norma que ampliara las recompensas o el acceso a los beneficios penitenciarios, incluyendo dentro de los actos recompensables nuevas conductas del interno dentro del establecimiento, se aplicaría también con efecto retroactivo, al serle favorable.

Por el contrario, las normas sustantivas se rigen por sus propios principios. Dentro de ellas –a estos efectos– todavía es conveniente introducir una matización, según se trate de normas sustantivas de carácter general que no guardan relación con el delito cometido, sino con la relación jurídica originada por la sentencia condenatoria firme, es decir, con el hecho de la pena impuesta como consecuencia indiferenciada de la comisión de un delito y normas sustantivas específicas que modulan la ejecución de la pena en función del delito cometido. Como ejemplo del primer grupo podemos señalarlas normas que regulan los permisos de salida, las que se refieren a los requisitos generales de obtención de los beneficios penitenciarios o al régimen abierto. Por el contrario, del segundo grupo forman parte aquel conjunto de normas en las que el legislador condiciona la obtención de un cambio sustancial en la ejecución de la pena del tipo de delito cometido, como agresores sexuales o narcotraficantes. Las primeras toman en cuenta el momento en que se inicia la ejecución de la pena –entiéndase extensivo a cualquier tipo de pena– para aplicar los criterios de retroactividad/irretroactividad. Las segundas, en cambio, forman parte inescindible de la potencialidad disuasoria de la norma que describe la conducta típica y, en consecuencia, aplicará esos criterios tomando en cuenta el momento de la comisión del delito.

Sin dudas esta propuesta puede entenderse que modifica esencialmente los contenidos de la legalidad en este ámbito. No obstante, una solución distinta podría ocasionar problemas de ejecución insalvables en aquellos casos en los que transcurre un tiempo considerable entre la comisión del delito y la ejecución material de la pena que haría muy compleja la gobernabilidad de un centro en el que coincidirían condenados con regímenes jurídicos muy diferentes. Por otra parte, la referencia debe ser el momento en que se inicia la ejecución porque es entonces cuando adquiere vigencia la relación jurídica entre la administración de justicia y el condenado, la cual sirve de fundamento a las normas penitenciarias.

De esta forma se garantiza, como mínimo, que al penado se le aplicarán aquellas normas vigentes en el momento de la ejecución de la pena, salvo que la reforma le sea más favorable, en cuyo caso adquieren efecto retroactivo. La razón de este cambio dentro del mismo cuerpo legislativo se explica porque la pena es, esencialmente, amenaza penal, pero como tal amenaza para que resulte efi-

caz tiene que cumplirse, de manera que sin su ejecución la pena carecería de contenido, incluidos los propios contenidos preventivos. Ninguno de los fines de la pena podría alcanzarse si esta no llegara a ser ejecutada. Por ello, distinguir entre pena, por un lado, y la “vida de la pena”, por otro, como si aquella pudiera existir materialmente al margen de su ejecución es contrario a toda lógica jurídica, a toda experiencia y a la propia teoría de la pena. Una visión integradora de la pena en la que se tenga en consideración tanto su duración como su intensidad constituye una unidad inescindible en un sistema penal orientado a la prevención.

De esta manera no puede afirmarse que lo que afecta a la pena y dentro de ella a esa zona esencial que es su cumplimiento material no forma parte del contenido esencial del Derecho Penal. La amenaza penal, que aspira a la motivación de las conductas de las personas en una sociedad, no es solo de una pena en abstracto, sino también cuentan las circunstancias de su cumplimiento. La ley informa a las personas que la comisión de un determinado delito está castigada con una pena de prisión que por su gravedad podrá ejecutarse en uno u otro tipo de establecimiento y con posibilidades de acceder a unos u otros beneficios penitenciarios. La forma de cumplimiento contiene en no pocas ocasiones más carga aflictiva que la duración temporal, no tendría sentido que redujéramos, pues, el concepto de sustantividad a la duración, sin abarcar la forma de ejecución.

Aun aceptando que la forma de cumplimiento de la pena se hace sin sobrepasar el tope máximo de la condena determinado por el tribunal en la sentencia firme y que los beneficios penales son una expectativa; si las peores expectativas se terminan convirtiendo en regla –por ejemplo, porque se impide el acceso a algunas de las formas de cumplimiento, como la conversión o la reserva del fallo– aun cuando sea en la fase de ejecución de la condena, no puede afirmarse que ello no tiene relevancia en cuanto al juicio de favorabilidad o desfavorabilidad de la norma. Es innegable que determinadas reformas afectan negativamente a la ejecución por más que solo planteen modificaciones dentro del marco de pena a que el sujeto fue condenado. La norma es desfavorable con independencia de que hipotéticamente no lo sea en un caso concreto. Dificultar con carácter general –y, mucho más, impedir– el acceso a la redención de penas por el trabajo, la semilibertad o libertad condicional es imposible que no tenga antes o después su reflejo en una pluralidad de casos particulares, de casos en los que, cumplidos todos los requisitos que “antes” se exigían, no se cumplan algunos de los introducidos más tarde por una ley que en todos esos casos va a resultar más desfavorable. Esta evidencia requiere de una respuesta que conjugue las garantías del sistema penal con los fines de la fase de ejecución.

Existe una corriente de opinión que entiende que las normas relacionadas con la ejecución de las penas se aplican a todas las penas que se encuentren ejecutándose en el momento de su entrada en vigor, sin considerar el momento de la comisión del delito (principio de diferenciación). Dos son los argumentos con los que se pretende avala esta tesis:

- Por una parte, que nos encontraríamos en una suerte de retroactividad débil o impropia, en cuanto que no afecta a las resoluciones ya dictadas sobre los referidos beneficios aun cuando no se cumplieron los requisitos que ahora se exigen, sino que se refiere a resoluciones que se toman desde la fecha de entrada en vigor de la ley. Es decir, que aunque sea la ejecución la referencia, se toma esta de manera fragmentada, que permite escindir en dos el tiempo de ejecución, antes y después de la reforma.

- Que se trata de una disposición referida a normas de ejecución, incluso a normas procesales de ejecución y no a normas penales en sentido estricto.

Ninguno de los argumentos es convincente. La irretroactividad débil o impropia no desmerece el rigor de este principio. Bien al contrario, es una garantía consustancial al mismo, de manera que siempre que se invoca la irretroactividad se está afirmando que las situaciones jurídicas consolidadas no se modifican, salvo que no sea para favorecer a la persona. Esto es precisamente lo que sucede en relación con la norma penal.

Pero tampoco seduce el segundo de los argumentos porque no está claro que una norma en la que se aborda la regulación de unos beneficios, no sea ley penal en el sentido constitucional, sino una norma de naturaleza procesal o penitenciaria o de ejecución y, aun siéndolo, tampoco puede afirmarse con carácter general que el principio de legalidad y la irretroactividad no afecten a este tipo de normas.

A nuestro juicio la solución de este problema para las que hemos llamado normas de ejecución sustantivas no está ni en la diferenciación ni en la asimilación. Es preciso concebir el cumplimiento de la pena como una unidad jurídica inescindible y continuada.

De esta manera los principios de irretroactividad/retroactividad solo podrían plantearse en aquellos supuestos en los que se pretendiera hacer valer una reforma antes de iniciar el cumplimiento de una pena. Durante el cumplimiento la aplicación de una reforma va a responder necesariamente a las garantías y principios que rigen esta fase del sistema penal.

¿En qué sentido varían los criterios vigentes para la ley penal cuando hablamos de normas de ejecución sustantivas? En primer lugar, debe partirse de un marco

de garantías similar. Es decir, ni la seguridad jurídica ni la legalidad se debilitan en esta fase. Principio avalado por textos los internacionales, como la DUDH en su Art. 11, inc. 2, por solo citar el más relevante.

Ahora bien, los criterios de beneficio o perjuicio para el condenado son distintos, se cargan de consideraciones preventivas, se enriquecen de ellas. De manera que una mayor facilidad de acceso a un beneficio puede resultar inoportuna en un proceso de tratamiento resocializador y hacer recomendable que se mantenga durante un tiempo la situación anterior. Una decisión de esta naturaleza debe de estar precedida por un informe técnico y resuelta por un órgano judicial. Pero no acaban aquí las diferencias.

En el ámbito de la ejecución tiene un mayor peso las consideraciones humanitarias, las cuales pueden entrar en conflicto, incluso, con los fines resocializadores.

3. La libertad condicional

Como hemos indicado al principio de este Capítulo, la libertad condicional es un auténtico “beneficio penitenciario”, el último paso del sistema antes de egresar al exterior, al permitir al interno en quien concurren determinadas circunstancias la posibilidad de cumplir en libertad el último período de la condena, siempre que durante dicho tiempo no vuelva a reincidir o incumpla las reglas de conducta que, eventualmente, se le hayan impuesto. Por lo tanto, y en consonancia con la definición de “beneficios penitenciarios” que hemos sostenido, nos encontramos ante un derecho subjetivo del penado, que adelanta el momento de la excarcelación, si bien de manera condicional.

Históricamente, la libertad condicional es producto del movimiento de reforma penitenciaria acontecido en los siglos XVIII y XIX, como resultado de la implantación del sistema progresivo, del cual se fue alejando hasta convertirse en un instituto autónomo de los más aplicados en el mundo. Comúnmente, entre las razones que han justificado la aplicación del mencionado beneficio se han mencionado razones de prevención general, de prevención especial e incluso, razones prácticas, dirigidas a evitar el hacinamiento del que adolecen los establecimientos penitenciarios.

Una vez sentadas estas premisas, es conveniente subrayar que la concesión de este beneficio requiere que la persona privada de libertad que pretenda disfrutar de aquel reúna una serie de requisitos a los que vamos a referirnos brevemente:

- El penado debe encontrarse cumpliendo una pena privativa de libertad, excluyendo el disfrute de la libertad condicional en los casos de condenados a otra clase de penas.

No deja de ser contradictorio que los condenados a la pena más grave puedan accederá un beneficio que la convierte de hecho en una pena simbólica y, en cambio, los que lo han sido a penas leves, como la multa o las inhabilitaciones, o incluso, a penas privativas de libertad, alternativas a la prisión, deberán cumplirlas íntegramente.

- En los países en los que la libertad condicional sigue vinculada a los sistemas progresivos, el condenado debe estar clasificado en la fase precedente para poder obtener la libertad. Esta fase inmediatamente anterior comporta el traslado a un régimen abierto en el que el condenado puede salir al exterior y volver a pernoctar a la prisión. Este paso intermedio de preparación para la libertad es muy importante, en especial cuando se trata de condenados a largas penas que prácticamente han perdido las relaciones con el mundo libre. Para que sea eficaz es recomendable que tenga una cierta duración. En esta fase intermedia se puede hacer un seguimiento de los primeros pasos del condenado en libertad; por lo tanto no consiste en abrir parcialmente la prisión sino poner en marcha un programa controlado de experiencias en libertad que aseguren que no haya excesivos riesgos cuando se obtenga plenamente el beneficio.

- Deben haberse cumplido un determinado tiempo de la condena. Este requisito que se mantiene en muchos sistemas recuerda los antiguos modelos en los que a falta de otros criterios de base empírica o científica condicionaban la concesión del beneficio al mero transcurso del tiempo penitenciario. Presumiendo que el mero transcurso de este sin incidencia era una prueba positiva de recuperación del penado.

- El penado debe haber demostrado buena conducta. También se encuentra presente en la mayoría de las legislaciones. Buena conducta se entiende, generalmente, como buena conducta penitenciaria. En ocasiones la mala conducta penitenciaria denota una presumible mala conducta ciudadana, pero no siempre es así. De forma que este requisito se convierte en un obstáculo injustificado para acceder al beneficio.

- Debe existir un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido por un equipo técnico. A veces se ha criticado este requisito señalando que si el acortamiento de la condena se hace depender de criterios psicobio-criminológicos, no solo entraña un enorme peligro de inseguridad jurídica y un retorno en el ámbito penitenciario, en el cumplimiento efectivo de la con-

dena al derecho penal de autor. Sin embargo, el informe del equipo técnico es un elemento esencial, no solo para programar los primeros momentos en libertad, sino también para tener una mínima seguridad de que el sujeto no volverá a reincidir. El equipo técnico debe asumir más funciones que las de realizar este informe, también debe ser el encargo de evaluar periódicamente la evolución del sujeto en libertad.

En aquellos países que disponen de Jueces de vigilancia penitenciaria la decisión final de conceder o no la libertad condicional debe recaer en el órgano judicial ya que nos encontramos ante el beneficio que tiene mayor alcance. Y en aquellos otros que carecen de esta figura la decisión debe reservarse siempre a una autoridad jurisdiccional. Las legislaciones de la región regulan este instituto de manera diversa:

	Requisito temporal	Requisitos subjetivos	Limitaciones	Autoridad otorgante
Argentina	2/3 de la pena. 8 meses cuando la pena no supera los 3 años. 35 años cuando la pena es perpetua.	Observancia regular de la reglamentación carcelaria. Pronóstico favorable de reinserción social.	No se otorga a condenados reincidentes y por algunos delitos (art. 14 CP). Condenados a quienes se haya revocado anteriormente el beneficio.	Judicial, previo informe de la Dirección y Consejo Correccional del Establecimiento.
Bolivia	2/3 de la pena.	Haber observado una buena conducta en el establecimiento penitenciario. No haber sido sancionado por faltas graves o muy graves en el último año.	Se concede por única vez.	Judicial, previo informe de la Dirección del Establecimiento.
Brasil	1/3 de la pena para penas de 2 años o más si el condenado no fuere reincidente de delito doloso. La mitad de la pena si el condenado fuere reincidente de delito doloso. 2/3 de la pena para crímenes hediondos, tortura, tráfico de estupefacientes y drogas afines, terrorismo, o sea reincidente en crímenes de esa naturaleza.	Comprobado comportamiento satisfactorio durante la ejecución de la pena, buen desempeño en el trabajo que le fuera asignado, y aptitud para proveer su propia subsistencia mediante trabajo honesto. Que haya reparado en la medida de lo posible el daño causado por el delito.	A los condenados por crimen doloso cometido con violencia o grave amenaza a las personas, la libertad condicional quedará subordinada a la constatación de condiciones personales que hagan presumir que el liberado no volverá a delinquir.	Autoridad Judicial.

	Requisito temporal	Requisitos subjetivos	Limitaciones	Autoridad otorgante
Chile	Penas mayores a un año: La mitad de la pena. Presidio perpetuo: 20 años. Presidio perpetuo calificado: 40 años.	Haber observado conducta intachable en el establecimiento penal en que cumple su condena. Haber aprendido bien un oficio. Haber asistido con regularidad y provecho a la escuela del establecimiento y a las conferencias educativas que se dicten, entendiéndose que no reúne este requisito el que no sepa leer y escribir.	Se establecen exigencias especiales (2/3 de la pena) para delitos especialmente enumerados. 10 años en las condenas superiores a 20 años. 3 años en Condenas superiores a 6 años por delitos de hurto o estafa.	Gendarmería de Chile. Comisión de Libertad Condicional. Corte Suprema en pleno, en los casos de presidio perpetuo calificado.
Colombia	3/5 partes de la pena.	Que el adecuado desempeño y comportamiento durante el tratamiento penitenciario en el centro de reclusión permita suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar la ejecución de la pena. Que demuestre arraigo familiar y social. Reparación a la víctima o aseguramiento del pago de indemnización, salvo que se demuestre insolvencia. Haber demostrado vocación para el trabajo.	Ninguna.	Autoridad Judicial.
Costa Rica	Mitad de la pena.	Que el Instituto de Criminología informe sobre la buena conducta, servicios prestados, ocupación y oficios adquiridos por el condenado que le permitan una vida regular de trabajo lícito; y acompañe un estudio de su personalidad, de su medio social, así como un dictamen favorable sobre la conveniencia de la medida.	El solicitante no debe haber sido condenado anteriormente por delito común sancionado con pena mayor de seis meses.	Judicial, previo informe del Instituto de Criminología.

	Requisito temporal	Requisitos subjetivos	Limitaciones	Autoridad otorgante
El Salvador	2/3 de la pena. Mitad de la pena: siempre que exista un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social. 1/3 de la pena: a condenados mayores de sesenta años de edad que padezcan enfermedades crónicas degenerativas y con daño orgánico severo.	Haber observado buena conducta, Aptitud de adaptación, según informe favorable del Consejo Criminológico Regional. Que el condenado no mantenga un alto grado de agresividad o peligrosidad. Que se hayan satisfecho las obligaciones civiles provenientes del hecho delictivo y determinadas por resolución judicial, garantice satisfactoriamente el cumplimiento de las mismas o demuestre su imposibilidad de pagar.	Que el condenado no sea delincuente habitual ni reincidente por el mismo delito doloso, cuando este se hubiere cometido dentro de los cinco años siguientes a la fecha de dictada la primera condena firme.	Juez de Vigilancia penitenciaria, previo informe del Consejo Criminológico Regional.
Guatemala	Penas superiores a tres años y no mayores de doce años: La mitad de la pena. Penas superiores a doce años: 3/4 de la pena.	Haber observado buena conducta durante su reclusión, justificada con hechos positivos que demuestren que ha adquirido hábitos de trabajo, orden y moralidad. Que haya restituido la cosa y reparado el daño en los delitos contra el patrimonio y, en los demás delitos, que haya satisfecho, en lo posible, la responsabilidad civil a criterio de la Corte Suprema de Justicia.	No se otorga a quien, con anterioridad, ya ha sido condenado con sentencia ejecutoriada por otro delito doloso.	Juez de ejecución, previo informe de la dirección del establecimiento donde el condenado cumple pena.
Honduras	Penas superiores a tres años y no mayores de doce años: La mitad de la pena. Penas superiores a doce años: 3/4 de la pena.	Haber observado buena conducta durante su permanencia en el establecimiento penal y contraído hábitos de trabajo, orden y moralidad, que patenten su arrepentimiento y propósito de enmienda.	No se otorga a quien, con anterioridad, ya ha sido condenado con sentencia ejecutoriada por otro delito doloso.	Juez de Ejecución.

	Requisito temporal	Requisitos subjetivos	Limitaciones	Autoridad otorgante
Honduras		Que haya restituido la cosa y reparado el daño en los casos de delitos contra la propiedad y cumplido las demás obligaciones civiles, derivadas del delito, o demuestre su incapacidad económica para satisfacer las últimas.		
México	Delitos intencionales: Tres quintas partes de la condena Delitos imprudenciales: mitad de la condena.	Que haya observado buena conducta durante la ejecución de su sentencia. Que del examen de su personalidad se presume que está socialmente readaptado y en condiciones de no volver a delinquir. Que haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado, sujetándose a la forma, medidas y términos que se le fijen para dicho objeto, si no puede cubrirlo.	No se otorga a los sentenciados por un alguno de los delitos expresamente enumerados en el art. 85 del Código Penal.	Judicial.
Nicaragua	Penas de prisión mayores a 5 años: 2/3 de la pena. Penas de presidio mayores a 9 años: 3/4 de la pena. En los delitos graves y menos graves: dos terceras partes de prisión efectiva.	Que su personalidad, su buena conducta en el respectivo establecimiento carcelario, y sus antecedentes de todo orden, permitan al juez presumir fundadamente que ha dejado de ser peligroso para la sociedad y que no volverá a delinquir.	En algunos delitos específicos se exige 3/4 partes de la pena. No se admite en delitos sexuales cometidos contra niños niñas y adolescentes. Al delincuente que haya sido condenado por más de dos delitos o al reincidente por primera vez no se le otorga hasta haber cumplido las cuatro quintas partes de la pena. Después de la segunda reincidencia, el delincuente quedará privado del derecho de solicitar la libertad condicional.	Autoridad Judicial.

	Requisito temporal	Requisitos subjetivos	Limitaciones	Autoridad otorgante
Paraguay	2/3 de la pena.	Se pueda esperar que el condenado, aun sin purgamiento del resto de la pena, no vuelva a realizar hechos punibles. La decisión se basará, en especial, en la personalidad del condenado, su vida anterior, las circunstancias del hecho punible, su comportamiento durante la ejecución de la sentencia, sus condiciones de vida y los efectos que la suspensión tendría en él.	La suspensión no se concederá, generalmente, cuando el condenado hiciera declaraciones falsas o evasivas sobre el paradero de objetos sujetos al comiso o a la privación de beneficios. El tribunal podrá fijar plazos no mayores de seis meses, durante los cuales no se admitirá la reiteración de la solicitud de la suspensión.	Juez de Ejecución, previo informe fundado del organismo técnico-criminológico y del Consejo Asesor del establecimiento.
Perú	La mitad de la pena. En los casos de delitos especialmente previstos se exige 3/4 de la pena.	No tener proceso pendiente con mandato de detención. Certificado de cómputo laboral o estudio, si lo hubiere. Informe sobre el grado de readaptación del interno, de acuerdo a la evaluación del Consejo Técnico Penitenciario.	El beneficio de liberación condicional es inaplicable a los reincidentes, habituales y a los condenados por delitos especialmente excluidos en el Código de Ejecución Penal.	Juez que estuvo en contacto con el proceso.
República Dominicana	Penas privativas de libertad de carácter criminal o correccional, de más de un año de duración: La mitad de la pena impuesta.	Que haya demostrado hábito de trabajo y observado conducta intachable en el establecimiento. Que se encuentre capacitado física y síquicamente para reintegrarse a la vida social y que su estado de rehabilitación haga presumible que se conducirá bien en libertad. Si pudiendo hacerlo ha pagado los daños e indemnizando los perjuicios causados por la infracción, o llegado a un acuerdo con la parte perjudicada.	No se otorga a los penados reincidentes y aquellos a quienes les haya sido revocado anteriormente el beneficio.	Autoridad Judicial.

	Requisito temporal	Requisitos subjetivos	Limitaciones	Autoridad otorgante
Uruguay	<p>Penas de hasta 2 años de penitenciaría: cuando la sentencia queda ejecutoriada.</p> <p>Penas mayores a 2 años de penitenciaría: mitad de la pena.</p>	<p>La "libertad anticipada" es dispuesta por la Suprema Corte de Justicia, previo informe del Centro de reclusión, informe pericial del Instituto Nacional de Criminología, informe del Juez de la causa y dictamen del Fiscal de Corte.</p> <p>Cuando el penado cumple las dos terceras partes de la pena y todos los informes son favorables la SCJ está obligada a conceder la liberación.</p>	No hay.	Autoridad judicial.
Venezuela	3/4 partes de la pena impuesta.	<p>Que no haya cometido algún delito o falta, dentro o fuera del establecimiento, durante el cumplimiento de la pena.</p> <p>Que el interno o interna haya sido clasificado o clasificada previamente en el grado de mínima seguridad por la junta de clasificación designada por el Ministerio con competencia en materia Penitenciaria. Pronóstico de conducta favorable del penado o penada, emitido de acuerdo a la evaluación realizada por un equipo evaluador.</p> <p>Que no haya participado en hechos de violencia que alteren la paz del recinto o el régimen penitenciario. Que haya culminado, curse estudios o trabaje efectivamente en los programas educativos y/o laborales.</p>	No se le otorga a quienes se le hubiere revocado alguna medida alternativa al cumplimiento de la pena otorgada anteriormente.	Autoridad judicial.

4. Otros beneficios penitenciarios

Como ya hemos apuntado en la clasificación de los llamados beneficios penitenciarios, es preciso distinguir entre beneficios que afectan a la ejecución material de la condena, acortándola, y otros que posibilitan el adelantamiento de la excarcelación. No vamos a realizar un análisis exhaustivo de cada uno de ellos, ya que algunos han sido estudiados al abordar el tema de las relaciones con el exterior (salidas y permisos, visitas íntimas) [vid. tema 6].

4.1. El adelantamiento de la libertad condicional

Este beneficio penitenciario supone una excepción a las reglas de la libertad condicional, prescindiendo del requisito de cumplimiento de determinada cuantía de la condena. En aquellos casos en que el penado haya mostrado buena conducta y realizado actividades labores, culturales u ocupacionales continuamente, es posible conceder la libertad condicional, sin atender al tiempo de pena cumplida. Se trata de conceder la máxima discrecionalidad a la administración para otorgar el beneficio allá donde se estime conveniente desde una perspectiva resocializadora. En cierta forma llevado a estos extremos la libertad condicional disuelve la eficacia del principio de igualdad ante la ley.

4.2. El indulto particular

Esta medida igualmente encaminada a adelantar la excarcelación, puede concederse a la persona privada de libertad que durante un mínimo de dos años haya mostrado buena conducta, participando en actividades laborales y culturales, tanto en la prisión como en el mundo exterior y, finalmente, haya participado de manera habitual en aquellas actividades relacionadas con la reinserción. En aquellos países en los que la concesión corresponde al poder ejecutivo, el indulto se convierte en una grave injerencia en el carácter exclusivo y excluyente que ostenta el poder judicial administrando justicia frente al resto de los poderes estatales.

En el ámbito jurisprudencial comparado ha sido paradigmática la Decisión de 7 de septiembre 1989 del TEDH (Legitimación. Condición de víctima. Se concedió el indulto, y paralelamente, la concurrencia de circunstancias particulares de la condena del demandante por difamación. Inadmisión de la demanda).

5. Otras figuras afines

En algunos países de nuestro ámbito cultural aún encontramos otros tipos de beneficios cuyo estudio haría esta relación prácticamente interminable, de manera que concluiremos el capítulo refiriéndonos a modalidades excepcionales de la libertad condicional, más o menos extendidas y consolidadas en el derecho comparado. Nos vamos a referir, en concreto, a la libertad condicional para enfermos incurables y para personas de edad.

En ambos casos se trata de buscar una solución humanitaria que evite muertes de personas en condiciones sanitarias y asistenciales muy deficientes, de manera que, como último fundamento podemos invocar el trato digno que merecen los seres humanos en cualquier condición. La siguiente reflexión del Tribunal Constitucional español la encontramos en otros muchos países al argumentar sobre estas medidas excarcelatorias excepcionales: “La puesta en libertad condicional de quienes padezcan una enfermedad muy grave y además incurable tiene su fundamento en el riesgo cierto que para su vida y su integridad física, su salud en suma, pueda suponerla permanencia en el recinto carcelario. Por consiguiente, no exige la existencia de un peligro inminente o inmediato ni tampoco significa que cualquier dolencia irreversible provoque el paso al tercer grado penitenciario, si no se dieron las otras circunstancias antes indicadas(...) entre ellas, como aquí ocurre, la menor peligrosidad de los así libertos por su primera capacidad disminuida. En definitiva, no *pietatis causa* sino por criterios enraizados en la justicia como resultado de conjugar los valores constitucionales implicados en esta situación límite, insoluble de otra guisa” (STC 48/1996, 25 marzo).

La libertad condicional anticipada por motivos de salud coincide en el tiempo con la aparición del virus del sida en prisiones como consecuencia del consumo parenteral de heroína.

La llamada generación de la heroína trajo consigo a la cárcel enormes problemas de salud individual y colectiva. Sus portadores contraían la enfermedad durante un largo periodo de tiempo con graves riesgos de contagio al resto de la población. El final era predecible por lo que su presencia en la cárcel carecía de todo fundamento. No por razones resocializadoras, sino simplemente por humanidad, se estableció esta libertad condicional anticipada que no exigía que el paciente se encontrara en fase terminal, porque, entonces, no resolvía ningún problema.

Similares razones concurren en la libertad anticipada de los mayores de edad. Con independencia de la edad que se acuerde, llegado a una etapa en la vida

de la persona, salvo que haya razones que no lo hagan recomendable, el mínimo sentido de humanidad que se exige a la justicia, hace recomendable tener prevista una excarcelación anticipada. Generalmente, se aplica a personas que han pasado un largo periodo de su vida en la prisión y, las penas, como las personas, envejecen. Las razones de prevención general se difuminan y la presencia del condenado en la cárcel es inútil y, como ya decía Beccaria, las penas inútiles también son crueles.

Tanto en un caso, como en otro, es decir, en los enfermos y los ancianos, la excarcelación no puede interpretarse como abandono. Los servicios civiles del Estado deben tener previsto la atención postpenitenciaria de estas personas. Las cuales, muy probablemente, se va a encontrar absolutamente abandonadas.

6. Los beneficios penitenciarios en la legislación internacional

Todos los textos internacionales se pronuncian sobre la necesidad de concebir la ejecución de la pena de prisión de una forma, que podríamos denominar, porosa, es decir, procurando que hasta donde sea posible los condenados dispongan de vías para mantener los contactos con el exterior. Estos no deben encontrar nada más que dos límites: las circunstancias personales del condenado y evitar el vaciamiento de la pena. También coinciden los referidos textos en la necesidad de evitar arbitrariedades en la concesión de estos permisos mediante la intervención de una autoridad judicial en su concesión.

A este respecto, las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad* (Reglas de Tokyo) disponen que "(1) Las disposiciones pertinentes de las presentes Reglas se aplicarán a todas las personas sometidas a acusación, juicio o cumplimiento de una sentencia, en todas las fases de la administración de la justicia penal. (2) A fin de asegurar con mayor flexibilidad, compatible con el tipo y la gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente y la protección de la sociedad y evitar la aplicación innecesaria de la pena de prisión, el sistema de justicia penal establecerá una amplia serie de medidas no privativas de la libertad, desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia. El número y el tipo de las medidas no privativas de la libertad disponibles deben estar determinadas de manera tal que sea posible fijar de manera coherente las penas" (artículo 2).

En el mismo sentido, las referidas *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad* decretan que: "(1) Se pondrá a disposición de la autoridad competente una amplia serie de medidas sustitutivas posterior-

res a la sentencia a fin de evitarla reclusión y prestar asistencia a los delincuentes para su propia reinserción social. (2) Podrán aplicarse medidas posteriores a la sentencia como las siguientes: (a) Permisos y centros de transición; (b) Liberación con fines laborales o educativos; (c) Distintas formas de libertad condicional; (d) La remisión; (e) El indulto. (3) La decisión con respecto a las medidas posteriores a la sentencia, excepto en el caso de indulto, será sometida a la revisión de una autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente, si lo solicita el delincuente. (4) Se considerarán cuanto antes las posibilidades de poner en libertad al recluso de un establecimiento y asignarlo a un programa no privativo de libertad" (Regla 9).

Capítulo VIII. Trabajo penitenciario

1. Introducción

Uno de los derechos reconocidos internacionalmente para una buena práctica penitenciaria es el derecho a la actividad laboral, convirtiéndose en la piedra angular de las actividades en prisión. Comenzaremos por abordar el estudio del trabajo en la prisión y la política penitenciaria, recordando sus orígenes y evolución. A continuación veremos el contenido y alcance del principio de la laboralización y su naturaleza jurídica.

Dadas las peculiaridades del régimen penitenciario, será conveniente estudiar otros principios que informan el trabajo penitenciario –al revestir la naturaleza de un derecho-deber–, y otros derechos y deberes de los internos trabajadores. Sin solución de continuidad, nos referiremos a los diferentes tipos de trabajo en establecimientos penitenciarios, distinguiendo entre el trabajo por cuenta ajena y las prestaciones personales obligatorias. Finalmente, se examinará la organización del trabajo y las condiciones laborales del trabajador-interno, la adjudicación de los puestos de trabajo, la interrupción, suspensión y extinción de la relación laboral.

2. Trabajo y política penitenciaria

La Segunda Guerra Mundial marcó un hito crucial en las políticas penales internacionales, estableciendo un orden global universal imbuido por los derechos humanos, cuya principal consecuencia fue por un lado, el reconocimiento de la dignidad humana de los internos y, de otro, la prohibición de la tortura y de los tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes para las personas privadas de libertad. Explícitamente tales pretensiones han sido recogidas en las principales leyes internacionales, tales como la Declaración Universal de Dere-

chos Humanos, el PIDCP y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas.

La amarga experiencia de los campos de concentración nazis en los que regía el principio de que el trabajo hacía libre a las personas, sea cuales fueran las condiciones de este, hizo tomar conciencia a la humanidad y a sus gobernantes de que la pena no puede confundirse con el trabajo y, en consecuencia, que cualquiera que sea la ocupación aflictiva que se imponga a los penados constituye una pena inhumana y degradante.

En este sentido, el artículo 7 (PIDCP) dispone que: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes” (véanse, también, el artículo 5 DUDH; artículos 1 y 2.1 CTCID; artículos 1 y 2 CIPST, principio 6). Las personas privadas de libertad siguen siendo personas, pese a su reclusión en un centro penitenciario, debiendo observarse por parte de los Estados la obligación de tratar a “toda persona privada de libertad (...) humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano” (art. 10 1 PIDCP).

Paralelamente, en este nuevo orden global, la política penitenciaria sufrió una evolución considerable cuya principal consecuencia tuvo su reflejo en el modelo de la prisión, concebida históricamente como centro de trabajo forzado, superando las denostadas concepciones de la Ilustración europea del siglo XVIII y XIX, basadas principalmente en el carácter retributivo y utilitarista de la pena, cuyo principal objetivo pretendía causar dolor, a la vez que se aprovechaba la fuerza de trabajo para realizarlas labores más penosas o arriesgadas de las grandes obras públicas de finales del S.XIX y principios del XX.

Esta evolución del sistema penitenciario cristalizó a mediados del siglo XIX en Estados Unidos, contraponiéndose dos sistemas de prisiones, orientados en fundamentos antagónicos. Los sistemas penitenciarios propuestos desde Estados Unidos no pretendían acabar con el trabajo penitenciario, ni siquiera con su carácter de “trabajo forzado”, tan solo superaron la etapa del trabajo salvaje e introdujeron unos criterios de ordenación y racionalización del mismo. En primer término, el llamado Modelo de Pennsylvania, conforme al cual el método adecuado para lograr la reforma de los internos consistía en su encarcelamiento en solitario, recurriendo además a la religión, como forma de “expiación moral”. En segundo lugar, se desarrolló el denominado Sistema de Auburn, acorde al cual la corrección de los internos se alcanzaría mediante la realización de un trabajo productivo.

Es conveniente recordar que entre los siglos XVI y XVIII las prisiones habían sido diseñadas como centros de trabajo, siendo la ocupación laboral el elemento

central en el sistema penitenciario. La etapa posterior significó una nueva concepción de las prisiones, que se despojarán de su carácter laboral, representando centros de detención, asociados a la idea de privación de libertad.

2.1. Los orígenes del trabajo en prisiones

En un breve recorrido por la historia del trabajo penitenciario es preciso recordar su vinculación a la existencia de la pena privativa de libertad. Antes que las prisiones, existieron los centros de trabajo. Si en ellos se privaba de libertad ambulatoria no era como fin, sino como medio para asegurarse la disponibilidad del trabajador/penado.

Como ha quedado de manifiesto en las líneas anteriores, el origen del trabajo penitenciario remonta al siglo XVI, si bien entendido ese concepto de "trabajo" de una manera muy rudimentaria, como ocupación sin reconocimiento de ningún tipo de la condición de trabajador del condenado. Como ejemplos conocidos de estos modelos fueron los centros de trabajo holandeses de Raphuis o las galeras.

No obstante, en una acepción más contemporánea, el concepto de trabajo penitenciario emerge en el siglo XIX, con la pretensión de lograr la corrección de los internos mediante la realización de un trabajo productivo. Lo novedoso de este sistema consistió, además, en la ordenación del trabajo, en la utilización de tecnología de la época, que permitía superar el rudo trabajo manual, muy progresistas para la época, y, sobre todo la incorporación de los trabajos exteriores (preferentemente agrícolas), la remuneración por el trabajo y una progresiva privatización.

Ahora bien, una de las cuestiones más controvertidas que el trabajo penitenciario va a suscitar, a partir de entonces, radica en la propia terminología o definición de lo que se entienda por "trabajo", no existiendo una definición unívoca del mismo. Partiendo de la definición acuñada por Friedmann, se entiende por trabajo aquel "conjunto de acciones que el hombre ejerce, con un fin práctico, con la ayuda de su cerebro, de sus manos, de instrumentos o de máquinas, sobre la materia, acciones que, a su vez, reaccionan sobre el hombre, o modifican". Y en una aproximación al concepto de trabajo penitenciario, podemos concluir afirmando que aquel consiste en la actividad laboral que los internos realizan en un centro penitenciario, por iniciativa pública o privada, pero bajo el control de la Administración penitenciaria, en condiciones iguales o equivalente de derechos a los que tienen los trabajos en la sociedad libre.

2.2. Las dificultades del trabajo penitenciario

En el estudio del trabajo penitenciario se han detectado una serie de circunstancias/inconvenientes que obstaculizan su desarrollo y optimización y que se pueden agrupar en dos tipos; unas internas y otras externas. En primer lugar, entre las circunstancias que dificultan el trabajo penitenciario hay que destacar las relacionadas con la propia infraestructura de la prisión, que no permite una producción competitiva, ocasionada tanto en la inadaptación del edificio, como sobre todo en los horarios y las diversas medidas de seguridad que dificultan un horario productivo. Dentro de este primer grupo se incluyen, asimismo, las conectadas con los propios internos que la mayoría de las veces presentan una baja cualificación profesional, lo que impide la realización de un trabajo productivo.

Asimismo, representa un obstáculo para hacer competitivo el trabajo en prisiones el hecho de que las legislaciones nacionales sigan considerando al mismo no como fuente de riqueza, sino como instrumento terapéutico que insertado dentro de los programas correspondientes tiene como objetivo la resocialización del trabajador/interno.

No negamos las bondades del trabajo para alcanzar la reinserción futura ya que el trabajo es no solo fuente de ingresos económicos, sino de relaciones sociales, pero la condicionar el trabajo a esos objetivos con carácter exclusivo y negar –como hacen muchas legislaciones penitenciarias– que el mismo pueda tener unos objetivos económicos y de enriquecimiento del empresario que lo proporciona, le hace perder competitividad y el sector privado pierde interés por el mismo.

En segundo término, otra de las causas que dificultan un óptimo desarrollo del trabajo penitenciario radica en su gestión pública por parte de la Administración, que añade diversas trabas burocráticas y de control al sector empresarial. Las RMTR aluden a la gestión pública del trabajo penitenciario, al disponer que “Las industrias y granjas penitenciarias deberán preferentemente ser dirigidas por la Administración y no por contratistas privados” (Regla 73.1) Esta dificultad llevó a algunos sistemas penitenciarios a recurrir a contratistas privados para gestionar el trabajo carcelario, originándose otros inconvenientes, tales como los posibles abusos de los trabajadores-internos por parte del empresario. En este sentido, la Organización Internacional del Trabajo en su Convención sobre el Trabajo Forzado ha proclamado el carácter público de la gestión del trabajo penitenciario, que debe ser supervisado y controlado por una autoridad pública, prohibiendo destinar al interno a asociaciones privadas, al menos que exista una supervisión y un control estatal. De este modo, “los reclusos que se

empleen en algún trabajo no fiscalizado por la administración estarán siempre bajo la vigilancia del personal penitenciario” (Regla 73.2).

En los sistemas penitenciarios de la región se observa una marcada falta de oportunidades de trabajo para los reclusos, pero sobre todo de trabajo productivo. Las cifras suelen presentar un porcentaje importante de internos afectados a labores pero estos números se logran con la asignación de tareas de limpieza, asistencia en las cocinas, atención en los economatos, e incluso como asistentes en determinadas tareas de las oficinas administrativas de los centros de detención. Estas opciones, si bien contribuyen a garantizar un salario a las personas privadas de libertad, no pueden ser las únicas. El Estado tiene la obligación de adoptar medidas positivas para el desarrollo de proyectos laborales sustanciales que se orienten de manera integral tanto a cubrir las necesidades de programas de tratamiento, como así también la finalidad productiva y de formación profesional en miras a la reinserción social.

2.3. La laborización del trabajo en prisiones

La prisión y las demás medidas cuyo efecto es separar a un delincuente del mundo exterior son aflictivas por el hecho mismo de que despojan al individuo de su derecho a disponer de su persona, al privarle de su libertad. Por lo tanto, a reserva de las medidas de separación justificadas o del mantenimiento de la disciplina, el sistema penitenciario no debe agravar los sufrimientos inherentes a tal situación. Es conveniente recordar que el fin de las penas y las medidas privativas de libertad es promocionar los derechos de los internos hasta donde sea compatible con la condición de recluso y solo se alcanzará este fin si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo.

El régimen del establecimiento debe tratar de reducir las diferencias que puedan existir entre la vida en prisión y la vida libre en cuanto estas contribuyen a debilitar el sentido de responsabilidad del interno o el respeto a la dignidad de su persona (principio general de normalización). Por ello, es conveniente que, antes del término de la ejecución de una pena o medida, se adopten los medios necesarios para asegurar al interno un retorno progresivo a la vida en sociedad (véase Regla 60.1. RMTR). La organización y los métodos de trabajo penitenciario deberán asemejarse lo más posible a los que se aplican a un trabajo similar fuera del establecimiento, a fin de preparar a los internos para las condiciones normales del trabajo libre (Regla 72.1 RMTR). Es este objetivo se denomina comúnmente principio laborización. La laborización del trabajo en prisiones debe interpretarse como un subprincipio derivado del principio general de nor-

malización reconocido en diversos Reglamentos Penitenciarios internacionales cuya finalidad, como ya hemos señalado, persigue la construcción de la vida en prisión a semejanza de la vida en el exterior en la medida en que sea posible.

Para alcanzar la deseada asimilación el trabajo penitenciario se encuentra con muchos problemas, algunos de los cuales si pueden superarse o reducirse con una buena gestión, pero otros, como la duración de la pena, hacen que los trabajadores no tengan la estabilidad que a veces requiere el puesto de trabajo. El diseño arquitectónico o la imposibilidad de introducir una tecnología competitiva, son algunos de los problemas que se presentan con más frecuencia.

La correcta asimilación del trabajo penitenciario con el que se da en la sociedad libre exige tener en cuenta los siguientes aspectos:

- Económico. Se ha de procurar que el trabajo, su organización productiva y la retribución sean competitivos y equiparables al de la sociedad libre (N. 26. NPE).
- Jurídico. Pese a que en muchos aspectos el trabajo penitenciario constituye una relación laboral específica, la legislación laboral común debe ser norma supletoria para su regulación.
- Social. Se trata de alcanzar no solo las coberturas de asistencia social, sino procurar que la ocupación laboral pueda tener continuidad tras la liberación.

2.4. Naturaleza jurídica

Una de las cuestiones más controvertidas que el trabajo penitenciario suscita es la relativa a la determinación de su naturaleza jurídica, siendo varias las opiniones que a este respecto se han pronunciado. Una corriente muy representativa de la ciencia penitenciaria ha defendido que esta modalidad de trabajo por cuenta ajena tiene, en cambio, una naturaleza jurídica no laboral. Esta tesis fue sostenida por el penitenciarismo positivista que concebía el trabajo penitenciario como el mejor camino para la reconstrucción ético-social del condenado. La idea del trabajo como instrumento de disciplina social alcanza su máxima expresión en el ámbito penitenciario, donde encuentra una fuerza legitimante en los fines preventivo especiales de la reeducación. Bajo este planteamiento no solo se hacían posibles programas de manipulación de la persona, sino que se encubría la explotación laboral del interno/trabajador, el cual veía burlados sus derechos económicos y sociales como trabajador.

La máxima expresión de estas políticas penitenciarias se alcanza con el beneficio de la redención de penas por el trabajo mediante el cual, al condenado se le obliga, "agradecido", a recibir un salario convertido en cuotas de su propia libertad. Estas tendencias han sumido al trabajo en las prisiones en una profunda

crisis de la que solo podrá salirse liberándolo de ese lastre positivista; por esa razón, somos partidarios de un trabajo en prisión competitivo con el trabajo en el exterior, lo que conllevaría su sometimiento al régimen jurídico de los trabajadores en la sociedad libre y constituir, por tanto, una relación laboral de carácter especial o diversa, pero nunca degradada.

3. Principios de conforman el trabajo

Es una opinión generalmente aceptada el valor del trabajo como elemento importante pertinente de formación y rehabilitación de los detenidos y como medio valioso de gestión operacional de los establecimientos penitenciarios, de ahí la necesidad de incrementar la función del trabajo en los regímenes penitenciarios. A este respecto, la Resolución (75) 25 del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativa al trabajo penitenciario recomienda a los gobiernos de los Estados miembros que:

- Concedan un Estatuto definido y una prioridad determinada al trabajo penitenciario.
- Arbitren los recursos necesarios para poner en obra programas de trabajo conformes a las necesidades de las instituciones.
- Utilicen plenamente para este fin sistemas de gestión, técnicas y métodos de producción adecuados y modernos.
- Adapten las condiciones de trabajo, sus modalidades y su remuneración a las normas de fuera, en la medida de lo posible y habida cuenta de la naturaleza propia del trabajo penitenciario.
- Tengan en cuenta la importancia del trabajo y de sus implicaciones para la gestión a todos los niveles en el momento de contratar y formar al personal.
- Coordinen los sistemas de reparto de la mano de obra con los demás aspectos de la gestión de los regímenes penitenciarios.

Estas exigencias programáticas nos permiten diseñar el conjunto de características que definen al trabajo penitenciario¹⁹:

a) Carácter no aflictivo.

Los instrumentos jurídicos internacionales que garantizan los derechos del hombre en las prisiones y las buenas prácticas penitenciarias han prohibido,

19. Con regulaciones sutilmente diferentes la mayoría de las legislaciones penitenciarias de la región aceptan los principios que enumeraremos seguidamente: Para un ejemplo de ello, confróntese entre otras: Art. 107 de la Ley 24.660 (Argentina); art. 139 del Código de Ejecución Penal (Paraguay); art. 105 de la Ley Penitenciaria (El Salvador) art. 75 de la Ley del Sistema Penitenciario Nacional (Honduras).

sin excepción, el carácter aflictivo del trabajo penitenciario. Esta interdicción del carácter correctivo del trabajo carcelario se deriva de las modernas teorías sobre la pena privativa de libertad, que se encaminan a restringir en la mínima medida la libertad ambulatoria del penado, sin añadir ningún elemento adicional de castigo.

En este sentido, las RMTR disponen que “El trabajo penitenciario no deberá tener carácter aflictivo” (artículo 8.3 letras a), b) y c) IPIDCP; artículo 23.1, 23.2 y 23.3 DUDH; artículo 6.2 y 6.3 letra a) CADH; PBP XIV inc.1.

Paralelamente a esta interdicción, quedan asimismo prohibidos los trabajos forzados, por violar el artículo 4 del CEDH, al establecer que: “1. Nadie podrá ser mantenido en esclavitud ni en servidumbre. 2. Nadie puede ser sometido a realizar un trabajo forzoso u obligatorio”. La OIT entiende por trabajo forzoso u obligatorio: “1. Todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente.” Sin embargo, no son trabajos forzados a los fines del presente Convenio: “c) Todo trabajo o servicio exigido de un individuo como consecuencia de una condena pronunciada por sentencia judicial, a condición de que este trabajo o servicio sea ejecutado bajo la vigilancia y el control de las autoridades públicas y de que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, Compañías o personas jurídicas de carácter privado” (artículo 2 Convenio 25 OIT).

Por su parte, la CEDH exceptúa de tal definición “(a) cualquier trabajo requerido normalmente de una persona sometida a la detención en las condiciones previstas en el artículo 5 del presente Convenio o durante su puesta en libertad condicional; (b) cualquier servicio de carácter militar o, en su caso, de objetores de conciencia en los países, en que la obligación de conciencia es reconocida como legítima, otro servicio en el lugar del servicio militar obligatorio; (c) cualquier servicio requerido en el caso de crisis o de calamidades que amenazan la vida o el bienestar de la comunidad; (d) cualquier trabajo o servicio que forman parte de las obligaciones cívicas normales”.

Pese a los intentos por diferenciar conceptualmente lo que sean “trabajos forzados” de otras actividades laborales obligatorias totalmente acordes con los derechos de los internos, en frecuentes ocasiones se han planteado diversas demandas ante la Comisión, teniendo ésta que fallar en el sentido de su admisibilidad o no. Así, por ejemplo, la Decisión de 5 de julio de 1979, procedente de la Demanda nº 7906, D.R. nº 17, pp. 59 y ss., donde el demandante alegaba haber sido sometido a un estado de servidumbre. En esta Decisión la Comisión interpretó correctamente el término de “servidumbre” para diferenciarlo del de

“trabajo forzoso”. La distinción entre servidumbre y trabajo forzoso no se explica. Sin embargo procede considerar que además de la obligación de prestar ciertos servicios a un tercero, la noción de servidumbre incluye para el “siervo” la obligación de vivir en la propiedad de un tercero y la imposibilidad de cambiar su condición. A este respecto, la Comisión ha considerado particularmente el artículo 1 del Convenio suplementario, relativo a la abolición de la esclavitud, adoptado por una conferencia de plenipotenciarios de las Naciones Unidas, el 7 de septiembre de 1956: “El trabajo requerido normalmente de una persona sometida a la detención en las condiciones previstas en el artículo 5 no se considera trabajo forzoso. *A fortiori*, no puede considerarse como una forma de servidumbre”.

En el marco normativo americano, el artículo 6 de la CADH prohíbe expresamente la esclavitud y la servidumbre en los siguientes términos: “Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzosos, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso (artículo 6)”. De esta definición deben exceptuarse, por no constituir trabajo forzoso u obligatorio: “Los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona reclusa en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente. Tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen no serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado (...)” (artículo 6).

En aras de reforzar la interdicción del trabajo penitenciario como castigo, el Convenio 105 de la OIT exige, expresamente, a los Estados partes que han ratificado en Convenio la adopción de medidas dirigidas a abolir el trabajo forzoso. Las anteriores declaraciones reconocidas en los instrumentos internacionales referidos han sido igualmente reconocidas en el contexto americano, singularmente en la CADH (San José de Costa Rica, 22 noviembre 1969): “En ningún caso el trabajo tendrá carácter aflictivo” (Principio XIV).

b) Respetuoso con la dignidad del interno.

Una segunda característica inherente al trabajo penitenciario es su respeto a la dignidad del interno. Al principio de este capítulo hemos comentado que la grave experiencia de la Segunda Guerra Mundial supuso un hito crucial en la política penitenciaria, considerando a las personas privadas de libertad como

sujetos plenos de derechos, entre los que cabe incluir el derecho al trabajo (Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos, Principio 5. “Con excepción de las limitaciones que sean evidentemente necesarias por el hecho del encarcelamiento, todos los reclusos seguirán gozando de los derechos humanos y las libertades fundamentales [...]”).

Entre los PBP, se declara que “toda persona privada de libertad que esté sujeta a la jurisdicción de cualquiera de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos será tratada humanamente, con irrestricto respeto a su dignidad inherente, a sus derechos y garantías fundamentales, y con estricto apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos” (Principio 1).

La concreta prohibición de los trabajos forzosos enlaza con este carácter de respeto a la dignidad del interno, como ha expresado el PIDCP cuyo artículo 7 dispone que “nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes” (véanse, en este sentido, artículo 93 letra h) CPP; Artículo 5 DUDH; Artículo 5.2 CADH; artículo 1 y 2.1 CTCID; Artículos 1 y 2 CIPST; Principio 6). Asimismo, el artículo 10 del citado PIDCP establece que “toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

c) Correspondencia con la “aptitud física y mental” del detenido.

Una tercera característica del trabajo penitenciario, según disponen diversos Convenios Internacionales sobre los derechos de los reclusos, es su “obligación de trabajar habida cuenta de su aptitud física y mental, según al determine el médico” (R.71.1 RMTR). El respeto por este principio de correspondencia entre el trabajo y las capacidades personales del trabajador/interno tiene una especial relevancia en relación con los condenados a medidas de seguridad por haber sido declarados inimputables, aunque para ellos el trabajo se inserta en los programas terapéuticos, el sistema penitenciario debe evitar que se discrimine laboralmente a este grupo, proveyendo, además, en todos los establecimientos una cuota proporcional para discapacitados.

d) Suficiente y productivo.

Las RMTR han perfilado los rasgos que debe revestir el trabajo penitenciario, añadiendo a los anteriores requisitos que sea “suficiente para ocuparlos durante la duración normal de una jornada de trabajo” (Regla 71.1 RM). Esta declaración es perfectamente compatible con la finalidad que debe cumplir el tratamiento penitenciario, encaminado a preparar al interno para su vida en el exterior. Ade-

más, la carencia de ocupaciones y un excesivo disfrute del tiempo libre son, en ocasiones, factores que favorecen la comisión de delitos y la proliferación de las mafias carcelarias. Desatender el carácter productivo es hacer perder competitividad al trabajo en prisiones. Solo un trabajo que ponga en el mercado a precios competitivos productos que este demanda hará que el mundo empresarial se interese por producir dentro de las prisiones. Es decir, solo un trabajo competitivo garantiza que haya suficiente oferta.

e) Formativo y resocializador.

En el catálogo de Principios básicos para el tratamiento de los reclusos (Adoptados y proclamados por la Asamblea General en su resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1990) se establece la creación de "condiciones que permitan a los reclusos realizar actividades laborales remuneradas y útiles que faciliten su reinserción en el mercado laboral del país y les permitan contribuir al sustento económico de su familia y al suyo propio" (principio 8).

Los datos estadísticos reflejan el bajo nivel de cualificación profesional que presenta la población penitenciaria y la estrecha relación que se produce entre desempleo y delincuencia. La falta de cualificación profesional es una de las causas más frecuentes del desempleo. A este respecto, y en la medida de lo posible, el trabajo penitenciario deberá contribuir por su naturaleza a mantener o aumentar la capacidad del recluso para ganarse honradamente su vida después de su liberación. En aras de cumplir esta pretensión, se dará formación profesional en algún oficio útil a los reclusos que estén en condiciones de aprovechamiento, y particularmente, a los jóvenes (Regla 71.4 y 5 RM).

f) Facilitado por la Administración.

La laboralización no puede ignorar las dificultades y los retos que se presentan cuando se pretende hacer competitivo un trabajo que se desarrolla dentro de un establecimiento penitenciario rígidamente sometido a controles de seguridad de todo tipo. La experiencia demuestra que para lograr un punto de equilibrio entre seguridad y laboralización no hay más camino que poner bajo la gestión y administración de la propia administración penitenciaria los talleres, las industrias o las granjas penitenciarias. Incluso, los reclusos que se empleen en algún trabajo no fiscalizado por la Administración estarán siempre bajo la vigilancia del personal penitenciario (Regla 73.1 RM). Este sometimiento no debe asfixiar la iniciativa privada. El empresario que invierte en trabajo penitenciario ha de encontrar una oferta fiscal atractiva, pero también la suficiente libertad empresarial como para que la producción, debido a la burocracia o la dilación, pierda competitividad. Es recomendable promover mesas sectoriales

con sindicatos de trabajadores y empresariales en las que se convengan las condiciones de la producción y de los controles de seguridad.

g) Remunerado.

Finalmente, la retribución económica es una consecuencia lógica de la consideración del trabajo penitenciario como una relación laboral de carácter especial, pero, en definitiva, una relación jurídica laboral originada por la existencia de un contrato de trabajo entre dos sujetos: un trabajador-interno, que se compromete a prestar un servicio, y un empleador o empresario, que se obliga a retribuir a aquel un salario. Conforme con ello: "El trabajo de los reclusos deberá ser remunerado de una manera equitativa. El reglamento permitirá a los reclusos que utilicen, por lo menos, una parte de su remuneración para adquirir objetos destinados a su uso personal y que envíen otra parte a su familia. El reglamento deberá igualmente prever que la administración reserve una parte de la remuneración a fin de constituir un fondo que será entregado al recluso al ser puesto en libertad" (Regla 76.1.2 y 3 RMTR). (Véanse asimismo, Artículo 8.3 letras a), b) y c) PIDCP; artículo 23.1, 2 y 3DUDH; artículo 6.2 y 6.3 letra a) CADH; artículo 2.2 letra c) Convenio 29 OIT).

Algunas legislaciones prevén una retención de un porcentaje de la retribución salarial de cada interno por su trabajo, con el fin de "costear los gastos que causare en el establecimiento".²⁰ La justificación que se ha pretendido dar a estas disposiciones se orientan en el sentido de considerar que el condenado, en el establecimiento destinado a su encierro, ocasiona gastos, que es justo satisfaga, pues nada justificaría su situación de pensionista del Estado, por el hecho de haberse conducido mal, cuando tiene en sus manos el medio de costearse o, por lo menos, de contribuir a pagar lo que consume. Este tipo de retenciones no puede tener cabida en el marco de concepción del trabajo penitenciario que aquí exponemos. No es legítimo autorizar al Estado a cobrar un canon a quien sufre una detención; un impuesto por ocasionar un gasto con su accionar, como si fuese responsable de que el Estado haya escogido a la cárcel casi como la única respuesta ante el conflicto penal. No resulta admisible que el Estado ponga la satisfacción –total o parcial– de obligaciones propias en cabeza del interno, pues es sobre aquel sobre quien pesa el deber de custodia de todas las personas que están sometidas a detención preventiva o condena y que dicho deber estatal debe llevarse a cabo con el debido respeto de los derechos fundamentales reconocidos en el marco de los estándares internacionales. Las retenciones de este carácter implican transferir al interno trabajador el costo

20. Art. 121 de la Ley 24.660 (Argentina); Art. 82 de la Ley del Sistema Penitenciario Nacional (Honduras); Art. 17 de la Ley de Régimen Penitenciario (Venezuela); Art. 66 del Código de Ejecución (Perú).

de la obligación de su manutención que, según dicho marco normativo, pesa por entero sobre el Estado.

3.1. Alcance del derecho y el deber de trabajar de los internos

Genéricamente considerado, el derecho al trabajo es un principio reconocido universalmente por la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo artículo 23 proclama que: “Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”.

Derivando de un plano general, al plano particular del trabajo en las prisiones, el trabajo penitenciario constituye un derecho-deber para las personas privadas de libertad en un establecimiento penitenciario. La prohibición del carácter disciplinario del trabajo, analizada en los apartados anteriores, ha sido expresamente reconocida en varios instrumentos jurídicos internacionales, en virtud de su lesividad a la dignidad de la persona. Es el caso, por ejemplo, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos (“Nadie será constreñido a realizar un trabajo forzoso u obligatorio” [artículo 8.3.a]) y la Convención de la OIT (artículo 1, a). Corresponde abordar el alcance del trabajo como derecho que invocan muchos legisladores –incluso a nivel constitucional–.

La mayoría de los textos internacionales convienen en considerar el trabajo como un derecho de los privados de libertad. Así, por ejemplo, los PBP reconocen que “toda persona privada de libertad tendrá derecho a trabajar, a tener oportunidades efectivas de trabajo, y a recibir una remuneración adecuada y equitativa por ello, de acuerdo con sus capacidades físicas y mentales, a fin de promover la reforma, rehabilitación y readaptación social de los condenados, estimular e incentivar la cultura del trabajo, y combatir el ocio en los lugares de privación de libertad” (Principio XIV). Si tomamos esta declaración en un sentido estricto estamos expresamente reconociendo que los internos pueden dirigirse a la instancia correspondiente exigiendo un puesto de trabajo y que, en caso de no ser atendidos, tendrán derecho, las correspondientes indemnizaciones.

Semejante compromiso es, sencillamente, inasumible por la mayoría de los sistemas penitenciarios del mundo. Los intentos por alcanzar la ocupación total han fracasado siempre porque no se han logrado o porque solo se pudieron mantener durante un corto espacio de tiempo.

En su lugar, el pretendido derecho al trabajo ha sido interpretado en un doble sentido, como una directriz de política penitenciaria, como un compromiso del Estado de asegurar que estas propicien la ocupación laboral dentro de las pri-

siones y, por otra parte, como un compromiso de las autoridades de cada centro de no obstaculizar el acceso al trabajo de los internos en la medida de lo posible. Aunque tampoco con esta interpretación “descafeinada” que reduce el derecho a trabajar a un compromiso programático de política penitenciaria se han logrado mayores avances. A pesar de la claridad de los textos, incluso de los textos legales nacionales, y de los beneficios que aporta, la mayoría de los países tienen sumido en un abandono los esfuerzos por alcanzar la plena ocupación de los condenados.

La CIDH ha establecido que el trabajo es un derecho reconocido a toda persona a nivel interamericano y universal; y cuya plena efectividad los Estados se han comprometido a desarrollar progresivamente hasta el máximo de sus recursos disponibles. El Estado está obligado a mejorar la situación de este derecho, y simultáneamente asume la prohibición de reducir los niveles de protección, o, en su caso, de derogarlo, sin una justificación suficiente. En los hechos esta obligación se traduce en el deber del Estado de adoptar políticas públicas orientadas a mejorar constantemente tanto la calidad, como la disponibilidad y alcance de las actividades educativas, culturales y laborales destinadas al cumplimiento de los fines de las penas privativas de la libertad (CIDH, Informe sobre los derechos Humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, 2011, p. 235).

3.2. Otros derechos de los internos-trabajadores

Además del derecho-deber que supone el trabajo penitenciario, los internos-trabajadores tienen la posibilidad de participar en actividades de formación laboral o profesional destinadas al desarrollo total de la personalidad humana (Principio 6.- Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos). Esta opción ha sido desarrollada por las RMTR, al reconocer que “se tomarán disposiciones para mejorar la instrucción de todos los reclusos capaces de aprovecharla, incluso la instrucción religiosa en los países en los que esto sea posible. La instrucción de los analfabetos y la de los reclusos jóvenes será obligatoria y la administración deberá prestarle particular atención” (Regla 77.1).

La instrucción de los internos deberá “coordinarse, en cuanto sea posible, con el sistema de instrucción pública a fin de que al ser puestos en libertad puedan continuar sin dificultad su preparación” (Regla 77.2).

Finalmente, las RMTR, para una buena práctica penitenciaria, reconocen que a los trabajadores penitenciarios se les debe asegurar el derecho a la seguridad e higiene. Conforme con ello, la Regla 74 RM dispone que: “En los establecimientos penitenciarios se tomarán las mismas precauciones prescritas para pro-

teger la seguridad y la salud de los trabajadores libres. Se tomarán disposiciones para indemnizar a los reclusos por los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, en condiciones similares a las que la ley dispone para los trabajadores libres”.

4. Diferentes tipos de trabajo en prisiones

4.1. El trabajo por cuenta ajena

Como hemos indicado en la introducción de este capítulo, todos los internos seguirán gozando de los derechos humanos y las libertades fundamentales consagrados en la DUDH y, cuando el Estado de que se trate sea parte, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el PIDCP y su Protocolo Facultativo, así como en los demás derechos estipulados en otros instrumentos de las Naciones Unidas. De esta regla se exceptúan las limitaciones que sean necesarias por el hecho del encarcelamiento (vid. art. 2 PIDCP; art. 2.1 DUDH; Principio 3.)

En este contexto, el principio 6 de los Principios Básicos para el tratamiento de los Reclusos disponen la necesidad de crear condiciones que permitan a los internos realizar actividades laborales remuneradas y útiles que faciliten su reinserción en el mercado laboral del país y les permitan contribuir al sustento económico de su familia y al suyo propio (vid artículo 71.3, 71.4 y 71.5 RMTR).

4.2. Las prestaciones personales obligatorias

El concepto de prestaciones personales obligatorias es utilizado con frecuencia por las administraciones penitenciarias de forma abusiva para economizar recursos. Se entiende bajo este concepto aquellas actividades que se realizan por imposición legal o exigencia pública y que están excluidas del ámbito de aplicación de la normativa laboral, bien por ser obligatorias o bien por no ser retribuidas, o por ambas cosas a la vez.

Las prestaciones personales obligatorias no pueden considerarse como trabajo forzado en la medida que son cuotas de participación en una actividad de mantenimiento del centro imprescindibles para la propia ejecución de la pena.

A modo de ejemplo forman parte de este grupo las siguientes prestaciones:

- a) Las de formación profesional, a las que la Administración dará carácter preferente.
- b) Las dedicadas al estudio y formación académicas.

- c) Las de producción en régimen laboral o mediante fórmulas cooperativas o similares, de acuerdo con la legislación vigente.
- d) Las ocupacionales que formen parte de un tratamiento.
- e) Las prestaciones personales en servicios auxiliares comunes del establecimiento tales como mantenimiento y limpieza de las instalaciones del centro –celdas, servicios, etc.–.
- f) Las artesanales, intelectuales y artísticas.

De todas ellas, son las que se exigen como servicios auxiliares comunes del establecimiento las que plantean más conflictos y dudas. Los internos están obligados, de forma no retributiva, a ocuparse de la limpieza y el mantenimiento de las dependencias en donde desarrollan sus actividades personales (celdas, servicios de aseo o pasillos). Más dudoso es la inclusión dentro de este concepto de la limpieza de las zonas comunes (patios, comedores, zona de comunicaciones y visitas o instalaciones deportivas o sanitarias). Ahora bien, resulta un abuso considerar que también la limpieza de los exteriores y las oficinas o despachos del establecimiento forman parte de las prestaciones personales obligatorias. El mantenimiento de estas últimas cuando es asumido por la propia población penitenciaria debe ser considerado a todos los efectos como ocupación laboral.

5. Organización del trabajo

Como ya hemos apuntado, si el trabajo penitenciario debe orientarse a la reinserción laboral del penado, su organización y métodos deberán asemejarse lo más posible a los que se aplican a un trabajo similar fuera del establecimiento, a fin de habilitar a los internos para las condiciones normales de la vida libre. Los legisladores coinciden en destacar que el interés de los internos y de su formación profesional no quedará subordinado al deseo de lograr beneficios pecuniarios de una industria penitenciaria (Regla 72.1), pero más importante que esta declaración es garantizar que el trabajo no se convierta en una forma subrepticia de castigo o de sometimiento a la discrecionalidad de las autoridades del centro o un modo de imponer un régimen disciplinario. El trabajo en prisión, en tanto en cuanto no está impuesto y es legal, ni se entiende como castigo ni como explotación económica en manos de empresarios desaprensivos que aprovechan la debilidad jurídica del trabajador/recluso.

En su organización, los internos que se empleen en algún trabajo no fiscalizado por la administración estarán siempre bajo la vigilancia del personal penitenciario. A menos que el trabajo se haga para otras dependencias del Gobierno, las personas para las cuales se efectúe pagarán a la administración el salario

normal exigible por dicho trabajo teniendo en cuenta el rendimiento del interno (Regla 73.1). Finalmente, los internos gozarán de las mismas reglas de seguridad e higiene que en el trabajo desarrollado fuera de los establecimientos penitenciarios por los trabajadores libres.

6. Condiciones laborales del trabajador-interno

Partiendo del principio de laboralización del trabajo penitenciario y la pretensión de asemejar la organización de la actividad laboral desarrollada en la prisión con la que tiene lugar en el exterior, se posibilita que la ley o un reglamento administrativo fije el número máximo de horas de trabajo para los internos por día y por semana, teniendo en cuenta los reglamentos o los usos locales seguidos con respecto al empleo de los trabajadores libres (Regla 75. 1 RMTR).

Con relación a las horas así fijadas, deberán dejar un día de descanso por semana y tiempo suficiente para la instrucción y otras actividades previstas para el tratamiento y readaptación del interno (Regla 75.2 RMTR).

6.1. Adjudicación de los puestos de trabajo

La selección de los internos que van a ocupar un puesto de trabajo dentro del establecimiento apenas ha merecido la atención a la legislación penitenciaria, a pesar de constituir uno de los aspectos más trascendentales dentro de la prisión. La posibilidad de trabajar constituye un auténtico privilegio. No solo por la eventualidad de poder obtener una retribución económica y por la posibilidad de acceder a algunos beneficios penitenciarios asociados a buen comportamiento laboral, sino también, porque los estudios demuestran que los internos trabajadores están menos prisionalizados que los desempleados. El trabajo permite estar insertos en una problemática similar a la que se tiene en la sociedad libre y evita la prolongada estadía en los patios.

Así que la adjudicación presenta dos cuestiones distintas. Una primera, de menor importancia, que garantiza siempre la voluntad del interno para acceder a un puesto de trabajo. El doble carácter de derecho-deber que reviste el trabajo penitenciario posibilita que dentro de los límites compatibles, con una selección profesional basada tanto en la racionalidad como en las exigencias de la administración y la disciplina penitenciaria, los internos gozarán de la posibilidad de elegir la clase de trabajo que deseen realizar (Regla 71.6 RMTR).

En segundo lugar, se trata de establecer unos rangos de acceso a los puestos de trabajo. Teniendo en cuenta que se trata de un bien escaso, es este el pro-

blema que debe ser abordado con atención. Aunque algunas legislaciones se pronuncian al respecto, en la mayoría de los casos no hay criterios de distribución de los puestos de trabajo. Lo que supone un privilegio, que puede ser empleado arbitrariamente por la Administración.

El vacío legal es, pues, un riesgo que debe evitarse. No vemos inconveniente en que la ocupación laboral pueda constituir una recompensa, siempre que responda a la regulación legal; sin embargo, no compartimos la opinión de quienes hacen valer la condición de penado frente a la de preventivo en el momento de distribuir el trabajo. El trabajo penitenciario es una riqueza promovida, por mandato legal, que se encuentra comprometida a diseñar las políticas penitenciarias con este objetivo. Ese compromiso debe favorecer por igual a todos aquellos que sufren privación de libertad, con independencia de su condición procesal.

6.2. Interrupción, suspensión y extinción de la relación laboral

Como hemos indicado supra, el trabajo penitenciario reviste una naturaleza de relación laboral de carácter especial que podrá interrumpirse, suspenderse y extinguirse. La suspensión supone la disolución de la relación laboral entablada entre trabajador interno y empleador, exonerando a ambas partes de las obligaciones contraídas. Esto es, el trabajador-interno quedará exonerado de prestar un servicio, y el empleador no estará obligado a remunerarlo por la actividad desempeñada. Entre las causas que conllevan la suspensión pueden distinguirse unas de carácter general, comunes con cualquier relación laboral, y otras particulares, inherentes al ámbito penitenciario.

En primer lugar, entre las causas generales, cabe señalar: el mutuo acuerdo de las partes; la incapacidad temporal del trabajador; la maternidad y la fuerza mayor temporal. Entre las causas particulares, inherentes al derecho penitenciario, pueden citarse el cumplimiento de sanciones disciplinarias; razones de tratamiento y los traslados de internos.

Con respecto a la extinción de la relación laboral, esta se producirá cuando concurren alguna de las siguientes causas: cumplimiento de sanciones disciplinarias (suspensión de empleo y sueldo); razones de tratamiento y traslado de internos.

Mutuo acuerdo de las partes, terminación de la obra o servicio; ineptitud del trabajador-interno; muerte, gran invalidez permanente, total o absoluta; jubilación; fuerza mayor; renuncia del trabajador; falta de adaptación. Además de estas causas genéricas, la extinción del trabajo penitenciario también puede

producirse por la concurrencia de causas específicas, inherentes al derecho penitenciario, entre las que cabe referirse a la excarcelación; la contratación con empresas externas –internos en tercer grado–; traslados; incumplimiento de los deberes laborales básicos.

6.3. Los derechos políticos de los internos/trabajadores

Otra cuestión de difícil solución es determinar qué derechos políticos de los que gozan los trabajadores de la sociedad libre pueden ser ejercidos por los internos. La respuesta a este problema arranca del reconocimiento de los derechos civiles de estos en igualdad de condiciones, salvo en lo que sea incompatible con la privación de libertad.

El tema se ha planteado en relación con el derecho a la sindicación y el derecho a la huelga. El primero, no parece que pueda ser prohibido al interno; incluso, las correspondientes comunicaciones con el sindicato o las reuniones sindicales tienen que ser permitidas por el centro.

El derecho a la huelga es un derecho constitucional consustancial con la condición de ser trabajador por cuenta ajena, y los internos lo son. Sin embargo, deben tenerse en cuenta a la hora de permitir el ejercicio del mismo las dos siguientes circunstancias: la primera, que la responsabilidad de la gestión del trabajo –aun cuando sea proveído por un empresario– corresponde a la Administración, luego, muchas de las reivindicaciones de los trabajadores pueden tener como destinatario esta y no aquel. Cuando se trate de un problema con la Administración penitenciaria deben emplearse los medios legales previstos para presentar peticiones o quejas. Por otra parte, cuando la posible interrupción del trabajo como medio de reivindicación de determinadas condiciones laborales sea imposible con las exigencias de seguridad y convivencia ordenada, cederá aquel derecho frente a este.

Debe tenerse presente que varias legislaciones de la región contienen disposiciones en las que de manera expresa se reconoce que el trabajo penitenciario debe organizarse de acuerdo con las demandas del mercado laboral y que se debe dar cumplimiento a la legislación laboral y de seguridad social vigente.²¹ Estas disposiciones implican una remisión expresa al derecho del trabajo privado que no puede ser ignorada. En consecuencia, ninguna decisión de la administración puede resultar fuente de una regulación laboral que establezca condiciones menos favorables para el trabajador en situación de encierro que

21. Art. 117 de la ley 24.660 (Argentina); Art. 139.5 del Código de Ejecución Penal (Paraguay); art. 105 de la Ley Penitenciaria (El Salvador); art. 75.6 de la Ley del Sistema Penitenciario Nacional y 170 de su Reglamento (Honduras); art. 16 de la Ley de Régimen Penitenciario (Venezuela); art. 66 del Código de Ejecución (Perú).

las consagradas en la ley específica a la que la norma penitenciaria remite. La tensión derivada de algunas de las consecuencias que tiene este traslado es innegable, más aún cuando la condición de persona privada de la libertad ubica al trabajador en una situación de inferioridad para el reclamo de sus derechos.²² El incumplimiento de órdenes emanadas de la autoridad de la institución podría hacer incurrir al recluso en sanciones de carácter disciplinario que afectarían su progresividad en el régimen, colocándolos ante la propia autoridad en la dicotomía de acatar directivas o salvaguardar sus derechos laborales.

22. Un ejemplo bastante claro de esta tensión lo constituye el art. 4 del Estatuto Laboral y de Formación para el Trabajo Penitenciario de Chile: "Las relaciones entre internos y terceros ajenos a Gendarmería de Chile, que se encuentren regidas por la legislación laboral común, suponen la vigencia plena de todas las disposiciones que componen dicha normativa; sin embargo, el ejercicio de los derechos colectivos como el derecho a huelga, a sindicalizarse, a negociar colectivamente, u otros que las normas del trabajo contemplen, estará limitado por el respeto al régimen penitenciario a que se encuentran sometidos los trabajadores internos, el que no podrá ser alterado en modo alguno en razón de estos derechos".

Capítulo IX. Otras prestaciones que debe brindar el servicio penitenciario

1. Privatización o externalización de los servicios

En las últimas décadas se ha producido un intenso debate dentro de la ciencia penal sobre la privatización de los sistemas penitenciarios. El fenómeno de la privatización tiene su origen mediato en los sistemas de Gran Bretaña y Estados Unidos, aunque las prisiones a lo largo de la historia han sido centros privados regentados por un alcaide que lograba beneficios económicos y otros privilegios, como contraprestación al servicio que prestaba a la Administración de justicia. Para comprender en su justa medida este movimiento privatizador contemporáneo es preciso contar con dos circunstancias. La primera es que el mismo se inserta en un fenómeno globalizado de igual signo, pero de mucho mayor calado. La privatización de las prisiones no es nada más que una parcela en la que el sector privado ha hecho acto de presencia, pero en el mundo actual la seguridad o la defensa, por poner solo dos ejemplos, están prácticamente privatizadas.

Por otra parte, el proceso de privatización penitenciaria se ha visto impulsado a raíz de la crisis de los modelos de justicia correccional que se inicia desde la década de los setenta del pasado siglo y se mantiene en evolución. Esta crisis ha permitido desmontar todos los recursos rehabilitadores y convertir las prisiones en centros de custodia, lo que favorece la privatización. En tanto que es concebida la prisión como una pena orientada a la resocialización, las críticas a la intervención del sector privado estaban revestidas de razón.

Si es difícil legitimar al Estado en esas funciones rehabilitadoras mucho más problemático es aceptar que esas competencias pudieran quedar en manos del mundo empresarial. Pero las actuales cárceles custodiales, al reducir sus objetivos, no solo soslayan ese argumentario, sino que, muy probablemente, no

les falte razón a quienes destacan que una empresa privada de seguridad desarrollaría mejor las funciones de vigilancia y custodia.

La privatización se ha visto también animada por el fuerte crecimiento de la población reclusa, que han tenido que soportar los sistemas penitenciarios de todo el mundo, debido a las políticas criminales hegemónicas; expresiones, ya muy populares, como *truth-in-sentencing*, tolerancia cero o derecho penal del enemigo, sintetizan este movimiento.

El crecimiento se produce por un doble efecto, porque estas políticas presionan al legislador y exponencian la creación de nuevas formas delictivas, y porque los beneficios penitenciarios que permitían las excarcelaciones anticipadas se han reducido en una cuarta parte.

El sector privado ofrece a la Administración un modelo de gestión penitenciaria vertebrado sobre los ejes de la custodia y de los recortes económicos. Sin embargo, el debate se ha producido sin un acuerdo previo sobre qué se entiende o qué debe entenderse por privatización del sistema penitenciario. El mundo empresarial viene colaborando muy estrechamente con la Administración en numerosos e importantes aspectos de los establecimientos desde hace mucho tiempo. No solo en el diseño y construcción de nuevos edificios, lo que sorprendentemente no ha suscitado críticas entre quienes rechazan la privatización a pesar de la importancia de la arquitectura penitenciaria, sino en alimentación, talleres, educación, sanidad, deportes, cultura, formación del personal penitenciario, etc. Y esta participación aun es mayor si consideramos como privatización la presencia de las organizaciones sociales sin ánimo de lucro en multitud de actividades relacionadas directamente con los programas de reinserción social.

El debate, pues, se planteó en unos términos más ideológicos que penitenciarios. De propósito se soslayaron las experiencias y la valoración de las mismas para criticar la idea nuclear de que el sector empresarial pudiera obtener lucro de la privación de libertad de un condenado. Los críticos señalan, además, que la privatización es una manera implícita de reconocer el fracaso de las políticas resocializadoras y su progresiva sustitución por las meramente custodiales. Las cárceles privadas, si logran reducir gastos, pueden ser un argumento para que en el futuro haya más prisiones y más gentes dentro de ellas. Por último, la crítica se mostraba particularmente vehemente en lo que podía significar de riesgos de discriminación por razones económicas entre los condenados. Un conjunto de cárceles privadas, mejor dotadas y más confortables y, en paralelo, otro de prisiones públicas, peores en todos sentidos, es una tentación para introducir un nuevo factor de enriquecimiento, pudiendo establecerse pagos de

quienes detentan poder adquisitivo, más o menos encubiertos, para asegurarse el traslado a las privadas.

La polémica ha remitido en la medida que la tendencia privatizadora también lo ha hecho. Y es que la estrategia del sector empresarial ha cambiado. En vez de presentarse como gestores de unas prisiones privadas, con el costo de crítica que conlleva, han preferido poner en práctica una política de privatización selectiva. El sector privado no avanza más en la privatización, sencillamente porque no la ve rentable; sin embargo, no solo mantienen privatizados los servicios, que sí resultan lucrativos, sino que se hacen con otros nuevos, como sucede con la vigilancia de los establecimientos y traslados de los internos.

Intencionadamente o no, el debate se encuentra mal enfocado, porque el problema no es reconocer los riesgos para los derechos de los privados de libertad y las disfuncionalidades en el sistema como consecuencia de gestionar las cárceles con criterios de rentabilidad económica, sino buscar las fórmulas para obligar a las empresas adjudicatarias a firmar unos contratos exigentes en todas esas cuestiones sensibles e incluir cláusulas de penalización y resolutivas, establecer unas inspecciones eficaces por los servicios públicos y, finalmente, mantener el principio de reserva absoluta en aquellos aspectos nucleares de la pena.

Más allá del debate referido sobre la privatización, hoy parece difícil de mantener una política radical a favor de lo público. Pero esto no es un problema de privatización, sino de externalización de algunos servicios penitenciarios. El fenómeno de la externalización no solo es necesario, sino conveniente para garantizar ciertos servicios, para hacerlos más eficaces, mejores y más competitivos. La externalización no se plantea solo entre lo público y el sector empresarial, también las administraciones penitenciarias se ven obligadas para garantizar la calidad de un servicio a externalizarlo y ponerlo bajo la gestión de la otra Administración pública distinta –central, municipal, provincial, etc.– En la actualidad casi todos los países tienen externalizados determinados servicios de la Administración penitenciaria, tales como la sanidad, la alimentación, los proveedores de mercancías, los talleres, etc.

Esto, sin embargo, no releva al Estado, que ha delegado la prestación de servicios esenciales en empresas o agentes privados, de la responsabilidad por la prestación adecuada de aquellos. Así por ejemplo, en materia de sanidad la Corte Interamericana estableció en el caso Ximenes Lopes que: "La acción de toda entidad, pública o privada, que está autorizada a actuar con capacidad estatal, se encuadra en el supuesto de responsabilidad por hechos directamente imputables al Estado, tal como ocurre cuando se prestan servicios en nombre del Estado. [...] Los estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asis-

tencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado"; (CortelDH, "Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil". Sentencia de 4 de julio de 2006, párrs. 87 y 89).

Más aún, la CIDH ha considerado que con respecto a las personas privadas de libertad, en sentido amplio, los deberes del Estado de regulación y fiscalización de la asistencia de salud prestada por agentes privados es aún mayor, precisamente en función de la posición especial de garante en la que se coloca el Estado frente a las personas sujetas a su custodia (CIDH, Informe sobre los derechos Humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, 2011, p. 202).

2. Sanidad

I. Por sanidad entendemos el conjunto de servicios penitenciarios ordenados para preservar la salud de la población reclusa. Hay dos importantes razones para destacar la importancia de la sanidad penitenciaria. De una parte, el deber de velar por la vida de los internos que asume prácticamente de forma exclusiva la Administración y, por otra parte, la contrastada mala salud de las personas recluidas, con graves riesgos de que los sanos puedan contraer enfermedades tras su paso por una prisión. De esta relevancia da buena prueba el hecho de que las Normas Penitenciarias Europeas le hayan dedicado toda una parte a los temas de salud (III). Coincide la normativa internacional destacando ese deber que asumen las administraciones penitenciarias "de proteger la salud de los internos durante su custodia" (Art. 39). La asistencia médica es universal y gratuita. Ninguna circunstancia penitenciaria o procesal (incomunicados, sancionados, preventivos, etc.) puede impedir que aquellos internos que lo necesiten puedan ser atendidos por un médico. La CortelDH ha establecido que el Estado tiene el deber, como garante de la salud de las personas bajo su custodia, de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento médicos adecuados cuando así se requiera (CortelDH "Caso Vera Vera y otra Vs. Ecuador", Sentencia de 19 de mayo de 2011; "Caso Tibi Vs. Ecuador". Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 157; "Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Caticá) Vs. Venezuela", párr. 102, y "Caso Vélez Loo v. Panamá", párr. 220). Al mismo tiempo ha señalado que la falta de atención médica adecuada no satisface los requisitos materiales mínimos de un tratamiento digno conforme a la condición de ser humano en el sentido del artículo 5 de la Convención Americana (CortelDH "Caso Vera Vera y otra Vs. Ecuador", Sentencia de 19 de mayo de 2011; "Caso De la Cruz Flores Vs. Perú". Sentencia de 18 de noviembre de 2004, párr.

131; “Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú”. Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párr. 226, y “Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela”, párr. 102).

La asistencia por el personal médico penitenciario no es incompatible con el derecho de los internos que lo deseen a ser atendidos por otros médicos del exterior a costa de sus propios recursos (“Los reclusos tendrán acceso a los servicios de salud de que disponga el país, sin discriminación por su condición” P. 9. Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos”).²³

En el ámbito regional, los PBP prevén que: “Las personas privadas de libertad tendrán derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social, que incluye, entre otros, la atención médica, psiquiátrica y odontológica adecuada; la disponibilidad permanente de personal médico idóneo e imparcial; el acceso a tratamiento y medicamentos apropiados y gratuitos; la implementación de programas de educación y promoción en salud, inmunización, prevención y tratamiento de enfermedades infecciosas, endémicas y de otra índole; y las medidas especiales para satisfacer las necesidades particulares de salud de las personas privadas de libertad pertenecientes a grupos vulnerables o de alto riesgo, tales como: las personas adultas mayores, las mujeres, los niños y las niñas, las personas con discapacidad, las personas portadoras del VIH-SIDA, tuberculosis, y las personas con enfermedades en fase terminal. El tratamiento deberá basarse en principios científicos y aplicar las mejores prácticas”; (Principio X).

En toda circunstancia, la prestación del servicio de salud deberá respetar los principios de confidencialidad de la información médica; autonomía de los pacientes respecto de su propia salud; y consentimiento informado en la relación médico-paciente.

Todo el personal facultativo tiene que estar debidamente cualificado, a pesar de que para economizar recursos personales en ocasiones se emplean en funciones médicas personas que no tienen concluidos sus estudios o que son también internos. Esta eventualidad no puede negarse en situaciones de emergencia en las que no es posible contar con un personal cualificado, pero en absoluto puede convertirse en el modo regular de cubrir la asistencia médica de la población penitenciaria (“Todo establecimiento penitenciario dispondrá por lo menos de los servicios de un médico calificado” Regla 22. RMTR). A nivel regio-

23. Algunas legislaciones de los países de la región prevén en forma expresa esta posibilidad. Confróntese, entre otras: Argentina (Art. 148 de la Ley 24.660); Bolivia (Art. 96 de la Ley 2298); El Salvador (Art. 119 de la Ley Penitenciaria); Guatemala (art. 14 de la Ley del Régimen Penitenciario); Honduras (Art. 45 de la Ley del Sistema Penitenciario Nacional); Paraguay (Art. 179 del Código de Ejecución Penal); Perú (Art. 80 del Código de Ejecución).

nal, en el mismo sentido se orientan los PBP: "Se dispondrá en los lugares de privación de libertad de personal calificado y suficiente (...) para atender las necesidades médicas" (Principio XX). Distinto son las funciones de vigilancia en casos especiales, como postoperatorios, que realizan los propios internos.

El deber de velar por la vida y la salud de la población penitenciaria no puede quedar circunscrito al tiempo de custodia. Aunque el dato no es conocido de forma fiable todo hace pensar que un número importante de personas que pasan por las prisiones contraen enfermedades que arrastran posteriormente tras la excarcelación. La salud no tiene relación con los tiempos penitenciarios y dicho deber no puede quedar circunscrito a estos. Tras la liberación los ex internos debe asegurarse el derecho a una asistencia sanitaria para prevenir o curar patologías contraídas durante el encierro.

Con mucha más razón, en aquellos supuestos en los que la ley penal contempla la suspensión de la ejecución de la pena o la excarcelación adelantada para evitar que el penado pase sus últimos momentos de vida en prisión, la Administración sigue obligada a prestar una asistencia sanitaria.

Si bien en sus orígenes la sanidad penitenciaria se integraba en su totalidad como un servicio más de la Administración dentro del establecimiento, en la actualidad hay una convención pacífica de que para desarrollar una sanidad eficaz en los establecimientos debe establecerse un sistema de integración, colaboración y coordinación con los servicios hospitalarios públicos ("Los servicios médicos deberán organizarse íntimamente vinculados con la administración general del servicio sanitario de la comunidad o de la nación"; art. 22 RMTR). La misma disposición ha sido recogida por la CIDH en los PBP: "El Estado deberá garantizar que los servicios de salud proporcionados en los lugares de privación de libertad funcionen en estrecha coordinación con el sistema de salud pública, de manera que las políticas y prácticas de salud pública sean incorporadas en los lugares de privación de libertad"; (Principio X).

Los centros no pueden ofertar más instalaciones que aquellas que garantizan los primeros tratamientos o tratamientos paliativos o postraumáticos. El costo de la tecnología sanitaria es excesivamente elevado como para asegurar unas instalaciones adecuadas para una población reclusa de un establecimiento. Contar con establecimientos hospitalarios penitenciarios tampoco resuelve los problemas de seguridad, ya que, en definitiva, obligaría a un traslado permanente de enfermos/internos.

Ciertamente, la opción de utilizar los servicios de salud civiles ha planteado muchos problemas y encuentra cierta resistencia en los gestores de los hospitales,

debido a que tienen que introducir medidas de seguridad, que pueden ser inadecuadas para el resto de los enfermos internados.

A pesar de contar con los servicios sanitarios civiles, las prisiones deben de ofrecer una asistencia médica adecuada a las necesidades de la población penitenciaria, que garantice un servicio asistencial equivalente al que se ofrece en la sociedad libre. En la medida que sea viable y siempre que no represente un trato discriminatorio por estar internado, la sanidad penitenciaria debe procurar ofrecer el mayor número de servicios posible. Una cobertura sanitaria diferenciada por esta circunstancia constituye un grave acto de discriminación que puede ser considerado, en los casos más graves, como trato inhumano.

La Corte Interamericana ha expresado en este sentido que la obligación de los Estados no implica “cumplir con todos los deseos y preferencias de la persona privada de libertad en cuanto a atención médica, sino con aquellas verdaderamente necesarias conforme a su situación real” y que “la falta de atención médica adecuada podría considerarse en sí misma violatoria del artículo 5.1 y 5.2 de la Convención dependiendo de las circunstancias concretas de la persona en particular, el tipo de dolencia que padece, el lapso transcurrido sin atención y sus efectos acumulativos” (CortelDH, “Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela”. Sentencia de 5 de julio de 2006, párr. 102 y 103).

Los servicios médicos de la prisión tienen que cubrir las labores de diagnóstico y tratamiento básicos de enfermedades físicas o mentales. La asistencia penitenciaria tiene que atender a una población muy heterogénea que, en ocasiones, requiere de tratamientos específicos para ciertas patologías crónicas en prisión.

Este es el caso de la odontología y, muy especialmente, de la psiquiatría. Es la propia situación de privación de libertad la fuente de numerosos desequilibrios en las personas que exigen de la presencia de especialistas en psiquiatría (“Deberán comprender un servicio psiquiátrico para el diagnóstico y, si fuere necesario, para el tratamiento de los casos de enfermedades mentales”. Regla 22. RMTR). También exigen las normas internacionales que los establecimientos cuenten con odontólogos y oftalmólogos y en los centros de mujeres un servicio de obstetricia (“En los establecimientos para mujeres deben existir instalaciones especiales para el tratamiento de las reclusas embarazadas, de las que acaban de dar a luz y de las convalecientes” Regla 22).

En una cárcel los servicios médicos cumplen un papel preventivo que trasciende de lo convencional. Los médicos deben inspeccionar los establecimientos para denunciar todas las deficiencias que puedan originar perjuicios para

la salud. Asimismo, los médicos tienen la misión de examinar a los internos en situaciones críticas, como el ingreso, los registros corporales, las estancias en celdas de aislamiento, o cuando han soportado medios coercitivos y, también, para detectar los posibles casos de tortura.

La Corte Interamericana ha expresado en varios pronunciamientos que, como salvaguardia contra la tortura y los malos tratos, físicos o mentales a los prisioneros, es fundamental que los profesionales de la salud que brinden atención médica a personas bajo custodia del Estado ejerzan sus funciones con la debida autonomía e independencia, libres de cualquier forma de injerencia, coacción o intimidación por parte de otras autoridades (CorteIDH, "Caso Vélez Loor Vs. Panamá". Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 236; CorteIDH, "Caso Bayarri Vs. Argentina". Sentencia de 30 de octubre de 2008, párr. 92; CorteIDH, "Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela". Sentencia de 5 de julio de 2006, párr. 102). En estos supuestos la asistencia médica cumple un papel nuclear para evitar que los internos sean sometidos a tratamientos inhumanos. El Tribunal Europeo de DDHH (26 de octubre 2002. Par. 94) ha destacado esta importante función de la medicina penitenciaria, señalando en reiteradas ocasiones que la desatención médica constituye en sí mismo un caso de trato inhumano. Los médicos tienen un deber positivo de velar para que no se produzcan actos de tortura o de tratos degradantes y los sistemas penitenciarios tienen que prever la posibilidad de que el personal facultativo pueda expresarse sobre estas cuestiones, siendo recomendable que el mismo se incorpore a los órganos colegiados del centro para asegurar que su opinión va a ser oída y atendida. Inconcreto, la inspección médica regular, conforme a lo exigido por las Reglas Penitenciarias Europeas deben tener en cuenta las siguientes circunstancias:

- a) La cantidad, la calidad, la preparación y la distribución de los alimentos y del agua.
- b) La higiene y la limpieza de la prisión y de los detenidos.
- c) Las instalaciones sanitarias, la calefacción, la iluminación y la ventilación de la prisión.
- d) La pertinencia y la limpieza de la ropa de los detenidos y la ropa de sus camas. (Regla 44).

Por otra parte, las circunstancias de aislamiento geográfico de los centros y las dificultades de acceder al interior requieren de una presencia continuada de la asistencia médica. No basta con cubrir las horas laborales porque la población penitenciaria soporta un riesgo continuado que exige una asistencia igualmente ininterrumpida, de manera que cada establecimiento tienen que contar, al menos, con un médico permanente de medicina general y un sistema pro-

tolizado de excarcelación para los casos de urgencias (“Se adoptarán las medidas necesarias para asegurar que en todo momentos pueda intervenir un médico diplomado sin demora en caso de urgencias” Regla 41. NPE).

II. La actividad médica está protegida por el secreto profesional, lo que plantea algunos problemas en el escenario de una prisión. Salvo que el interno presente una patología que sea contagiosa para terceras personas, en cuyo caso procederá el aislamiento preventivo del mismo, el historial médico solo puede ser conocido por el personal sanitario, el cual responderá también de la custodia de los expedientes.

3. Educación

Junto al trabajo penitenciario, la educación es el otro eje sobre el que se estructuró el penitenciarismo positivista del siglo XIX y, aún hoy las legislaciones siguen insistiendo en vincular las carencias educativas con las tendencias delictivas de los individuos para seguir sustentando unos modelos muy similares a los clásicos. Esta circunstancia va en detrimento de una concepción laica de la educación penitenciaria que, sin duda, favorecería su normalización y eficacia. En un sistema penitenciario moderno la educación no puede concebirse como la regeneración o redención moral de los condenados, sino como un instrumento de instrucción sistemática de conocimientos de las ramas del saber y habilidades que permiten un desarrollo integral de la personalidad. Esta concepción de la educación, como parte del ejercicio de los derechos fundamentales de las personas se ve obstaculizada por el empeño en seguir incentivando la participación mediante beneficios penitenciarios. Salvo que se pueda demostrar lo contrario, en algún caso particular, la no conclusión de los programas educativos o las carencias educativas de un condenado no necesariamente están en la etiología de sus carreras criminales. Esto no quiere, en absoluto, decir, que no lo esté, en ocasiones, ni tampoco puede concluirse que, al no ser así, el Estado no tiene obligación de asumir la oferta educativa en el sistema penitenciario de un país.

La población penitenciaria, no tanto por haber cometido delitos sino por pertenecer a los estratos más depauperados de la estructura social, presenta frecuentemente graves carencias educativas, incluso de alfabetización. Este fenómeno suele presentarse con mayor frecuencia en la población penitenciaria femenina.

La carencia en la formación es un obstáculo para la reinserción social. Aquellas personas que tienen una mayor cualificación ofrecen unas bases más favorables

para responder positivamente a un programa resocializador. La formación, en estos casos, no juega de forma directa en relación con la resocialización, sino indirectamente, impidiendo que el interno tenga un sentimiento de minusvaloración.

Uno de los problemas más complejos de superar en la educación penitenciaria es la orientación que debe darse a los programas educativos, Si estos han de ser estrictamente escolares o, por el contrario, son parte del tratamiento y forman parte de la actividad terapéutica y tienen como objetivo la compensación del déficit de socialización.

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas se inclinan a favor de la diferenciación de ambas actividades. A tenor del art. 77 se caracteriza la instrucción como algo distinto del tratamiento y con los siguientes objetivos: "1) Se tomarán disposiciones para mejorarla instrucción de todos los reclusos capaces de aprovecharla, incluso la instrucción religiosa en los países en que esto sea posible. La instrucción de los analfabetos y la de los reclusos jóvenes será obligatoria y la administración deberá prestarle particular atención. 2) La instrucción de los reclusos deberá coordinarse, en cuanto sea posible, con el sistema de instrucción pública a fin de que al ser puesto en libertad puedan continuar sin dificultad su preparación". Como puede observarse se hace una especial referencia a la conveniencia de normalizar las actividades educativas.

En términos parecidos se expresan las NPE, señalando en la R. 28.7 que en la medida de lo posible, la formación de los detenidos debe integrarse en el sistema educativo común e, incluso, establece como directriz la conveniencia de que se imparta en colaboración con las instituciones educativas de la sociedad libre, lo que, sin duda, es una medida plausible, ya que favorecerá la armonización y normalización de esta actividad y además, abre una nueva vía de comunicación con la sociedad libre. Los programas educativos son un medio idóneo para que los internos mantengan vivos sus contactos con la sociedad libre. En este sentido es recomendable que se contemple, entre las razones que pueden justificar una salida o un traslado de un centro a otro, las necesidades de asistir a una actividad de este tipo.

Por su parte, en la región los PBP prevén que las personas privadas de libertad tendrán derecho a la educación, que deber ser accesible, sin discriminación alguna, y tomar en cuenta la diversidad cultural y sus necesidades especiales. La enseñanza primaria o básica debe ser gratuita para las personas privadas de libertad, en particular, para los niños y niñas, y para los adultos que no hubieren recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria. Los Estados deben promover en los lugares de privación de libertad, de manera progresiva y

según la máxima disponibilidad de sus recursos, la enseñanza secundaria, técnica, profesional y superior, igualmente accesible para todos, según sus capacidades y aptitudes. Al mismo tiempo, garantizar que los servicios de educación proporcionados en los lugares de privación de libertad funcionen en coordinación e integración con el sistema de educación pública; y deben fomentar la cooperación de la sociedad a través de la participación de las asociaciones civiles, organizaciones no gubernamentales e instituciones privadas de educación. Los lugares de privación de libertad deben disponer de bibliotecas, con suficientes libros, periódicos y revistas educativas, con equipos y tecnología apropiada, según los recursos disponibles. Se debe garantizar el derecho de las personas privadas de libertad a participar en actividades culturales, deportivas, sociales, y a tener oportunidades de esparcimiento sano y constructivo, y alentar la participación de la familia, de la comunidad y de las organizaciones no gubernamentales, en dichas actividades, a fin de promover la reforma, la readaptación social y la rehabilitación de las personas privadas de libertad (Principio XIII).

En un Estado democrático la enseñanza estatal a determinados grupos sociales debe tener unos contenidos ideológicos neutrales. Este compromiso democrático es aún más evidente cuando los educandos son personas adultas y los programas educativos se hacen en un contexto, el penitenciario, propicio para relaciones de poder jerarquizado que favorecen el sometimiento de los educandos. Solo es posible dentro de las cárceles ofertar una enseñanza laica con idénticos contenidos a los que los servicios educativos públicos ofrecen en la sociedad libre.

A pesar de lo anterior tanto la ciencia pedagógica, como penitenciaria reconocen que la enseñanza dentro de prisiones tiene que tener unos contenidos específicos. Desde una óptica pedagógica porque la crisis de la escolarización así lo exige. El aceleramiento de la historia, el incremento cuantitativo de los conocimientos científicos y técnicos, el propio sistema socio-económico, que exige una enseñanza a dos niveles –técnico y socio-cultural–, o la misma valoración y la cultura del ocio en una sociedad, en el que existe cada vez más tiempo libre, exige huir de modelos educativos estandarizados. El proceso educativo no puede limitarse ni geográficamente a la escuela, ni temporalmente a los primeros años de vida, sino que el tiempo educativo abarca la totalidad de la persona en-vías-de-creación.

Desde el punto de vista penitenciario tampoco es aconsejable una educación estrictamente escolar, que no tuviera en cuenta el contexto penitenciario en el que se desarrolla, no solo por el espacio, sino también por el alumno. Las legislaciones penitenciarias se muestran a favor de un concepto amplio de educa-

ción en el que se incluye, además de la actividad propiamente formativa, la capacitación laboral, las actividades culturales y creativas, la educación física y el deporte, la educación social y los servicios de biblioteca. El "interno educando" es un cliente difícil y no porque tenga una capacidad intelectual distinta, lo que científicamente no ha llegado nunca a demostrarse, sino porque se trata de un grupo de personas que han sufrido los problemas de la desviación social y ello les hace poco receptivos a las ofertas institucionalizadas dentro de la prisión. Como en tantos otros aspectos la respuesta es diferente según el tipo de interno de que se trate. Paradójicamente, es entre los jóvenes en donde más necesidades hay, donde resulta más complejo arrancar su colaboración activa en los programas educativos. Pero tampoco puede ignorarse, en general, la presión psicológica que ejerce la privación de libertad sobre la comunidad penitenciaria. El ambiente es el menos recomendable para asegurar un mínimo éxito en los programas educativos y, en consecuencia, los rendimientos escolares son comparativamente muy bajos.

Todas estas circunstancias recomiendan introducir modificaciones en los programas educativos oficiales cuando van a ser implementados en una prisión.²⁴ La enseñanza penitenciaria debe responder a un modelo equilibrado entre la enseñanza oficial y la pedagogía social. Confundir tratamiento con educación puede terminar convirtiéndola educación en adoctrinamiento sin garantías de respeto al derecho al libre desarrollo de la personalidad. La oferta educativa debe estar en manos de profesionales pedagogos, quienes no solo tienen que concretar los contenidos de los programas, sino también valorar, en cada caso, la oportunidad de que el rendimiento sea premiado con beneficios penitenciarios. Como vimos antes en las recomendaciones europeas y, como señalan los PBP, debe fomentarse que la responsabilidad de estos programas educativos esté en manos de personal docente que procede del exterior, de esta manera se asegura una nueva vía de comunicación con el mundo libre. Sin embargo, la entrada de profesores del exterior, muy especialmente, en los centros de grandes dimensiones se ve dificultada por cuestiones regimentales, a veces, solo se permite para la realización de exámenes o pruebas concretas pero no para otras actividades docentes.

24. Hay dos disposiciones interesantes en las legislaciones de nuestra región que intentan reducir la distancia entre el docente y el interno. Las leyes de El Salvador y Guatemala prevén la posibilidad de que, en determinadas circunstancias, los propios internos actúen como docentes o auxiliares. Art. 115 de la Ley Penitenciaria (El Salvador): "Con el dictamen favorable del Consejo Criminológico respectivo, los internos que hubieren aprobado en forma satisfactoria la enseñanza básica y los que tuvieran una profesión o grado técnico que les permita contribuir con el régimen educacional dentro del centro, podrán participar como docentes o auxiliares". Art. 25 de la Ley del Régimen Penitenciario (Guatemala) "Las personas reclusas que hubieren aprobado en tal forma los diferentes niveles de educación y que fueren profesionales o técnicos que les permita contribuir con el régimen educacional del centro, podrán participar como docentes o auxiliares, en forma remunerada, para cuyo efecto el Ministerio de Educación, las universidades y otras instituciones podrán realizar las contrataciones y/o pagos respectivos".

Nuestras legislaciones no contemplan la obligación de la Administración penitenciaria de informar regularmente a los internos de las ofertas educativas a las que pueden concurrir. La información es importante ya que el interno no puede obtenerla por otras vías. Una información detallada y actual sobre cursos, seminarios, becas o subvenciones es una forma sencilla de animar a inscribirse y participar en ellas.

Una cuestión controvertida en torno a la educación en el medio penitenciario es si la misma debe o no ser gratuita. La tendencia actual establece las siguientes políticas en función de la naturaleza de la actividad educativa dentro del programa educativo penitenciario mínimo:

- Garantizar la oferta en todos los establecimientos de recursos educativos para las personas con carencias de alfabetización y para los jóvenes. “La instrucción de los analfabetos y la de los reclusos jóvenes”, señala el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, “será obligatoria y la administración deberá prestarle particular atención” (art. 77). Este deber de prestarle particular atención cristaliza a nuestro juicio en un doble deber para todos los sistemas penitenciarios que han suscrito el Pacto: por una parte, la oferta debe ser gratuita, continua y dinámica, ajustada en todo momento a las necesidades de la población penitenciaria interna en el establecimiento; por otra parte, debe ser incentivada. Hasta dónde puede llegar esa incentivación lo vamos a ver a continuación.
- Ofrecer, en la medida de lo posible, programas de educación elemental con carácter gratuito para los internos que lo necesiten, asegurándose, como hemos visto, que los mismos concluyan con titulaciones idénticas a las enseñanzas oficiales del país. Esta oferta se hace extensiva a la capacitación profesional.
- En tercer lugar, asegurar que aquellos internos que los deseen puedan continuar sus estudios universitarios o iniciar una enseñanza reglada no obligatoria. En relación a estos estudios superiores, la Administración penitenciaria no asume la gratuidad de los mismos, pero se compromete a facilitar las gestiones administrativas –preinscripción, matriculación, solicitud de becas, asistencia a exámenes, comunicaciones especiales con los profesores, notificaciones, etc–.
- Por último, el amplio y diverso espectro de actividades formativas no regladas, es decir, que no tienen reconocimiento oficial dentro de la legislación de cada país, sin que ello signifique desprotección, deberá resolverse de acuerdo con la especificidad de cada caso y en coherencia con los principios generales que informan toda la actividad educacional. Cuando estas actividades, entre las que se incluyen cursos de capacitación laboral, sean directamente productivas deberán de ser retribuidas conforme a los convenios y la legislación laboral.

El éxito o fracaso de los programas educativos, ya sea insertos en programas terapéuticos más amplios, o sean elegidos por el propio interesado depende de una serie de factores controlados por la Administración penitenciaria. Veamos un par de ellos:

- Penas cortas y penas largas. Las primeras deben prever la posibilidad de continuidad tras la liberación del programa iniciado dentro del establecimiento. La segunda requiere una mayor atención a la incentivación ya que los penados a largas penas suelen ser presos de la apatía y desinterés generalizado.
- Condiciones materiales del centro. Instalaciones y material docente, como también especial atención a las necesidades del educando juega un papel relevante en el abandono del programa.

En un sistema de organización social cerrado y marcadamente carencial las posibilidades de ofrecer incentivos para fomentar la participación activa en los programas educativos son muy elevadas. Las bondades de fomentar la educación no permiten, sin embargo, que sea válido cualquier incentivo. La experiencia demuestra que, de no ordenarse su concesión, se corre el riesgo de instrumentalizarlos para practicar una suerte de discriminación positiva que permita una excarcelación adelantada o una prisión privilegiada, concedida gracias a la ambigüedad de los criterios académicos de rendimiento.

Nos encontramos con distintos modelos para estimular a los internos a participar en su formación. El más convencional es convertirla en obligatoria. Así, el art. 26 de la DUDH, señala que “la instrucción elemental será obligatoria”. Aunque la mayoría de las legislaciones nacionales así lo hacen, sobre todo cuando se trata de enseñanza básica, sin embargo, muy pocas dan el paso de sancionar disciplinariamente el incumplimiento.²⁵

De manera que la obligación se dibuja más como una directriz de política penitenciaria o como un compromiso generalizado para todos –tanto para los internos como para la Administración– de fomentar esa actividad.

Un modelo también muy común en nuestros sistemas penitenciarios plantea traducir el rendimiento académico en cuotas de libertad que se restan de la pena por cumplir. A nuestro juicio, convertir la pena justa en una moneda de cambio es inaceptable para los postulados de la seguridad jurídica y, menos

25. Es el caso de Paraguay. Artículo 162 del Código de Ejecución Penal: “La negativa injustificada del interno analfabeto y del que no haya completado su Educación Escolar Básica a concurrir a las escuelas o servicios educativos, será considerada como una infracción a las normas de conducta, y servirá para calificar la misma y el concepto del interno, a los efectos del goce de los beneficios reglamentarios”.

aún, puesto en manos de la Administración penitenciaria sin control judicial de ningún tipo. Solo en contadas ocasiones cuando la actividad educativa se integre en un programa de capacitación para personas con necesidades especiales puede seducir semejante chالaneo de la pena. Tampoco vemos inconveniente que el estímulo se concrete en becas o ayudas para la adquisición de material docente o, incluso, en recompensas.

Otra fórmula empleada para el fomento de esta actividad, que nos parece legítima y positiva, es asegurar que la participación de un interno en un programa educativo no sea un obstáculo para concurrir en el mercado laboral penitenciario. Para ello la actividad educativa tendrá a todos los efectos la consideración de actividad laboral.

Algunas legislaciones, como la alemana, aseguran que si el interno participa en un curso de formación, profesional, reciclaje, perfeccionamiento o similares y, por este motivo, tiene que dejar de trabajar, recibe un subsidio económico de formación de igual cantidad que la remuneración por trabajo que se le haya reducido por ese concepto. Esta equivalencia solo jugará en favor del educando y, no en su contra, de forma que el régimen disciplinario laboral no estará amparado por esta equivalencia.

4. Alimentación

La alimentación se encuentra relacionada con el derecho a la salud, así lo entienden la mayoría de los textos que regulan las condiciones alimenticias como concreción de la obligación de velar por la salud. En relación con ella, la Administración asume un triple compromiso. En primer lugar, se obliga a suministrar a todos los internos, sea cual sea su situación, una alimentación, incluida el agua potable, la cual debe estar accesible siempre, que responda en cantidad, calidad y condiciones higiénicas a los estándares convencionales de adecuación y suficiencia (Principio XI de PBP). Razones de edad, de embarazo, de trabajo o médicas pueden exigir un cambio de régimen alimenticio ordinario. El médico es la única persona autorizada para proponer que un determinado paciente reciba un régimen de alimentos especial. Implícitamente se reconoce que no pueden imponerse sanciones que limiten el derecho a acceder a esta alimentación equilibrada. Toda restricción alimentaria concebida como castigo es, por tanto, un trato inhumano y degradante del interno: "Su suspensión o limitación, como medida disciplinaria, deberá ser prohibida por la ley"; Principio XI. PBP.

En segundo lugar, el alimento tiene una dimensión cultural y, en este sentido, imponer determinadas pautas de alimentación es tanto como imponer una cul-

tura hegemónica sobre otra minoritaria. Esta imposición, en contra de las convicciones de la persona, constituye un atentado contra el derecho a la libertad. La alimentación que se ofrece ha de ser respetuosa con las creencias, las culturas y las convicciones religiosas o filosóficas del interno. Así lo mencionan expresamente los PBP (La alimentación debe tomar en consideración las cuestiones culturales y religiosas. Principio XI). La cada vez mayor presencia de distintas culturas conviviendo en un mismo centro penitenciario ha convertido el reconocimiento a la diversidad dietética por razones étnicas y culturales en un problema complejo. Deben tomarse todas las medidas posibles para asegurar el respeto a la identidad cultural, ahora bien, como ocurre con el resto de los derechos, a veces el escenario penitenciario no permite respetar esa diversidad.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la Administración solo está obligada a respetar las dietas específicas por motivos religiosos cuando la confesión de que se trate tiene incorporado como rito esencial sin alternativas posible una determinada dieta.

Por otra parte, ha de considerarse que el internamiento en un establecimiento penitenciario puede limitar el ejercicio de estos derechos cuando sean incompatibles con la seguridad. Así, por ejemplo, resulta en ocasiones imposible adecuar los horarios de un centro a los del mes de Ramadán entre los practicantes del Islam.

El tercer compromiso que asume la Administración penitenciaria exige que la alimentación sea distribuida de manera equilibrada a lo largo del día. El principio XI de los PBP señala que la alimentación será brindada en horarios regulares. Las Reglas Mínimas, por su parte, exigen que la alimentación se proporcione a las horas acostumbradas; y las NPE “que se sirvan tres comidas diarias” (art. 22).

En la región varios países tercerizan el servicio de alimentación en empresas privadas, pese a lo cual muchas veces la mala calidad y escasa cantidad de los alimentos se mantiene. En este sentido la CIDH ha enunciado que aun cuando la alimentación de las personas privadas de libertad sea concesionada en un tercero, “el Estado sigue siendo responsable de la supervisión y control de calidad de los productos entregados por las empresas de catering, y de que tales productos efectivamente lleguen íntegros hasta los presos” (CIDH, Informe sobre los derechos Humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, 2011, p. 182).

La responsabilidad estatal por la adecuada alimentación se deriva del derecho de las personas privadas de libertad a una vida digna en los establecimientos penales y los Estados deben adoptar medidas tendientes a crear las condiciones

que permitan asegurar a los reclusos alimentación adecuada consecuente con los estándares internacionales sobre la materia (CorteIDH “Caso López Álvarez Vs. Honduras”. Sentencia de 1 de febrero de 2006).

Finalmente en relación con el suministro de agua potable, también se ha pronunciado la Corte Interamericana: “La falta de suministro de agua para el consumo humano es un aspecto particularmente importante de las condiciones de detención” (...) “la ausencia de las condiciones mínimas que garanticen el suministro de agua potable dentro de un centro penitenciario constituye una falta grave del Estado a sus deberes de garantía hacia las personas que se encuentran bajo su custodia, toda vez que las circunstancias propias del encierro impiden que las personas privadas de libertad satisfagan por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna, tales como el acceso a agua suficiente y salubre” (CorteIDH, “Caso Vélez Loor Vs. Panamá”. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párrs. 215 y 216).

5. Higiene

I. Las condiciones higiénicas tienen una dimensión general y otra personal. En su dimensión general, la higiene no solo es exigible para asegurar unas condiciones sanitarias adecuadas, sino también para la confortabilidad. Las zonas comunes, pero, sobre todo, las celdas han de mantenerse en un aceptable estado de conservación y limpieza. Una celda es confortable cuando es cómoda, es decir, cuando sus elementos resultan favorables para el desarrollo de la vida dentro de ella. La posibilidad de que los internos mantengan unas condiciones higiénicas similares a las convencionales en la sociedad libre determina a la larga el mantenimiento del respeto por ellos mismos. Que mantengan limpios sus cuerpos es importante para el bienestar de todos, incluida toda la comunidad penitenciaria, es decir, trabajadores y personas del exterior.

Ahora bien, la higiene es un valor diverso en cada cultura e, incluso, en cada estamento socio-económico, pero la prisión no permite distintos niveles de higiene lo que provoca una estandarización e imposición para ciertas personas. Es por esto que la higiene es empleada, con frecuencia, en las instituciones totales como un instrumento disciplinario. La uniformidad, por si misma, no es más higiénica, salvo que entendamos la higiene en un sentido militar. Únicamente las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos pone el acento en el aspecto personal como elemento higiénico y señala que “se facilitará a los reclusos medios para el cuidado del cabello y de la barba, a fin de que se presenten de un modo correcto y conserven el respeto de sí mismos; los hombres deberán poder afeitarse con regularidad” (art. 16). Solo aquellas condiciones

que tienen una razonable proporción con los fines de salubridad y confort pueden ser disciplinariamente exigidas. Al interno no se le rapará en ningún caso, ni como forma de identificación, ni como sanción.

La limpieza de las celdas forma parte de las actividades que sus propios moradores deben de asumir, otra cosa distinta es la limpieza de las zonas comunes, que debe ser tratada como trabajo penitenciario (vid. Capítulo 8). No se trata de ahorrar recursos sino de respetar la intimidad y favorecer la autorresponsabilidad en la ordenación de los espacios más personales.

La Administración ha de proporcionar los artículos de higiene, limpieza y mantenimientos necesarios (art. 19 NPE), aun cuando los propios internos tengan recursos propios para adquirirlos.

II. Junto a la limpieza de los espacios esta la higiene personal. La convivencia en un espacio tan acotado convierte la higiene personal en algo que interesa a todos. Para asegurar las condiciones mínimas de higiene la Administración pone a disposición de los internos unas "instalaciones sanitarias higiénicas y suficientes, que aseguren su privacidad y dignidad". Las NPE detallan más las mismas y señalan que "las instalaciones de baño y de ducha serán suficientes para que cada detenido las pueda utilizar, a una temperatura adaptada al clima, preferentemente una vez al día, y como mínimo dos veces por semana (o con mayor frecuencia, si es necesario) en interés de la higiene general" (art. 19). En sentido similar los PBP establecen que: "Las personas privadas de libertad tendrán acceso a instalaciones sanitarias higiénicas y suficientes, que aseguren su privacidad y dignidad. Asimismo, tendrán acceso a productos básicos de higiene personal, y a agua para su aseo personal, conforme a las condiciones climáticas" (Principio XII.2). Es importante que los internos tengan acceso a los sanitarios en cualquier momento, salvo en situaciones justificadas de especial peligrosidad. Nadie debe ser puesto en una posición en la que cada vez que tenga necesidades básicas dependa de un vigilante para abrir y conducirlo al baño. Durante el tiempo en el que el interno está haciendo uso de un sanitario debe ser preservada su intimidad ("Los detenidos disfrutarán de un acceso fácil a las instalaciones sanitarias, que serán higiénicas y protegerán su intimidad" R. 19.3 Reglas Penitenciarias Europeas). En ocasiones se comparte un mismo espacio para la comida y para los sanitarios, lo que genera situaciones desagradables que pueden evitarse con un diseño adecuado de habitabilidad.

Las instalaciones del baño deben ser idóneas y estar sometidas a controles sanitarios regulares. Las condiciones de limpieza de estos espacios invitan a los internos a hacer uso de ellos y les ayuda a mantener su dignidad. Se debe de hacer un esfuerzo organizativo para permitir a los internos acceder a estos ser-

vicios de limpieza de forma flexible, pero muy especialmente, después de haber realizado una jornada laboral o un trabajo extraordinario. Las duchas en aquellos lugares en los que lo exigen las condiciones climáticas deben estar provistas de agua fría y caliente. Todas las normas internacionales insisten en que la diversidad de algunas personas justifica unas atenciones higiénicas distintas. Este es el caso de las mujeres a las que se les presta especial atención en este ámbito exigiéndose que se le suministre desde el ingreso unos recursos higiénicos específicos. Así, los PBP señalan que "se proveerá regularmente a las mujeres y niñas privadas de libertad los artículos indispensables para las necesidades sanitarias propias de su sexo" (Principio XII.2). En igual sentido las reglas de Bangkok marcan que: "Los recintos destinados al alojamiento de las reclusas deberán contar con las instalaciones y artículos necesarios para satisfacer las necesidades de higiene propias de su género, incluidas toallas sanitarias gratuitas y el suministro permanente de agua para el cuidado personal de niños y mujeres, en particular las que cocinen, las embarazadas y las que se encuentren en período de lactancia o menstruación" (Regla 5). Es muy importante que las mujeres internas puedan acceder a este material de higiene específico de forma que no se les haga sentirse incómodas ni que se vulnere su intimidad. El procedimiento de distribución tiene que ser lo más ágil y reservado posible. La higiene también exige que ciertas prácticas en el suministro de la alimentación queden prescritas. En la cocina y su entorno se deben extremar las medidas higiénicas. Los internos deben de comer en lugares adecuados y se les debe de proveer de cubiertos para que no coman con las manos.

6. Ropa

Las prendas de vestir sirven para recubrir el cuerpo humano, pero constituyen signos de identidad y nos comunican con los demás. Para los internos cuya autoestima, debido, entre otras razones al encarcelamiento, es muy baja, poder disfrutar de unas prendas dignas les puede significar una ayuda. Hay una pacífica convención en que las prendas no deben tener ningún signo que identifique a sus portadores con la condición de privados de libertad: Ni números, ni tablillas con el nombre ni otros signos que puedan llevar una carga estigmatizante, pueden permitirse. La prisión es una sociedad civil que en absoluto justifica tratamientos de uniformidad. Ucrania fue denunciada ante el Tribunal Europeo de DDHH porque obligaba a los condenados a cadena perpetua a llevar un mono de color naranja con las palabras "condenados a cadena perpetua". Es más, las investigaciones coinciden en destacar la importancia de preservar el principio de diversidad, lo cual comienza por los aspectos de apariencia exterior de las personas. Cuanto mayor sea la identificación uniformada con el grupo, mayores serán los índices de prisionalización y las barreras que obstaculizan la

aproximación a la sociedad libre. Ciertas comunidades indígenas tienen sus ropas diferenciadas porque con ellas se manifiesta determinada posición en su organización social y el respeto a esa diversidad cultural implica permitir esos símbolos, aun cuando no coincidan con los parámetros convencionales del vestir. "El vestido que deben utilizar las personas privadas de libertad será suficiente y adecuado a las condiciones climáticas, y tendrá en cuenta la identidad cultural y religiosa de las personas privadas de libertad. En ningún caso las prendas de vestir podrán ser degradantes ni humillantes." Principio XII. PBP.

La posibilidad de que la población penitenciaria lleve uniforme es objeto de debate en la actualidad. Muchos países, entre otros USA, los tienen incorporados regularmente, aunque carentes de signos. Las RMTR se inclinan, implícitamente, por la posibilidad de su uso "en circunstancias excepcionales, cuando el recluso se aleje del establecimiento para fines autorizados, se le permitirá que use sus propias prendas o vestidos que no llamen la atención" (R.17.1) y, expresamente, en relación con los preventivos ("Si lleva el uniforme del establecimiento, este será diferente del uniforme de los condenados" R. 88). También las NPE permiten llegar a la misma conclusión ("Cuando un detenido salga de la prisión con un permiso, no se le obligará a llevar una indumentaria que le identifique como recluso" R.20.4).

La Comisión Europea de Derechos Humanos sostiene que el uso de uniforme puede estar justificado por el interés superior de la seguridad pública y la prevención ("Caso McFeeley c. Reino Unido" de 15 de mayo de 1980). Sin embargo, el caso no extrapolable porque se trataba de miembros de una organización terrorista. No concurriendo esas circunstancias debe primar el principio de normalización y prohibirse, también dentro de las prisiones los uniformes, ya que no solo crean una sociedad artificial carcelaria ajena a la sociedad libre, sino que favorecen la prisionalización, lo que es un obstáculo para los procesos de reinserción social.

Cuando las condiciones de la ropa que trae el ingresado sean contrarias a las exigencias de la higiene la Administración penitenciaria en el ejercicio del deber por velar por la dignidad y la salud de los privados de libertad les proveerá de prendas de vestir. Esta obligación es universal y se atenderá a ella con independencia de la condición del interno. Incluso, eventualmente, se entregará prendas de vestir a los hijos que ingresan con sus madres al establecimiento. Una vez que la ropa es entregada al interno por la Administración del centro, esta pasará a formar parte de sus enseres personales y merecerá la misma protección jurídica que se conceda a estos. También se genera el deber del interno de mantener las prendas recibidas en buen estado. Para esto se les debe proveer de medios para la limpieza y reparación de las ropas.

La sustitución de la ropa que la persona trae por una nueva suministrada por la administración no puede ser impuesta, ni la resistencia objeto de sanción. Salvo que la ropa esté en un estado deterioro que pueda constituir un riesgo para la sanidad y la higiene general, debe primar siempre la voluntad del interno, a quien se le ofrecerá para que decida si quiere o no sustituir su vestimenta.

Son frecuentes las quejas de los internos sobre la limpieza de la ropa. El deber de suministrar la ropa, que incluye también la de la cama, se extiende al mantenimiento de la misma en condiciones de uso. En algunas ocasiones las demandas de los internos por la imposibilidad de lavar la ropa ha llegado a la CEDH, la cual se ha pronunciado considerando que la misma constituye un trato degradante en contra de lo establecido por los tratados derechos humanos (CEDH en el caso Hurtado vrs. Suiza de 8 de julio de 1993).

7. Cultura y deportes

A pesar de la importancia de desarrollar en el interior de las prisiones programas culturales (“Todos los reclusos tendrán derecho a participar en actividades culturales y educativas encaminadas a desarrollar plenamente la personalidad humana” P. 9. Principios Básicos para el tratamiento de los Reclusos), las mayoría de las legislaciones y directrices consideran que dichas actividades se insertan dentro de los programas educativos. Incluso, también el deporte forma parte de la educación, aunque puede ser conveniente establecer, al menos dentro de las prisiones, unas diferencias entre los niveles de exigibilidad o incentivos que se apliquen a las actividades deportivas y los que se apliquen a las escolares.

El deporte forma parte de nuestra cultura, a través de esta práctica la persona refleja las vivencias y convivencias de las personas que participan del funcionamiento social. La actividad deportiva es un elemento que favorece la idea de equipo y de cohesión frente a unos objetivos comunes. Pero el deporte en el medio penitenciario encuentra serias dificultades para convertirse en un ejercicio social y, por el contrario, se entiende unidimensionalmente como amortiguador de ansiedades e impulsos agresivos de los internados. La práctica deportiva penitenciaria se caracteriza por ser monótona y muy competitiva, sigue formas estresantes como medio para descargarlas tensiones estructurales que genera el internamiento.

En ocasiones, el acceso a la cultura de los internos se recoge como derecho fundamental de las personas privadas de libertad. Las actividades culturales son

un complemento de los programas educativos y de formación laboral. Todos los centros penitenciarios deben de contar con la organización de actividades orientadas a desarrollar las capacidades sociales y laborales de los internos. Se trata de un conjunto de acciones situadas en el campo de la educación no formal y que permiten dar respuesta a otras necesidades educativas de los internos, ayudan a su desarrollo personal y social, estimulan la autoestima y motivan una actitud respetuosa.

Los PBP prevén al respecto que: "Las personas privadas de libertad tendrán derecho a participar en actividades culturales, deportivas, sociales, y a tener oportunidades de esparcimiento sano y constructivo. Los Estados Miembros alentarán la participación de la familia, de la comunidad y de las organizaciones no gubernamentales, en dichas actividades, a fin de promover la reforma, la readaptación social y la rehabilitación de las personas privadas de libertad" (Principio XIII).

Entre los daños más pronunciados de los que produce la prisión a los reclusos está la pérdida de la autonomía y la creatividad. Las instituciones totales disciplinan al individuo hasta hacerles perder la conciencia de la individualidad. La expresión artística, por el contrario, es una forma de contrarrestar esos daños porque la persona encuentra un espacio para expresarse con toda libertad. Es conveniente que los internos tengan acceso a los espacios de esparcimiento y cultura y que puedan participar activamente en teatros, cine, radios, danzas, medios de comunicación internos o charlas.

Para asegurar esta participación de forma regular lo mejor es integrarlas en el régimen, de manera que los internos dedican, al menos, una vez por semana un tiempo dedicado a ellas ("Todo detenido tendrá la oportunidad, si el tiempo lo permite, de hacer como mínimo una hora al día de ejercicio al aire libre" R. 27.1. Reglas Penitenciarias Europeas). También es recomendable con ese mismo objetivo programas salidas al exterior que permitan ampliar la oferta cultural y deportiva.

8. La asistencia postpenitenciaria

Como ya tuvimos ocasión de comentar no se concibe una pena privativa de libertad orientada a los fines resocializadores que no tuviera previsto una asistencia elemental para ayudar al egresado y su familia una vez que concluye la ejecución. Cuanto más larga haya sido la estancia en la prisión mayores, van a ser las necesidades de contar con esa asistencia para poder reconstruir una vida que ha quedado radicalmente segada.

El fundamento de esta asistencia está en los fines resocializadores de la pena, pero también en el principio de igualdad y en el modelo social del Estado, que le obliga a promocionar la integración positiva de las personas necesitadas, de ahí que tenga carácter universal y se aplique a todos los egresados sin considerar otras circunstancias que sus necesidades post penitenciarias. Los servicios que atienden y gestionan estas necesidades no deben ser llevados por personas del interior de la prisión, a veces, es recomendable que sean organizaciones no gubernamentales las que asuman estas competencias. La burocratización y la falta de programas concretados hacen que la Administración no resulte tan eficaz. También es recomendable que se asegure una coordinación con otras administraciones, por ejemplo, la municipal para hacer llegar esta asistencia.

Por lo común los sistemas penitenciarios incluyen tres tipos de ayuda postpenitenciaria. La ayuda personal que asegura que el egresado va a contar con medios económicos para volver a su lugar de origen y para cubrir sus necesidades durante un tiempo que suele ser de unos meses, salvo que tenga recursos o encuentre un trabajo. Para determinar la cantidad que se abona se toma en cuenta los salarios mínimos interprofesionales. En segundo lugar, la ayuda para encontrar una vivienda y, por último, la ayuda laboral.

La CIDH ha considerado al respecto que toda política penitenciaria orientada a lograr la rehabilitación personal y la readaptación social de los condenados, debe prever planes y proyectos capaces de prestar al recluso puesto en libertad una ayuda post-penitenciaria eficaz que le permita readaptarse a la comunidad y que tienda a disminuir los prejuicios hacia él. Ha señalado la Comisión que esta ayuda postpenitenciaria debe lograrse con la participación de la comunidad y de instituciones públicas y privadas, y con el debido respeto de los intereses de las víctimas, y que en ese cometido, juegan un papel importante los incentivos, incluso fiscales, que el Estado pueda ofrecer a las empresas privadas que participen activamente de estos planes (CIDH, Informe sobre los derechos Humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, 2011, p. 234).

Capítulo X. Régimen disciplinario

1. Introducción

La información suministrada por los defensores públicos en relación con el tema de los sistemas disciplinarios, empleados en los distintos países, demuestra que quedan cuestiones importantes que corregir para adaptarlo a los estándares que exigen las normas internacionales. Especialmente preocupantes son el empleo generalizado del aislamiento como sanción, incluso, en celdas de castigo; la instrumentalización de los recursos resocializadores para los fines disciplinarios, confundiendo la conducta social con la conducta penitenciaria del interno; la falta de procedimiento disciplinario y la consiguiente concentración en los directores de los establecimientos de un poder sin control o la confusión en los casos más graves de responsabilidad administrativa y responsabilidad penal.

En concreto, en el siguiente cuadro extraído de la información suministrada por los defensores públicos puede observarse que los catálogos de sanciones insisten de nuevo en modelos sancionatorios cuyo contenido es aumentar la privación de libertad, es decir, modelos en gran parte que han mostrado su fracaso cuando el sujeto fue sancionado a la pena de prisión.

Más prisión sobre la prisión no hace sino reproducir un modelo puro de retribución y castigo, abandonando otras alternativas experimentales más coherentes con los propios postulados del sistema.

Competencias del Juez de Ejecución de Penas	
Argentina	<ul style="list-style-type: none"> - Amonestación. - Exclusión de las actividades recreativas o deportivas hasta diez (10) días. - Exclusión de la actividad común hasta quince (15) días. - Suspensión o restricción total o parcial de derechos reglamentarios de hasta quince (15) días de duración. - Permanencia en su alojamiento individual o en celdas cuyas condiciones no agraven ilegítimamente la detención, hasta quince (15) días ininterrumpidos. - Permanencia en su alojamiento individual o en celdas cuyas condiciones no agraven ilegítimamente la detención, hasta siete (7) fines de semana sucesivos o alternados. - Traslado a otra sección del establecimiento de régimen más riguroso. - Traslado a otro establecimiento.
Brasil	<ul style="list-style-type: none"> - Advertencia verbal. - Reprensión. - Suspensión o restricción de derechos. - Aislamiento en la propia celda o en un local adecuado en los establecimientos que posean alojamiento colectivo. - Inclusión en régimen disciplinario diferenciado.
Chile	<ul style="list-style-type: none"> - Amonestación verbal. - Aislamiento que no puede superar los 10 días.
Costa Rica	<ul style="list-style-type: none"> - Amonestación verbal o una amonestación por escrito. - Reubicación de ámbito de convivencia. - Suspensión temporal de incentivos. - Reubicación de nivel.
Ecuador	<ul style="list-style-type: none"> - Restricción del tiempo de la visita familiar. - Restricción de las comunicaciones externas. - Restricción de llamadas telefónicas. - Sometimiento al régimen de máxima seguridad.
El Salvador	<ul style="list-style-type: none"> - Internamiento en celda individual hasta por un máximo de treinta días. - Internamiento en celda individual hasta por cuatro fines de semana. - Suspensión de visitas hasta por seis meses. - Privación o limitación de actividades de esparcimiento, hasta por ocho días como máximo. - Limitación a una llamada telefónica o a remitir una carta mensual, que no excederá de tres meses. - Amonestación escrita.
Honduras	<ul style="list-style-type: none"> - Amonestación privada. - Privación de actos recreativos. - Ejecución de servicios extraordinarios de higiene. - Prohibición temporal de visita conyugal, familiar o de amigos. - Suspensión temporal de responsabilidad como auxiliar de confianza. - Suspensión parcial o total de beneficios, incentivos y premios reglamentariamente obtenidos. - Suspensión temporal de salidas autorizadas por Ley. - Retroceso al periodo fase de tratamiento inmediato anterior. - Traslado al régimen de máxima seguridad del mismo establecimiento. - Traslado a otro establecimiento penitenciario, con régimen de seguridad mixto. - Traslado al establecimiento en el que solo se cuenta con régimen de máxima seguridad.

Competencias del Juez de Ejecución de Penas	
México	- Las infracciones las determina el reglamento de cada centro penitenciario.
Nicaragua	<p>*Leves</p> <ul style="list-style-type: none"> - Amonestación verbal privada, ante su contingente o ante su familia. - Amonestación escrita. - Suspensión de actividades recreativas deportivas y artísticas hasta por dos veces consecutivas. - Suspensión temporal del área de trabajo que no exceda de diez días. <p>*Severas</p> <ul style="list-style-type: none"> - Suspensión de permisos hasta por dos veces consecutivas. - Suspensión temporal de área laboral hasta por seis meses. - Suspensión de actividades recreativas deportivas y artísticas hasta por seis veces. - Internación en celda bajo candado hasta por treinta días. - Aplazamiento en progresión del Régimen de tres a seis meses. <p>*Muy severas</p> <ul style="list-style-type: none"> - Suspensión de permisos hasta por tres veces consecutivas. - Suspensión del área laboral de seis meses a un año. - Regresión en régimen - Internamiento en celda individual hasta por treinta días. - Ubicarlo en contingente de seguridad hasta por seis meses.
Paraguay	<ul style="list-style-type: none"> - Amonestación. - Privación del derecho a participar en actividades recreativas y deportivas. - Suspensión de visitas. - Permanencia en su celda. - Aislamiento en celda individual hasta treinta días. - Traslado a otra sección del establecimiento. - Revocación de permisos y salidas transitorias. - Traslado a otro establecimiento.
Perú	<ul style="list-style-type: none"> - Amonestación. - Privación de paseos o actos recreativos comunes, cuando corresponda hasta un máximo de treinta días. - Limitación de las comunicaciones con el exterior hasta un máximo de treinta días. - Privación de permisos de salida hasta un máximo de sesenta días. - Aislamiento hasta un máximo de treinta días.
República Dominicana	<ul style="list-style-type: none"> - Amonestación. - Privación de visitas o correspondencias hasta 30 días. - Encierro en su celda o en celda de castigo hasta 30 días. - Traslado temporal hasta 60 días. - Privación de otros privilegios que determinen los reglamentos.
Uruguay	<ul style="list-style-type: none"> - Amonestación. - Pérdida total o parcial del uso de beneficios reglamentariamente adquiridos. - Internación en celda propia con pérdida de comodidad, desde uno hasta noventa días. - Traslado a otra sección del establecimiento con tratamiento más riguroso. - Internación en celda de aislamiento. - Traslado a establecimiento de mayor seguridad.
Venezuela	<ul style="list-style-type: none"> - Amonestación privada. - Pérdida total o parcial de beneficios, privilegios y premios reglamentariamente obtenidos. - Reclusión en la propia celda, hasta por 30 días. - Reclusión en celda de aislamiento hasta por 15 días sin que ello implique incomunicación absoluta. - Ubicación en grupos de tratamiento más riguroso. - Traslado a otro establecimiento.

2. Principios generales

I. El régimen disciplinario, igual que el resto de los institutos jurídico penitenciarios, está inspirado en las metas resocializadoras y se tiene que aplicar bajo la garantía de la legalidad. La vigencia de estos principios obliga a los legisladores, en primer lugar, a plantear un uso del mismo sometido a la intervención mínima y la proporcionalidad, pero, en segundo lugar, les compromete a buscar vías de resolución de conflictos desinstitucionalizadas. Así entendido, el régimen disciplinario no debiera ser ni el único ni siquiera el más importante de los mecanismos del sistema para lograr una convivencia ordenada (“Los procedimientos disciplinarios serán mecanismos de último recurso. En la medida de lo posible, las autoridades penitenciarias recurrirán a los mecanismos de restauración y mediación para resolver sus diferencias con los detenidos y las discusiones entre ellos.” N. 55 y 56. NPE).

A pesar de que el escenario de las cárceles genera por sí solo tensiones y violencia estructurales entre quienes lo sufren, se han experimentado otras vías alternativas que fomentan la autorresponsabilidad y que coadyuvan en el logro de esos objetivos. Algunas de las propuestas de la Sociología moderna son transferibles al mundo de las prisiones y es posible lograr que se garantice la convivencia ordenada sobre la base de unas relaciones fluidas y dinámicas entre los internos y el personal penitenciario, que permita una eficaz intervención preventiva.

La mayoría de los sistemas disciplinarios convencionales, en cambio, reproducen un esquema rígido y muy severo de acción/represión de corte retributivo. Apenas encontramos en el derecho comparado interés de los legisladores por crear fórmulas alternativas con procedimientos de mediación o procedentes de la justicia restaurativa, con sanciones integradoras y con un esfuerzo por fomentar la autorresponsabilidad de la comunidad a la que va dirigida la sanción. La gravedad de las sanciones –casi todas ellas afectan a bienes jurídicos personales–, las condiciones de indefensión del preso, el fracaso frente a este colectivo de otros sistemas punitivos más graves o los fines resocializadores son algunas de las circunstancias concurrentes que avalarían la puesta en marcha de esas alternativas.

Ciertamente, no es imaginable una prisión sin un sistema disciplinario, como tampoco lo es cualquier otra organización social, por sencilla y cohesionada que sea; ahora bien, el régimen disciplinario tiene que estar acotado y emplearse con los criterios que hemos mencionado y ser aplicado con garantías de equidad y justicia, de forma que así lo perciban los internos. Esto obliga a

traer a este ámbito algunos principios democráticos y jurídicos del proceso. Así, por ejemplo, el principio acusatorio o el de publicidad son muy importantes. No pueden aplicarse pesquisas inquisitoriales, ni sanciones colectivas, ni puede burlarse el derecho que toda persona tiene de estar informado del expediente disciplinario abierto contra él. Por otro lado, la jurisprudencia constitucional comparada ha establecido que son de aplicación a la potestad sancionadora de la Administración penitenciaria los principios de reserva de ley, tipicidad, *non bis in idem*, irretroactividad de normas desfavorables, derecho a la defensa, presunción de inocencia, tutela judicial efectiva.

II. Nadie discute la naturaleza jurídica de sanción administrativa que tienen los castigos que pueden imponerse a través del régimen disciplinario, regulado para las prisiones. Administrativo es, tanto el órgano que las impone como lo son las normas que lo regulan. No obstante, existen razones que apuntan a que nos encontramos ante un régimen disciplinario de la Administración de carácter específico. Las circunstancias que lo convierten en específico son, al menos, las siguientes:

- El control judicial de la actividad disciplinaria no se hace a través del contencioso administrativo, sino –generalmente– a través de una jurisdicción especial, la jurisdicción penitenciaria.
- A pesar de que con rango constitucional se prohíbe en muchos países a la Administración aplicar sanciones que entrañen privación de libertad, la Administración penitenciaria puede castigar con el aislamiento en celda.
- Las sanciones administrativas no tiene como objetivo lograr la resocialización del sancionado, sin embargo, la sanción disciplinaria en la prisión, como parte del sistema penitenciario, se orienta a esos fines y en ellos debe inspirarse para determinar su contenido y duración, entre otros aspectos.
- La imposición de este tipo de sanciones, además de la restricción de derechos que implican por sí mismas, suelen ser consideradas luego como obstáculos al acceso de los beneficios penitenciarios contemplados en la ley. Esta proyección del sistema disciplinario en el aspecto cualitativo de la pena, lo transforma en un régimen con impacto y consecuencias jurídico-penales que obligan a su tratamiento especial y diferenciado de cualquier otro régimen puramente administrativo.

Este carácter de sanción administrativa específica explica la relevancia de los comportamientos postinfracción del sancionado. La sanción disciplinaria en su ejecución sigue las pautas de la pena y no las de una sanción administrativa convencional. No debe extrañarnos, entonces, que en su ejecución esté previsto sustanciales modificaciones que pueden dar lugar, incluso, a su cese.

Además de otros principios y garantías, el sistema sancionatorio que se aplica en las prisiones está sometido a los siguientes principios que informan sobre su contenido y alcance:

- Principio de legalidad. Debe exigirse el conocimiento a través de la ley de las sanciones previstas para castigar. Considerando, igualmente, que algunas de estas sanciones conllevan la privación de libertad mediante el aislamiento en celda, el catálogo de sanciones debe aparecer en una norma de rango legal. También en una norma de esta naturaleza se deben recoger los objetivos del régimen disciplinario y los criterios esenciales con los que el órgano debe concretar la sanción. Como ya hemos señalado en capítulos anteriores, al referirnos al principio de legalidad, la CorteIDH ha señalado que "la expresión leyes, utilizada por el art. 30 de la Convención, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado". (CorteIDH. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, solicitada por el Gobierno de la República Oriental del Uruguay).

De ese modo, en principio solo una ley formal puede legítimamente aplicar restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Convención. La admisión de remisiones reglamentarias, según la Corte solo podrían válidamente efectuarse "siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención". En síntesis, la previsión de las conductas que constituirán infracción disciplinaria, así como también el catálogo de infracciones y el procedimiento para su imposición debe ser prevista en una ley formal. Solo podrá ser admitida una delegación en aquellos sistemas en los que el propio orden constitucional así lo admita y solo sobre la base de las limitaciones por él impuestas. En caso de que se produzca una remisión a una norma jurídica de rango inferior, como puede ser un reglamento, este debe respetar en su totalidad la función de desarrollo de la ley, circunscribirse al mandato legal, sin entrar en contradicción con él, ni contemplar restricciones de los derechos que no estén amparadas por la ley. Para dar satisfacción al principio de legalidad, a tenor de la N. 57. 2 de las NPE, la ley debe, al menos, recoger los siguientes, aspectos del régimen disciplinario:

- Los actos u omisiones de los detenidos que constituyan una infracción disciplinaria.
- Los procedimientos a seguir en materia disciplinaria.

- El tipo y la duración de las sanciones disciplinarias a imponer.
- La autoridad competente para imponer dichas sanciones.
- El procedimiento para presentar recurso de apelación.

No obstante, los redactores de los Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a cualquier Forma de Detención se muestran menos exigentes en relación al principio de legalidad, tanto porque equipara el reglamento a la ley, como porque no hace mención al procedimiento ("Los tipos de conducta de la persona detenida o presa que constituyan infracciones disciplinarias durante la detención o la prisión, la descripción y duración de las sanciones disciplinarias que puedan aplicarse y las autoridades competentes para aplicar dichas sanciones se determinarán por ley o por reglamentos dictados conforme a derecho y debidamente publicados", P. 30).

En el ámbito regional, los PBP solo mencionan a las leyes como fuente de regulación del sistema disciplinario en la prisión: "Las sanciones disciplinarias que se adopten en los lugares de privación de libertad, así como los procedimientos disciplinarios, deberán estar sujetas a control judicial y estar previamente establecidas en las leyes, y no podrán contravenir las normas del derecho internacional de los derechos humanos" (Principio XXII.1). La CIDH ha refirmado este estándar en su informe de 2011 mencionando que es la ley la que debe determinar: (a) los actos u omisiones de las personas privadas de libertad que constituyan infracciones disciplinarias; (b) los procedimientos a seguir en tales casos; (c) las sanciones disciplinarias específicas que puedan ser aplicadas y su duración; (d) la autoridad competente para imponerlas; y (e) los procedimientos para presentar recursos contra dichas sanciones y la autoridad competente para decidirlos. (CIDH, Informe sobre los derechos Humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, 2011, p. 147). Del mismo modo, la Comisión ha dicho en oportunidad de tratar una petición relacionada con la vigencia de garantías en los procesos disciplinarios y su previsión legal que "de comprobarse la ausencia de una legislación que establezca la aplicación de dichas garantías en los procedimientos relacionados con la ejecución de la pena, podría caracterizarse violación al artículo 2 de la Convención Americana" (CIDH, Informe nro. 69/08, Petición 681-00. Admisibilidad. Guillermo Patricio Lynn, Argentina. 16 de octubre de 2008).²⁶

26. Un repaso del estado de situación en los países de la región nos permite visualizar lo siguiente: Argentina: prevé en su ley de Ejecución las faltas graves pero delega en la reglamentación la tipificación de las medias y las leves (art. 85 de la ley 24.660). Bolivia: tanto las infracciones leves, como las medias y graves se encuentran tipificadas en la Ley 2298 de Ejecución de la pena. Chile: El régimen disciplinario se encuentra previsto en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, lo que implica que tanto las infracciones como las sanciones no se encuentran previstas en una ley formal. Costa Rica: Las faltas se encuentran tipificadas en el Reglamento de Derechos y Deberes de los Privados y las Privadas de Libertad. El art. 32 las clasifica en leves, graves y muy graves. Ecuador: Prevé tanto las infracciones como las sanciones en su Código Orgánico Integral Penal (arts. 721 a 725). El Salvador: Las faltas no se encuentran tipificadas en la ley. Guatemala: Prevé todas las conductas e infracciones en su ley formal (Art. 77 de la Ley del Régimen Penitenciario – "Principio de legalidad. Las personas reclusas únicamente serán sancionadas disci-

- Principio de subsidiaridad. Conforme a este principio el Derecho penal deja de ser imprescindible para la defensa de la sociedad cuando otros medios resultan menos lesivos para los derechos de las personas. Este enunciado se irradia a todo el sistema penal y, también, al régimen disciplinario de las prisiones que forma parte de él. El régimen disciplinario debe estar concebido como la última de las alternativas para lograr la convivencia ordenada en un centro. Aun cuando los legisladores no suelen referirse expresamente a este principio, el mismo se deriva inevitablemente del principio de resocialización ya que cualquier sanción introduce un elemento de violencia institucional que redundará en un incremento de los efectos desocializadores.
- Principio de oportunidad. Implica que la ejecución de las sanciones impuestas solo se ejecutará materialmente en caso que de que fuesen necesarias para alcanzar el objetivo de la convivencia ordenada (“El orden y la disciplina se mantendrán con firmeza, pero sin imponer más restricciones de las necesarias para mantener la seguridad y la buena organización de la vida en común.” R. 27. Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos).
- Principio de culpabilidad. Ni la condición de interno o la naturaleza de la pena o cualquier otra circunstancia personal pueden dar lugar a la apertura de un expediente disciplinario. La responsabilidad tiene como presupuesto la comisión de una conducta infractora. De igual manera no cabe imponer responsabilidad disciplinaria aun interno al que no se le advirtió previamente de las conductas que estaban prohibidas (“A su ingreso cada recluso recibirá una información escrita sobre el régimen de los reclusos de la categoría en la cual se le haya incluido y sobre las reglas disciplinarias del establecimiento”; R.35.1.

plinariamente en los casos en que cometen acciones tipificadas previamente como faltas por esta ley, debidamente probadas”. Honduras: Las faltas se encuentran tipificadas en la reglamentación. México: Las infracciones las determina el reglamento de cada centro penitenciario (Art. 13 de la Ley sobre normas mínimas de Readaptación Social – “En el reglamento interior del reclusorio se harán constar, clara y terminantemente, las infracciones y las correcciones disciplinarias, así como los hechos meritorios y las medidas de estímulo”). Nicaragua: Efectúa una delegación reglamentaria del catálogo de infracciones (Art. 104 de la Ley del Régimen Penitenciario y ejecución de la pena – “Los privados de libertad deben ser corregidos disciplinariamente de acuerdo a los casos que se determinen reglamentariamente). Paraguay: Prevé expresamente en ley formal las infracciones (Art. 92 del Código de Ejecución – “Las infracciones disciplinarias se clasifican en leves, graves y especialmente graves”). Perú: También prevé las infracciones en su Código de Ejecución Penal. República Dominicana: Remite a la reglamentación la previsión de las infracciones pero enumera el catálogo de sanciones (arts. 45 y 46 de la Ley No. 224 Sobre Régimen Penitenciario). Venezuela: Efectúa una remisión reglamentaria a través del art. 45 de la ley de Régimen Penitenciario “El reglamento determinará las faltas disciplinarias y su correspondencia con las sanciones establecidas en esta Ley, así como también la autoridad que pueda imponerlas y el procedimiento a seguir en cada caso”. Uruguay: El Decreto-Ley N° 14.470 deriva la disposición de conductas sancionables a la reglamentación. Según el art. 50 del Decreto-Ley N° 14.470, las sanciones aplicables en caso de infracciones son las siguientes, en orden creciente de gravedad: a) Amonestación; b) Pérdida total o parcial del uso de beneficios reglamentarios adquiridos; c) Internación en celda propia con pérdida de comodidad, desde uno a noventa días; d) Traslado a otra sección del establecimiento con tratamiento más riguroso; e) Internación en celda de aislamiento; f) Traslado a establecimiento de mayor seguridad. Las causales y el procedimiento de la aplicación y cumplimiento de las Sanciones esta previsto en dos Resoluciones del Ministerio del Interior: Reglamento de Disciplina y Convivencia para las personas privadas de libertad. Resolución B4063. 14/3/07 y Nuevo Reglamento de Disciplina y Convivencia para PPL. Resolución B0134/2008.

Reglas mínimas para el tratamiento de los Reclusos). Cuando en el establecimiento no se ha cumplido de forma correcta con el deber de informar, bien porque no se ha hecho, o porque se han empleado unos medios inadecuados, por inalcanzables para algunos internos, o no se ha actualizado dicha información, no podrá sancionarse a quienes sin conocer la prohibición realiza la conducta infractora.

- Principio de resocialización. Como cualquier otro instituto penitenciario el régimen penitenciario se orienta a favorecer las posibilidades de lograr la resocialización de los privados de libertad. Numerosos aspectos de los que se proponen desde las instancias internacionales tienen su fundamento en este principio. El propio carácter de *ultima ratio* y la búsqueda de alternativas más integradoras tratan de transmitir al interno otras experiencias distintas con la justicia que le transmite la idea de que se le trata como un sujeto de derechos. Pero también este principio debe informar la ejecución de las sanciones, procurando que la misma sea compatible con la presencia del sancionado en todas las actividades resocializadoras en las que participe y procurando que los antecedentes disciplinarios no incidan de forma grave o desproporcionada en el desarrollo posterior de la condena.

III. La responsabilidad disciplinaria tiene una duración temporal ajustada al tiempo en el que el condenado permanece en la prisión en calidad de condenado o preventivo o, bien, se encuentra egresado gracias a disfrutar de un beneficio penitenciario. En estas ocasiones aun estando fuera de la prisión mantiene su vigencia el régimen disciplinario. Ahora bien, una vez concluida la relación penitenciaria, cuando el sujeto sale definitivamente en libertad quedan extinguidas todas las responsabilidades disciplinarias que estuvieren en tramitación o que estuvieren ejecutándose ya que el único fundamento de esa relación disciplinaria está en la condición de privado de libertad. Incluso, cuando eventualmente, se produce un nuevo ingreso, si la salida de prisión llegó a extinguir la relación penitenciaria, no puede negársele el acceso a cualquier beneficio en base a la mala conducta manifestada en el ingreso anterior. Dicho en otros términos, los antecedentes disciplinarios se extinguen, a todos los efectos, en el momento en que se interrumpe esa relación penitenciaria.

3. La participación de la población de los internos en las funciones disciplinarias

La mayoría de las normas nacionales e internacionales convienen en que los internos deben quedar al margen de las competencias disciplinarias. "Ningún recluso podrá desempeñar en los servicios del establecimiento un empleo que

permita ejercitar una facultad disciplinaria"; (R. 28. RMTR). Como en tantas ocasiones en temas penitenciarios la prohibición arranca de unos presuntos riesgos de abusos de esas competencias y de fomento de las mafias carcelarias. Sin embargo, las experiencias apuntan a resultados positivos cuando se permite una integración regulada de los internos en la resolución de cuestiones esenciales de la gestión de un establecimiento penitenciario. Por otro lado, semejante disposición limita las posibilidades de desarrollar dentro de la prisión algunos principios como los de autorresponsabilidad y democratización, con los que el interno se hace responsable del diseño regimental y permite una práctica democrática durante el tiempo penitenciario.

Quizás estas reflexiones dieron lugar a que las Reglas Mínimas señalaran más adelante que "sin embargo, esta regla no será un obstáculo para el buen funcionamiento de los sistemas a base de autogobierno. Estos sistemas implican en efecto que se confíen, bajo fiscalización, a reclusos agrupados para su tratamiento, ciertas actividades o responsabilidades de orden social, educativo o deportivo"; (R. 28).

Para posibilitar la intervención de la población penitenciaria en las actividades disciplinarias puede emplearse la figura de las comisiones representativas de internos que se embridan en las labores disciplinarias, bien elevando informes no vinculantes a los órganos disciplinarios, bien incorporando uno de sus miembros en estos.

En el ámbito regional la cuestión es compleja. Los PBP establecen que: "No se permitirá que las personas privadas de libertad tengan bajo su responsabilidad la ejecución de medidas disciplinarias, o la realización de actividades de custodia y vigilancia"; (Principio XXII.5). Sin embargo la CIDH ha advertido que en muchas cárceles de la región el poder disciplinario es ejercido de facto por determinados presos denominados de distintas formas según el país de que se trate. Lejos de una práctica específicamente diseñada para fomentar mecanismos de autogobierno en etapas avanzadas del régimen progresivo y/o programas de reinserción en sectores específicos del establecimiento, esta realidad se da en cárceles en las que el control interno está en manos de los propios presos, o en centros en los que dada la escasez de personal de custodia, las autoridades delegan funciones de seguridad en manos de los internos. Sin embargo, aunque se trate de una práctica extendida en la región, ha sido considerada por la Comisión "una situación grave y anómala que debe ser erradicada por los Estados" (CIDH, Informe sobre los derechos Humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, 2011, p. 152).

4. Las conductas infractoras

Con frecuencia se produce duplicidad en las tipificaciones de conductas delictivas e infractoras del régimen disciplinario, lo que obliga a pronunciarse sobre el complejo problema concursal cuando los hechos sancionables y las personas, que los cometieron, son las mismas. La cuestión es determinar si, en estos casos, debe acudir a la figura del concurso de leyes externo y, consiguientemente, desplazar la responsabilidad disciplinaria a favor de la penal; o, por el contrario, nos encontramos ante un concurso ideal que permite aplicar ambas responsabilidades.

Como sabemos, una garantía estrechamente asociada al principio de legalidad es la de *non bis in ídem* que reconocen todas las constituciones, por medio de la cual queda prohibido que un mismo hecho pueda ser objeto de una doble sanción. Sin embargo, la ya mencionada tesis de la relación especial de sujeción de la que se deriva un pretendido deber especial que solo afecta a quienes se encuentran dentro de ella, ha servido de fundamento para defender las diferencias cualitativas entre el ilícito administrativo penitenciario y el ilícito penal y, consiguientemente, negar la vigencia del principio de *non bis in ídem* en lo penitenciario. Los legisladores abusan de la compatibilidad de ambos ordenes sancionatorios y permiten, con carácter general, que los internos puedan ser sancionados dos veces por unos mismos hechos, a pesar de que hoy, más que nunca, faltan argumentos para poder seguir sustentando la tesis clásica de la diferenciación sustancial y se hace imposible negar lo evidente que “en el corazón de todos los sistemas disciplinarios funciona también un pequeño mecanismo penal”, lo cual no impide que pueda hablarse de independencia entre ambos ilícitos. Y, por tanto, aun a falta de una declaración programática en un texto general que regule la capacidad sancionatoria de la Administración debe mantenerse la inconstitucionalidad de aquellas normas que permiten la duplicidad sancionatoria e, incluso –como suceden en el ámbito penitenciario–, hacen prevalecer la sanción disciplinaria frente a la penal cuando ambas concurren. Mantener la duplicidad no solo es conculcar el principio de legalidad, sino el de igualdad ante la ley.

También vemos invocada la seguridad del establecimiento para defender la necesidad de la doble sanción. Se alega, sobre todo por parte de los responsables de las administraciones penitenciarias, que si no se dispone de un sistema sancionatorio de respuesta inmediata y propia para castigar aquellas conductas más graves, que son las que suelen coincidir con los ilícitos penales, puede ponerse en peligro la convivencia ordenada del centro. Pero la Administración penitenciaria no queda desprotegida por el hecho de que se respete esta garantía, bien al contrario, la legislación tiene previsto unos mecanismos de intervención

inmediata para neutralizar cualquier acto que pueda ser un peligro para la convivencia ordenada, también contempla la aplicación de medidas cautelares y, por último, la gran mayoría de los beneficios penitenciarios tienen como presupuesto la buena conducta que deja de concurrir en quienes cometen faltas o delitos durante su estancia en la prisión. Téngase en cuenta que dentro del concepto de mala conducta se incluyen tanto los comportamientos que dan origen a una sanción disciplinaria, como, con más razón, a responsabilidad penal.

5. Las sanciones

En una sociedad tan carencial y tan controlada como la penitenciaria buscar un catálogo de sanciones no es un ejercicio complicado. Cualquier restricción que se sume a las muchas que se padecen produce un intenso efecto negativo sobre el interno. La imposibilidad de acceder al patio, por ejemplo, o la reducción del tiempo o la frecuencia de comunicaciones con las familias o amigos son graves limitaciones de derechos que tienen un efecto intimidatorio o, mucho más aún, el alejamiento del término para acceder a un beneficio que precipite la egresión.

Lamentablemente un análisis de derecho comparado nos muestra a un legislador falto de imaginación que incide una vez más en la privación de libertad, como forma de castigo. El aislamiento en celdas es una sanción degradante e inhumana que somete a la persona a un encierro o enjaulamiento permanente en un espacio reducido. Ni siquiera cuando se toma la precaución de no imponerla a los enfermos o a las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia, o cuando se prevén salidas durante unas horas a un patio o cuando se garantiza que el sancionado va a ser regularmente visitado por el médico, deja de ser un encierro inhumano. En algunos centros en los que los internos no disponen de celdas individuales se agrava aún más la sanción porque el aislamiento se cumple en celdas de castigo sin las más mínimas condiciones de habitabilidad. Las normas internacionales se han pronunciado al respecto, y, de manera particularmente clara, lo hacen los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos que señalan que “se tratará de abolir o restringir el uso del aislamiento en celda de castigo como sanción disciplinaria y se alentará su abolición o restricción”. (P.7). Algunos países, como es el caso de Alemania, han eliminado la sanción de aislamiento en celda o, al menos, han reducido su aplicación a los fines de semana. Un sector minoritario de nuestra doctrina parte de la premisa de que la sanción de aislamiento en celda supone una auténtica privación de libertad derivada del carácter perfectamente mensurable del bien jurídico libertad, cuestionándose, en consecuencia, la constitucionalidad de dicha sanción

al considerar que su aplicación vulnera la prohibición de que la Administración civil pueda imponer sanciones que, directa o indirectamente, impliquen privación de libertad. Sin embargo, esta sería objeción a la pervivencia del aislamiento en celda dentro del arsenal sancionador de la Administración penitenciaria se ve contraargumentada por la tesis que sostiene –apoyándose en la modificación del *status libertatis*, que se produce a consecuencia de la especial relación de sujeción a la que está sometido el interno y amparándose en el Convenio de Roma de 1950, sobre salvaguarda de los derechos y libertades fundamentales y en Resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos de Estrasburgo (34)– que la libertad, que es objeto del derecho fundamental, resultó ya legítimamente negada por el contenido del fallo de condena; fallo que, por lo mismo, determinó la restricción temporal del derecho fundamental, que aquí se invoca, de donde se concluye que al estar ya privado de su libertad en la prisión, no puede considerarse la sanción como una privación de libertad, sino meramente como un cambio en las condiciones de su prisión, es decir, una mera restricción de la libertad de movimientos dentro del establecimiento añadida a una privación de libertad impuesta exclusivamente por sentencia judicial. Semejante teoría nos lleva a la peligrosa y, a la vez, errónea conclusión de que cualquier cambio en el nivel de privación de libertad del condenado –máxima seguridad o régimen abierto– es jurídicamente irrelevante, porque carece del *status libertatis*.

En todo caso, las normas internacionales insisten en que “las penas corporales, encierro en celda oscura, así como toda sanción cruel, inhumana o degradante quedarán completamente prohibidas como sanciones disciplinarias.” (R. 31. *Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos*). El Comité para la Prevención de la Tortura (Informe 1992) ha sido más contundente considerando que la sanción de aislamiento en determinadas ocasiones puede ser calificada como trato inhumano y degradante. También están prohibidas aquellas sanciones que consistan en infligir un daño al cuerpo del sancionado o una restricción de la alimentación (“Dicha alimentación será brindada en horarios regulares, y su suspensión o limitación, como medida disciplinaria, deberá ser prohibida por la ley”. P. XI).

En el ámbito regional, los PBP prevén la prohibición absoluta por disposición de la ley, de las medidas o sanciones de aislamiento en celdas de castigo y que estas medidas se adopten respecto de mujeres embarazadas; de las madres que conviven con sus hijos al interior de los establecimientos de privación de libertad; y de los niños y niñas privados de libertad (Principio XXII.3)

Como vimos ya, según este principio "El aislamiento solo se permitirá como una medida estrictamente limitada en el tiempo y como un último recurso, cuando

se demuestre que sea necesaria para salvaguardar intereses legítimos relativos a la seguridad interna de los establecimientos, y para proteger derechos fundamentales, como la vida e integridad de las mismas personas privadas de libertad o del personal de dichas instituciones. En todo caso, las órdenes de aislamiento serán autorizadas por autoridad competente y estarán sujetas al control judicial, ya que su prolongación y aplicación inadecuada e innecesaria constituiría actos de tortura, o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. (Principio XXII.3)

También hicimos mención anteriormente a que la CorteIDH en el “Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia)”, se refirió al aislamiento y señaló que solo debe usarse “como medidas disciplinarias o para la protección de las personas por el tiempo estrictamente necesario y en estricta aplicación de los criterios de racionalidad, necesidad y legalidad. Estos lugares deben cumplir con las características mínimas de habitabilidad, espacio y ventilación, y solo pueden ser aplicadas cuando un médico certifique que el interno puede soportarlas (CorteIDH, “Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela”. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 94).

En el marco del sistema interamericano, entonces, está prohibido el aislamiento, como sanción, en una celda de castigo. Solo se podrá imponer esta medida con carácter excepcional, y en una celda similar a la que el interno se aloja habitualmente, con autorización judicial y control periódico.

La sanción no puede ni directa, ni indirectamente prolongar la estancia del interno en la prisión. En ningún caso una sanción disciplinaria puede consistir en retrasar el momento de la egresión, cuando esta coincide con la fecha de cumplimiento de la pena, sería tanto como confundir la sanción penal y la disciplinaria. Pero tampoco puede afectar la sanción disciplinaria a aquellas situaciones en las que el condenado ha consolidado, por las circunstancias que sea-v.gr. la concesión de un indulto–, un recorte en la prisión cuando el legislador no tiene previsto que este condicionado a la buena o mala conducta.

6. Procedimiento

No solo porque la potestad sancionadora de la Administración se encuentra sometida constitucionalmente al principio de legalidad, sino también por la propia gravedad de las sanciones disciplinarias, “la determinación de las sanciones o medidas disciplinarias y el control de su ejecución estarán a cargo de autoridades competentes, quienes actuarán en toda circunstancia conforme a los principios del debido proceso legal” P. XXII (PBP). Las garantías más desta-

cadass del proceso penal mantienen su vigencia en el ámbito de la sanción administrativa y mucho más cuando esta tiene la gravedad que presenta en el marco penitenciario. Así que como primer compromiso que adquieren los legisladores es prohibir las sanciones de plano impuestas por un órgano penitenciario sin que el sancionado pueda defenderse en un procedimiento previo.

Como apuntamos al comienzo una de las garantías que es preciso asegurar es la equidad del órgano sancionador. Cuando la Administración ejerce su competencia sancionadora en cuestiones de autoprotección administrativa las sanciones disciplinarias no son sino la consecuencia natural del poder de dirección –dar órdenes, supervisar su cumplimiento y reaccionar contra su incumplimiento corrigiendo y sancionando–, por lo que el órgano competente está sometido a las disciplina de organización en función de los intereses propios; pero este no es el caso de las sanciones penitenciarias, en las que no hay autoprotección sino delegación jurisdiccional para la gestión del mandato de ejecución de una pena, es decir, de orden general. En estos casos, en la imposición de sanciones debe exigirse que se realice normalmente por órganos independiente se imparciales, que se nombre un instructor, que no haya coincidencia entre quien instruye y quien sanciona, que se le dé audiencia al sancionado para que pueda defenderse, que se garantice la asistencia jurídica y que se permita una segunda instancia ante la jurisdicción ordinaria contencioso administrativa.

Todo procedimiento disciplinario se inicia con la apertura de un expediente como consecuencia del levantamiento de un acta. Durante todo el procedimiento debe mantenerse la presunción de inocencia, es decir, la sanción tiene que basarse en pruebas de cargo incriminadoras, las cuales tienen que ser aportadas por quienes acusan, sin que nadie sea obligado a probar su inocencia. Si las pruebas no fueran concluyentes en caso de dudas sobre los hechos o sobre la responsabilidad del sujeto expedientado corresponde la absolució. 30. 1) (“Un recluso solo podrá ser sancionado conforme a las prescripciones de la ley o reglamento, sin que pueda serlo nunca dos veces por la misma infracción. 2) Ningún recluso será sancionado sin haber sido informado de la infracción que se le atribuye y sin que se le haya permitido previamente presentar su defensa. La autoridad competente procederá a un examen completo del caso. 3) En la medida en que sea necesario y viable, se permitirá al recluso que presente su defensa por medio de un intérprete.” R. 30. RMTR).

Una cuestió que ha merecido escasa atención es la asistencia jurídica del expedientado y el derecho a la defensa. El cumplimiento de este exige asegurarle la audiencia en el expediente, el uso de los medios de prueba y la contradicció en la defensa de sus intereses. Solo estará suficientemente asegurada la defensa cuando el interno puede ser asesorado por un abogado en las mismas condi-

ciones de la defensa de oficio. En este sentido se señala que "todo detenido tendrá derecho a solicitar asesoramiento jurídico y las autoridades penitenciarias le facilitarán razonablemente el acceso a él"; N. 23.1NPE.

Los PBP no contienen una disposición específica al respecto. Sin embargo, el Principio XXII.2, ya mencionado, expresa que: "La determinación de las sanciones o medidas disciplinarias y el control de su ejecución estarán a cargo de autoridades competentes, quienes actuarán en toda circunstancia conforme a los principios del debido proceso legal, respetando los derechos humanos y las garantías básicas de las personas privadas de libertad, reconocidas por el derecho internacional de los derechos humanos". Esta previsión es suficiente para entender que el derecho de defensa en los procesos disciplinarios debe ser entendido con carácter amplio; es decir, tanto en su aspecto material como en su aspecto técnico.

La CortelDH se ha pronunciado de manera contundente en el "Caso Baena Vs. Panamá" acerca de la vigencia de garantías en procedimientos administrativos. Al respecto ha dicho: "Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula "Garantías Judiciales", su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal". (CortelDH, "Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá". Sentencia del 2 de febrero de 2001, párr. 124)

Completando el razonamiento la Corte ha observado que: "el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes." (CortelDH "Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá". Sentencia del 2 de febrero de 2001, párr. 125).

El artículo 8.2.e de la Convención es terminante al prever el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; es decir que la asistencia técnica en los procesos disciplinarios es un imperativo convencional

que ninguna norma interna puede obviar. En el ámbito regional, toda disposición que no contemple el derecho de defensa técnica en cualquier tipo de procedimiento es contraria a los postulados de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Para finalizar, la Corte ha cerrado de manera contundente esta cuestión sin dejar ningún margen de duda al respecto: "La justicia, realizada a través del debido proceso legal, como verdadero valor jurídicamente protegido, se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del artículo 8 de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. Permitirle a los Estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso"(CortelDH Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Sentencia del 2 de febrero de 2001, párr. 129).

La mayoría de los países de la región, admiten el ejercicio de la defensa material durante los procesos disciplinarios pero no contienen una previsión expresa que garantice al interno contar con la asistencia de un defensor técnico.²⁷ En algunos casos, incluso, se veda expresamente la posibilidad de asesoramiento letrado.²⁸ La excepción la constituyen las legislaciones de Ecuador y El Salvador que, receptando los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, consagran de manera expresa la posibilidad de que el interno reciba asistencia de su defensor durante este tipo de procedimientos.²⁹

Por otro lado una asistencia jurídica solo se considera válida si se garantiza la confidencialidad de la misma. De manera que salvo que medie una autorización judicial nadie podrá intervenir esas comunicación e, incluso, la administración debe procurar que las mismas se desarrollen sin injerencias regimentales en cuanto a horario o lugar de celebración ("Las consultas y otras comunicacio-

27. Argentina (Art. 91 de la Ley 24.660); Bolivia (Art. 123 de la Ley 2298); Chile (Arts. 82 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios); Costa Rica (Art. 40 del Reglamento de Derechos y Deberes de los Privados y las Privadas de Libertad); Honduras (Art. 58 de la Ley del Sistema Penitenciario Nacional); México (Art. 13 de la Ley sobre normas mínimas de Readaptación Social); Nicaragua (Art. 109 de la Ley N°743); Paraguay (Art. 110 del Código de Ejecución Penal); Perú (Art. 34 del Código de Ejecución); República Dominicana (art. 48 Ley No. 224 Sobre Régimen Penitenciario); Venezuela (art. 49 Ley de Régimen Penitenciario).

28. Es el caso de Guatemala (Art. 91 de la Ley del Régimen Penitenciario): "Recibida la denuncia por el Director del Centro Penitenciario, señalará audiencia dentro del plazo de tres días, en la cual se oirá a la persona supuestamente infractora y se recibirá la prueba ofrecida. El director resolverá lo procedente dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes. En el trámite de este procedimiento no será necesaria la defensa técnica".

29. Ecuador (Arts. 726 del Código Orgánico Integral Penal): "El procedimiento para sancionar será breve, sencillo, oral, respetará el debido proceso y el derecho a ser escuchado por sí mismo o a través de una defensora o defensor público o privado". El Salvador (Art. 132 de la Ley Penitenciaria): "la junta disciplinaria, después de recibir información sobre una o varias faltas disciplinarias cometidas por un interno, procederá a abrir expediente y notificará al interno el hecho por el que se le pretende sancionar. El interno tendrá amplia posibilidad de defensa, pudiendo solicitar asistencia jurídica para efectuar su descargo."

nes –incluida la correspondencia– sobre asuntos jurídicos entre un detenido su abogado serán confidenciales. Una autoridad judicial podrá, en circunstancias excepcionales, autorizar restricciones a este principio de confidencialidad a fin de evitar la comisión de un delito grave o un perjuicio mayor a la seguridad de la prisión.” Norma 23. 4 y 5. Normas Penitenciarias Europeas).

7. Las recompensas

I. El sistema penitenciario tiene como objetivo la limitación de los derechos de las personas que están sometidas a él. La pérdida de la libertad ambulatoria y otros derechos que forman parte de la identidad personal durante un determinado espacio de tiempo obliga a diseñar una sociedad, la carcelaria, fuertemente normativizada. Dicha sociedad solo se puede sostener cuando a los internos se la someten a un juego de estímulos de conductas conforme a la norma, negativos, cuando tiene como consecuencia unas sanciones disciplinarias y, positivos, cuando son recompensas. Los fines de ambas sanciones, la disciplinaria y la recompensa son idénticos: reforzar el cumplimiento de la norma, que no es otra cosa, que lograr que la persona se comporte durante su estancia en la prisión como un buen interno, respetando una convivencia ordenada.

Este es el sentido de la recompensa. Pero, igual que para evitar los excesos en el uso de los sistemas disciplinarios, estos deben someterse al principio de seguridad jurídica y al control legal y judicial, también las recompensas exigen establecer sobre ellas ciertas garantías o, de lo contrario, se corre el riesgo de que erosionen la convivencia. Que se concedan recompensas, no al interno que mantiene dentro de la prisión una actitud cívica e independiente, pero también responsable y solidaria, sino a aquel que responde a la idea de interno cómodo, sumiso, delator y confidente provoca tensiones y violencias carcelarias. No debemos olvidar que instituciones como estas han caracterizado los sistemas penitenciarios de corte autoritario, en la medida que favorecen la subjetivación y la arbitrariedad.

Dicho lo anterior podemos definir como recompensas un conjunto de beneficios que se conceden motivadamente al interno por la realización de actos sobresalientes que ponen de relieve la responsabilidad personal y solidaria con el resto de las personas.

Algunas legislaciones se refieren a la buena conducta, como motivo para la recompensa. Sin embargo, esta referencia resulta muy imprecisa ya que buena conducta es equivalente a un comportamiento ajustado a las normas regiminales. Quien no ha merecido una sanción disciplinaria, tiene buena conducta.

La recompensa exige algo más, exige un comportamiento extraordinario, que haya sido valorado como muy positivo –ej. actos solidarios ante situaciones de emergencia, labores de intermediación en un conflicto, espíritu de trabajo, etc–.

Las recompensas pueden entenderse en un sentido más amplio, como todo incentivo que valore una actitud resocializadora. Evidentemente, que es plausible no perder de vista que las recompensas se insertan, como cualquier otra institución penitenciaria, en ese empeño común de fomentar el proceso de reinserción social del interno; sin embargo, conviene no confundir las recompensas con los elementos que configuran los programas resocializadores, diferencias que se sintetizan en estos dos aspectos:

- La recompensa tiene como presupuesto un hecho previo que ha sido valorado positivamente y que va a ser premiado como forma para incentivar conductas similares.
- La recompensa tiene un sentido más penitenciario. Su meta es lograr que el interno se comprometa con la institución penitenciaria para lograr una convivencia ordenada en el establecimiento.

Los potenciales destinatarios de una recompensa son todos los que se encuentren privados de libertad en el centro, sin distinción de su condición procesal o penitenciaria. Es posible que se haga, incluso, merecedor de una recompensa un interno que se encuentra sancionado. Aunque mayoritariamente encontramos reguladas las recompensas en el derecho comparado, sin embargo, hay una importante diversidad de ellas. Por lo general, los contenidos de la recompensa giran en torno a los siguientes beneficios: gratificación económica o de recursos materiales, aumento de los contactos con el exterior o modificaciones en el cumplimiento de la pena. A veces la recompensa consiste en una mención positiva que se recoge en el expediente del interno y que es posteriormente tenida en cuenta para decidir sobre aspectos del régimen que puedan favorecerlo.

8. Los medios coercitivos

El empleo de la violencia en un Estado de Derecho es un atributo que ejerce este en exclusiva y cualquier excepción tiene que tener una motivación grave y manifiesta. El funcionario de instituciones penitenciarias no debe emplear fuerza contra los internos, porque no es esa su función y porque no está preparado para el uso de medios violentos. Tan solo, como es lógico, ante urgentes situaciones de riesgo para sí mismo o para terceros, próximas a la legítima defensa, podrán actuar violentamente con la finalidad de neutralizarlas agresio-

nes. Resulta contraproducente para la reinserción de los internos y la normalización de la vida en la prisión que los empleados o trabajadores penitenciarios puedan aparecer ante la población reclusa como fuerza de seguridad. Por esta razón nos parece muy acertada la posibilidad de la intervención de la policía sin necesidad de llegar a las situaciones extremas o excepcionales. En términos muy similares a los que se producen en la sociedad libre, las fuerzas y cuerpos de seguridad públicas pueden entrar en un establecimiento para resolver conflictos puntuales, de la misma forma que lo hacen en las calles de nuestras ciudades. Así pues, cuando el personal penitenciario considere que el uso de los medios coercitivos excede manifiestamente de sus cometidos asistenciales, de custodia y vigilancia, o cuando pueda repercutir gravemente en su imagen frente a los internos, deben acudir a las vías legales previstas para que este reclame la presencia de las fuerzas de seguridad públicas para restablecer la convivencia ordenada.

En ocasiones la presencia de las fuerzas del orden dentro del establecimiento se retrasa o, por determinadas circunstancias, no se puede contar con ella y la urgencia de la situación puede exigir que los empleados del centro tengan que intervenir ejerciendo la violencia para restaurar el orden. Se trata de situaciones distintas a la legítima defensa, son momentos de tensión que previsiblemente van a desencadenar actos violentos con unos riesgos no identificables. Para estas situaciones las legislaciones prevén el empleo de los medios coercitivos.

Los medios coercitivos están sometidos al principio de legalidad. A tenor de los PBP “el personal de los lugares de privación de libertad no empleará la fuerza y otros medios coercitivos, salvo excepcionalmente, de manera proporcionada, en casos de gravedad, urgencia y necesidad, como último recurso después de haber agotado previamente las demás vías disponibles, y por el tiempo y en la medida indispensables para garantizarla seguridad, el orden interno, la protección de los derechos fundamentales de la población privada de libertad, del personal o de las visitas.” (P.XXIII). El texto destaca el carácter excepcional y temporal que tiene el uso de estos medios por el personal penitenciario y la obligación de tratar de controlar la situación mediante otras alternativas no violentas –v.gr. la mediación, la retirada estratégica, la negociación, etc–. Algunas legislaciones detallan los medios coercitivos que les está permitido emplear a los funcionarios de prisiones, lo importante es que los mismos no podrán hacer uso de armas de fuego.

Más conveniente son los esfuerzos por concretar con rango de ley las situaciones que pueden dar lugar al uso de estos medios; como hemos visto en el anterior documento de PBP son situaciones muy graves para los derechos fundamentales o la seguridad (por ej. impedir actos de violencia o evasión, evitar

autolesiones y vencer la resistencia activa) y, además, situaciones que demandan una intervención urgente. A nuestro juicio, no justificaría el empleo de estos medios los casos de resistencia pasiva, porque no son urgentes y permiten acudir a las fuerzas del orden. Desde luego, en absoluto, las situaciones descritas justifican por sí solas el automatismo en el uso de la violencia. Como hemos venido señalando todas las medidas de seguridad, y esta con más razón, debe estar siempre justificada, el precitado documento internacional exige siempre la “supervisión de autoridad competente”.

Es conveniente destacar la circunstancialidad que rodea el empleo de un medio coercitivo. Resuelto el conflicto, que justificó su empleo, debe normalizarse la situación. No puede prolongarse ni un aislamiento, ni el uso de las esposas, pues, de ser se transformaría en una sanción encubierta. Pero no es esta la única limitación que acompaña el uso de la violencia. Tampoco se puede emplear contra enfermos, convalecientes, mujeres embarazadas o que hayan tenido hijos en los últimos seis meses, salvo que se den circunstancias de extrema inmediatez de peligro para la integridad de las personas.

Lo procedente es que el uso de estos medios esté autorizado por el Director del establecimiento, dando posteriormente cuenta al juez de vigilancia penitenciaria. Salvo que concurrieran circunstancias que exigen una respuesta inmediata en cuyo caso cualquier funcionario puede hacer uso de los mismos, notificando cuanto antes al Director la incidencia.

Dentro del régimen disciplinario, por lo general, se contempla la posibilidad de aplicar medidas cautelares en la fase de instrucción del expediente para evitar la persistencia de los efectos de la infracción. Nada tiene que ver esta finalidad con el procedimiento disciplinario abierto y si con la restauración del orden dentro del establecimiento, pero de ser así ya no estaríamos ante ningún tipo de medida cautelar, sino ante el empleo de medios coercitivos. La cuestión tiene importancia en la medida que el empleo de estos se encuentra más circunscrito que el de las medidas cautelares.

Capítulo XI. Los grupos especialmente vulnerables

1. Introducción

I. Una vez más debemos de invocar los fines generales del sistema para explicar las razones que justifican un especial esfuerzo de la Administración para evitar las discriminación dentro de las prisiones, discriminación, que en la sociedad carcelaria adquiere una dimensión más grave porque se expresa en actos violentos y de explotación sexual o laboral. Si el régimen penitenciario debe consistir en un tratamiento cuya finalidad esencial se orienta a la reforma y readaptación social de los penados, favoreciendo su reinserción, será necesario prestar especial atención a la diversidad del ser humano, garantizando que en la medida de lo posible las condiciones regimentales tengan en cuenta las necesidades básicas de los grupos resultantes. Se ha criticado, en ocasiones, que una política penitenciaria diversificadora corre el riesgo de disolver el principio de igualdad objetiva ante la ley, que informa todo el sistema penal; sin embargo, semejante argumento ignora que este principio exige tratar desigual, aquello que lo es y, nadie, pone en duda que determinados grupos humanos presentan especiales dificultades de adaptación a la cárcel que deben ser prioritariamente atendidas. Debido a sus especiales características necesitarán de un tratamiento especializado. Bajo este epígrafe vamos a referirnos a estos colectivos con la terminología de "grupos especialmente vulnerables", en el que incluimos a mujeres, jóvenes, extranjeros y otros grupos, como las personas con discapacidades, los ancianos, los enfermos de SIDA y las minorías sexuales.

Lamentablemente las separaciones convencionales, tradicionalmente asumidas por las mayorías de los sistemas penitenciarios, no van seguidas de un diseño regimental de adaptación, sino que se quedan, en eso, en meras separaciones porque para orientar correctamente las clasificaciones constituye un presupuesto ineludible contar con posibilidades materiales de medios y de personal, que van más allá del espacio fraccionado, con las que no cuenta la Administración penitenciaria. Cuando las separaciones no implican unos cambios regi-

mentales sensibles a las necesidades de cada grupo, lo que, inicialmente, pudiera ser entendido como un derecho del grupo separado, termina convirtiéndose en una segregación encubierta en favor del grupo dominante.

Los PBP quieren evitar esto con una fórmula terminante: "Bajo ninguna circunstancia se discriminará a las personas privadas de libertad por motivos de su raza, origen étnico, nacionalidad, color, sexo, edad, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física, mental o sensorial, género, orientación sexual, o cualquiera otra condición social. En consecuencia, se prohibirá cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga por objeto o por resultado, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos internacionalmente reconocidos a las personas privadas de libertad. No serán consideradas discriminatorias las medidas que se destinen a proteger exclusivamente los derechos de las mujeres, en particular de las mujeres embarazadas y de las madres lactantes; de los niños y niñas; de las personas adultas mayores; de las personas enfermas o con infecciones, como el VIH-SIDA; de las personas con discapacidad física, mental o sensorial; así como de los pueblos indígenas, afrodescendientes, y de minorías. Estas medidas se aplicarán dentro del marco de la ley y del derecho internacional de los derechos humanos, y estarán siempre sujetas a revisión de un juez u otra autoridad competente, independiente e imparcial" (Principio II).

II. La tendencia a clasificar y separar la población reclusa no es un fenómeno actual ni reciente, ya en los primeros vestigios de las regulaciones penitenciarias se observa el interés por romper la conciencia de grupo y los peligros de movimientos solidarios por medio de rígidos criterios de separación. En sus orígenes la clasificación cumple una función esencialmente disciplinaria, con ella se trata de evitar la tradicional masificación que a la postre ofrecían las condiciones idóneas para todo tipo de conflictividad en el mayor de los anonimatos. La disciplina, como apunta Foucault, requiere ante todo la distribución de los individuos en el espacio; los emplazamientos funcionales codifican el espacio, rompen las solidaridades peligrosas y hacen comunicarse a las personas bajo una particular relación jerárquica. A esta razón disciplinaria se añadió con el tiempo otra de carácter resocializador que, no obstante, nunca llegó a desplazar del todo las separaciones de contenido disciplinario y que, en muchas ocasiones, se limitaba a encubrir las. Pero tampoco puede ignorarse que también los aspectos de racionalización y economización de los medios penitenciarios juegan un papel, de no escasa consideración, en la separación de los internos.

III. Básicamente en los sistemas actuales encontramos dos grandes criterios de separación con sentidos totalmente distintos. El uno –para el que se reserva la

expresión separación, de carácter regimental–, y el otro, terapéutico y empírico experimental –al que denominaremos, clasificación–. Mientras que las necesidades de aquel carecen de cualquier constatación empírica, de manera que el sentido de la separación se agota con el traslado del interno a la correspondiente sección o establecimiento, las de este responden formalmente a un método para conducir la ejecución penal, dentro de un programa global de ubicación de los penados en el establecimiento y con las condiciones más adecuadas al modelo individualizado de ejecución, es decir, con medidas específicas de formación, trabajo, tiempo libre, etc. La clasificación es la fórmula a través de la cual se articula el tratamiento resocializador al régimen y es, al menos, teóricamente el resultado de un proceso de individualización científica. Con esta denominación se pretendió pasar la página histórica de los sistemas progresivos en los que primaban los factores objetivos y, especialmente, el tiempo de cumplimiento para poder evolucionar dentro de él. No obstante, las indiscutibles ventajas del sistema clásico de objetividad y certeza lo han hecho resistente y aun encontramos pasajes en donde reaparece.

Nuevamente, los PBP consagran la separación por categorías en el Principio XIX. Las personas privadas de libertad pertenecientes a diversas categorías deben ser alojadas en diferentes lugares de privación de libertad o en distintas secciones dentro de dichos establecimientos, según su sexo, edad, la razón de su privación de libertad, la necesidad de protección de la vida e integridad de las personas privadas de libertad o del personal, las necesidades especiales de atención, u otras circunstancias relacionadas con cuestiones de seguridad interna.

En particular, se dispone la separación de mujeres y hombres; niños, niñas y adultos; jóvenes y adultos; personas adultas mayores; procesados y condenados; y personas privadas de libertad por razones civiles y por razones penales. En los casos de privación de libertad de los solicitantes de asilo o refugio, y en otros casos similares, los niños y niñas no deben ser separados de sus padres. Los solicitantes de asilo o refugio y las personas privadas de libertad a causa de infracción de las disposiciones sobre migración no deben estar privados de libertad en establecimientos destinados a personas condenadas o acusadas por infracciones penales.

Finalmente se prevé que en ningún caso la separación de las personas privadas de libertad por categorías será utilizada para justificar la discriminación, la imposición de torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, o condiciones de privación de libertad más rigurosas o menos adecuadas a un determinado grupo de personas.

2. La mujer en prisión

Es conveniente comenzar afirmando que las estadísticas penitenciarias sobre población reclusa reflejan que el porcentaje de reclusas es poco significativo frente a la población masculina, moviéndose a nivel mundial en una horquilla comprendida entre el cinco y el quince por ciento. Además, resulta llamativo comprobar que entre las mujeres el porcentaje de extranjeras es superior al que se da en la población masculina, lo que va a incidir aún más en la vulnerabilidad de este colectivo, propiciando un doble estigma; tanto por el carácter retributivo que la privación de libertad comporta, como por su aislamiento cultural. La reclusión de la mujer en un centro penitenciario va a suponer una mayor vulnerabilidad, no solo por los abusos y agresiones sexuales de los que es objeto con frecuencia, sino sobre todo en atención a la separación de su entorno familiar y el alejamiento de sus hijos. De ahí que estas circunstancias particulares exijan la adopción de medidas especiales que favorezcan la reinserción de las reclusas privadas de libertad.

Desde una perspectiva histórica podemos afirmar que las prisiones fueron construidas pensando solo en la población reclusa masculina, como centros de trabajo forzado, inimaginables para las condiciones físicas de la mujer. El aumento de la población reclusa femenina hizo preciso adaptar aquellos centros a las necesidades de este colectivo, sin que en todos los supuestos se haya logrado esa loable pretensión, por razones básicamente presupuestarias. En Europa, por ejemplo, son escasos los países en los que existen verdaderos esfuerzos por crear un sistema penitenciario de género y alternativo y las políticas penitenciarias más frecuentes se limitan a ubicarlas en espacios o establecimientos separados. No es exagerado, pues, afirmar que el mundo de las prisiones sigue teniendo una asignatura pendiente con el género. Incluso penas privativas de libertad con diseños más modernos, como el arresto de fin de semana, están pensadas para el hombre trabajador que de esta forma ve compatibilizado el calendario laboral con el punitivo, pero no para la mujer que, alejada del mercado laboral, puede interesarle, eventualmente, más la compatibilidad con otras cargas.

Una vez más las experiencias obtenidas han puesto de relieve los graves perjuicios que se originan en quienes son obligados a vivir durante largos periodos de tiempo sin ningún tipo de contacto con personas del sexo opuesto. La separación artificial provoca una sensación de bloqueo en este tipo de relaciones. Por el contrario, los establecimientos coeducativos ayudan a normalizar la vida dentro de la prisión y a que los internos aprendan a controlar sus sentimientos sobre sí mismos y sobre los demás y encontrar su identidad en un sentido positivo. No obstante, se trata de una de las separaciones con más raigambre his-

tórica, aunque en las últimas décadas el régimen de separación se ha flexibilizado en la misma medida que la mujer se ha ido incorporando socialmente en régimen de igualdad con el hombre.

El fundamento esgrimido para separar hombres y mujeres es un pretendido riesgo de promiscuidades y contagios insalubres que en realidad ocultan los dictados de una determinada moral contraria a permitir no solo las relaciones sexuales libres entre adultos, sino, incluso, las situaciones de riesgo. En este sentido, parece merecer menos atención los graves problemas de agresiones homosexuales que con tanta frecuencia se producen en las prisiones y la mercadería sexual con la que se trata de compensar la falta de una vida sexual normalizada.

Por otro lado, las condiciones regimentales para la mujer, como consecuencia de su separación del colectivo de hombres –sensiblemente, más numeroso–, se ven negativamente afectadas. Los servicios y los recursos generales –educación, sanidad, cultura, etc.– son más incompletos y también las prestaciones de la Administración.

No obstante, la fusión de estos dos grupos presenta algunas dificultades prácticas que recomiendan un estudio previo por parte de los equipos técnicos. Tanto el funcionario de prisiones, como la propia comunidad reclusa darían, probablemente, origen a ciertas tensiones. Habría que considerar, entre otras circunstancias, la conveniencia de equiparar el número de hombres y mujeres y, por supuesto, contar con el consentimiento de ambos.

En el plano internacional han sido varios los instrumentos jurídicos que han tocado este tema, siendo sensibles a las características de este grupo especialmente vulnerable que precisará la adopción de medidas *ad hoc* a sus necesidades. Este desiderátum no ha cristalizado aún en un auténtico modelo alternativo de género internacional convenido, si bien se han confeccionado unas recomendaciones mínimas. Concretamente las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas* en la Regla 8 establece una separación de categorías entre los internos, al describir que “los reclusos pertenecientes a categorías diversas deberán ser alojados en diferentes establecimientos o en diferentes secciones dentro de los establecimientos, según su sexo y edad, sus antecedentes, los motivos de sus detención y el trato que corresponda aplicarles. Es decir que: a) Los hombres y las mujeres deberán ser recludos, hasta donde fuere posible, en establecimientos diferentes; en un establecimiento en el que se reciban hombres y mujeres, el conjunto de locales destinados a las mujeres deberá estar completamente separado (...)”.

Si bien las mujeres encarceladas son consideradas un grupo especialmente vulnerable por la segregación familiar que su encarcelamiento supone, y porque, en ocasiones, resultan ser el único sostén económico de su familia, es preciso hacer referencia a otra circunstancia que concurre en aquellas y, obviamente no concurre en el hombre, que es la maternidad, agravando aún más esta vulnerabilidad. Si la reclusa encarcelada está embarazada, "el alumbramiento, coinciden las normas internacionales, deberá tener lugar, en la medida de lo posible, en un hospital civil, aun cuando los establecimientos de mujeres deberán también disponer de personal e instalaciones apropiadas para el parto y los cuidados postnatales" (Regla 28.1 Estrasburgo, 23.1 de Ginebra).

Asimismo, no debe olvidarse que, en ocasiones, las mujeres que han dado a luz en centros penitenciarios lo han hecho en condiciones higiénicas y sanitarias infrahumanas, llegando a registrarse casos en los que se les ha atado con grilletes en circunstancias contrarias a la dignidad de la persona, suponiendo un trato degradante proscrito en la DUDH (artículo 3) y en el PIDCP (artículo 7), de ahí que se recomienda que "en los establecimientos para mujeres deberán existir instalaciones especiales para el tratamiento de las reclusas embarazadas, de las que acaban de dar a luz y de las convalecientes. Hasta donde sea posible" (Regla 23.1 de Ginebra). En esta línea, el principio 5 (2) Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión establece que "las medidas que se apliquen con arreglo a la ley y que tiendan a proteger exclusivamente los derechos y condición especial de la mujer, en particular de las mujeres embarazadas y las madres lactantes, los niños y los jóvenes (...)".

Incluso, con carácter general, la encarcelación para la mujer embarazada debe ser el último recurso, la *última ratio*, salvo que no exista ninguna otra alternativa, admitiéndose que el parto en la prisión sea una circunstancia excepcional, sobre todo por las secuelas psicológicas que el alumbramiento en la prisión puede conllevar para la reclusa el resto de su vida (vid. Artículo 2 c Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer: "Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a: c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación").

También las Reglas de Bangkok consagran a la privación de libertad como última ratio en los casos de mujeres embarazadas o con niños a su cargo: "Cuando

sea posible y apropiado se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad a las embarazadas y las mujeres que tengan niños a cargo" (Regla 64).

Para concluir este apartado, hemos de comentar que, paralelamente a las disposiciones adoptadas en el marco de la Unión Europea, en el ámbito americano la Declaración de San José, de 9 de marzo de 2010, reconocen la necesidad de dotar a este colectivo de una especial protección, lo que ya significa un avance considerable. De igual modo, el principio II de los PBP establece "que no serán consideradas discriminatorias las medidas que se destinen a proteger exclusivamente los derechos de las mujeres, en particular de las mujeres embarazadas y de las madres lactantes".

2.1. Alternativas a la separación. Modelos de cohabitación

La reclusión de las mujeres/madres en establecimientos penitenciarios conlleva irremisiblemente la privación de libertad de sus hijos, sufriendo una "sanción" más severa que la estricta privación de libertad. Y si la segregación es un estigma que agudiza aún más la encarcelación de la mujer en el establecimiento penitenciario, un tratamiento penitenciario acorde con el contexto de los derechos humanos debe ofrecer ciertas alternativas a la separación, ya sea a través de modelos de cohabitación, ya con la aplicación de medidas alternativas a la privación de libertad.

En primer lugar, con los modelos de cohabitación. Aunque los sistemas penitenciarios siguen dominados por los criterios de separación estricta que llega incluso a condicionar al personal penitenciario (las *Reglas Mínimas Internacionales sobre buena práctica penitenciaria* establecen: "Bajo la dirección de un funcionario femenino responsable, guardará todas las llaves de dicha sección del establecimiento. 2) Ningún funcionario de sexo masculino entrará en la sección femenina sin ir acompañado de un miembro femenino del personal. 3) La vigilancia de las reclusas será ejercida exclusivamente por funcionarios femeninos". R. 53), la Regla 8 a Ginebra y R. 11 1 y 2 Estrasburgo, matizada en 1987 en Europa, establece que aun cuando en principio hombres y mujeres deben ser reclusos por separado ello no deberá ser impedimento para la participación conjunta de los sexos en actividades organizadas en el marco de un determinado programa de tratamiento. Sin duda, es un avance muy limitado para quienes estamos convencidos de las bondades de los sistemas de cohabitación, pero, al menos, rompe una larga tradición de irracional separación que domina el panorama mundial.

La Resolución (73) 5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el Conjunto de Reglas Mínimas para el tratamiento de los detenidos considera

que el régimen del establecimiento penitenciario debe tratar de reducir las diferencias entre la vida en prisión y la vida en libertad, que tienden a debilitar el sentido de la responsabilidad del detenido o el respeto de la dignidad de su persona (principio 58). Conforme con ello, la existencia de módulos mixtos contribuirá a restablecer una cierta “normalización” en la relación del encarcelado con su vida familiar, favoreciendo su posterior reinserción.

En segundo lugar, con penas alternativas a la prisión. Si tenemos en cuenta el doble padecimiento que soporta la mujer privada de libertad –personal y familiar– y si consideramos los criterios preventivos más favorables que concurren, en la medida que la mayoría de la población reclusa femenina ha ingresado en prisión por haber cometido delitos no violentos, principalmente, tráfico de drogas y contra la propiedad, y no presentan un alarmante pronóstico de peligrosidad de que vayan a cometer delitos en el futuro, en ocasiones resulta más conveniente posibilitar medidas alternativas a la privación de libertad, que no impliquen el ingreso en prisión, posibilitando su cumplimiento en el ámbito comunitario, o en régimen de semilibertad.

Estas alternativas están siendo practicadas en la Unión Europea, concretamente en Italia, arrojando unos resultados muy satisfactorios frente a la privación de libertad. Por ejemplo, aplazamiento de la pena hasta que los hijos cumplan una determinada edad, el arresto domiciliario o la suspensión.

2.2. Aspectos regimentales de los centros de mujeres

Las especiales características que revisten el colectivo de mujeres privadas de libertad, que han sido expuestas anteriormente, van a exigir, asimismo, de la adopción de medidas específicas en el régimen de los centros penitenciarios, donde estas se encuentren.

En primer lugar, en los establecimientos para mujeres deben existir instalaciones especiales para el tratamiento de las reclusas embarazadas, de las que acaban de dar a luz y de las convalecientes. Hasta donde sea posible, se tomarán medidas para que el parto se verifique en un hospital civil. Si el niño nace en el establecimiento, no deberá hacerse constar este hecho en su partida de nacimiento (RMTR. Regla 23).

En segundo lugar, cuando a las madres reclusas se les permita conservar su niño, deberán tomarse disposiciones para organizar una sección de madres con instalaciones de guardería infantil, con personal cualificado, donde estarán los niños cuando no se hallen atendidos por sus madres (RMTR. Regla 234).

En cuanto a los aspectos relacionados con el régimen penitenciario en general, se debe garantizar que las mujeres presas tengan acceso a un programa de actividades amplio y equilibrado en el que se tengan en cuenta las necesidades propias de su sexo. El régimen debe reaccionar con flexibilidad ante las necesidades de las mujeres embarazadas, las madres lactantes y las mujeres con hijos. Se debe habilitar servicios o adoptar disposiciones para el cuidado del niño, a fin de que las mujeres puedan participar en las actividades de la prisión, y procurarse, en particular, establecer programas apropiados para las embarazadas, las madres lactantes y las reclusas con hijos (Reglas de Bangkok, Regla 42).

Los PBP contienen también como premisa que los lugares de privación de libertad para mujeres, o las secciones de mujeres en los establecimientos mixtos, deban estar bajo la dirección de personal femenino. La vigilancia y custodia de las mujeres privadas de libertad debe ser ejercida exclusivamente por personal del sexo femenino, sin perjuicio de que funcionarios con otras capacidades o de otras disciplinas, tales como médicos, profesionales de enseñanza o personal administrativo, puedan ser del sexo masculino (Principio XX). Sin embargo, respecto de esto último, las Reglas de Bangkok consagran como principio que si una reclusa pide que la examine o la trate una médica o enfermera, se accederá a esa petición en la medida de lo posible, excepto en las situaciones que requieran intervención médica urgente. Si pese a lo solicitado por la reclusa, el reconocimiento es realizado por un médico, deberá estar presente un miembro del personal penitenciario femenino (Regla 10).

2.3. La estancia de niños en prisión

Pero es el problema de los hijos menores en la prisión uno de los más delicados que se presentan para el sistema penitenciario cuando se intenta hacer compatibles los derechos del menor y de la maternidad en el escenario de una cárcel. En primer lugar, es preciso realizar una aproximación terminológica, tratando de definir el concepto de "niño" a nivel internacional. De una lectura de diversas disposiciones internacionales se entiende por niño "todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad" (vid. Artículo 1 Convención sobre los Derechos del Niño; regla 11 Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad).

Como se ha indicado con anterioridad, una de las circunstancias que suponía una mayor vulnerabilidad para la mujer encarcelada es la maternidad, sobre todo si tiene lugar dentro del establecimiento penitenciario. Con relación a la estancia de niños en prisión, deben distinguirse dos casos, como son, los bebés y los niños menores. En el caso de madres privadas de libertad con bebés recién

nacidos la encarcelación reviste un matiz aún más delicado, si tenemos en cuenta que, tanto los recién nacidos como los bebés, tienen un vínculo físico y emocional de su madre, lo que va exigir que ambos permanezcan unidos en la misma unidad, siendo desaconsejable trasladar al bebé a una guardería. Esta situación debe durar lo que se corresponde con el tiempo natural de lactancia.

El problema se plantea, pues, en el segundo periodo. Con respecto a los niños menores que ingresen con sus madres en prisión, es complejo determinar la edad idónea en que aquellos deban abandonar el centro penitenciario ya que se debe de huir de reglas generales y resolver la cuestión ponderando circunstancias tan diversas como la madurez del menor, sus relaciones con la madre, el medio familiar, las alternativas exteriores o las condiciones del centro penitenciario, siendo, no obstante, aconsejable emplear un criterio restrictivo, por el entorno tan anómalo que los establecimientos penitenciarios suponen. La Regla 23.2 de Ginebra (28.2 Estrasburgo) establece que “cuando se permita a las madres reclusas conservar su niño, deberán tomarse disposiciones para organizar una guardería infantil, con personal cualificado donde estarán los niños cuando no se hallen atendidos por sus madres”.

Las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok) de manera coincidente prevén que se brindará a las reclusas cuyos hijos se encuentren con ellas el máximo de posibilidades de dedicar su tiempo a ellos (Regla 50). Los niños que vivan con sus madres en la cárcel dispondrán de servicios permanentes de atención de salud, y su desarrollo será supervisado por especialistas, en colaboración con los servicios de salud de la comunidad. En la medida de lo posible, el entorno previsto para la crianza de esos niños será el mismo que el de los niños que no viven en centros penitenciarios (Regla 51).

Es claro que del abanico de posibilidades que se presentan para evitar la destrucción del vínculo materno-filial que propone el encarcelamiento de mujeres madres, la permanencia de los niños en la cárcel es la menos deseable y la que ha merecido mayores embates. No puede negarse que un niño de hasta cuatro años que vive en un establecimiento penitenciario, está también preso y recibe, en esencia, la misma condena que su madre. Incluso intentando obviar el impacto dañino del encierro en sí mismo, el fenómeno de la prisionización y las características de una institución total como la cárcel sin dudas alcanzarían para generar consecuencias irreparables en los pequeños. Las distintas formas de violencia que adopta el encarcelamiento, la falta de privacidad, la conflictiva relación que la lógica de la cárcel plantea entre el personal y las presas, la administración del tiempo y las actividades, las normas de seguridad del establecimiento, las formas de comunicación, los “ruidos de la cárcel” entre muchos

otros factores, son condicionantes de la forma en que los niños viven su infancia. La alternativa que representa la salida de la cárcel de los niños a cargo de una persona responsable que posea una vinculación directa familiar o socio-cultural con el niño y con la madre, en ocasiones no es posible por la inexistencia de un referente de esas características. Esto genera que la única llave para la salida de los niños de la cárcel sea su institucionalización o bien la forma matizada de ésta que implica el acogimiento a través de una familia sustituta, decisiones que se adoptan mediante procedimientos en los que la opinión de las mujeres madres tiene nula incidencia. Estas opciones generan consecuencias irreparables para los niños.

Las consecuencias perniciosas de esta situación también se proyectan especialmente en las mujeres. Ellas cargan con el estereotipo social del rol materno, asumen con pesar el reproche por no haber respondido a esa expectativa y sufren particularmente la desvinculación de sus hijos con culpa, lo que intensifica la aflicción que la pena misma implica. En este sentido, la mujer madre presa sufre mayormente ya que no puede participar activamente en la decisión del destino de sus hijos. Está obligada a aceptar dejar a sus niños “al cuidado de extraños” y soportar los efectos de la pérdida total de vínculos –incluso indirectos– del niño con su familia.

En todo caso, debe quedar claro que siempre serán prioritarios los derechos del menor frente a los de la maternidad. Como principio general debe tenerse en cuenta que un menor no debe estar en la cárcel. La presencia del hijo es siempre excepcional y, siempre que las circunstancias lo permitan es mejor egresar a la madre.

Las Reglas de Bangkok prevén en este sentido que las decisiones respecto del momento en que se debe separar a un hijo de su madre se adoptarán en función del caso y teniendo presente el interés superior del niño con arreglo a la legislación nacional pertinente. Toda decisión de retirar al niño de la prisión debe adoptarse con delicadeza, únicamente tras comprobarse que se han adoptado disposiciones alternativas para su cuidado y, en el caso de las reclusas extranjeras, en consulta con los funcionarios consulares. En caso de que se separe a los niños de sus madres y sean puestos al cuidado de familiares o de otras personas u otros servicios para su cuidado, se brindará a las reclusas el máximo posible de posibilidades y servicios para reunirse con sus hijos, cuando ello redunde en el interés superior de estos y sin afectar el orden público (Regla 52).

Mucho menos se han atendido a los derechos de la paternidad, que en la sociedad libre se encuentran mucho más equiparados a los de la maternidad. Es

difícil de entender qué razones justifican que se siga manteniendo en la mayoría de los sistemas penitenciarios un trato tan discriminatorio para el padre que trata de mantener consigo a su hijo, cuando este es menor y cuando cualquier otra alternativa, incluida la de quedar con la madre, es objetivamente menos recomendable.

3. Los jóvenes en prisión

I. El problema de la delincuencia juvenil y su reclusión es un tema muy controvertido, y, a la vez, estrechamente conectado con la responsabilidad penal de los menores. Hay bastante disparidad de criterios en el límite de edad penal adoptado por diversos países de nuestro entorno cultural, a partir de cual se puede ser imputable, esto es, responsable penal por las acciones u omisiones perpetradas. Para huir de formalismo sin contenido es recomendable aproximarse a un concepto de joven a partir de un doble criterio sico-cronológico, entendiéndose por tal quienes no hayan cumplido los veintiún años, pero también quienes se encuentren entre veintiún y veinticinco años –jóvenes adultos–, cuando el nivel evolutivo de su personalidad lo aconseje.

II. En líneas generales dentro del régimen penitenciario, los Convenios Internacionales garantizan una serie de derechos a los internos menores/jóvenes, aconsejando su separación de los adultos y recomendando evitar la privación de libertad del niño (detención, encarcelamiento o prisión), siendo aplicables solo como último recurso por el tiempo más breve posible. Se debe garantizar que goce de un proceso debido con todas las garantías y que mantenga el contacto con sus familiares, salvo en casos excepcionales.

Por ejemplo, véase el PIDCP que contempla la obligación de establecer una separación de las personas privadas de libertad, en atención a diversos criterios. Singularmente, el artículo 10, b) dispone que “los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento. El artículo 3 establece que “los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica”.

En sentido similar al Convenio referido con anterioridad, la CADH (San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969, Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos) se muestra sensible con la condición de los internos menores, disponiendo la necesidad de separar a los jóvenes procesados de los adultos, así como la conveniencia de llevarlos ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento (artículo 5.5).

El artículo 37 (1) de la Convención sobre los Derechos del Niño considera que: "Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la Ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda; Todo niño privado de libertad será tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales; Todo niño privado de libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción".

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de justicia de menores aconseja la aplicación de la prisión preventiva como último recurso y durante el más breve plazo posible. Será preferible, siempre que ello sea posible, la adopción de medidas sustitutorias de la prisión provisional como la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia o el traslado a un hogar o a una institución educativa (regla 13).

En aquellos casos en que la aplicación de la prisión preventiva sea inevitable, los menores privados de libertad gozarán de todos los derechos y garantías previstos en las RMTR. Mientras se encuentren bajo custodia, los menores recibirán cuidados, protección y toda la asistencia –social, educacional, profesional, psicológica, médica y física– que requieran, habida cuenta de su edad, sexo y características individuales (Regla 13. En sentido similar se han redactado las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la justicia de menores (artículos 19 y 21).

En el ámbito regional, los PBP prevén que: "La privación de libertad de niños y niñas deberá aplicarse como último recurso, por el periodo mínimo necesario, y deberá limitarse a casos estrictamente excepcionales"; (Principio III.1).

En igual sentido se ha pronunciado la CortelDH afirmando que el contenido del derecho a la libertad personal de los niños no puede deslindarse del interés superior del niño, razón por la cual requiere de la adopción de medidas especiales para su protección, en atención a su condición de vulnerabilidad (CortelDH. "Caso Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay". Sentencia del 2 de septiembre de 2004, párr. 225).

Respecto de la privación de la libertad cautelar ha dicho la Corte que: "En el caso de privación de libertad de niños, la regla de la prisión preventiva se debe aplicar con mayor rigurosidad, ya que la norma debe ser la aplicación de medidas sustitutorias de la prisión preventiva. Dichas medidas pueden ser, *inter alia*, la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia, el traslado a un hogar o a una institución educativa, así como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, los programas de enseñanza y formación profesional, y otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones. La aplicación de estas medidas sustitutorias tiene la finalidad de asegurar que los niños sean tratados de manera adecuada y proporcional a sus circunstancias y a la infracción. Además, cuando se estime que la prisión preventiva es procedente en el caso de niños, esta debe aplicarse siempre durante el plazo más breve posible". (CortelDH. "Caso Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay". Sentencia del 2 de septiembre de 2004, párr. 230-231).

3.1. Problemas del internamiento de jóvenes

Como puede observarse en las disposiciones precedentes se trata de otro clásico criterio de separación que aparecía ya en la legislación penitenciaria del s. XIX de profundo arraigo por su vinculación a las ideas preventivas. Desde una perspectiva criminológica la separación de los jóvenes tiene una justificación material de la que carece el criterio de género. Los jóvenes se encuentran en un periodo de aprendizaje sociocultural distinto de los adultos. El orden jurídico es complejo con diferentes raíces de carácter histórico, cultural, ético o fáctico, con sus realidades económicas, sociales y políticas. Transmitir este orden en el ánimo y la voluntad de las personas es un proceso inacabado –o, mejor, recién iniciado– en los jóvenes que genera tensiones y conflictos entre el mundo real y el ideal. La manifestación delictiva entre los jóvenes suele coincidir en la mayoría de los casos con ese conflicto. En este mismo sentido, señalaba Göppinger, que, en determinadas circunstancias, conseguir un efecto educativo en el joven con medios completamente distintos a los de los adultos es más fácil, ya que el delito del joven en muchas ocasiones es expresión de dificultades de desarrollo y no de una personalidad criminal.

Por otra parte, hay una corresponsabilidad de la opinión pública que, sin embargo, no se da –o, no se da tan intensamente– frente a la delincuencia adulta. Los medios de comunicación suelen vincular la delincuencia juvenil a la falta de una adecuada política social. La extensión de la droga, la falta de empleo o la crisis de la escolaridad se ven como los factores determinantes de aquel problema. Estas circunstancias favorecen que la sociedad acepte positivamente con respecto a los jóvenes delincuentes un mayor empeño en los tratamientos

alternativos a la prisión y en el desarrollo dentro de esta de programas terapéuticos. Gracias a esa “relajación punitiva” la separación de los jóvenes se asienta sobre principios distintos, como una “acción educativa intensa”. Le son favorables todos los medios de atención, el establecimiento abierto, el desarrollo de cursos de formación, las actividades culturales y deportivas y, sobre todo, la actividad laboral. Las posibilidades de contacto con los padres y la familia, la garantía de un puesto de trabajo para el momento de la liberación y los establecimientos pequeños y urbanos son exigencias propias del régimen penitenciario para jóvenes.

Ahora bien, si la separación es recomendable como principio general, también debe contemplarse la posibilidad de que en ciertos casos adultos y jóvenes puedan compartir las mismas dependencias ya que aquellos pueden transmitir a estos una cierta madurez y experiencia vital muy positivas, de la que carecieron por razones familiares en su proceso de formación.

Sin embargo, en un análisis de derecho comparado, sorprende el escaso interés del legislador en alcanzar unas normas en las que se comprometa con un sistema penitenciario alternativo para jóvenes, teniendo en cuenta, que a diferencia del caso de las mujeres, los jóvenes son uno de los grupos más numerosos que forman la población penitenciaria en el mundo. No se trata solo de separar unos y otros en patios y pabellones distintos, sino emplear dicha separación para completar el proceso de individualización de la pena.

3.2. El régimen penitenciario en los establecimientos de jóvenes

El principal objetivo del tratamiento penitenciario de menores confinados en centros penitenciarios consiste en garantizar su cuidado y protección, así como su educación y formación profesional para permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad (Regla 26 [1]. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores). Se trata de poner a su disposición recursos que refuercen su reinserción tras la salida de la prisión.

Para alcanzar estos objetivos deben programarse un conjunto de acciones que partan de la idea de que el menor infractor presenta un déficit individual y unas circunstancias estructurales negativas. En consecuencia la pena debe ser entendida como una acción educativa intensa. Pero no es solo un problema de intensidad, sino también de adaptación, por lo que los criterios de planificación, separación y tratamiento de los adultos no pueden ser reproducidos burocráticamente en los centros de jóvenes.

Las peculiares circunstancias que rodean al menor privado de libertad merece una especial atención en lo que atañe a sus necesidades y problemas personales, sin que, en ningún caso, se justifique dispensar un menor cuidado, protección, asistencia, tratamiento y capacitación que el delincuente joven, garantizándose un tratamiento equitativo (Regla 26 [4]).

Como principal pretensión se fomenta la cooperación entre los ministerios y los departamentos para otorgar al menor interno una formación académica o, según proceda, profesional adecuada, con la finalidad de garantizar que al salir no se encuentre en desventaja en el plano de la educación (Regla 26 [6]). La formación debe procurar tener un carácter integral para dotar al individuo de unos conocimientos y herramientas fundamentales para la adaptación a la sociedad, sin olvidar la formación para el ocio y el fomento de los contactos con el exterior orientado a esos mismos fines.

Finalmente, en aras de facilitar la reintegración y resocialización de los menores a la sociedad, y satisfacer las diversas necesidades de aquellos específicas a su edad, se procurará establecer sistemas intermedios como establecimientos de transición, hogares educativos, centros de capacitación diurnos y otros sistemas adecuados o pertinentes (Regla 29 [1]).

La CortelDH se ha pronunciado específicamente sobre el trato especial que debe darse a los menores privados de libertad y las obligaciones adicionales que surgen para el Estado a partir de esa relación. Ha dicho la Corte que los niños, al igual que los adultos, poseen los derechos humanos que corresponden a todos los seres humanos y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado (CortelDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002., párr. 54).

Así se ha dicho que en materia de derecho a la vida, cuando el Estado se encuentra en presencia de niños privados de libertad tiene, además de las obligaciones señaladas para toda persona, una obligación adicional establecida en el artículo 19 de la Convención Americana. Por una parte, debe asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño. Por otra, la protección de la vida del niño requiere que el Estado se preocupe particularmente de las circunstancias de la vida que llevará mientras se mantenga privado de libertad, puesto que ese derecho no se ha extinguido ni restringido por su situación de detención o prisión (CortelDH. "Caso Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay". Sentencia del 2 de septiembre de 2004, párr. 160). También la Corte reafirmó el clásico estándar sobre la posición de garante del

Estado, poniendo especial énfasis cuando se trata de niños en prisión: "Frente a personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia, más aún si se trata de niños" (CortelDH Caso Mendoza y otros Vs. Argentina Sentencia del 14 de mayo de 2013, párr. 188).

De la misma forma ha afirmado que un Estado tiene, respecto de niños privados de libertad y, por lo tanto, bajo su custodia, la obligación de proveerlos de asistencia de salud y de educación, para así asegurarse que la detención a la que los niños están sujetos no destruirá sus proyectos de vida y que, la calificación de penas o tratos como crueles, inhumanos o degradantes, debe considerar necesariamente la calidad de niños de los afectados por ellos (CortelDH. "Caso Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay". Sentencia del 2 de septiembre de 2004, párr. 161-162).

Finalmente, también la Corte Interamericana se ha pronunciado respecto del tratamiento diferenciado que se exige frente a la respuesta penal estatal en el caso de delitos cometidos por menores de dieciocho años de edad. Ha dicho que: "Para la determinación de las consecuencias jurídicas del delito cuando ha sido cometido por un niño, opera de manera relevante el principio de proporcionalidad. Conforme a este principio debe existir un equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en la individualización de la pena como en su aplicación judicial. Por lo tanto, el principio de proporcionalidad implica que cualquier respuesta a los niños que hayan cometido un ilícito penal será en todo momento ajustada a sus circunstancias como menores de edad y al delito, privilegiando su reintegración a su familia y/o sociedad"; (CortelDH "Caso Mendoza y otros Vs. Argentina", Sentencia del 14 de mayo de 2013, párr. 151).

En particular, respecto de medidas o penas privativas de la libertad de los niños, la Corte ha dicho que aplican especialmente los principios: 1) de última ratio y de máxima brevedad; 2) de delimitación temporal desde el momento de su imposición y 3) la revisión periódica de las medidas de privación de libertad de los niños. Si las circunstancias han cambiado y ya no es necesaria su reclusión, es deber de los Estados poner a los niños en libertad, aun cuando no hayan cumplido la pena establecida en cada caso concreto. A estos efectos, la Corte exige que los Estados deben establecer en su legislación programas de libertad anticipada. (CortelDH "Caso Mendoza y otros Vs. Argentina", Sentencia del 14 de mayo de 2013, párr. 162).

Así también, la Corte ha vedado de manera terminante la imposición y aplicación de la pena perpetua por delitos cometidos por menores de edad. En este

sentido, ha dicho que la medida que deba dictarse como consecuencia de la comisión de un delito debe tener como finalidad la reintegración del niño a la sociedad. Por lo tanto, la proporcionalidad de la pena guarda estrecha relación con la finalidad de la misma. 166. Con base en el artículo 5.6 de la Convención Americana, la Corte consideró que la prisión y reclusión perpetuas, por su propia naturaleza, no cumplen con la finalidad de la reintegración social de los niños. Antes bien, este tipo de penas implican la máxima exclusión del niño de la sociedad, de tal manera que operan en un sentido meramente retributivo, pues las expectativas de resocialización se anulan a su grado mayor. Por lo tanto, dichas penas no son proporcionales con la finalidad de la sanción penal a niños. (CorteIDH Caso Mendoza y otros Vs. Argentina, Sentencia del 14 de mayo de 2013, párr. 166).

4. Los extranjeros en prisión

En los últimos tiempos el fenómeno del multiculturalismo y la globalización se ha impuesto como denominador común en las sociedades modernas, motivado por los flujos migratorios, más intensos en determinadas regiones del mundo. Precisamente, la integración de ese colectivo de extranjeros en los países de destino va a suscitar, de un lado, numerosos problemas de convivencia y de adaptación socio-económica, sobre todo, reflejada en conflictos culturales que pueden desencadenar, incluso, drásticas reacciones como el racismo y la xenofobia. Por otro lado, este encuentro cultural conlleva un conflicto axiológico entre los diversos intereses de ambos grupos, el nacional, hegemónico y el extranjero, minoritario. Singularmente, es en el ámbito penal donde se van a suscitar los conflictos más destacados en ese proceso de convivencia multicultural, característico de nuestra época. Así, la inmigración de colectivos procedentes de países con diferentes coordenadas culturales, provoca problemas de “acomodo” entre dos extremos equidistantes e incompatibles.

Y, es que, si algunas de esas cuestiones se pueden resolver desde el plano de la tolerancia, hay otras que exceden el ámbito de lo tolerable y demandan, necesariamente, la respuesta del Derecho penal. En este contexto se hace difícil combinar tal respeto a la diversidad cultural y a la diferencia con el rechazo expreso y claro de ciertas prácticas. En definitiva, la reivindicación de la pluralidad cultural no debe conllevar, necesariamente, la aceptación de todas las prácticas o tradiciones de una cultura, sino sólo las que sean compatibles con el principio de igualdad sustancial de todo ser humano y el ejercicio de su libertad.

Desde el punto de vista penal, el problema planteado puede ser enfocado de otra forma; una cosa es que la cultura no sirva de eximente directa con base en

vulneración de la identidad (al modo de los derechos poliétnicos de Kymlicka), y otra que de forma indirecta, cierta formación y ambientes culturales conlleven una "imposibilidad" de percepción correcta de hechos penalmente ilícitos. Cabría entonces explorar las implicaciones desde el punto de vista de las eximentes penales.

Este fenómeno de multiculturalismo también se ha impuesto en el mundo carcelario, siendo necesario referirse a los extranjeros como grupo especialmente vulnerable de personas privadas de libertad y a las minorías étnicas, vulnerabilidad que va a residir tanto en dificultades idiomáticas como, sobre todo, en diferencias culturales. Esta particularidad ha sido contemplada en las RMTR, al indicar que "la prohibición de la discriminación (...) de ningún modo implica la falta de reconocimiento de las diferencias importantes de religión o preceptos morales". En este contexto se ha distinguido entre la discriminación contra grupos y la diferenciación entre individuos. El primero se refiere a la imposición de perjuicios o desventaja por razones injustificables. El segundo reconoce la necesidad de tratar a los internos de forma diferenciada con el fin de tener en cuenta creencias y necesidades especiales, situaciones especiales o una condición especial de desventaja, por ejemplo, el hecho de ser un interno extranjero, una mujer reclusa o un miembro de una minoría étnica o religiosa. Debe advertirse que puede ser necesario imponer desventajas a ciertas clases de internos. Esto ocurre, por ejemplo, cuando a aquellos internos extranjeros que deben ser expulsados del país al término de su sentencia se les niega permiso para salir de prisión por el riesgo de evasión y se valora negativamente el factor de foráneo para acceder a los beneficios penitenciarios. La imposición de semejantes desventajas es admisible únicamente en la medida que sean las consecuencias necesarias de una sentencia a prisión impuesta con justicia y sujeta a una ejecución justa (Principio Básico 11).

El recluso procedente de la inmigración, especialmente de la ilegal, es penitenciarmente hablando quien sufre peores condiciones. Para ellos la condición de no nacional se traduce en una segunda marginación que se añade a la de condenado a pena de prisión. De forma sintética podemos resumir sus problemas en torno a los siguientes puntos:

- Problemas de carácter idiomáticos. Graves dificultades para comprender la organización del centro y las normas de régimen interior y, como consecuencia de ello, se ve inmerso con frecuencia en conflictos.
- Problemas de carácter cultural. Se han detectado algunos conflictos interculturales, cuando por razones de espacio ha sido necesario compartir celdas. Conflictos tales como ordenación del mobiliario o distintos niveles de exigencia higiénica.

- Problemas de carácter religioso.
- Mayores dificultades para acceder a los beneficios penitenciarios.
- Escasos contactos con el exterior.
- Nula actividad resocializadora. Las anteriores barreras dificultan su integración en programas resocializadores, que solo podrían ser atractivos para estas personas si tuvieran en cuenta sus características específicas. La actividad resocializadora tiene como meta la integración positiva en la sociedad. Pero no en cualquier sociedad, sino en la sociedad donde se encuentra cumpliendo condena, de la que muy probablemente van a terminar siendo expulsados. Esta falta de expectativas de cara a su futuro personal hace que los programas de este tipo no satisfacen sus expectativas.
- Desinterés en participar en las actividades del centro por falta de incentiva-ción.
- Alto grado de indefensión. No suelen tener asistencia letrada exterior. En un mundo, como el penitenciario, en el que son frecuentes las carencias de este tipo, el bajo nivel de comprensión y la condición de extraño, favorece su absor-ción fácil por las mafias carcelarias que a cambio de una colaboración incondi-cional cubre parte de las carencias infraestructurales.
- Todas estas circunstancias convierten a estas personas en sujetos indefensos en un mundo particularmente difícil como es el mundo penitenciario. Suelen buscar la protección en las mafias carcelarias y engrosar sus filas y su fuerza en el establecimiento.

4.1. El traslado entre países de personas condenadas

En el contexto europeo, el Convenio de Estrasburgo para el traslado de perso-nas condenadas del Consejo de Europa (Estrasburgo, 1983) se refiere a la necesi-dad de cooperación internacional de los Estados de la Unión Europea en ma-teria penal.

Como principio general se reconoce que una persona condenada en el territo-rio de una Parte podrá ser trasladada a territorio de otra parte para cumplir la condena, adoptando una serie de condiciones. En primer lugar, en virtud del principio de reciprocidad, la acción u omisión que ha motivado la condena de-ber ser típica asimismo en el país de cumplimiento de la condena. En segundo lugar, el condenado ha de ser nacional del Estado de cumplimiento. En tercer lugar, la sentencia donde se impone la condena ha de ser firme. En cuarto lugar, la duración de la condena que el condenado le quede por cumplir deberá re-vestir una duración mínima de seis meses al tiempo de la petición. En quinto lugar, se requiere el consentimiento del condenado o, en su caso, su represen-tante legal (caso de no mediar el consentimiento, el traslado no es viable). Fi-nalmente, debe existir un acuerdo entre los Estados emisor y destinatario.

En este contexto es preciso tener en cuenta la Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo de la Unión Europea de 27 de noviembre de 2008, sobre reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal, a efectos de su ejecución, que, excepcionalmente, y en contraposición a lo manifestado con anterioridad, admite que el traslado pueda efectuarse sin el consentimiento del penado, dándole solo audiencia para conocer su opinión.

A nivel regional se cuenta con la Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero, firmada en Managua, Nicaragua, el 13 de diciembre de 1993. Hasta el momento los países de la región que han adherido son Venezuela, México, Costa Rica, Chile, Brasil, Nicaragua, Guatemala, Paraguay, El Salvador, Ecuador, Panamá, Uruguay y Argentina. En términos similares al Convenio Europeo, la Convención exige para la procedencia de este tipo de traslados: 1. Que exista sentencia firme y definitiva; 2. Que la persona sentenciada otorgue expresamente su consentimiento al traslado, habiendo sido informada previamente de las consecuencias legales del mismo; 3. Que el hecho por el que la persona haya sido condenada configure también delito en el Estado receptor; 4. Que la persona sentenciada sea nacional del Estado receptor; 5. Que la condena a cumplirse no sea pena de muerte; 6. Que el tiempo de la condena por cumplirse al momento de hacerse la solicitud sea de por lo menos seis meses; 7. Que la aplicación de la sentencia no sea contraria al ordenamiento jurídico interno del Estado receptor. 8. Que haya acuerdo entre ambos Estados sobre la procedencia del traslado.

4.2. La expulsión del territorio nacional. Prisiones internacionales

En primer lugar, es preciso realizar una aproximación al concepto de “expulsión”, que es una medida de seguridad no privativa de libertad, cuyo fundamento político-criminal reside en discutibles criterios utilitaristas, y de política criminal que debe ser aplicada restrictivamente, analizando cada caso individualmente.

El TEDH en reiterada jurisprudencia ha considerado que para proceder a la expulsión es requisito sine qua non un examen individualizado, con alegaciones y, en su caso, prueba, para resolver fundadamente. Valga de cita la sentencia de 18 febrero 1991, “Caso Moustaquim vs. Bélgica”, declarándose contraria a Convenio Europeo de Derechos Humanos la expulsión acordada en virtud de numerosos delitos, al constatarse que vivía desde los dos años en el país del que era expulsado y carecía de todo arraigo o vínculo en su país de origen. En opinión del alto Tribunal, la medida se presentaba desproporcionada, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio, primando el derecho a la vida familiar sobre las exigencias de orden público. Se estimó que el derecho a la vida familiar garantizado en el artículo 8 del Convenio no podía ceder ante exigen-

cias de mero orden público, lo que convertía la medida en desproporcionada. Con mayor razón, habrá de mantenerse la exigencia si se trata del derecho de familia, una de cuyas manifestaciones –tal vez la esencial– es “vivir juntos” (SSTEDH de 24 de Marzo de 1988, “Olssen vs. Suecia”, 9 de Junio de 1998, Bronda vs. Italia, entre otras), vida común que queda totalmente cercenada con la expulsión.

El PIDCP (Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A [XXII], de 16 de diciembre de 1966) reconoce la expulsión como una medida excepcional, y de aplicación individualizada, al declarar que el extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto solo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas (artículo 13).

En nuestra región, la Corte Interamericana ha fijado estándares muy precisos acerca del marco de garantías que debe regir en estos procedimientos de expulsión del país. En el “caso Velez Loor” la Corte ha resaltado “la importancia de la asistencia letrada en casos en los que se trata de una persona extranjera, que puede no conocer el sistema legal del país y que se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad al encontrarse privada de libertad, lo cual requiere que el Estado receptor tome en cuenta las particularidades de su situación, para que goce de un acceso efectivo a la justicia en términos igualitarios” (CorteIDH “Caso Vélez Loor Vs. Panamá”. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 132). También ha afirmado que el debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio. Esto implica que el Estado debe garantizar que toda persona extranjera, aun cuando fuere un migrante en situación irregular, tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables (párr. 143). De esta manera, la Corte ha considerado que, en procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de estas es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso. (CorteIDH “Caso Vélez Loor Vs. Panamá”. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 146).

Las políticas migratorias suelen ser coincidentes en aplicar el criterio de que los extranjeros con responsabilidad penal deben ser expulsados. Los matices no están tanto en la expulsión, sino en el momento que se aplica, pero es inexorable. Así las cosas es conveniente que para esta población penitenciaria extranjera se arbitren soluciones más racionales que permitan el cumplimiento en centros ubicados en el país de origen, que ocasionalmente, pueden estar bajo la supervisión de organismos internacionales y que promueva actividades de reinserción social en su propio país, a la vez que aseguren el cumplimiento de la condena.

4.3. Derechos específicos de los extranjeros en prisión

Conforme con las RMTR, los internos de nacionalidad extranjera gozarán de facilidades adecuadas para comunicarse con sus representantes diplomáticos y consulares. Asimismo, los internos que sean nacionales de Estados que no tengan representación diplomática ni consular en el país, así como los refugiados y apátridas, gozarán de las mismas facilidades para dirigirse al representante diplomático del Estado encargado de sus intereses o a cualquier autoridad nacional o internacional que tenga la misión de protegerlos (artículo 38.1).

Es muy importante que este colectivo esté permanentemente informado de las posibilidades de ser trasladado a su país para continuar el cumplimiento de la condena. También debe prestársele especial atención en sus necesidades de contar con una asistencia jurídica. Por otro lado, las legislaciones nacionales deben contemplar calendarios específicos de visitas y contactos con el exterior, teniendo en cuenta las posibilidades de desplazamiento de sus familiares.

5. Otros grupos vulnerables

5.1. Personas con discapacidad

Bajo este epígrafe se hacen mención a aquellas personas privadas de libertad que sufren algún tipo de discapacidad, singularmente internos alienados y enfermos mentales, pero también, por ejemplo, personas con problemas de psicomotricidad o de invidencia, grupos menos atendidos aun que aquellos.

En primer lugar, las RMTR contienen una sección específica referida a los servicios médicos, donde se prescribe la necesidad de que todo establecimiento penitenciario disponga por lo menos de los servicios de un médico cualificado, con algunos conocimientos psiquiátricos. Los servicios médicos deberán organizarse estrechamente vinculados con la administración general del servicio

sanitario de la comunidad de la nación, comprendiendo un servicio psiquiátrico para el diagnóstico y, en su caso fuere necesario, el tratamiento de los casos de enfermedades mentales. En tales circunstancias, se dispondrá el traslado de los enfermos cuyo estado requiera cuidados especiales, a establecimientos penitenciarios especializados o a hospitales civiles. Finalmente, si el establecimiento penitenciario dispone de servicios internos de hospital, estos deberán estar provistos del material, instrumental y de los productos farmacéuticos necesarios para proporcionar a los internos enfermos los cuidados y el tratamiento adecuado (Regla 22.1).

En las Reglas aplicables a categorías especiales de condenados, los principios rectores que definen el espíritu conforme al cual deben administrarse los sistemas penitenciarios y los objetivos hacia los cuales deben tender, establecen que en el tratamiento no se deberá recalcar el hecho de la exclusión de los internos de la sociedad, sino, antes al contrario, el hecho de que continúan formando parte de aquella. Con esa pretensión, los servicios médicos del establecimiento se esforzarán por descubrir y deberán tratar todas las deficiencias o enfermedades físicas o mentales que constituyen un obstáculo para la readaptación del interno, debiendo aplicarse cualquier tratamiento médico, quirúrgico y psiquiátrico que se juzgue necesaria (Regla 62).

Conforme a tales *desiderátum*, los alienados no deberán ser reclusos en prisiones, adoptando aquellas disposiciones necesarias para trasladarlos lo antes posible a establecimientos para enfermos mentales. En esta misma línea, los internos que sufran otras enfermedades o anomalías mentales deberán ser observados y tratados en instituciones especializadas dirigidas por médicos. Durante la permanencia de aquellos en la prisión se deberá asegurar no solo su tratamiento psiquiátrico, sino también el de todos los demás internos que precisen de ese tratamiento (Regla 82).

De otro lado, las NPE se refieren a los internos con patología psiquiátrica en la n° 26, estableciendo que, para los internos con patología psiquiátrica no grave internados en prisión, cada establecimiento penitenciario debe disponer de un servicio psiquiátrico para el diagnóstico, y, si ha lugar, el tratamiento de los enfermos mentales.

La regla n.º 47 determina que una institución o una sección especial (del establecimiento) debe funcionar bajo control médico y tiene que estar dotada para la observación y tratamiento de los internos que sufren afecciones o perturbaciones mentales que no resulten tan graves como las referidas en la regla 12, que regula los psiquiátricos penitenciarios. Igualmente, los servicios médicos en los ambientes penitenciarios deben asegurar el tratamiento psiquiátrico de

todos los internos que requieran terapia y una atención especial para prevenir suicidios.

Al margen de las cuestiones señaladas, a nuestro juicio, la cuestión más controvertida que suscita el tratamiento de los internos con enfermedades mentales pivota sobre la conveniencia de aplicar una medida de seguridad en lugar de una pena, al tratarse de sujetos que carecen de la capacidad de culpabilidad, siendo inimputables. Es más, en aquellos casos de internos que padezcan enfermedades mentales, resultará más adecuado su ingreso en un centro para enfermos mentales, que su permanencia en un establecimiento penitenciario.

Los PBP prevén al respecto: "Los sistemas de salud de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos deberán incorporar, por disposición de la ley, una serie de medidas en favor de las personas con discapacidades mentales, a fin de garantizar la gradual desinstitucionalización de dichas personas y la organización de servicios alternativos, que permitan alcanzar objetivos compatibles con un sistema de salud y una atención psiquiátrica integral, continua, preventiva, participativa y comunitaria, y evitar así, la privación innecesaria de la libertad en los establecimientos hospitalarios o de otra índole. La privación de libertad de una persona en un hospital psiquiátrico u otra institución similar deberá emplearse como último recurso, y únicamente cuando exista una seria posibilidad de daño inmediato o inminente para la persona o terceros. La mera discapacidad no deberá en ningún caso justificar la privación de libertad" (Principio III.3).

5.2. Adultos mayores en prisión

Las personas de avanzada edad encarceladas en centros penitenciarios van a un doble padecimiento durante la encarcelación, tanto por la separación de sus familiares, que, en ocasiones pueden incluso llegar a perder el contacto definitivo con aquellos, como por su deterioro físico y mental, sobre todo en los casos de internos condenados a penas privativas de libertad de larga duración o cadena perpetua.

En estos casos particulares, en contradicción con el objetivo pretendido por el tratamiento penitenciario, la resocialización del anciano privado de libertad va a resultar una pretensión irrealizable, si tenemos en cuenta que una vez cumplida su condena y satisfecha la deuda contraída con la sociedad, las posibilidades de encontrar un trabajo son prácticamente nulas.

Las particulares condiciones que rodean a este grupo van a requerir de la selección de un personal especializado en los establecimientos penitenciarios

(médicos, psicólogos, trabajadores sociales) preparados para atender las necesidades específicas de los ancianos, adoptando las medidas adecuadas para posibilitar la reinserción.

En el plano internacional, el principio 5 (2) del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión considera que: “Las medidas que se apliquen con arreglo a la ley y que tiendan a proteger exclusivamente los derechos y la condición especial (...) de las personas de edad (...) no se considerarán discriminatorias”. Del mismo modo, la regla 8 de las Reglas mínimas para el tratamiento de los internos contempla una segregación de los internos que deberán ser alojados en diferentes establecimientos penitenciarios, atendiendo entre otros criterios a la edad de los mismos: “Los reclusos pertenecientes a categorías diversas deberán ser alojados en establecimientos o en diferentes secciones dentro de los establecimientos, según su sexo, edad (...)”. Como vimos al inicio de este capítulo, similar disposición prevén los PBP (Principio II)

5.3. Grupo LGTB

Los Pactos Internacionales protectores de los derechos de las personas privadas de libertad y otros Convenios multilaterales establecen la obligación por parte de los Estados de tratar a los internos como personas, respetando todos los derechos que les son inherentes, y sin practicar ningún tipo de discriminación por razón de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (v.gr. artículo 2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

No obstante esa proscripción general de discriminación por razón de sexo, las personas privadas de libertad que sean transexuales, esto es, su apariencia externa no coincida con el sexo que se indica en su documento de identidad, van a requerir un tratamiento especializado con respecto a su clasificación y, sobre todo, el módulo al que sean destinados.

Ante esta peculiar circunstancia, ¿debe destinarse al transexual a un módulo masculino o femenino? ¿Existen normas internacionales que hayan abordado esta cuestión?

En primer lugar, respondiendo al primer interrogante planteado, el criterio que se había adoptado para proceder a la clasificación del interno transexual era el de su “identidad sexual aparente”, y no los datos de su documento de identidad/pasaporte, atendiendo, por tanto, a sus características externas y fisiológi-

cas. En la actualidad, discrepando de ese criterio inicial, la clasificación penitenciaria de tales internos se practica atendiendo a la llamada "identidad psicosocial de género" determinada por informes médicos y psicológicos, resultando ser este criterio más correcto.

En segundo lugar, con relación a la existencia de normas internacionales que aborden esta cuestión, es desalentador contemplar la ausencia de instrumentos jurídicos que regulen este aspecto en el plano internacional.

5.4. Portadores de HIV y enfermedades contagiosas

También vamos a referirnos brevemente, como grupo vulnerable de personas privadas de libertad, a los sujetos que padecen enfermedades contagiosas (hepatitis, tuberculosis) y aquellos otros infectados por el Virus VIH/SIDA. Las personas privadas de libertad que padecen algún tipo de enfermedad contagiosa, VIH/SIDA sufre un doble estigma, tanto por la privación de libertad que supone la cárcel, pero sobre todo por el tipo de enfermedad.

Esto ha sido tratado especialmente por la CIDH en su informe de 2011 en el cual ha concluido que las personas privadas de libertad que viven con VIH/SIDA y con tuberculosis u otras enfermedades desatendidas, constituyen uno de los grupos más estigmatizados de la población penal. La Comisión ha señalado que el miedo y el prejuicio hacia estas enfermedades los coloca en una posición de riesgo de ser sometidos a aislamiento social, violencia y otros abusos a sus derechos humanos, tanto por parte de otros reclusos, como del personal penitenciario. Este efecto se atribuyó mayormente al resultado de la falta de información acerca de las vías de contagio de tales enfermedades; la naturaleza cerrada y promiscua de las cárceles; y el estigma y discriminación hacia determinados grupos como trabajadores/as sexuales, usuarios de drogas y personas LGTBI. Por ello, la CIDH ha instado a los Estados a adoptar las medidas legislativas, institucionales y de otra índole que sean necesarias para prevenir y eliminar los patrones discriminatorios contra las personas con VIH/SIDA privadas de libertad, pues son susceptibles a ser víctimas de discriminación múltiple cuando además de ser discriminadas por razón de su género, orientación sexual, religión o raza, además lo son por ser portadoras de VIH (CIDH, Informe sobre los derechos Humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, 2011, p. 212).

5.5. Personas pertenecientes a pueblos indígenas

El artículo 3º de los PBP establece que "cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de los pueblos indígenas, de-

berá darse preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento conforme a la justicia consuetudinaria y en consonancia con la legislación vigente”.

La disposición recoge –y extiende específicamente a la materia carcelaria– un principio general que la Corte Interamericana ha sentado en relación con la protección especial que demandan los derechos de las personas pertenecientes a grupos indígenas. En el “Caso de la comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay”, la Corte expresó que: “En lo que respecta a pueblos indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres. (CorteIDH caso Yakye Axa Vs. Paraguay, Sentencia del 17 de junio de 2005, párr. 63). El estándar fue reafirmado en el “Caso Xákmok Kásek Vs. Paraguay” en el que, además, se señaló que “los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto”. (CorteIDH Caso Xákmok Kásek Vs. Paraguay, Sentencia del 24 de agosto de 2010, párr. 271).

Estos principios generales, que se relacionan con la protección especial de estos grupos vulnerables respecto de todos los derechos previstos en la Convención, son mutatis mutandi trasladables a la situación de privación de libertad y al conjunto de obligaciones que el Estado asume una vez que dispone el encarcelamiento de personas bajo su jurisdicción.

También la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció en el “Caso López Álvarez Vs. Honduras” acerca de los límites que el Estado posee para garantizar la seguridad en los establecimientos penitenciarios, teniendo en consideración el carácter de miembro de una comunidad garífuna hondureña del reclamante.

En el caso, el Director del Centro Penal de Tela prohibió a la población garífuna de dicho centro penal hablar en su idioma materno. La Corte estableció que dicha prohibición lesionó la individualidad del detenido y no obedeció a condiciones de seguridad o a necesidades de tratamiento. Asimismo, consideró que la observancia de reglas en el trato colectivo de los detenidos dentro de un centro penal, no concede al Estado en el ejercicio de su facultad de punir, la potestad de limitar de forma injustificada la libertad de las personas de expresarse por cualquier medio y en el idioma que elijan. En particular resolvió que “la prohibición adquiere por ello una especial gravedad, ya que el idioma materno representa un elemento de identidad del señor Alfredo López Álvarez como garífuna”.

De ese modo, la prohibición afectó su dignidad personal como miembro de dicha comunidad". La Corte indicó que los Estados deben tomar en consideración los datos que diferencian a los miembros de pueblos indígenas de la población en general, y que conforman la identidad cultural de aquellos. Por ello entendió que, en el caso, la restricción al ejercicio de la libertad de hablar garífuna aplicada a algunos reclusos del Centro Penal de Tela, fue discriminatoria en perjuicio del señor Alfredo López Álvarez (CorteIDH caso López Álvarez Vs. Honduras, Sentencia de 1 de febrero de 2006).

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia se ha pronunciado también de manera específica sobre los límites al encarcelamiento de personas integrantes de grupos indígenas. En el caso de Leonardo Gegary Tunugama, la Corte Colombiana expresó que: "Un enfoque diferencial indígena materializado en el cumplimiento de la pena en un lugar de reclusión propio que establezca el resguardo indígena al cual pertenece el miembro indígena –imputado o condenado–; o la creación de establecimientos de reclusión especiales, proporcionados por el Estado; o, en su defecto, pabellones diferenciados dentro de las mismas cárceles ordinarias, son medidas constitucionales que protegen la identidad cultural y la diversidad étnica"; (Corte Constitucional de Colombia, Caso Leonardo Gegary Tunugama, Sentencia T-642/14 de 14 de septiembre de 2014). Con apoyo en esa premisa concluyó el tribunal colombiano que el principio de enfoque diferencial en materia carcelaria y penitenciaria forma parte del derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, ya que conduce efectivamente a proteger las costumbres, tradiciones y diferentes cosmovisiones de reclusión que cada comunidad indígena detenta. Asimismo expresó que la privación de la libertad de un miembro perteneciente a una comunidad indígena en un lugar de reclusión ordinario o común, lleva consigo una pérdida de conciencia sobre los valores culturales y rasgos propios de la colectividad que los caracterizan frente a los demás asociados.

Además, el pronunciamiento ha sido categórico en cuanto a que estas distinciones se imponen también con el objeto de adecuar los fines de la pena y programas de tratamiento, ya que consideró que no proceder de esta manera: "Puede traer una consecuencia nefasta e involutiva para los pueblos indígenas, toda vez que al no admitirse diferenciación carcelaria en los establecimientos de reclusión, eventualmente la cultura occidental mayoritaria absorbería a la cultura indígena minoritaria; aquella a través de un proceso de asimilación forzoso terminaría imponiendo un mismo sistema social, económico, cultural y jurídico al momento de ejecutar la pena, lo cual lamentablemente propiciaría que los miembros de comunidades indígenas se incorporen a un esquema de reclusión penal fundado en funciones –de protección, prevención especial, curación, tutela, rehabilitación y reinserción social–, que necesariamente no com-

paginan con las costumbres tradicionales y culturales de castigo que emplean los distintos pueblos indígenas”.

Finalmente cabe mencionar que algunas legislaciones de la región prevén disposiciones específicas sobre la materia. Así el art. 159 de la Ley de Ejecución Penal y Supervisión (Bolivia) dispone que: "Cuando el condenado sea miembro de una comunidad indígena o campesina, al momento de la clasificación, se considerará la opinión de la autoridad originaria de la comunidad a la que pertenece, con el objeto de que la ejecución de la condena cumpla más eficazmente las finalidades de la pena y respete la identidad cultural del condenado". También en México, mediante decreto del 29 de abril de 2004, se introdujeron las siguientes modificaciones:

A los efectos de la clasificación se dispone que "en caso de reos indígenas sentenciados, se considerarán los usos y costumbres, así como las circunstancias en las que se cometió el delito". En el mismo sentido se previó que "el tratamiento será individualizado, con aportación de las diversas ciencias y disciplinas pertinentes para la reincorporación social del sujeto, consideradas sus circunstancias personales, sus usos y costumbres tratándose de internos indígenas, así como la ubicación de su domicilio, a fin de que puedan compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a aquel".

También se prevé que "para la aplicación de los tratamientos preliberatorios a que tengan derecho los hombres y mujeres indígenas, las autoridades considerarán los usos y costumbres de aquellos" y que "tratándose de internos indígenas, la educación que se les imparta será bilingüe, para conservar y enriquecer sus lenguas, y la instrucción deberá ser proporcionada por maestros bilingües"

Por último, se incorporó que a todo interno se le entregará "un instructivo en el que aparezcan detallados sus derechos, deberes y el régimen general de vida en la institución. Tratándose de reclusos indígenas, el instructivo se les dará traducido a su lengua".

Consortio Liderado por



Socios Coordinadores



Participan más de 80 Socios Operativos y Entidades Colaboradoras de Europa y América Latina

EUROSocial es un programa de cooperación regional de la Unión Europea con América Latina para la promoción de la cohesión social, mediante el apoyo a políticas públicas nacionales, y el fortalecimiento de las instituciones que las llevan a cabo. EUROSocial pretende promover un diálogo euro-latinoamericano de políticas públicas en torno a la cohesión social. Su objetivo es contribuir a procesos de reforma e implementación en diez áreas claves de políticas, en ciertas temáticas, seleccionadas por su potencial impacto sobre la cohesión social. El instrumento del que se dota es el de la cooperación institucional o aprendizaje entre pares: el intercambio de experiencias y la asesoría técnica entre instituciones públicas de Europa y de América Latina.

