

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES CIVILES Y SOCIALES DE LOS INTERNOS EN CENTROS PENITENCIARIOS Y SU LIBERTAD

THE FUNDAMENTAL CIVIL AND SOCIAL RIGHTS OF INMATES IN CORRECTIONAL FACILITIES AND THEIR FREEDOM

MONTERRAT LÓPEZ MELERO
Universidad Internacional de La Rioja

Recibido: 22/07/2015

Aceptado: 29/07/2015

Resumen: Pese al estudio incesante referente a los derechos fundamentales no toda la doctrina está de acuerdo con las definiciones. Las cuestiones sobre los derechos fundamentales resultan de gran importancia, pues nos permiten observar en qué se está fallando en materia de derechos fundamentales en los Centros penitenciarios e intentar encontrar posibles soluciones. En este sentido, se analizan los fundamentos de los derechos humanos, reflexionando sobre la situación actual en España y precisando qué derechos se están cumpliendo en su totalidad y cuáles violando, en algunos aspectos, en los Centros penitenciarios españoles. Son objeto de reflexión las garantías que tienen los reclusos frente a esos derechos y una breve referencia a algunos derechos fundamentales civiles y sociales de los reclusos.

Palabras claves: Derechos fundamentales, derechos humanos, centro penitenciario, reclusos.

Abstract: *despite the incessant study on the rights doctrine not all agree with the definitions. The questions on fundamental rights are very important because they allow us to observe how it is failing on fundamental rights in prisons and try to find possible solutions. In this sense, the fundamentals of human rights, reflecting on the current situation in Spain and specifying which rights are fully respected and which breach, in some respects, in Spanish prisons are analyzed. They are subject to reflection collateral to prisoners from these rights and a brief reference to some fundamental civil and social rights of prisoners..*

Keywords: *fundamental rights, human rights, prison, prisoners.*

SUMARIO: 1. DERECHOS HUMANOS VERSUS DERECHOS FUNDAMENTALES. 2. GARANTÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS INTERNOS. 3. DERECHOS CIVILES: DERECHO A LA VIDA, DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL Y DERECHO A LA INTIMIDAD. 3.1. Derecho a la vida. 3.2. Derecho a la integridad física y moral. 3.3 Derecho a la intimidad. 4. RELACIÓN DE OTROS DERECHOS CIVILES PERFECTAMENTE RECONOCIBLES A LOS INTERNOS EN CENTROS PENITENCIARIOS. 4.1 Derecho al matrimonio y a la protección de la familia. 4.2 Derecho a la libertad religiosa. 5. DERECHOS SOCIALES DE LOS INTERNOS. 5.1 Protección de la salud de los reclusos. 5.2 Derecho al trabajo. 5.3 Derecho a la educación. 6. ESPECIAL REFERENCIA AL ACCESO DE LOS PRESOS A LA LIBERTAD.

1. DERECHOS HUMANOS VERSUS DERECHOS FUNDAMENTALES

Como se indica, pese al estudio incesante referente a los derechos no toda la doctrina está de acuerdo con las definiciones aportadas sobre los derechos fundamentales. En un sentido amplio, mencionamos a Peces-Barba¹ quien define *los derechos fundamentales* como “facultades que el Derecho atribuye a las personas y a los grupos sociales, expresión de sus necesidades en lo referente a la vida, la libertad, la igualdad, la participación política o social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte al desarrollo integral de las personas en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto o la actuación de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y con garantía de los poderes públicos para restablecer su ejercicio en caso de violación o para realizar la prestación”. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica².

El término *derechos humanos* es el más utilizado en todas las épocas a la hora de ocuparse del hombre tanto en la consideración de persona como de ciudadano. En este sentido, Prieto Sanchís considera que la búsqueda de un concepto jurídico de derechos humanos se torna menos misteriosa y asimismo el resultado de esa indagación menos categórica. Afinando más la cuestión, este autor habla de “menos misteriosa” porque no se trata de averiguar si el catálogo y régimen jurídico de los derechos se ajusta a una supuesta esencia conceptual, objetiva y ahistórica³ que nadie conoce, son tan sólo de comprobar -y discutir- en qué medida un sistema jurídico positivo garantiza las exigencias morales que encierra el concepto histórico de derechos humanos, y también “menos categórica”, porque la conclusión que se obtenga no se verá en la alternativa de afirmar o negar la existencia jurídica de los derechos.

Se puede afirmar que los derechos humanos y los fundamentales no conforman categorías distintas y aisladas, como acertadamente indica Garrido Gómez, sino que su conexión es evidente, pues los fundamentales se identifican con la transcripción normativa de los valores de libertad, igualdad, seguridad y solidaridad, y con la absorción al plano de las pretensiones y aspiraciones fuertes de las personas situadas en el plano de la moralidad⁴.

De manera que, a la hora de definir los derechos fundamentales los podemos entender como los derechos humanos positivizados, en este sentido, Martínez de Vallejo asevera que “el término *derechos fundamentales* hay que entenderlo como

¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Derecho Positivo de los Derechos Humanos*, Debate, Madrid, 1987, p. 15.

² PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos Fundamentales (I). Teoría general*, Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 33.

³ PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.

⁴ GARRIDO GÓMEZ, M.I., “La relación entre los derechos fundamentales y el poder”, *Universitas*, nº. 10, 2009.

derechos humanos positivados en el plano estatal”⁵. Ahora bien, cabe plantearse cuál es la diferencia entre los términos de *derechos humanos* y *fundamentales*, indicado que tal diferencia se contiene en que los derechos humanos parten de una validez axiológica entendida como una necesidad básica para que se pueda llevar a cabo una vida dignamente adaptada a los estándares vigentes en la sociedad⁶, y los derechos fundamentales se refieren al plano normativo jurídico, siendo válidos porque son recogidos por el Derecho positivo⁷.

Afinando más la cuestión a tratar, Peces-Barba⁸ estima que los derechos fundamentales son la realización histórica de una determinada concepción moral que sitúa como eje la dignidad del hombre y los valores libertad e igualdad como cauces para alcanzarla. En este sentido, el citado autor dictamina que el concepto de derechos fundamentales conlleva una serie de pretensiones⁹: a) una pretensión moral justificada, tendente a facilitar la autonomía y la independencia personal, bajo las ideas de libertad e igualdad; b) un subsistema dentro del sistema jurídico, lo que supone que la pretensión moral justificada sea técnicamente incorporable a una norma, que pueda obligar a unos destinatarios correlativos de las obligaciones jurídicas que se desprenden para que el derecho sea efectivo, que sea susceptible de garantía o protección judicial; c) son una realidad social, es decir, actuante en la vida social y, por eso condicionados en su existencia por factores extrajurídicos de carácter social, económico o cultural que favorecen, dificultan o impiden su efectividad.

Situándonos dentro del contexto penitenciario, hay que advertir que no se habla, en la Ley Orgánica General Penitenciaria, de derechos fundamentales de los presos sino, exclusivamente, de derechos de los presos. Sin embargo, tienen derechos fundamentales, en este sentido, partiendo del artículo 4 del Reglamento Penitenciario se dice que son derechos del preso el “velar por sus vidas, integridad y salud. No ser sometidos a torturas ni malos tratos. El derecho a preservar su dignidad, su intimidad. El derecho a los ejercicios de los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales. El tratamiento penitenciario. Las relaciones con el exterior. El trabajo remunerado. El acceder y disfrutar de las prestaciones públicas. Los beneficios penitenciarios. El participar en las actividades del centro. El formular peticiones y quejas. El recibir información

⁵ MARTÍNEZ DE VALLEJO FUSTER, B., “Los derechos humanos como derechos fundamentales. Del análisis del carácter fundamental de los derechos humanos a la distinción conceptual”, en BALLESTEROS, J. (ed.), *Derechos humanos. Concepto, fundamentos, sujetos*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 42 y 43.

⁶ HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L., “Derechos humanos o necesidades humanas. Problemas de un concepto”, *Sistema*, n.º. 46, 1982, pp. 45-61.

⁷ GARRIDO GÓMEZ, M.I., “La relación entre los derechos fundamentales y el poder”, cit., p. 7.

⁸ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales”, en *Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1988, p. 234.

⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, cit., pp. 119 y ss., y p. 469.

personal y actualizada de su situación procesal y penitenciaria”. En este sentido, es Bueno Arús¹⁰, quien asevera que, en principio, la condición de penado no es obstáculo para disfrutar de todos los derechos fundamentales previstos en términos generales del texto constitucional, es decir, desde el artículo 14 al 38, incluyendo el artículo 10 referido a la dignidad.

De otro lado, debemos indicar que los derechos humanos se estructuran en tres generaciones. Este concepto de generación se basa en dos criterios: a) histórico, el cual trata de explicar la aparición de derechos en distintos momentos de la historia y, b) temático, cada generación incluye derechos de una misma clase. Trasladando el tema de las generaciones de los derechos al ámbito penitenciario, hay que señalar que dichas generaciones inciden en los derechos del condenado, y en el Estado social de Derecho se proyectan los derechos, máxime cuando se trata de derechos económicos, sociales y culturales, bien entendiendo los derechos económicos en relación con el derecho al trabajo garantizando su remuneración, con base en el artículo 25.2 de la CE, precepto ligado al ámbito penitenciario, bien entendiendo los derechos sociales plasmados en los programas de resocialización y reinserción social de los condenados, tratándose del fin último de la pena privativa de libertad¹¹, bien entendiendo los derechos culturales, que desde premisas filosóficas que informan el Estado social se piensa que existe una estrecha vinculación entre la delincuencia e ignorancia¹². Un reconocimiento general de tales derechos se encuentra en el artículo 25.2 de la CE¹³. De manera que, existen derechos fundamentales como persona que son, además de derechos penitenciarios derivados de la normativa de las prisiones.

2. GARANTÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS INTERNOS

Se parte de la premisa de que la Constitución es la principal garantía de los derechos fundamentales. Es necesario, en consecuencia, las *garantías* ya que de

¹⁰ BUENO ARÚS, F., “Eficacia de los Derechos fundamentales reconocidos a los reclusos en el artículo 25.2 de la Constitución española”, X *Jornadas de Estudio, Introducción a los derechos fundamentales*, vol. II, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 1988, p. 1092

¹¹ *Vid.*, mi artículo LÓPEZ MELERO, M., “Aplicación de la pena privativa de libertad como principio resocializador. La reeducación y la reinserción social de los reclusos”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LXV, Ministerio de Justicia, Madrid, 2013, pp. 253-304.

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

¹³ BUENO ARÚS, F., “Derechos de los internos”, en COBO DEL ROSAL, M., (dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M., (coord.), *Comentarios a la Legislación penal*, t. VI, vol. I, Edersa, Madrid, 1986, p. 64.

lo contrario estaríamos ante *normas programáticas*¹⁴. La Constitución española de 1978 reconoce una serie de derechos fundamentales a todos los ciudadanos en pie de igualdad¹⁵. Ahora bien, no todos ellos podrán ejercitar estos derechos con la misma facilidad ya que determinados colectivos sociales, como es el caso de las personas condenadas a pena privativa de libertad en prisión que se hallen cumpliendo la misma en un Centro penitenciario, debido a las especiales circunstancias en la que se encuentran podrían ver dificultado, o incluso imposibilitado, ese ejercicio.

Ferrajoli¹⁶ defiende que los derechos son separables de sus garantías. La teoría sobre el garantismo de Ferrajoli¹⁷, pese a que reconoce tres acepciones de garantismo, enuncia dos significados genéricos, siendo de especial relevancia: un modelo de derecho, presentado como una alternativa al Estado de Derecho y una propuesta de teoría general del Derecho, presentada como una superación de los reduccionismos iusnaturalistas y positivistas¹⁸. El sistema de garantismo penal de Ferrajoli reúne unos principios, tales como: el principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito; el principio de legalidad en sentido estricto; el principio de necesidad; el principio de lesividad; el principio de materialidad; el principio de culpabilidad; el principio de jurisdiccionalidad; el principio acusatorio; el principio de la carga de la prueba y el principio contradictorio o de defensa, añadiendo como forma de principios el de *favor rei* y el de *in dubio pro reo*¹⁹. La combinación de todos estos principios hace que se configure un sistema de *Derecho penal mínimo*, término sinónimo de *garantismo*, aplicable a toda persona privada de libertad.

Es necesario situarnos dentro del contexto punitivo para entender que, partiendo de la idea de “garantías”, surgen numerosas tesis doctrinales, así se habla de principios como el de legalidad y tipicidad contenido en el artículo 25²⁰. Otro sector, entre ellos Álvarez García²¹, opina que el principio de la culpabilidad se encuentra contemplado en la idea de reinserción social del delincuente. Para

¹⁴ GUASTINI, R., “Diritti”, en *Analisi e diritto* 1994, Giappichelli, Turín, 1994, p. 168.

¹⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 323-324.

¹⁶ FERRAJOLI, L., “Diritti fondamentale”, en *Teoria política*, nº. 2, 1998, p. 127.

¹⁷ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A., Ruíz Miguel, J.C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco, y R. Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1997, p. 851.

¹⁸ FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, p. 290; del mismo, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Trotta, Madrid, 2006, p. 47.

¹⁹ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., pp. 105-106.

²⁰ Es la opinión de COBO DEL ROSAL, M., y VIVES, *Derecho Penal. Parte General*, 5º ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 76; también, la STC 2/1981, de 30 de enero.

²¹ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *Introducción a la Teoría jurídica del delito. Elaborada con base en las Sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 46 a 48.

otros, como Bacigalupo²², el principio *in dubio pro reo* se trata de un principio de índole institucional derivado de la jerarquía constitucional de la libertad. Y, Alexy²³ manifiesta que “el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. Desde esta perspectiva, cabe subrayar con Ruotolo que “el estado de preso no significa que los derechos de la persona puedan ser totalmente descuidados, sino que [...] las respectivas manifestaciones exteriores de esos derechos deben ser permitidas”²⁴, de manera que las restricciones de los derechos y garantías tienen que operar por vía legal y sólo la ley puede restringir esos derechos cuando la limitación sea inherente al sentido de la condena, como acertadamente indica Pinto de Miranda²⁵.

Volviendo a Ferrajoli²⁶ se hace necesario indicar la distinción que él mismo realiza sobre garantías, así habla de *garantías primarias*, de las prohibiciones y de las obligaciones que corresponden a los derechos y, de forma paralela, de *garantías secundarias*, de las relaciones entre lo “permitido” y lo “prohibido”, y entre lo “permitido” y lo “no-obligatorio”. Son las *garantías primarias*²⁷ las que, a través de ciertos mecanismos, hacen que los derechos sean efectivos. Las garantías secundarias se establecen en cuanto a las obligaciones que incumben a los órganos judiciales de aplicar la sanción o de declarar la anulación, si hay actos ilícitos que infrinjan las obligaciones o las prohibiciones que forman las garantías primarias. Trasladado lo anteriormente indicado al ámbito penitenciario, es Cesano²⁸ quien indica acertadamente que esta distinción de garantías es relevante, por cuanto la

²² BACIGALUPO, E., “La garantía del principio de legalidad y la prohibición de la analogía en el Derecho penal”, *Anuario de Derechos humanos*, nº. 2, 1983, p. 29.

²³ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 87. Esta teoría la realiza a partir de las aportaciones de Dworkin. Frente a esta teoría se encuentra la de ATIENZA, M. y RUÍZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, p. 13.

²⁴ RUOTOLO, M., *Derechos de los detenidos y Constitución*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 101-102.

²⁵ PINTO DE MIRANDA RODRÍGUES, A.M., “Derechos de los reclusos y control jurisdiccional de la ejecución de la pena de prisión”, en MUÑAGORRI LAGUÍA, E., PINTO DE MIRANDA RODRIGUES, A.M. y RIVERA BEIRAS, I., *Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción*, Bosch, Barcelona, 2000, p. 56.

²⁶ FERRAJOLI, L., “El futuro del Estado social y la renta mínima garantizada”, en PISARELLO, G. y DE CABO, A., *La renta básica como nuevo derecho ciudadano*, Trotta, Madrid, 2006, pp. 192 y 193.

²⁷ Vid. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruíz Miguel, J.C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Trotta, Madrid, 1997.

²⁸ CESANO, J.D., “Limitaciones al legislador y al poder administrador”, en CESANO, J.D. y REVIRIEGO PICÓN, F., (coords.), *Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones*, Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2010, pp. 55-56.

ley limita derechos de los presos apelando a expresiones cargadas de vaguedad. Es por ello, por lo que hay que buscar criterios que limiten la actividad legislativa y reglamentaria en la medida en que, bajo la vaguedad e imprecisión que subyace a la invocación de que determinada restricción resulta inherente al sentido de la condena, puedan afectarse derechos fundamentales de los internos.

Si tenemos en cuenta que el régimen penitenciario resocializador es un régimen inspirado en el principio de aproximación, de asimilación entre la vida penitenciaria y la vida libre, un régimen dirigido a garantizar la potenciación de la condición del interno de parte integrante de la sociedad²⁹, necesariamente nos remite a que si es necesario limitar la intervención en los derechos de los presos sea al mínimo imprescindible en que consista la pena de privación de libertad rechazando aquellas privaciones y limitaciones de derechos que no estén justificados por la necesidad de la seguridad y orden penitenciarios. Incluso así lo afirma la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al venir estableciendo que la igualdad sólo es violada si está desprovista de una justificación objetiva y razonable; justificación que ha de apreciarse en relación a la finalidad y los efectos de la medida correspondiente, exigiendo la existencia del principio de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida³⁰.

3. DERECHOS CIVILES: DERECHO A LA VIDA, DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL Y DERECHO A LA INTIMIDAD

3.1 Derecho a la vida

Partimos de la premisa de que el derecho a la vida es el primer derecho y el principal de todos los derechos fundamentales, derecho esencial y previo al resto. En el ámbito penitenciario, es el artículo 4.2 a) del RP el que entiende que el derecho a la vida es uno de los más protegidos frente a las agresiones de terceras personas debido al clima de violencia que se genera en las cárceles, atendiendo a esto se concreta en la prohibición de torturas y en aplicar normas disciplinarias innecesarias³¹. Consiste, por tanto, en un derecho fundamental caracterizado por ser indiscutible, derecho de cualquier persona e independientemente de su condición social.

²⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Reflexiones acerca de la relación entre régimen penitenciario y resocialización”, *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n. extraordinario 2, octubre 1989, p. 61.

³⁰ Por todos, SSTC 22/1981, de 2 de julio; 34/1981, de 10 de noviembre; 76/1990, de 26 de abril; y, 158/1993, de 6 de mayo.

³¹ No obstante, el derecho a la vida, en la I República no aparece reconocido expresamente, porque se consideraba derecho básico y primario sin el cual ningún otro derecho es imaginable, su reconocimiento se daba por sobreentendido, ha sido la experiencia histórica la que ha dado por necesaria su reconocimiento y, por ende, su plasmación en las Declaraciones, Convenios y Constituciones.

Interesa concretar que el derecho a la vida en la población reclusa se encuentra reconocido y recogido, como ya se ha indicado, partiendo de la idea de que la vida de un recluso también es inviolable como la de cualquier otra persona, y teniendo en cuenta el reconocimiento internacional que se hace del mismo para todas las personas sin distinción alguna, pese a que el artículo 4 del RP sólo habla de derechos de los presos puesto que se trata de un Reglamento creado exclusivamente para los presos. En la Constitución española dice *toda persona*, sin distinción de la condición de preso, por tanto, es un derecho fundamental del preso y, como tal, garantizado y respetado por el Estado, igual que el artículo 3.4 de la LOGP lo regula al establecer: “La Administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos”³². De otro lado, señalar que existe una excepción al derecho a la vida, siendo la pena de muerte. Ésta tiene gran relevancia en la cultura actual, supone un atentado al derecho a la vida y su prohibición figura en diversas Declaraciones de Derechos Humanos, se hace en base a la proclamación genérica del derecho a la vida, a la prohibición genérica de la tortura y de las penas crueles, inhumanas o degradantes y, por tanto, a la prohibición expresa, y con carácter general, de la aplicación de la pena de muerte. A efectos de nuestro estudio interesa concretar que, en 1978 se promulga la Constitución española, hoy día vigente, en cuyo artículo 15 establece la abolición de la pena de muerte, exceptuando su aplicación según el Código de Justicia Militar³³; dicho artículo 15 establece que “salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”³⁴. No obstante, la LO 11/1995, de 27 de noviembre³⁵ abolió la pena de muerte en tiempos de guerra.

3.2 Derecho a la integridad física y moral

Partimos del ya citado artículo 4.2 del RP, no obstante el mismo sólo habla de integridad, entendiendo que se refiere tanto a su integridad física como a la moral. Con esta perspectiva, cabe subrayar que por *integridad* se comprende el valor que tiene la vida o la pretensión que tiene toda persona frente a cualquier agresión a la vida, ya sea física o moral.

Es el Auto del Tribunal Constitucional, como doctrina jurisprudencial, el que fija un claro resumen a la protección del derecho a la integridad física y moral -ATC 333/1997, de 13 de octubre- donde se dictamina que: “En relación con el derecho

³² La STC 120/1997, de 27 de junio señala que el derecho a la vida tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho a la libertad que incluya el derecho a la propia muerte. Pero, es la STC 53/1985, de 11 de abril, despenalizó el aborto en determinados supuestos la que señala que “la vida constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los demás derechos no tendría existencia posible.

³³ Código Penal Militar, LO 13/1985, de 9 de diciembre.

³⁴ Las últimas ejecuciones se llevaron a cabo el 17 septiembre de 1975.

³⁵ Se trata de la LO 11/1995, de 27 de noviembre, de abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra, destacando su Exposición de Motivos que establece que atendiendo a la excepción del art. 15 de la CE ha sido materializada por la LO 13/1985, de 9 de diciembre, por la que se aprueba el Código Penal Militar.

fundamental a la integridad física y moral, este Tribunal ya ha tenido ocasión de señalar que su ámbito constitucionalmente garantizado *prima facie* protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular³⁶. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional lo ha considerado como “soporte existencial de cualesquiera otros derechos y primero, por ello en el catálogo de los fundamentales [...] posee carácter absoluto y está entre aquellos que no pueden verse limitados por pronunciamiento judicial alguno ni por ninguna pena, excluidas que han sido de nuestro ordenamiento jurídico la de muerte y la tortura, utilizada otrora también como medio de prueba y prohibidos los tratos inhumanos y degradantes, incluso los trabajos forzados”³⁷.

3.3 Derecho a la intimidad

Estamos ante un derecho de difícil conceptualización, es por ello por lo que el *Committee on Privacy* británico ha manifestado que, debido a las dificultades de precisión, el concepto de *intimidad* no puede ser establecido de una manera satisfactoria³⁸. De otro lado, debemos diferenciar intimidad, privacidad y vida privada, así la intimidad, es definida por el Diccionario de la RAE como la amistad íntima o la zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia; la privacidad definida como ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión. Por su parte, Parent³⁹, define *privacidad* como el derecho a “ser dejado solo”, y la *vida privada* sería la que se ejecuta a vista de pocos, familiar y domésticamente, sin formalidad ni ceremonia alguna, particular y personal de cada individuo.

Es el artículo 18 de la CE el que reconoce una pluralidad de derechos, algunos lo han denominado “derecho tricéfalo”, es el caso de Vidal Martínez⁴⁰. *Son derechos de la personalidad*, y hay autores que lo agrupan en *derechos de la esfera privada*⁴¹. Una parte de la doctrina entiende que es un único derecho

³⁶ Otra sentencia representativa es la STC 120/1997, de 27 de junio, Fj. 8. El TC ha declarado que aunque una concreta medida no pueda considerarse constitutiva de trato inhumano o degradante “en razón del objetivo que persigue”, ello no impide que se le pueda considerar como tal “en razón de los medios utilizados”.

³⁷ SSTC 2/1982, de 29 de enero; 48/1996, de 25 de marzo, Fj. 5. Frente a esto, hay jurisprudencia que indica que no es un derecho con carácter absoluto, es el caso de la STC 207/1996, de 16 de diciembre.

³⁸ URABAYEN, M., *Vida privada e información: un conflicto permanente*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1977, p. 12.

³⁹ PARENT, W.A., “Privacy. Morality and the Law”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 12, n.º. 4, 1983, p. 269.

⁴⁰ VIDAL MARTÍNEZ, J., *El derecho a la intimidad en la LO 5-5-82*, Montecorvo, Madrid, 1984, p. 171.

⁴¹ DE ESTEBAN, J. y LÓPEZ GUERRA, L., *El régimen constitucional español*, t. I, Labor, Barcelona, 1980, p. 156.

el que se genera, el de la intimidad, entendido como la facultad de la persona de excluir a los demás del conocimiento de lo que se refiere a sí misma⁴². El derecho a la intimidad se configuraría como un ámbito reservado *ad intra*, donde opera la voluntariedad del individuo respecto de aquello que debe trascender y, a la vez, es el derecho a controlar lo que *ad extra* puede ser conocido por el ciudadano⁴³. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional manifiesta que “intimidad y honor son realidades intangibles cuya extensión viene determinada en cada sociedad y en cada momento histórico, cuyo núcleo esencial en sociedades pluralistas ideológicamente heterogéneas deben determinar los órganos del Poder Judicial”⁴⁴. Además, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional declara que: a) se trata de un derecho de carácter personalísimo, “los derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar reconocidos en el artículo 18 de la CE aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad⁴⁵, derivados sin duda de la «dignidad de la persona» [...] y que implican la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana. Se muestran, así, esos derechos como personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo”⁴⁶; b) es un derecho autónomo, con un contenido distinto al derecho al honor⁴⁷ y a la propia imagen⁴⁸; c) se trata de un derecho que incide en el ámbito propio y reservado para mantener una mínima calidad de vida humana⁴⁹, lo que protege ante cualquier invasión de terceros que sea ilegítima⁵⁰.

Es necesario situarnos dentro del contexto de la prisión, es importante tener en cuenta que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no se trata de un derecho absoluto, en la medida en que admite limitaciones, siempre y cuando encuentre su fundamento en otros derechos o intereses constitucionalmente protegidos. Es un derecho que afecta directamente a la dimensión moral de la persona, pero indirectamente afecta también a la dimensión física. Al observar la Ley Orgánica General Penitenciaria o el Reglamento Penitenciario, no se encuentra una norma específica sobre la intimidad personal o familiar de los presos pero, lo deducimos atendiendo al artículo 25.2 de la CE al proclamar que la actividad penitenciaria se ejercerá respetando todos los derechos, así como a lo largo de la

⁴² Es el caso de DE CUPIS, A., *Il diritti della personalitám*, Guyffré, Milán, 1982, p. 257.

⁴³ REBOLLO DELGADO, L., *El derecho fundamental a la intimidad*, cit., p. 144.

⁴⁴ STC 171/1990, de 12 de noviembre, Fj. 4.

⁴⁵ Entre otros, PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 318 y ss.

⁴⁶ STC 231/1988, de 2 de diciembre, indica que “el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende a aspectos de la vida propia y personal y, a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar”.

⁴⁷ Se trata del derecho que toda persona tiene “a la propia estimación (y) al buen nombre o reputación”, ATC 106/80, de 26 de noviembre.

⁴⁸ Las SSTC 81/2001, de 26 de marzo, Fj. 2 y, 83/2002, de 22 de abril, Fj. 4.

⁴⁹ SSTC 110/1984, de 26 de noviembre; 186/2000, de 10 de julio, entre otras.

⁵⁰ SSTC 92/2000, de 30 de noviembre y, 127/2003, de 30 de junio.

normativa penitenciaria se deduce que el tratamiento penitenciario incide directa o indirectamente sobre el ámbito de la intimidad personal y familiar de los reclusos y, por tanto, se debe garantizar la protección de la misma. No obstante, el artículo 4.2 b) del RP hace una referencia específica al derecho a la intimidad cuando indica que “los internos tienen derecho a que se preserve su dignidad, así como su intimidad, sin perjuicio de las medidas exigidas por la ordenada vida en prisión, que tienen derecho a ser designados por su propio nombre y a que su condición sea reservada frente a terceros”.

4. RELACIÓN DE OTROS DERECHOS CIVILES PERFECTAMENTE RECONOCIBLES A LOS INTERNOS EN CENTROS PENITENCIARIOS

4.1 Derecho al matrimonio y a la protección de la familia

El derecho al matrimonio se regula en el artículo 32.1 de la CE diferenciando, la Constitución, entre *matrimonio* y *protección de la familia*, regulado, este último, en el artículo 39. Lo que implica este derecho, en relación con los reclusos es que, al tratarse de un derecho que se refiere a la igualdad y a la libertad de cada individuo, los poderes públicos, y, en este caso, la Administración penitenciaria, Centros penitenciarios y Jueces de Vigilancia Penitenciaria, no impidan el libre ejercicio del mismo, dando la posibilidad de su aplicación y debiendo justificar el diferente trato.

Tal derecho puede incluirse en el artículo 4 del RP al indicar que “los presos tienen derecho al ejercicio de los derechos civiles [...] salvo cuando fuesen incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de la condena”, manifestando, por otra parte, que no se trata de un derecho incompatible si tenemos en cuenta el artículo 155 del RP en cuanto a los permisos de salida extraordinarios al decir en su primer párrafo que “[...] en caso de fallecimiento o enfermedad grave de los padres, cónyuge, hijos, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas con los internos o de alumbramiento de la esposa o persona con la que el recluso se halle ligado por similar relación de afectividad, así como por importantes y comprobados motivos de análoga naturaleza, se concederán, con las medidas de seguridad adecuadas en su caso, permisos de salida extraordinarios, salvo que concurran circunstancias excepcionales que lo impidan”. De manera que se puede incluir, el derecho a contraer matrimonio, cuando afirma que se concede permiso de salida “por importantes y comprobados motivos de análoga naturaleza”, amparándonos, asimismo, en la Circular de 4 de octubre de 1978 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias (DGIP) sobre permisos de salida.

La ausencia de una regulación posibilita una interpretación amplia en este campo cuando, al menos, uno de ellos esté privado de libertad. Estamos hablando de un derecho que puede suponer restricciones para los que están en primer y segundo

grado, puesto que los que cumplen condena en tercer grado tienen la facilidad de cumplir su derecho al matrimonio durante el día.

El derecho al matrimonio y el derecho a la protección de la familia, aunque caminan juntos, son dos realidades distintas, asimismo se encuentra relacionado con el artículo 18 de la CE cuando recoge el derecho a la intimidad personal y familiar, amparándonos en la LO 1/1982, de 5 de mayo sobre Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en cuyo artículo 1.3 indica que el derecho a la intimidad es irrenunciable, inalienable e imprescriptible. Una de las maneras de proteger a la familia es mediante *vis a vis*, mas la pregunta es si este tipo de comunicaciones es un derecho o no para los presos. Teniendo en cuenta los artículos de la Ley y del Reglamento, se establece como derecho de los presos, pero no se trata de un derecho fundamental. Es el Tribunal Constitucional (STC 89/87, de 3 de junio, Fj. 2) el que reitera esta manifestación al establecer que “[...] el mantenimiento de relaciones íntimas no forma parte del contenido de ningún derecho fundamental, por ser precisamente una manifestación de la libertad a secas. Se sigue de ello, claro está, que quienes son privados de ella se ven impedidos de su práctica sin que ello implique restricción o limitación de derecho fundamental alguno. Es, sin duda, plausible, acorde con el espíritu de nuestro tiempo y adecuado a las finalidades que el artículo 25.2 de la CE asigna a las penas privativas de libertad, que el legislador las autorice, pero ni está obligado a ello ni la creación legal transforma en derecho fundamental de los reclusos la posibilidad de comunicación íntima con familiares o allegados íntimos que abre el artículo 53 de la Ley sujeta a la previa autorización en la forma que reglamentariamente se determine”.

4.2 Derecho a la libertad religiosa

Cuando se habla de *libertad religiosa*, es necesario realizar una tarea previa de identificación de los términos que se usan, es decir, de *libertad* y de *derecho*, y no porque “[...] la libertad religiosa concebida como derecho fundamental tiende a identificarse con la totalidad de los derechos fundamentales [...]”⁵¹, sino porque puede incidir más que otro derecho en una confusión sobre los diversos sentidos de la palabra *libertad*. Como cualquier derecho fundamental la libertad religiosa, puede ser ejercida por los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley. En consecuencia, la libertad religiosa y las libertades ideológica y de conciencia pertenecen a la categoría de derechos fundamentales, gozando de protección jurídica. Pero la cuestión que aquí se plantea es si su ejercicio en el ámbito penitenciario alcanza el mismo nivel de protección y manifestación que en

⁵¹ IBAN, I.C., citado por PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “Algunas reflexiones sobre la libertad ideológica y religiosa”, en VV.AA., *Libertad y derecho fundamental de libertad religiosa*, Edersa, Madrid, 1989, p. 53.

la sociedad libre, y la articulación del derecho fundamental como derecho regido por el principio de igualdad.

El objeto de análisis de la libertad religiosa en el ámbito penitencio es establecer la garantía de la misma como derecho fundamental reconocido constitucionalmente, así como en la normativa penitenciaria. Se deduce que el Estado no es quien presta la asistencia religiosa, sino quien la hace posible⁵². El Reglamento Penitenciario, a pesar de hablar de libertad religiosa, lo incluye bajo la rúbrica de *asistencia religiosa*⁵³, esta asistencia es uno de los derechos comprendidos en la libertad religiosa, el practicar el culto que deseen. Esta asistencia comprende el derecho de los Ministros de una confesión a realizar las actividades que le son propias, sean de culto, diferentes ceremonias, etc., de acuerdo a las reglas o cánones básicos de la misma, y, además, de suyo, el derecho del creyente a recibir esa asistencia, de acudir a esos ritos, a las ceremonias de su culto⁵⁴.

Es el artículo 54 de la LOGP⁵⁵ el que regula la asistencia religiosa, siendo la Administración la que garantizará la libertad religiosa y facilitará los medios para que dicha libertad pueda ejercitarse. Esta garantía, se basa, en función del artículo 9.2 de la CE: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud [...]”, corroborado por el artículo 2.3 de la LO 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, al decir “el Estado no es quien presta la asistencia religiosa, sino sólo el que la hace posible”, y el artículo 230 del RP, que estipula que “Todos los internos tendrán derecho a dirigirse a una confesión religiosa registrada para solicitar su asistencia siempre que ésta se preste con respeto a los derechos de las restantes personas. En los Centros podrá habilitarse un espacio para la práctica de los ritos religiosos. Ningún interno podrá ser obligado a asistir o participar en los actos de una confesión religiosa. La Autoridad penitenciaria facilitará que los fieles puedan respetar la alimentación, los ritos y los días de fiesta de su respectiva confesión, siempre que lo permitan las disponibilidades presupuestarias, la seguridad y vida del Centro y los derechos fundamentales de los restantes internos. En todo lo relativo a la asistencia religiosa de los internos se estará a lo establecido en los acuerdos firmados por el Estado español con las diferentes confesiones religiosas”⁵⁶.

⁵² LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho eclesiástico del Estado. Derecho de la libertad de conciencia*. Universidad Complutense (Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho), Madrid, 1989, p. 533.

⁵³ Art. 230 del RP.

⁵⁴ MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J., *Constitución y libertad religiosa en España*, Universidad de La Rioja, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 351-352.

⁵⁵ De otra parte, también se regula en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los reclusos, son las Reglas 41 y 42 las que se encargan de la religión.

⁵⁶ Para poder ejercer culto en las Instituciones penitenciarias tienen que ser autorizadas por la Dirección General de las mismas.

De otro lado, la Orden de 24 de noviembre de 1993, que publica el Acuerdo sobre la Asistencia religiosa Católica en Establecimientos penitenciarios⁵⁷ y, atendiendo al artículo 1.1 indica que “el Estado garantiza el ejercicio del derecho a la asistencia religiosa de las personas internadas en establecimientos penitenciarios”, lo hace salvaguardando el derecho a la libertad religiosa de las personas y, con el debido respeto, a sus principios religiosos y éticos. Es el artículo 2 el que detalla las actividades que ha de prestar la asistencia religiosa en los Centros penitenciarios⁵⁸. Por último, destacar el artículo 5.1 al indicar que corresponderá a la DGIP “la cobertura económica de las prestaciones de asistencia religiosa católica, tanto en lo relativo a gastos materiales, como de personal [...]”, lo que significa que no gozan todos de la misma igualdad porque depende de los recursos económicos que posea cada Institución penitenciaria.

El Estado y, en este caso, la Administración penitenciaria deben dejar libertad en cuanto al ejercicio del derecho fundamental, debe, además, facilitar el ejercicio del mismo debido a la imposibilidad que tiene el recluso en un sitio arquitectónico cerrado y limitado por los muros, asimismo por el orden y la seguridad. La diversidad ideológica que existe en la sociedad también la encontramos en la cárcel. De otro lado, el hecho de que en las cárceles exista un *servicio religioso* no supone la obligatoriedad de asistencia a los actos religiosos.

5. DERECHOS SOCIALES DE LOS INTERNOS

El punto de partida es la consideración de nuestro Estado como social⁵⁹, inspirándose en principios de justicia social y de solidaridad, es decir, como indica Martínez de Pisón “en la aceptación por parte de los ciudadanos, depende de la concreta satisfacción de las necesidades básicas”⁶⁰. Hay que partir del artículo 9.2 de la CE, al habilitar a los poderes públicos para la transformación de la organización económica y social, según los valores y los principios consagrados en el artículo 1.1 de la CE. La discusión sobre los derechos sociales han llevado a la concreción de tesis doctrinales tanto en una visión iusnaturalista como positivista,

⁵⁷ Parte de la doctrina entiende que si existe acuerdos entre el Estado y las distintas religiones, no se observa el principio de neutralidad del Estado frente a las ideas y creencias religiosas.

⁵⁸ De forma resumida consiste en la celebración de la Santa Misa, visita a los presos así como recepción en su despacho, por parte del Sacerdote encargado; instrucción y formación religiosa y asesoramiento en cuestiones religiosas y morales, y colaboración en la humanización de la vida penitenciaria.

⁵⁹ Para entender una evolución histórica hacia el Estado social, VON STEIN, L., *Movimientos sociales y monarquía*, trad. de E. Tierno Galván, Instituto de Estudios políticos, Madrid, 1957; GARCÍA Pelayo, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 2005, entre otros.

⁶⁰ MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 46.

así Pérez Luño⁶¹ admite la existencia de derechos sociales dentro de la idea del derecho natural. En otro sentido, se encuentra la tesis de Carrillo al dictaminar que “sociales son todos los derechos”, en suma, también los civiles y políticos en cuanto que tratan de ordenar nuestra vida en sociedad, Carrillo indica que “el carácter social es predicable de todos los derechos, incluso de aquellos que forman parte del ámbito de la vida privada de las personas”⁶².

A efectos de nuestro estudio se debe subrayar, que responden a los valores de igualdad y libertad⁶³, es decir, el punto de partida es establecer un conjunto de normas para que el Estado garantice la igualdad social y que todos los grupos se beneficien de los beneficios propios de una vida social, lo que se traduce en derechos y prestaciones⁶⁴.

5.1 Protección de la salud de los reclusos

La protección de la salud está regulada en el artículo 4 del RP con amparo en el artículo 43 de la CE, al recogerlo de un modo directo y concreto. En el ámbito penitenciario, concretamente en el Preámbulo, se indica que con la aparición de nuevas patologías que tienen especial incidencia entre la población reclusa y la universalización de la prestación sanitaria, se exige una completa remodelación de la normativa reglamentaria de una de las prestaciones básicas de la Administración penitenciaria como es la prestación sanitaria.

Debemos partir de la premisa consistente en que los presos se encuentran en un Centro penitenciario privados de libertad, significando que nos encontramos ante pacientes con limitaciones de libertades y traduciéndose en que no tienen capacidad de elegir médico, además, no pueden cambiar de médico para pedir una segunda opinión, porque ese segundo médico no existe en la prisión, aunque tengan derecho a un médico ajeno al Centro. En el ámbito penitenciario, el reconocimiento de los derechos sociales hace que de una manera inconsciente comparemos la situación de los presos con las personas que se benefician de tales derechos con mayor facilidad, para entender que el sector penitenciario está en situación de desventaja respecto a la aplicación de tales derechos, pese a que se les tiene reconocido. En este sentido, el Comité del Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha determinado la obligación del Estado de eliminar cualquier discriminación de *iure* o de *facto*, debiendo así derogar cualquier norma, regulación o práctica discriminatoria que afecte el goce de los derechos sociales.

⁶¹ PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., pp. 82 y ss.

⁶² CARRILLO, M., “La eficacia de los derechos sociales: entre la Constitución y la Ley”, *Jueces para la democracia*, nº. 36, 1999, p. 69.

⁶³ En este sentido, PÉREZ REY, J.L., La naturaleza de los Derechos sociales, *Revista Derechos y Libertades*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid, nº. 16, Época II, enero 2007, p. 143.

⁶⁴ En este sentido, PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.

El argumento que defiende Peces-Barba⁶⁵ es que el derecho a la protección de la salud ha desvirtuado la finalidad de los derechos sociales, al acoger a quienes tienen medios para satisfacer esas necesidades, junto con los que no podían hacerlo por sí mismos. Estamos, por tanto, ante un derecho de prestación configurado en el Estado social vinculado a ciertos derechos fundamentales, caracterizándose porque el enfermo no es un beneficiario de tal derecho sino que es titular del derecho. A mayor abundamiento, Prieto Sanchís⁶⁶ señala una serie de características de los derechos sociales, así indica, que como derecho social, precisa de una organización política en la que asentarse y a través de la cual obtener satisfacción. Se trata de un derecho de contenido prestacional. Se trata de un derecho social de los ciudadanos y un derecho esencial⁶⁷, tratándose de un derecho de igualdad ya que su objetivo es el logro de unas mínimas condiciones de vida iguales para todos⁶⁸. Hay que partir de los artículos 36 a 40 de la LOGP y artículos 207 y siguientes del RP, para afirmar que existen prestaciones sanitarias en el ámbito penitenciario. La figura de la asistencia sanitaria existe cuando en el artículo 36 de la LOGP incluye como personal existente en las cárceles al menos un médico general, un ayudante técnico sanitario, un médico odontólogo y personal auxiliar adecuado, así como, una enfermería, una dependencia para la observación de psiquiatría y atención de los toxicómanos, y una unidad para enfermos contagiosos. Dicha asistencia sanitaria tiene cuatro finalidades: prevención, curación, tratamiento y rehabilitación.

A mayor abundamiento, la población carcelaria cuenta con un régimen sanitario gestionado de forma independiente al margen del Sistema Nacional de Salud, por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias. En consecuencia, las condiciones presupuestarias, materiales y personales no son iguales, mediatizada por circunstancias e intereses ajenos a los estrictamente sanitarios, generando situaciones deontológicamente discutibles, además, de un aislamiento profesional de los trabajadores sanitarios, entre otras consecuencias⁶⁹. En opinión de García Andrade⁷⁰, el ambiente penitenciario viene determinado por varios factores, así en primer lugar es el de que el mayor número de reclusos son personalidades anómalas, lo que confiere una peculiar inestabilidad emocional, coloreada por una sexualidad vicariante, y una soledad enmarcada en un peculiar hacinamiento, cuadros a los que debe atender el médico, y al hecho de que muchos

⁶⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Derechos sociales y positivismo jurídico*, (escritos de Filosofía jurídica y política), Instituto de Derechos Humanos, “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III, Dykinson, Madrid, 1999, p. 66.

⁶⁶ PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., pp. 185 y ss.

⁶⁷ MARTÍNEZ DE PISÓN, J., “El derecho a la salud: un derecho social esencial”, *Derechos y Libertades*, nº. 14, 2006, p. 130.

⁶⁸ PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., p. 188.

⁶⁹ “Sanidad penitenciaria: una discriminación para la población asistencial y para los profesionales”, Sociedad española de sanidad penitenciaria, disponible en www.sesp.es

⁷⁰ GARCÍA ANDRADE, J.A., “La medicina penitenciaria, una medicina de frontera”, *Revista española de sanidad penitenciaria*, vol. 10, nº. 2, 2008, p. 33.

de ellos son consumidores de drogas, con el problema médico que ello conlleva, con una relación importante con el grave problema del sida. Debiendo manifestar aquí la importante lucha que vienen manteniendo en prisión los médicos con resultados halagüeños a pesar de la precariedad de medios y la ocultación de algunos portadores de la infección, que tratan de no ser reconocidos, pudiendo distinguir tres clases de sidosos: portadores, enfermos activos y enfermos terminales, lo que supone una gran carga para los médicos de prisiones a la que se ha venido a añadir el aumento de enfermos tuberculosos a los que también hay que diagnosticar y tratar, resaltando el aumento en estos últimos años de pacientes tísicos.

5.2 Derecho al trabajo

La mayor parte de la doctrina -De la Cuesta Arzamendi, entre ellos- entiende que la actividad laboral es el elemento central del régimen penitenciario, y que el trabajo es la única vía efectiva contra la tan nociva vida penitenciaria, ociosidad de los internos, aludiéndose también a sus importantes virtudes disciplinarias⁷¹. Esta idea, de que el trabajo está orientado a la consecución de la reinserción, es dominante en la doctrina científica⁷², pese a ello, Muñoz Conde y García Arán, consideran que “el trabajo en las prisiones debería concebirse no como actividad resocializadora dirigida a inculcar hábitos en el recluso sino, simplemente, como medio para evitar los efectos gravemente desocializadores de la prisión”⁷³.

En la Exposición de Motivos del ya derogado Decreto 2705/1964, de 27 de julio, sobre el régimen y funcionamiento de Trabajos Penitenciarios es donde se observa la citada finalidad, al estimar que “el trabajo penitenciario sea considerado como una actividad normal del recluso que se pretende sea realizada en condiciones similares a las del trabajador, libre, sin embargo, porque a su naturaleza respecta, prevalece con carácter fundamental la finalidad de servir de base a: tratamiento del recluso en orden al cumplimiento de las penas privativas de libertad con su primordial función resocializadora”. Actualmente es el artículo 27.2 de la LOGP el que manifiesta que todo trabajo directamente *productivo* que realicen será remunerado, con base constitucional en el precepto 25.2. Pero habría que especificar qué se entiende por trabajo *productivo*⁷⁴, además, entra en colisión con el artículo

⁷¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Un deber (no obligación) y Derecho de los privados de libertad: el trabajo penitenciario”, en BUENO ARUS, F., *Lecciones de Derecho Penitenciario*, Colección Aula Abierta, 2ª ed., Europa Artes Gráficas, S.A., Salamanca, 1989, p. 99.

⁷² Vid. MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Bosch, Barcelona, 1983, pp. 216 y ss.; GARCÍA VALDÉS, C., *El trabajo penitenciario en España*, Dirección General de Instituciones Penitenciarias, Madrid, 1979, pp. 29 y ss.

⁷³ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte Especial*, 5ª ed., Universidad de Sevilla, Sevilla, 1983, pp. 573-574.

⁷⁴ Para ampliar conocimientos sobre el tema, REICH, R.B., *The Work of Nations*, Vintage Books, Nueva York, 1992, pp. 85-86.

25.2 de la CE en el que se especifica que todo trabajo será remunerado, y no exclusivamente el trabajo productivo. Así, para Alonso Olea y Casas Baamonde⁷⁵, “el trabajo productivo es aquél a través del cual se provee el hombre de los medios materiales o bienes económicos que precisa para subsistir, siendo indiferente que el fruto directo de su trabajo sea un bien consumible directamente o uno que sirva para procurarse otros. Este trabajo productivo se materializa en la inserción laboral de los presos a través de los talleres”⁷⁶. Se traduce en la posibilidad de que la labor de los talleres se asemeje a las empresas del exterior para favorecer la adaptación.

Además, la Ley Orgánica General Penitenciaria habla de “formativo, creador o conservador, productivo o terapéutico”, y el Reglamento, exclusivamente, de “productivo”⁷⁷. La distinción entre trabajo productivo y no productivo o improductivo, fue planteada en el siglo XVIII por los economistas franceses de la escuela fisiocrática en relación con la agricultura considerando que sólo ésta era capaz de generar un excedente o un producto neto, teoría criticada por los economistas clásicos, aunque Smith⁷⁸, entre otros, trató de especificar la cuestión. Por su parte, el antes Tribunal Central de Trabajo entendía que el trabajo no productivo era aquel trabajo que atendía a fines de consumo y no de producción directa. Y, dentro de la doctrina contemporánea, Mapelli Caffarena asevera que “es trabajo productivo el realizado para empresas y para la Administración penitenciaria, con algunas especialidades en las actividades de formación profesional”⁷⁹.

Además, se habla del requisito de la obligatoriedad. Se ha discutido, por la doctrina, si el trabajo penitenciario debe o no ser obligatorio. Ni la Ley ni el Reglamento Penitenciarios contienen una definición de lo que debe entenderse por trabajo penitenciario, pero se establecen unas condiciones para el desarrollo del mismo que, en sentido amplio, pueden dar una definición. Así, se indica que no tendrá carácter afflictivo, no será aplicado como medida de corrección, no atentará a la dignidad del recluso, tendrá carácter formativo, creador o conservador de hábitos laborales, productivos o terapéuticos, con el fin de preparar para las condiciones normales del trabajo libre: Se organizará y planificará atendiendo a

⁷⁵ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del Trabajo*, Cívitas, 26º ed. rev., Madrid, 2009, p. 41.

⁷⁶ Tener en cuenta la Circular 2/2001, de 14 de febrero de Criterios para la aplicación del itinerario para la inserción laboral de los reclusos.

⁷⁷ Arts. 26 c) y 132 respectivamente. En sentido similar la Regla 71.3 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los reclusos al decir “Se proporcionará a los reclusos un trabajo productivo [...]”.

⁷⁸ Vol. I, Libro II, Cap. III, 2011, p. 387. Las teorías de Smith fueron las más aceptadas por la doctrina, distinguiendo entre “trabajo productivo e improductivo en relación con el crecimiento de la economía del país. Entiende que “trabajo productivo es el que añade valor al objeto en que se emplea [...] se incorpora y realiza en algún objeto concreto o mercancía vendible, que dura algún tiempo tras la finalización del trabajo”.

⁷⁹ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, cit., p. 222.

las aptitudes y cualificación profesional, de manera que satisfaga las aspiraciones laborales de los reclusos en cuanto sean compatibles con la organización y seguridad del Establecimiento. Será facilitado por la Administración, gozará de la protección dispensada por la legislación vigente en materia de Seguridad Social, y no se supeditará al logro de intereses económicos por la Administración⁸⁰. Del Reglamento se deduce que tiene que ser productivo, que además de un derecho es un deber, y constituye un elemento fundamental del tratamiento⁸¹. No es motivo de discusión el hecho de que el trabajo sea un derecho y un deber, ya que no sólo lo establece la Constitución, sino también el artículo 26 de la LOGP, al decir que “El trabajo será considerado como un derecho y como un deber del interno”⁸².

En definitiva, “es plausible que el Estado ponga a trabajar al preso y se aproveche de su esfuerzo”, según algunos autores como De la Cuesta Arzamendi⁸³. Al respecto, la doctrina utilitarista es defensora de la obligatoriedad del trabajo penitenciario basando su tesis en los beneficios que pueden obtener, que son la reeducación y reinserción social. No falta la posición de aquellos que están en contra argumentando si el trabajo penitenciario debe ser resocializador, y “en ningún caso debe ser obligatorio ni primar los criterios de la disciplina y control sobre las metas asimiladoras debiéndose reputar ilegítima la imposición [...] de obligaciones o cargas que no traigan directamente su causa en la pena impuesta [...]”⁸⁴. Además, si se considera que es un derecho del preso, y de las personas libres, no debe tener la condición de obligatoriedad. Desde esta perspectiva, cabe subrayar que la obligatoriedad no es un requisito ni condición para el trabajo. Por tanto, que “no se estime como algo especial, separado o ajeno del resto de los ciudadanos, sino como una de las modalidades o variantes del trabajo general: una actividad plenamente integrada en la economía del país”⁸⁵.

Por último, se defiende por la doctrina que el trabajo debe ser formativo e instructivo. Es decir, que se “aprenda un oficio, unas normas, hábitos, disciplina, instruirse y formarse como trabajador”⁸⁶. La discrepancia doctrinal surge cuando

⁸⁰ Art. 26 de la LOGP.

⁸¹ Art. 132 del RP.

⁸² Art. 26 de la LOGP, el art. 133 del RP también lo define como derecho y deber.

⁸³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El trabajo penitenciario resocializador*. Teoría y regulación positiva, San Sebastián, 1982, p. 183.

⁸⁴ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Obligatoriedad del trabajo de los penados. El trabajo de los preventivos (art.29)”, “Preferencia de los productos penitenciarios en las adjudicaciones administrativas (art.30)”, “Sistemas de organización. Participación de los internos (art.31)”, “Sistema cooperativo (art.32)”, “Condiciones de trabajo (art.33)”, “Defensa de los derechos laborales o cooperativos (art.34)”, “Prestación por desempleo (art.35)”, en *Comentarios a la legislación penal* (dirigidos por M. Cobo del Rosal, T.VI, vol.1, *Ley Orgánica General Penitenciaria*, Edersa, Madrid, 1986, pp. 463 y ss.

⁸⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Cárcel y actividad laboral: el derecho de los presos a un trabajo penitenciario resocializador”, *Derecho Penitenciario y Democracia*, Fundación El Montse, Sevilla, 1994, pp. 248-249.

⁸⁶ *Ibidem*, ob., cit., p. 186.

a la hora de asimilarlo con el trabajo libre se entiende que éste no es formativo ni instructivo, de manera que dicha condición es presupuesto de considerar al trabajo penitenciario como resocializador.

5.3 Derecho a la educación

Para entender el derecho a la educación de los reclusos como derecho fundamental y como parte del tratamiento debemos partir del artículo 25 de la Constitución Española, en lo referente a la reeducación y reinserción social y, sobre todo, el último apartado del párrafo segundo al indicar que tendrán derecho al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad. Precepto desarrollado tanto por el artículo 1 de la LOGP como en el artículo 2 del RP, así como el artículo 27 de la CE configurado como derecho fundamental y el artículo 9.2 de la CE del que se deduce que será la Administración penitenciaria quien debe cumplir el mandato establecido en dicho precepto constitucional.

El derecho a la educación es comprensible como libertad y como derecho. Como libertad existen instrumentos que intentan impedir que los poderes públicos se extralimiten en el ejercicio de sus competencias para que la educación no se fomente por causas ideológicas. Pero como derecho, que es el que venimos a analizar aquí, lo que se pretende es una formación en la que se conmina a los poderes públicos a proseguir una política activa que garantice la instrucción para *todos* los ciudadanos. El derecho a la educación es un derecho subjetivo tratando de conciliar los principios constitucionales de libertad e igualdad. Libertad, entendida como valor fundante del orden jurídico, que se concibe como una capacidad de acción y despliegue de la personalidad que se concreta en opciones reales de comportamiento cuya efectividad depende no sólo del reconocimiento y protección de la autonomía personal, sino también de la concreta situación social. En consecuencia, a la hora de analizar el derecho a la educación hay que tener presente los valores constitucionales de la libertad y la igualdad, lo que supone, además, la no discriminación que dictamina el artículo 14 de la CE, y la obligación, por parte de los poderes públicos, de hacer real y efectiva esa igualdad, asimismo ocurre con la remoción de los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud. En consecuencia, “la función de la dimensión educativa es una función socializadora que asegure la igualdad de oportunidades, de una tarea democrática que prepare para la participación en la vida social y el ejercicio de los derechos y libertades, y de una labor que salvaguarde el progreso de la sociedad”⁸⁷.

Con esta perspectiva, cabe subrayar que el derecho a la educación no es un derecho limitado por el contenido del fallo, igual que el derecho al trabajo. Pudiendo consistir, en una obligación estatal cuando se trata de personas privadas de la libertad, ya que por el sentido de la pena se ven especialmente dificultados

⁸⁷ ESTEBAN, J. DE. y GONZÁLEZ-TREVIJANO, P.J., *Curso de Derecho Constitucional Español*, vol. II, Universidad Complutense, Madrid, 1992-1994, pp. 211 y ss.

los derechos de formación en la educación. Es necesario remarcar “la *oportunidad social* de la educación al ser un derecho garantizado puesto que aumenta el disfrute de todos los derechos y libertades individuales y, cuando se niega o viola ese derecho, priva a las poblaciones del disfrute de muchos derechos y libertades”⁸⁸.

6. ESPECIAL REFERENCIA AL ACCESO DE LOS PRESOS A LA LIBERTAD

Brevemente, recordar que, según las normas penitenciarias, existen tres tipos de libertad a las que los reclusos pueden acceder y tienen derecho a las mismas: libertad provisional, libertad condicional y libertad definitiva. En lo que se refiere a la libertad provisional, se supone la suspensión de la relación penitenciaria para un preventivo contra el que se sustancia por la Administración de Justicia un procedimiento judicial en el que previamente, como medida cautelar de aseguramiento de la resolución judicial futura, se ha decretado la prisión provisional⁸⁹. Su condición consiste en que el sujeto en cuestión será obligado a comparecer en los días que le fuesen señalados o cuantas veces fuese llamado ante el Juez o Tribunal que conoce de su causa. La situación de libertad provisional es decretada por resolución judicial del Juez o Tribunal que conoce del procedimiento judicial en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En cuanto a la libertad condicional⁹⁰, el artículo 90 del Código Penal dispone que se establece la libertad condicional en las penas privativas de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurren las siguientes circunstancias: a) que se encuentre en 3.º grado de tratamiento penitenciario; b) que se hayan extinguido las 3/4 partes de la condena; c) que se haya observado buena conducta y exista respecto de los mismos un pronóstico individualizado y flexible de reinserción social emitido por los expertos que el Juez de Vigilancia Penitenciaria estime convenientes.

El propio Código Penal contempla tres supuestos especiales en los que cabe la concesión de la libertad condicional antes del transcurso de las 3/4 partes de la condena: clasificación en 3º grado, obtener buena conducta y pronóstico favorable de reinserción social, esto es, concesión de libertad condicional a los sentenciados a penas privativas de libertad que hayan extinguido las 2/3 partes de su condena siempre que merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales; concesión de libertad condicional a sentenciados que hubiesen cumplido la edad de 70 años o la cumplan durante la

⁸⁸ KATHARINA, T., “Contenido y vigencia del derecho a la educación”, *Cuadernos Pedagógicos*, IIDH, San José de Costa Rica, 2003.

⁸⁹ Véase el estudio, entre otros, de RODRÍGUEZ RAMOS, L., “El derecho a la libertad: régimen de la prisión provisional”, en *Poder Judicial*, n.º. especial 1, 1986, pp. 63-66.

⁹⁰ Ver los estudios de VEGA ALOCEN, M., “Supuestos excepcionales de la Libertad condicional. Septuagenarios y enfermos incurables. Una solución legal equivocada”, en *Cuadernos de Derecho Penitenciario*, n.º. 6, 1999.

extinción de la condena, y reúnan los requisitos establecidos salvo la extinción de 3/4 partes de la condena, o en su caso, las 2/3 partes de la misma. No obstante, el Código Penal también regula no sólo cuando cesa la privación de libertad sino también los casos en los que se puede suspender⁹¹. Los presos, que atendiendo a informe médico sean enfermos muy graves, con padecimientos incurables, y reúnan los requisitos establecidos salvo la extinción de las 2/3 partes de su condena, o en su caso las 2/3 partes de la misma y, por último, la libertad definitiva, supone la extinción de la relación penitenciaria del preso con la Administración al concluir la ejecución de las penas privativas de libertad y medidas de seguridad. El Director del establecimiento penitenciario formulará al tribunal sentenciador propuesta de libertad definitiva para el día en que el penado deje previsiblemente extinguida su condena, reinsertándose 15 días antes de no existir respuesta del tribunal sentenciador. Lo que significa que, de no existir orden expresa en contrario, se procederá a liberar al recluso en la fecha propuesta.

Con carácter general, en el momento de la excarcelación de detenidos o presos, se expedirá y entregará al puesto en libertad una certificación acreditativa del tiempo que estuvo privado de libertad o de la situación de libertad condicional en su caso, así como si lo solicita el preso o debe proseguir en tratamiento médico, informes sobre su situación sanitaria y propuesta terapéutica. En dicho informe médico no constará referencia alguna que indique que ha sido expedida en Centro Penitenciario, y se le entregarán medios económicos para aquellos que lo necesiten y sufragar los primeros gastos.

Finalmente, está la sustitución de la pena privativa de libertad, medida buscada por la mayoría de los presos, y por gran parte de la sociedad, ya que se puede considerar que determinados delitos no son constitutivos de privación de libertad, sino de otras sanciones que no tienen por qué suponer una reinserción en la sociedad, siendo los artículos 88 y 89 Código Penal los que regulen tal situación, y en los artículos 105 y siguientes del mismo texto legal se regulan medidas no privativas de libertad. Lo que me lleva a afirmar que antes de llevar a una persona a la privación de libertad se ha procedido al estudio de si cabe alguna medida de las mencionadas y si los postulados básicos del Estado de Derecho son o no eficaces en función de la realidad social sobre la que se aplica. Para el caso de los extranjeros, el sustitutivo de la pena sería la expulsión del país⁹². Sobre los sustitutivos de la pena de prisión ya se pronunciaba Beccaría al sostener que “no por ser más crueles son más eficaces las penas; hay que moderarlas; importa más y es más útil una pena

⁹¹ Ver artículos 80 y ss. del Código Penal.

⁹² Para saber más ver a ASÚA BATARRITA, A., “La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del derecho penal a las políticas de control de la inmigración”, en COPELLO, L., (Coord.), *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; MAPELLI CAFFARENA, B., “Perspectivas actuales de la pena privativa de libertad con especial referencia a la población reclusa extranjera”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, III, 2001.

moderada y de segura aplicación que otra cruel, pero incierta. Hay que imponer la pena más suave entre las eficaces; sólo ésa es una pena justa, además de útil. Hay, pues, que combinar la utilidad y la justicia”⁹³.

Históricamente, Tomás Moro refiere como precedente de los sustitutivos de la prisión, ya que criticaba la severidad del sistema penal de su época (1478-1535), la dureza y desproporción de los castigos. La filosofía de Tomás Moro se basaba en la corrección considerando que la pena desproporcionada conllevaba un factor criminógeno⁹⁴. Posteriormente, se defendió la idea de que “asistimos a un progresivo empobrecimiento de la eficacia de la sanción como momento de restauración del orden violado y a una correspondiente recuperación de la finalidad de prevención y de intimidación”⁹⁵. Sobre este tema, Garrido Guzmán sostiene que habría que sustituir las penas privativas de libertad por medidas más acordes, sobre todo para la pequeña y mediana criminalidad⁹⁶.

En sentido más crítico, Bacigalupo asevera que el sistema de la pena privativa de libertad en nuestra legislación imperial es la gran mentira oficial⁹⁷. Y me parecen muy ilustrativas las palabras de Cid Moliné cuando reseña que cualquier sistema alternativo de penas requiere la colaboración del interno, ya sea activa o, cuando menos, pasiva. Esto es así, pues al ser un sistema más humanizado se busca no doblegar la voluntad del condenado, construyendo programas positivos de reinserción⁹⁸. Y, por último, como refiere Jescheck⁹⁹ ante la situación de crisis de la pena privativa de libertad, las propuestas de reforma se sitúan en cuatro planos: la descriminalización, el régimen de prueba, las penas pecuniarias y las nuevas formas de sanción, mas no podemos olvidar que, hasta ahora, las alternativas a la prisión se configuran como alternativas a la puesta en libertad y no a la cárcel¹⁰⁰.

Se han presentado como alternativa, las pulseras electrónicas, recibiendo críticas en cuanto al elevado coste que supone para el Estado y el poco éxito que

⁹³ BECCARIA, C., *De los delitos y las penas*, Madrid, 1982, p. 33.

⁹⁴ Sobre este filósofo podemos saber más en LOPEZ CABRERO, G., “Penas cortas de prisión. Medidas sustitutivas”, en *Poder Judicial*, 2º época, n. 40, Consejo General del Poder Judicial, octubre-diciembre, 1995.

⁹⁵ NOBILI, M., “La disciplina costituzionale del processo (I)”, en *Appunti di procedura penale*, Ciclostilada, Bolonia-Perugia, 1976, p. 249.

⁹⁶ GARRIDO GUZMÁN, L., *Estudios penales y penitenciarios*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Edersa, Madrid, 1988, p. 85.

⁹⁷ BACIGALUPO ZAPATER, E., “Alternativas a la pena privativa de libertad en Derecho Penal Europeo actual”, en *Poder Judicial*, 2º-3º época, n.º. 43-44, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 119.

⁹⁸ CID MOLINÉ, J., “El sistema de penas desde una perspectiva reduccionista: alternativas a la pena de prisión”, en *Revista Política Criminal*, Cuadernos de Derecho Judicial, nº IV, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 136.

⁹⁹ JESCHECK, H.H., *Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del Derecho penal*, Bellaterra, Barcelona, 1980, pp. 15 y ss.

¹⁰⁰ LARRAURI PIJOAN, E., “Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el derecho penal español”, *Derecho y Criminología*, nº 43, 1991, p. 45

puede tener para evitar futuros delitos¹⁰¹. La primera referencia doctrinal que encontramos en relación con la vigilancia electrónica fue en 1994 por González Rus¹⁰², en cuanto a la prohibición de residir en un determinado lugar. Frente a éste autor, Mapelli¹⁰³, entre otros, opina que la pena de prohibición de residir en determinados lugares sólo se puede llevar a cabo si se realiza con medios de vigilancia y control electrónico. Señala una serie de críticas en cuanto a los riesgos de intromisión que suponen en la esfera íntima de la persona que se pueden producir cuando la vigilancia se confía a una máquina que no encuentra los obstáculos de distancia, de oscuridad y de barreras físicas características, y que, entre otros problemas, está obligando a reformular los contenidos de la privacidad.

Como acertadamente afirma Gudín, la apertura de la Administración Penitenciaria a los medios informáticos ha venido motivada por la necesidad de realizar un esfuerzo de adaptación a los requerimientos de la sociedad actual, tras la vigilancia electrónica subyace un interés por crear un nuevo modelo organizativo, que ansía replantearse, una vez más, el problema carcelario¹⁰⁴. Dicho sistema se encuentra bajo el artículo 86.4 del RP cuando se prevé aplicar a los presos otros mecanismos de control suficiente, en cuyo caso, sólo tendrán que permanecer en el Establecimiento durante el tiempo fijado en su programa de tratamiento para la realización de diversas actividades, entrevistas y controles presenciales. Precepto que se ampara en el artículo 71.1 del RP, en el que se establece que los sistemas de control y vigilancia deben estar presididos por el respeto a la dignidad de la persona y desarrollado por la Instrucción 13/2001, de 10 de diciembre¹⁰⁵.

Quizás, el mencionado método sería adecuado para evitar la masificación de las cárceles, como sostiene Lilly¹⁰⁶, la idea de mantener en casa a los delincuentes poco peligrosos etiquetados telemáticamente con un brazalete electrónico cobra

¹⁰¹ Para saber más del tema ver a LEGANÉS GÓMEZ, S., *Clasificación penitenciaria, permisos de salida y extranjeros en prisión*, Dykinson, Madrid, 2002; CAMPBELL, D., y CONNOR, S., *On the record, Surveillance, Computers and Privacy*, Michael Joseph, Londres, 1986; MAPELLI CAFFARENA, B., “Medidas de seguridad no privativas de libertad”, *Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte general)*, Estudios de Derecho Judicial, nº. 2, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

¹⁰² GONZÁLEZ RUS, J.J., “Control electrónico y sistema penitenciario”, en *VIII Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Sevilla, 1994, p. 82.

¹⁰³ MAPELLI CAFFARENA, B., “Medidas de seguridad no privativas de libertad”, *Estudios sobre e Código penal de 1995 (Parte general)*, Estudios de Derecho Judicial, nº. 2, Madrid, 1996, pp. 415 y ss.

¹⁰⁴ GUDIN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones? Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado*, Slovento, Madrid, 2005, p. 132.

¹⁰⁵ Frente a este articulado e Instrucción nos encontramos con la XI y XII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria del 2002 y 2003, respectivamente, en el criterio 89 en la que por unanimidad de los magistrados no rechazan el régimen existente.

¹⁰⁶ LILLY, R., y BALL, R., “A brief history of house arrest and electronic monitoring”, *Northern Dentucky Law Rewuevm* 17 (3), 1987, pp. 343-374.

tintes de ser un negocio redondo. No obstante, no debemos olvidar que afecta a los derechos fundamentales, algunos tan esenciales como la intimidad personal del preso llegando a afectar, incluso, a las personas que con él conviven. Surgiendo asimismo la cuestión de a cuáles reclusos se les pone la pulsera electrónica. Pues bien, se entiende que a los que están en tercer grado, de manera que, mientras que antes tan sólo eran vigilados por la noche, que es cuando tenían que volver al Centro Penitenciario. Con dicho sistema están controlados las veinticuatro horas al día, la localización pasa a ser, por tanto, permanente. Pero, esto puede ser entendido como un atentado al artículo 15 de la CE argumentándose que la aplicación supone un tratamiento inhumano y degradante. Frente a este sistema de sustitución, se encuentran otros como los trabajos en beneficio de la comunidad¹⁰⁷, arresto domiciliario¹⁰⁸, etc.

En lo que respecta a Estados Unidos, el sector privado, es decir, los que se interesan porque la prisión sea privatizada para evitar o disminuir el gasto estatal, se interesan porque se instalen los sistemas de vigilancia electrónica de los presos en régimen de prueba (*probation*) o liberados anticipados (*parole*). En relación a todos los sistemas que han surgido como sustitutivos, cabe preguntarse si, efectivamente, se trata de sustitutivos de la pena privativa de libertad o es una medida de seguridad añadida. Por último, existe una contradicción entre la necesidad de mantener el buen orden de la prisión y el mundo real que está marcado por el avance tecnológico y por las exigencias de la libertad, autorresponsabilidad y seguridad.

Frente a las penas privativas de libertad están las penas privativas de derechos, recogidas en el artículo 39 del Código Penal, al cual me remito por no ser privaciones que le afecten al preso. Se trata de penas consideradas por muchos como aquellas que afectan a un derecho distinto de la libertad ambulatoria. Se ha rechazado su consideración de penas por entender que constituyen consecuencias accesorias y porque, en ocasiones, se imponen como sanción única. La crítica efectuada, en una dimensión político-criminal, a las penas privativas de derechos se basa en la contradicción de las mismas con el principio de resocialización proclamado en el art. 25 CE. Ello arranca del carácter estigmatizador de algunas de estas sanciones, constatación que unánimemente ha sido reconocida como fundamento de la supresión en 1983 de la pena de interdicción civil, cuya sombra se ha proyectado sobre el resto de las penas de esta sección, vistas por algunos como manifestaciones de la antigua ida de la muerte civil¹⁰⁹.

Para concluir, este derecho a la libertad personal, también lo poseen los presos extranjeros, rigiendo, por tanto, criterios y condiciones de igualdad, de aplicación del artículo 25 de la CE en la que las penas privativas de libertad deben estar orientadas, como en reiteradas ocasiones he afirmado, a la reeducación y

¹⁰⁷ En relación ver la LO 15/2003, de 25 de noviembre y el RD 515/2005, de 6 de mayo.

¹⁰⁸ En relación ver el RD 515/2005, ya mencionado.

¹⁰⁹ Comentarios al nuevo Código Penal, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2001, p. 346.

reinserción social, incluso en lo referente a lo indicado por el artículo 24 de la CE. Sin olvidar que los extranjeros presos tienen, en atención al artículo 3 de la LOGP, derechos como personas y derechos como reclusos.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del Trabajo*, Cívitas, 26º ed. rev., Madrid, 2009.

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

ASÚA BATARRITA, “La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del derecho penal a las políticas de control de la inmigración”, en COPELLO, L., (Coord.), *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

ATIENZA, M. y RUÍZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.

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

BACIGALUPO, E., “Alternativas a la pena privativa de libertad en Derecho Penal Europeo actual”, en *Poder Judicial*, 2º-3º época, nº. 43-44, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

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

BUENO ARÚS, F., “Eficacia de los Derechos fundamentales reconocidos a los reclusos en el artículo 25.2 de la Constitución española”, *X Jornadas de Estudio, Introducción a los derechos fundamentales*, vol. II, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 1988.

CAMPBELL, D., y CONNOR, S., *On the record, Surveillance, Computers and Privacy*, Michael Joseph, Londres, 1986.

CARRILLO, M., “La eficacia de los derechos sociales: entre la Constitución y la Ley”, *Jueces para la democracia*, nº. 36, 1999.

CESANO, J.D., “Limitaciones al legislador y al poder administrador”, en CESANO, J.D. y REVIRIEGO PICÓN, F., (coords.), *Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones*, Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2010.

CID MOLINÉ, J., “El sistema de penas desde una perspectiva reduccionista: alternativas a la pena de prisión”, en *Revista Política Criminal, Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º IV, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

COBO DEL ROSAL, M., y VIVES, *Derecho Penal. Parte General*, 5º ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

DE CUPIS, A., *Il diritti della personalitám*, Guyffré, Milán, 1982.

DE ESTEBAN, J. y LÓPEZ GUERRA, L., *El régimen constitucional español*, t. I, Labor, Barcelona, 1980.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El trabajo penitenciario resocializador*. Teoría y regulación positiva, San Sebastián, 1982.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Obligatoriedad del trabajo de los penados. El trabajo de los preventivos (art.29)”, “Preferencia de los productos penitenciarios en las adjudicaciones administrativas (art.30)”, “Sistemas de organización. Participación de los internos (art.31)”, “Sistema cooperativo (art.32)”, “Condiciones de trabajo (art.33)”, “Defensa de los derechos laborales o cooperativos (art.34)”, “Prestación por desempleo (art.35)”, en *Comentarios a la legislación penal* (dirigidos por M. Cobo del Rosal, T.VI, vol.1, *Ley Orgánica General Penitenciaria*, Edersa, Madrid, 1986.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Reflexiones acerca de la relación entre régimen penitenciario y resocialización”, *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n.º. extraordinario 2, octubre 1989.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Un deber (no obligación) y Derecho de los privados de libertad: el trabajo penitenciario”, en BUENO ARUS, F., *Lecciones de Derecho Penitenciario*, Colección Aula Abierta, 2ª ed., Europa Artes Gráficas, S.A., Salamanca, 1989.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Cárcel y actividad laboral: el derecho de los presos a un trabajo penitenciario resocializador”, *Derecho Penitenciario y Democracia*, Fundación El Montse, Sevilla, 1994.

ESTEBAN, J. DE. y GONZÁLEZ-TREVIJANO, P.J., *Curso de Derecho Constitucional Español*, vol. II, Universidad Complutense, Madrid, 1992-1994.

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

FERRAJOLI, L., “Diritti fondamentale”, en *Teoria política*, n.º. 2, 1998.

FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001.

FERRAJOLI, L., *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Trotta, Madrid, 2006.

FERRAJOLI, L., “El futuro del Estado social y la renta mínima garantizada”, en PISARELLO, G., y DE CABO, A., *La renta básica como nuevo derecho ciudadano*, Trotta, Madrid, 2006.

GARCÍA ANDRADE, J.A., “La medicina penitenciaria, una medicina de frontera”, *Revista española de sanidad penitenciaria*, vol. 10, n.º 2, 2008.

GARCÍA PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 2005.

GARCÍA VALDÉS, C., *El trabajo penitenciario en España*, Dirección General de Instituciones Penitenciarias, Madrid, 1979.

GARRIDO GÓMEZ, M.I., “La relación entre los derechos fundamentales y el poder”, *Universitas*, n.º 10, 2009.

GARRIDO GUZMÁN, L., *Estudios penales y penitenciarios*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Edersa, Madrid, 1988.

GONZÁLEZ RUS, J.J., “Control electrónico y sistema penitenciario”, en *VIII Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Sevilla, 1994.

GUASTINI, R., “Diritti”, en *Analisi e diritto 1994*, Giappichelli, Turín, 1994.

GUDIN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones? Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado*, Slovento, Madrid, 2005.

HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L., “Derechos humanos o necesidades humanas. Problemas de un concepto”, *Sistema*, n.º 46, 1982.

IBAN, I.C., citado por PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “Algunas reflexiones sobre la libertad ideológica y religiosa”, en VV.AA., *Libertad y derecho fundamental de libertad religiosa*, Edersa, Madrid, 1989.

JESCHECK, H.H., *Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del Derecho penal*, Bellaterra, Barcelona, 1980.

KATHARINA, T., “Contenido y vigencia del derecho a la educación”, *Cuadernos Pedagógicos*, IIDH, San José de Costa Rica, 2003.

LARRAURI PIJOAN, E., “Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el derecho penal español”, *Derecho y Criminología*, n.º 43, 1991.

LILLY, R., y BALL, R., “A brief history of house arrest and electronic monitoring”, *Northern Dentucky Law Rewuevm* 17 (3), 1987.

LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho eclesiástico del Estado. Derecho de la libertad de conciencia*. Universidad Complutense (Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho), Madrid, 1989.

LEGANÉS GÓMEZ, S., *Clasificación penitenciaria, permisos de salida y extranjeros en prisión*, Dykinson, Madrid, 2002.

LOPEZ CABRERO, G., “Penas cortas de prisión. Medidas sustitutivas”, en *Poder Judicial*, 2.º época, n.º. 40, Consejo General del Poder Judicial, octubre-diciembre, 1995.

LÓPEZ MELERO, M., “Aplicación de la pena privativa de libertad como principio resocializador. La reeducación y la reinserción social de los reclusos”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LXV, Ministerio de Justicia, Madrid, 2013.

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

MAPELLI CAFFARENA, B., “Medidas de seguridad no privativas de libertad”, *Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte general)*, Estudios de Derecho Judicial, n. 2, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

MAPELLI CAFFARENA, B., “Perspectivas actuales de la pena privativa de libertad con especial referencia a la población reclusa extranjera”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, III, 2001.

MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J., *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, Tecnos, Madrid, 1998.

MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J., *Constitución y libertad religiosa en España*, Universidad de La Rioja, Dykinson, Madrid, 2000.

MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J., “El derecho a la salud: un derecho social esencial”, *Derechos y Libertades*, n.º. 14, 2006.

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

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte Especial*, 5.ª ed., Universidad de Sevilla, Sevilla, 1983.

NOBILI, M., “La disciplina costituzionale del processo (I)”, en *Appunti di procedura penale*, Ciclostilada, Bolonia-Perugia, 1976.

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

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales”, en *ESCRITOS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES*, Eudema, Madrid, 1988.

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

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

PARENT, W.A., "Privacy. Morality and the Law", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 12, n.º. 4, 1983.

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

PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2005.

PÉREZ REY, J.L., La naturaleza de los Derechos sociales, *Revista Derechos y Libertades*, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid, n.º. 16, Época II, enero 2007.

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

PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.

REICH, R.B., *The Work of Nations*, Vintage Books, Nueva York, 1992.

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

URABAYEN, M., *Vida privada e información: un conflicto permanente*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1977.

VEGA ALOCEN, M., "Supuestos excepcionales de la Libertad condicional. Septuagenarios y enfermos incurables. Una solución legal equivocada", en *Cuadernos de Derecho Penitenciario*, n.º 6, 1999.

VIDAL MARTÍNEZ, J., *El derecho a la intimidad en la LO 5-5-82*, Montecorvo, Madrid, 1984.

VON STEIN, L., *Movimientos sociales y monarquía*, trad. de E. Tierno Galván, Instituto de Estudios políticos, Madrid, 1957.