

Carmen Lamarca Pérez
Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad Carlos III Madrid

Régimen penitenciario y derechos fundamentales

I.- INTRODUCCION

Quizás pueda resultar paradójico hablar de los derechos de los presos en el marco de una sociedad cuya ley fundamental proclama precisamente la libertad como valor superior de su ordenamiento jurídico y, en este sentido, se ha llegado a decir, no sin cierta razón, que “la prisión no encaja como modalidad penal dentro de la filosofía de un Estado social y democrático de Derecho” (1). Desde luego, la idea de suprimir las prisiones, de encontrar otros métodos sustitutivos a la función que cumplen e incluso de cuestionarse su sentido, no es nueva y casi pudieramos decir que la crítica a la cárcel surge desde el mismo momento de su nacimiento (2) y, además, suele ir unida a la crítica al propio sistema de justicia penal (3).

No hay que olvidar, sin embargo, que las prisiones, como modernamente se conciben, supusieron un notable avan-

(1) Mapelli, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Barcelona 1983, pág. 139.

(2) En este sentido M. Foucault, *Vigilar y castigar* (1975), 3ª ed., Madrid 1978, pág. 236.

(3) Junto a posiciones de carácter más moderado que abogan por la reforma de las actuales prisiones o su sustitución por otras medidas penales, la verdadera finalidad última para muchos abolicionistas consiste en la superación del Derecho penal como forma de control social. Si bien la bibliografía sobre el tema es innumerable, un resumen sobre el estado actual de la cuestión puede verse en Larrauri, E., “Abolicionismo del Derecho penal: las propuestas del movimiento abolicionista”, en *Poder y Control*, nº 3, 1987, págs. 95 y ss.

ce frente a los métodos de castigo practicados por el Antiguo Régimen y es cierto, igualmente, que cada día en mayor medida se ponen en marcha nuevos ensayos o alternativas a la pena privativa de libertad (4); pero el gran reto, su supresión, sigue siendo, aún hoy, una meta prácticamente inalcanzable e incluso cabe constatar, frente a los movimientos abolicionistas, una creciente revitalización en ciertos sectores sociales de posturas favorables al uso de la cárcel como medida penal por excelencia, lo que, según creo, va también unido al auge de autoritarismo que viene experimentando en los últimos años el Estado de Derecho (5). Sea como fuere, la propia Ley General Penitenciaria confiesa en su Exposición de Motivos que las prisiones constituyen un mal necesario y acaso ese reconocimiento de que son un mal explica la búsqueda de un sistema penal más justo y humanitario por parte del Estado social y democrático de Derecho.

De hecho, es significativo que haya sido este modelo de convivencia política el que por primera vez en nuestra historia ha llevado al mismo texto de la Constitución el problema de la ejecución penal (6), señalando la orientación que deben

(4) Así, la suspensión del fallo o "probation", la remisión condicional, la pena de arresto de fin de semana, la pena de multa, etc. Vid., entre otros, García Valdés, C., *La nueva penología*, Madrid 1977; Sainz Cantero, J. A., "La sustitución de la pena de privación de libertad", en *Estudios Penales II*, Santiago de Compostela 1978, págs. 232 y ss; Luzón Peña, D.M., *Medición de la pena y sustitutos penales*, Madrid 1979; Mantovani, T., "Sanzioni alternative alla pena detentiva e prevenzione generale", en *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna 1980; Nuvolone, P., "Las medidas alternativas a la pena detentiva", en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1980, págs. 265 y ss., y García Aran, M., y otros *Alternativas a la prisión*, Barcelona 1986.

(5) Junto a un endurecimiento progresivo de las penas privativas de libertad en materia de terrorismo o narcotráfico cabe constatar, asimismo, cómo determinados movimientos sociales reclaman una mayor utilización de la vía penal; así, por ejemplo, los grupos ecologistas e, incluso, otros, sugieren el retorno a la aplicación de auténticas penas corporales, como es el caso de ciertos sectores del feminismo: "contra violación, castración".

(6) Aunque existen algunas alusiones en nuestros textos constitucionales a los fines de la ejecución penal, en realidad no hay precedentes de un texto como el del art. 25,2º. Vid. Sobremonte Martínez, J.E., "La Constitución

tener las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad hacia la reeducación y reinserción social y haciendo del penado un sujeto relevante desde la perspectiva constitucional, al que se le reconocen, con las limitaciones que luego veremos, los mismos derechos fundamentales que al resto de los ciudadanos. En principio, pues, el precepto parece cumplir con las exigencias del nuevo sistema social: la pena ya no se limita a cumplir una función de mera retribución o de prevención general, como correspondería en una concepción estrictamente liberal del Derecho, no se trata simplemente de restaurar el orden vulnerado, sino que a través de su imposición se busca preferentemente que el recluso vuelva a formar parte de ese orden social; de este modo, el Estado interviene positivamente en la esfera de la ejecución penal promoviendo o favoreciendo, en definitiva, creando las condiciones necesarias para que pueda darse la plena integración de los penados en la sociedad, una sociedad de la que el recluso, en coherencia con esta filosofía, no ha quedado excluido (7), sino temporalmente apartado de la misma y de la que en cierto modo sigue formando parte al reconocerse su capacidad para el ejercicio de los derechos fundamentales que no han sido afectados por la sentencia condenatoria.

II.- LA ORIENTACION DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD A LA REEDUCACION Y REINSERCIÓN SOCIAL.

1.- La polémica doctrinal sobre la reeducación y reinserción social como fin de la pena.

y la reeducación y resocialización del delincuente”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 12, 1980, pág. 108 y B. Mapelli, *Principios fundamentales...*, op. cit., pág. 131.

(7) En este sentido, el art. 4 del Reglamento Penitenciario, aprobado por R.D. 1201/1981, de 8 de mayo, afirma que “Principio inspirador del cumplimiento de las penas y medidas de seguridad de privación de libertad será la consideración de que el interno es sujeto de derecho y no se halla excluido de la sociedad, sino que continúa formando parte de la misma”.

Ahora bien, si el segundo inciso del art. 25,2º, es decir el reconocimiento constitucional de los derechos del preso, no ha suscitado graves problemas, la primera parte del precepto referida a la orientación de las penas y medidas ha dado lugar, sin embargo, a una viva polémica en la doctrina penal (8). La cuestión es de largo alcance y desde luego tiene carácter previo al concreto análisis sobre los derechos del preso porque, muy sucintamente, las interrogantes que plantea el primer inciso del art. 25,2º son las siguientes: ¿afirmar que las penas privativas de libertad deberán orientarse hacia la reeducación y reinserción social supone una definición expresa por parte de nuestro texto fundamental sobre los fines o incluso el fundamento de la pena?, o, por el contrario, ¿el ámbito de aplicación del precepto es mucho más reducido y sólo se refiere a la fase de la ejecución penal, es decir afecta exclusivamente al ámbito penitenciario?; en todo caso, ¿qué debemos entender por reeducación y reinserción social?; y, por último, y lo que es más importante desde la perspectiva de este trabajo, ¿la reeducación y reinserción social se formulan como un auténtico derecho fundamental del penado?.

En relación con la primera de las interrogantes, afirmar que la prevención especial y en concreto la reeducación y la reinserción social constituyen el fin o incluso el fundamento

(8) Entre la numerosa bibliografía sobre el art. 25,2º de la Constitución vid., especialmente, Boix Reig, J., "Significación jurídico-penal del artículo 25,2º de la Constitución", en *Escritos Penales*, Valencia 1979, págs. 107 y ss.; Bueno Arús, F., "Las normas penales en la Constitución española de 1978", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1979, págs. 25 y ss.; Cobo, M., y Boix, J., "Derechos fundamentales del condenado. Reeducación y Reinserción social", en *Comentarios a la legislación penal*, Tomo I, Madrid 1982, págs. 217 y ss.; Córdoba Roda, J., "La pena y sus fines en la Constitución española de 1978", en *Papers*, 1980, págs. 129 y ss.; Escrivá Gregori, J.M., "Algunas consideraciones sobre Derecho penal y Constitución", en *Papers*, 1980, págs. 141 y ss.; Sobremonte Martínez, J.E., "La Constitución y la reeducación y resocialización del delincuente", op. cit., págs. 93 y ss. y González Rus, J.J., "Teoría de la pena y Constitución", en *Estudios penales y criminológicos*, Santiago de Compostela 1984.

de la pena tendría, desde luego, graves consecuencias para nuestro sistema penal (9); piénsese, por ejemplo, en aquellos casos en que el delincuente, al momento de ejecutar la sanción, se halla perfectamente “reeducado” y “reinsertado socialmente”, es decir, aquellos casos donde la finalidad de la pena estaría lograda y su cumplimiento, por tanto, no sólo no tendría justificación sino que sería contrario a nuestro texto constitucional. Por ello, la mayoría de la doctrina estima que el primer párrafo del art. 25,2º tiene un ámbito de aplicación estrictamente penitenciario (10), es decir sólo afecta a la pena o medida de seguridad ya impuesta y, en consecuencia, de la previsión constitucional no cabe deducir que el legislador, en la compleja polémica sobre los fines de la pena, haya optado por uno de los aspectos de la llamada prevención especial (11), ni tampoco lógicamente que deba hacerlo el órgano judicial sentenciador. La solución parece deducirse tanto del contexto del propio precepto (12) como de su relación con lo pre-

(9) Como señalan Cobo y Boix, “Derechos fundamentales...”, cit., pág. 220, la medición de la pena en un Estado de Derecho debe realizarse por la gravedad del hecho culpable cometido y sería contradictorio que la misma se fundamentara entonces en criterios preventivos y no en la culpabilidad como se deduce del derecho fundamental a la seguridad jurídica.

(10) Vid., Boix, J., “Significación jurídico-penal...”, cit., pág. 132; Cobo, M., Boix, J., “Derechos fundamentales del condenado”, cit., pág. 223; Mapelli, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, cit., pág. 133-4; Luzón, D.M., *Medición de la pena y sustitutivos penales*, cit., pág. 47 y García Pablos, A., “La supuesta función resocializadora del Derecho penal”, en *Estudios Penales*, Barcelona 1984, pág. 94.

(11) En este sentido, manifestando expresamente que lo previsto en el art. 25,2º no excluye otras finalidades de la pena, se ha pronunciado en varias ocasiones el Tribunal Constitucional y así Auto 780/86, de 19 de noviembre y Sentencias 1/1987, de 21 de enero, 28/1988, de 23 de febrero y 150/1991, de 4 de julio.

(12) Así, las referencias del art. 25,2º a la prohibición de trabajos forzados y a los derechos de los condenados pero, sobre todo, porque el mismo alude expresamente a la pena privativa de libertad y no a todo el sistema de sanciones, a diferencia del art. 27 de la Constitución italiana, en el que parece haberse inspirado, que habla genéricamente de finalidades de la pena. Vid. Mapelli, B., *Principios fundamentales...*, cit., págs. 134 y 135 y Boix, J., “Significación...”, cit., págs. 118 y ss. Por otro lado, como destacan Cobo y Boix,

visto en la legislación penitenciaria (13) pero, sobre todo, creo que descansa en el propio sentido que ha de tener la pena en nuestro sistema.

En efecto, aunque no es éste momento ni lugar para el estudio de un tema tan complejo como es el de las funciones o fines que desempeña la pena, parece cierto que la misma debe cumplir también, junto a la prevención especial, una finalidad preventivo general e incluso cabe hablar de un cierto fundamento retribucionista, máxime si aceptamos la distinción de sus tres fases o momentos constituidos por la conminación, imposición y ejecución (14). En un Derecho penal protector de bienes jurídicos, como el que alienta nuestro texto constitucional (15), no cabe excluir la prevención general donde la pena actúa como amenaza o conminación para evitar la lesión de esos bienes (16), pero tampoco un retribucionismo que, si bien no puede ser entendido en el sentido fuerte de compensación ética, introduce en el Estado de Derecho elementos de garantía suficiente frente a hipotéticas tentaciones utilitaristas de llevar la finalidad preventiva más allá de lo que tolera el principio de proporcionalidad entre delito y pena (17).

“Derechos fundamentales...”, cit., pág. 219, parece incorrecta la alusión general a las medidas de seguridad sin especificar que debería tratarse sólo de las que consistan en privación de libertad.

(13) El art. 1 de la Ley General Penitenciaria señala expresamente que la reeducación y reinserción social es “fin primordial” de las Instituciones Penitenciarias. En el mismo sentido se expresa el art. 1 del Reglamento Penitenciario.

(14) Vid. Schmidhauser, E., *Von Sinn der Strafe*, 2ª ed., Göttingen 1971 y Roxin, C., “Sentido y límites de la pena estatal”, en *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. de D. M. Luzón Peña, Madrid 1976.

(15) Vid. sobre ello mi trabajo “Posibilidades y límites de la dogmática penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 33, págs. 552-553.

(16) Para Mir Puig, por ejemplo, la función preventivo general es una derivación del carácter social y democrático del modelo de Estado de Derecho. *Función de la pena y teoría del delito en un Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona 1982, págs. 21 y ss.

2.- El concepto de reeducación y reinserción social.

Pero quizás uno de los motivos de mayor peso para que la doctrina haya centrado sus esfuerzos en subrayar que el art. 25,2º de la Constitución no dilucida el tema de los fines de la pena lo constituye precisamente los conceptos de “reeducación” y “reinserción social” a que el precepto hace referencia; como es sabido, también en este punto la literatura penal de los últimos años viene mostrando una actitud crítica, poniendo de manifiesto no sólo las dificultades de lograr en la práctica estos objetivos, sino, sobre todo, cuestionando su propia legitimidad (18).

Que la pena, y en particular la privativa de libertad, no logra en la mayoría de los casos la readaptación social sino que estigmatiza al reo es, desde luego, algo constatable en la realidad como revelan los altos índices de reincidencia delictiva y en este sentido quizás tuviera razón Rodríguez Devesa cuando señalaba que la llamada generalmente resocialización es una meta de imposible cumplimiento porque el delincuente no puede, no quiere o no necesita ser resocializado (19). Ahora bien, a mi juicio, un problema distinto al de su eficacia

(17) Vid. Jescheck, H.H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, trad. y adiciones de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona 1981, Vol. I, págs. 103 y ss. y Gómez Benítez, J.M., “La idea moderna de la proporcionalidad de las penas”, en *El pensamiento penal de Beccaria*, Bilbao 1991, págs. 55 y ss. Como señalan Cobo y Vives, el sentido retributivo de la pena se desprende del art. 25,1º de la Constitución. *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Valencia 1987. Un reciente e interesante estudio desde la perspectiva filosófico-jurídica en J. Betegón, *La justificación del castigo*, Madrid 1992.

(18) Vid., además de los trabajos anteriormente citados sobre el art. 25,2º de la Constitución, Muñoz Conde, F., “La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito”, en *La reforma del Derecho penal*, Barcelona 1980, págs. 61 y ss., y “Resocialización y tratamiento del delincuente en los establecimientos penitenciarios españoles”, en *La reforma penal*, Madrid 1982, págs. 103 y ss., y Bueno Arús, F., “A propósito de la reinserción social del delincuente”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 25, págs. 59 y ss.

(19) *Derecho penal español. Parte General*, 15ª ed., Madrid 1992, pág. 959 cit. 13.

práctica es determinar el contenido del concepto de resocialización, esto es, determinar qué se pretende lograr mediante la misma en el marco de nuestro ordenamiento jurídico.

El concepto de resocialización ha sufrido sobre todo descalificaciones de orden ideológico y ya la tradicional pregunta de ¿resocializar en qué tipo de sociedad y para qué? (20) pone en guardia frente a la tentación de “imponer coactivamente al penado una concreta jerarquía de valores o modificar, en términos cualitativos, su personalidad a través de la ejecución penal” (21). En definitiva, en una sociedad pluralista y democrática no existe un punto único de referencia ético o moral sino que, como señala el Tribunal Constitucional, nuestro texto fundamental “es un marco de coincidencias suficientemente amplio” (22) donde caben múltiples opciones políticas, pero también innumerables concepciones acerca del bien o de la virtud. Por ello, como indica Barbero Santos, “socializar no significa otra cosa que el sujeto lleve en el futuro una vida sin cometer delito, no que haga suyos los valores de una sociedad que puede repudiar” (23).

Nuestra Constitución y la legislación penitenciaria han preferido utilizar los términos “reeducación” y “reinserción” en lugar de referirse al tradicional concepto de “resocialización” (24) y, partiendo de esta distinción, quizás tenga razón

(20) Desde perspectivas más radicales, representadas fundamentalmente por las teorías psicoanalistas y marxistas, se defiende que la resocialización que hay que realizar no es la del delincuente sino la de la misma sociedad que produce el delito. Vid. Muñoz Conde, F., “Resocialización y tratamiento del delincuente...”, cit., pág. 107.

(21) García Pablos, A., “La supuesta función resocializadora del Derecho Penal”, cit., pág. 93 cit. 250.

(22) STC de 8 de abril de 1981, Fundamento 7º.

(23) Barbero Santos-Morenilla, “La ley de Peligrosidad y Rehabilitación social. Su reforma”, en *Doctrina Penal*, 1979, pág. 223.

(24) La no utilización del término “resocialización” obedece, según Mapelli, a la falta de precedentes legislativos; a la reeducación, sin embargo, se refiere expresamente la Constitución italiana, *Principios fundamentales...*, pág. 150. No obstante, la “resocialización” aparece en algún precepto, como el art. 247,2º de nuestro Reglamento Penitenciario.

García Pablos cuando se opone a que la reeducación sea, no ya un fin de la pena en general, sino incluso una meta de la ejecución penal por las connotaciones valorativas que el término contiene. Por el contrario, para este autor, la “reinserción” supone adaptar al penado nuevamente al orden social (25) y este orden social, como ya hemos visto, sólo le exige que lleve una vida sin delito, por lo que realmente la reinserción no precisa de una educación o reeducación previas que el penado puede no necesitar o sencillamente rechazar.

3.- La reeducación y reinserción social ¿un derecho fundamental del penado?.

Y llegamos, finalmente, a la última de las interrogantes que nos habíamos planteado: ¿consagra el primer inciso del art. 25,2º de la Constitución un derecho fundamental del penado?, es decir, ¿tiene el condenado un derecho público subjetivo a la resocialización o reinserción social?. Aunque es frecuente hablar de derecho e incluso algún autor defiende expresamente que se trata de un derecho fundamental (26), entendiendo que la resocialización impone al Estado la tarea de crear las condiciones necesarias para el logro de esta finalidad, lo cierto es que la reinserción, según ha declarado expresamente el Tribunal Constitucional (27), no se formula en sí

(25) “Funciones y fines de las Instituciones Penitenciarias”, págs. 32 y ss. B. Mapelli, sin embargo, aunque señala que la reeducación se presta a ser entendida como “manipulación, dominio o imposición de valores”, interpreta el término como “compensar las carencias del recluso frente al hombre libre ofreciéndole posibilidades para que tenga un acceso a la cultura y un desarrollo integral de su personalidad”, mientras que la “reinserción” hace referencia a “favorecer directamente el contacto activo recluso-comunidad”, *Principios fundamentales...*, cit., pág. 150.

(26) Así García Pablos, A., “La supuesta función...”, cit., pág. 93, cit. 250 y, sobre todo, Mapelli, B., *Principios fundamentales...*, cit., pág. 165.

(27) Así en el Auto 15/1984 señala que el art. 25,2º no contiene un derecho fundamental “sino un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos”. En el mismo sentido STC 28/1988, de 23 de febrero.

misma como un auténtico derecho del penado, lo que por otra parte resultaría de imposible cumplimiento en muchos casos (28), sino como un principio orientador de las penas del que únicamente se deriva, como la propia doctrina señala, una obligación general del Estado de promover condiciones favorables para la adaptación social del penado. La resocialización, así entendida, sí podría tener, como señala Cordoba Roda, una proyección que excede del ámbito estrictamente penitenciario, proscribiendo las penas inútiles y favoreciendo el empleo de otras medidas alternativas a la privación de libertad (29) que permitan la adaptación social del condenado y el pleno ejercicio de sus derechos en mayor medida que lo logran las prisiones.

III.- LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS PRESOS

1.- Cuestiones comunes

Aunque el precepto ha sido calificado en ocasiones de obvio o innecesario (30), el segundo y tercer inciso del art. 25,2º de la Constitución reconocen, como ya sabemos, los

(28) Al margen de que haya delincuentes incorregibles, existe indudablemente el derecho a rechazar el tratamiento penitenciario que se configura en nuestra legislación como el medio para llevar a cabo la reeducación y reinserción. Vid. por todos García Valdés, C., *Comentarios a la legislación penitenciaria*, Madrid 1982, pág. 195. Entiendo que ese derecho a rechazar el tratamiento sí se formula como un auténtico derecho del condenado.

(29) "La pena y sus fines en la Constitución española de 1978", cit., pág. 139, en el mismo sentido Mapelli, op. cit., pág. 135.

(30) Mientras que un sector de la doctrina se refiere a la innecesariedad de hacer expresa referencia al derecho de "acceso a la cultura y libre desarrollo de la personalidad", otros mantienen la misma afirmación con respecto a la totalidad del precepto. Vid., Alzaga Villamil, O., *La Constitución española de 1978*, Madrid 1978, pág. 245 y Cobo-Boix, "Derechos fundamentales...", cit., pág. 224. A nuestro juicio, aunque no es ciertamente imprescindible, parece acertado que el propio texto constitucional haga mención expresa de este reconocimiento de derechos y, en especial, que fije los criterios de limitación de los mismos.

derechos fundamentales de los presos (31). El tenor literal del precepto es el siguiente: “El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad”.

Tal vez una primera dificultad de la norma transcrita sea la de precisar su ámbito de aplicación. En efecto, el segundo inciso del art. 25,2º hace referencia al “condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma” por lo que, aparentemente al menos, parece que el goce de los derechos fundamentales tiene un carácter más restringido que la orientación de las penas a la reeducación y reinserción social. En primer lugar, pudiera interpretarse en este sentido restrictivo el uso de la expresión “pena de prisión” y no pena privativa de libertad como sucede en el inciso anterior, pues es cierto que el Código penal vigente habla no sólo de penas de prisión sino también de reclusión y arresto según la duración de las mismas. A mi juicio, sin embargo, la sustitución del término no tiene mayor trascendencia y la utilización de una terminología penitenciaria y no sustantivo-penal (32) sólo responde a una cuestión de estilo; por otra parte, el propio Anteproyecto de Código penal de 1992 alude únicamente a las penas de prisión y arresto de fin de semana, poniendo fin a una distinción

(31) Vid. asimismo arts. 3 y 6 de la Ley General Penitenciaria y los arts. 3,2 y 5,2 del Reglamento Penitenciario que recogen lo que se ha denominado el “estatuto jurídico del recluso”, siguiendo así las recomendaciones establecidas en las “Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos”, aprobadas en 1955 por las Naciones Unidas y las “Reglas Penitenciarias Europeas”, aprobadas por el Consejo de Europa en 1973.

(32) Mapelli, B., op. cit., pág. 153, lo califica de terminología simbólica o literaria. En realidad, la expresión “penas de prisión” pertenece al lenguaje ordinario, pero no es ajena tampoco al mundo del Derecho, aunque se aparte de la terminología sustantivo-penal.

que en la actualidad no se justifica por ningún criterio sustantivo.

En segundo lugar, y también a diferencia del inciso anterior, no se alude expresamente a las medidas de seguridad sino únicamente a las penas de prisión. Según creo, tampoco existen en este caso mayores dificultades para ampliar el reconocimiento de los derechos fundamentales a los sometidos a medidas de seguridad y ello aunque sólo sea porque reconocido lo más, debe reconocerse implícitamente lo menos; es decir, si la condena por vulneración de los bienes jurídicos más preciados no impide el ejercicio de los derechos fundamentales, no debe impedirlo tampoco la declaración de que una persona constituye una amenaza o peligro para la convivencia social (33).

Por último, el precepto alude únicamente a los que estuvieren cumpliendo condena por lo que parecen quedar excluidos del reconocimiento de los derechos fundamentales los presos preventivos y los condenados que no estuvieren cumpliendo la pena. No obstante, tampoco creo que en este caso se produzca una restricción y que los derechos sólo sean reconocidos para un clase de reclusos; como se ha indicado, la declaración que contiene este precepto no era imprescindible y, aunque nuestro texto constitucional hubiera guardado silencio, ello no hubiera significado que el ejercicio de los derechos fundamentales quedara excluido para los penados; es cierto que, si se trata de un recordatorio hubiera sido deseable un mayor cuidado en la determinación del círculo de sujetos que se benefician de esos derechos, pero insisto que no cabe otra interpretación que la indicada: se trata de todos los sometidos a privación de libertad (34). Acaso el origen del proble-

(33) Sobre el concepto de peligrosidad en la legislación vigente vid. Terradillos, J., *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Madrid 1981, pág. 118 y ss.

(34) Expresión que comprende tanto las medidas de seguridad como las diferentes clases de penas que reconoce el art. 27 del Código penal y, asimismo, supone que el reconocimiento de los derechos no se limita a una sólo clase de la población reclusa.

ma resida en la cautela que añade la propia norma al decir que los derechos pueden verse limitados “por el contenido del fallo condenatorio, por el sentido de la pena o por la ley penitenciaria”, pues, al menos en los dos primeros supuestos, las limitaciones parece que sólo pueden operar en relación con los condenados. Sea como fuere, todo ello confirma que el art. 25,2º tiene una proyección fundamentalmente penitenciaria o referida al momento de ejecución de la pena.

Una segunda cuestión, también de carácter general, hace referencia a los límites o restricciones que puede sufrir los derechos fundamentales del preso que, en principio, y como los de cualquier ciudadano, se ven sometidos al régimen general de limitaciones y suspensiones previsto o autorizado por el texto constitucional. Como acaba de indicarse, sin embargo, el preso encuentra unos límites suplementarios: aquellos que expresamente establezca el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena o la ley penitenciaria.

Por lo que se refiere al contenido del fallo, parece que éste ha de afectar fundamentalmente a la libertad, que es el derecho que resulta sacrificado por la pena de prisión (35); si bien, como es obvio, entendida como libertad ambulatoria o de desplazamiento fuera del centro de reclusión. Pero, asimismo, también pueden quedar afectados los derechos reconocidos en el art. 23 de la Constitución sobre sufragio y obtención de cargos públicos (36) en la medida que la pena privativa de

(35) En el mismo sentido Bueno Arús, F., “Derechos de los inter-nos”, en *Comentarios a la Legislación penal*, Tomo VI, vol. 1º, Madrid 1986, pág. 80 y Cobo-Boix, “Derechos fundamentales...”, cit., pág. 225. Mapelli, en cambio, estima que del fallo condenatorio no se deduce más que una limitación de orden temporal y la restricción de la libertad se produce por el sentido de la pena, *Principios fundamentales...*, cit., pág. 158.

(36) Hay que recordar que en el ámbito de la legislación antiterrorista la suspensión de función o cargo público está autorizada por el art. 384 bis de la LEC en el supuesto de que sea firme el auto de procesamiento y se hubiera decretado la prisión provisional. Se trata, pues, de la imposición anticipada de una pena que conculca el principio de presunción de inocencia y supone una grave limitación de derechos fundamentales para el preso no con-

libertad lleve aparejada, como accesoria, la inhabilitación o suspensión, lo que por cierto sucede en la mayoría de los casos (37).

Por su parte, la limitación por el sentido de la pena plantea mayores problemas pues, para un sector de la doctrina, la expresión hace referencia a restricciones impuestas en virtud de la finalidad o función que cumple la sanción (38), mientras que, a juicio de otros, como Cobo y Boix, se trata, sencillamente, de que determinados derechos, aunque no se hallen afectados directamente por el contenido del fallo condenatorio, resultan sin embargo, “de imposible ejercicio” (39). Esta última es, a mi juicio, la interpretación más razonable: el sentido de la pena alude, en efecto, a las necesarias consecuencias que se derivan de la privación general del derecho de libertad impuesto por la condena; no se trata, pues, de que se establezcan nuevas limitaciones, sino de que la restricción principal no permite o dificulta el ejercicio de otros derechos (40). Quizás, por ello, resulte más acertada la expresión que utiliza el art. 3º de la LOGP cuando señala que los internos podrán ejercitar sus

denado. Vid. ésta y otras observaciones críticas en mi trabajo “La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1989, Fasc. III, págs. 986-987.

(37) Salvo la de arresto menor, cuyo cumplimiento además puede realizarse en el propio domicilio del condenado según el art. 85 del C. P., todas las penas privativas de libertad llevan siempre aparejada la inhabilitación o suspensión, según su gravedad, vid. arts. 45 a 47 del Código Penal. Por ello, aunque el art. 3º de la LOGP hace expresa alusión al reconocimiento del derecho de sufragio para los internos, este derecho en realidad sólo puede ser ejercido por los presos no condenados.

(38) En este sentido Escrivá, J.M., “Algunas consideraciones sobre Derecho Penal y Constitución”, cit., pág. 152 y ss. y Bueno Arús, F., “Derechos de los internos”, cit., pág. 80.

(39) “Derechos fundamentales...”, cit., pág. 225.

(40) Así, por ejemplo, los derechos previstos en el art. 19 de la Constitución sobre libertad de residencia y circulación dentro y fuera del territorio nacional, pero, también, pueden verse afectados en mayor o menor medida otros como el derecho de reunión (art. 21) asociación (art. 22) educación de los hijos (art. 27,7) etc. Vid. Mapelli, op., cit., pág. 158.

derechos “salvo que fuesen incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de la condena”. Lo cierto es que, en mayor o menor medida, este límite puede afectar a la práctica totalidad de los derechos fundamentales del penado, pues la libertad constituye el sustrato básico para poder ejercitar la mayoría de los restantes derechos.

Por último, los derechos fundamentales del preso pueden ser expresamente limitados por la ley penitenciaria, limitación que ha de articularse a través de la Ley orgánica penitenciaria y no del Reglamento, pues sólo una norma de aquél rango puede limitar derechos fundamentales en virtud de la reserva establecida en el art. 53,1 de la Constitución (41). En otro orden de cosas, es dudoso si a esta clase de limitación resulta aplicable la cláusula del “contenido esencial”, que prohíbe toda lesión de los derechos que llegue a desnaturalizarlos hasta el punto de hacerlos irreconocibles (42). Mi opinión es que el límite o barrera de la defensa del contenido esencial resulta también aquí operativa, si bien aceptando que dicho contenido no siempre es el mismo para la población reclusa que para el resto de los ciudadanos, sino que la pena de prisión determina una nueva definición o perfil de algunos de esos derechos, de manera que, por ejemplo, el contenido esencial de la libertad de un condenado es, de entrada, distinto del contenido esencial que pueda predicarse de esa misma libertad con carácter general; por consiguiente, la ley penitenciaria podrá incorporar nuevos límites siempre que no lesionen el contenido esencial del derecho que aparece configurado a partir del fallo condenatorio y del sentido de la pena. Desde estos presupuestos, la LOGP prevé un serie de restricciones a

(41) En este sentido Cobo-Boix, “Derechos fundamentales...”, cit., pág. 225 y Mapelli, B., *Principios fundamentales...*, cit., pág. 158. De otra opinión Bueno Arús, F., “Derechos de los internos...”, cit., pág. 79 para quien la referencia lo es al “bloque de legalidad penitenciaria”, es decir, tanto a la Ley como al Reglamento penitenciario.

(42) Sobre el alcance de dicha cláusula vid. L. Prieto, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid 1990, págs. 139 y ss.

determinados derechos que se fundamentan bien en las necesidades del tratamiento penitenciario, bien en razones de seguridad y orden público de las prisiones (43) y que pueden afectar, entre otros, al derecho a las comunicaciones y visitas (arts. 42,2 d, y 51,1) al derecho al trabajo (art. 28) o a la libertad de movimientos (sanción de privación de paseos y actos recreativos comunes y sanción de aislamiento art. 42).

De las previsiones de la LOGP destacan, finalmente, aquellas normas que aluden a la posibilidad de suspender el ejercicio de los derechos fundamentales del recluso. En concreto, y por una parte, la suspensión está prevista en el art. 51,5 con respecto a las comunicaciones orales o escritas, decisión que sólo puede ser adoptada por el Director del Centro motivadamente y dando cuenta a la autoridad judicial de la medida (44). De otra parte, la Disposición Final Primera de la LOGP prevé, con carácter general, la posibilidad de suspender los derechos que la misma reconoce a los internos por acuerdo de los Ministerios de Justicia e Interior y en los supuestos de graves alteraciones del orden en un centro que obligue a la intervención de las fuerzas de seguridad del Estado; un precepto que parece inspirarse en el art. 55,1º de la Constitución (45),

(43) Señala Mapelli, op., cit., pág. 159, que lo que no puede justificarse es que se restrinjan los derechos de los reclusos por las "deficiencias materiales de un determinado establecimiento", aunque de hecho es indudable que así sucede.

(44) La suspensión y la intervención de las comunicaciones que el mismo precepto también regula, no tendrá lugar en el supuesto de abogados o procuradores "salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo" (art. 51,2). En los demás casos, parece que la motivación de la medida deberá basarse, igual que en el supuesto de restricciones del 51,1, en "razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento". Vid. Bueno Arús, F., "Derechos de los internos", cit., pág. 82 y García Valdés, C., "Comentarios a la legislación penitenciaria", Madrid 1982, págs. 174 y ss.

(45) García Valdés, C., op., cit., pág. 265. Sobre el contenido de esta disposición final vid., asimismo, Manzanera Samaniego, J.L., "Las disposiciones finales", en *Comentarios a la legislación penal*, Tomo VI, cit., vol 2º, págs. 1203 y ss.

pues presupone graves desórdenes quizás equiparables a los que generan los estados de excepción o sitio. Con todo, es claro que la medida prevista en la normativa penitenciaria no se incardina en el marco definido por el art. 55 de la Constitución, ni establece límites temporales o garantías respecto de los derechos suspendidos, por lo que sólo puede interpretarse en relación con los derechos de naturaleza penitenciaria, es decir, con aquellos que la LOGP reconoce con carácter específico para los reclusos, no con aquellos otros que derivan directamente de la Constitución (46).

Finalmente, el art. 25,2º contiene una última precisión en verdad no muy afortunada: “En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como el acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad”. La enfática expresión, “en todo caso” quizás pudiera hacer pensar que en ningún supuesto cabe la suspensión o limitación de tales derechos, lo que no dejaría de ser sorprendente en una interpretación sistemática ya que algunos de ellos no son propiamente derechos y los demás tampoco forman parte del grupo -Sección 1ª del Capítulo II- que merecen una tutela más vigorosa. Más atendible parece la sugerencia de Cobo y Boix, cuando dicen que las garantías o facultades enunciadas lo que no pueden es quedar limitadas “por el fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria” (47), constituyendo así, según Mapelli, el “status jurídico mínimo del recluso” (48). Veamos, no obstante, cual es el sentido de la expresión “en todo caso” y si efec-

(46) En este sentido, señala García Valdés, op., cit., pág. 266, que la disposición no se refiere a la suspensión de los derechos “inherentes a un sistema político democrático” como el respeto al principio de legalidad, la prohibición de malos tratos, etc., sino a otros como permisos de salida, cogestión o comunicaciones y visitas. Y, asimismo, señalando que también puede afectar a ámbitos como el derecho al trabajo o los relacionados con el tratamiento, Manzanares Samaniego, op., cit., pág. 1210.

(47) “Derechos fundamentales...”, cit., pág. 226

(48) *Principios fundamentales...*, cit., pág. 167

tivamente hace referencia a un problema de límites al ejercicio de los derechos fundamentales.

En cuanto al acceso a la cultura y al desarrollo integral de la personalidad (49), parece evidente que la expresión “en todo caso” no puede impedir la existencia de límites en virtud de los mismos conceptos que señala el art. 25,2° para el resto de los derechos fundamentales. En realidad, y como es sabido, no se trata en estos casos de auténticos derechos, pues el primero de ellos es “un principio rector de la política social y económica” (art. 44), mientras que el desarrollo integral de la personalidad se concibe como “un fundamento del orden político y de la paz social” (art. 10,1), y ambos se proyectan o tiene su concreción en determinados derechos como el derecho a la educación, a la información, a la intimidad o al medio ambiente, etc.; y, es claro que el ejercicio de estas facultades puede quedar efectivamente limitado, como hemos visto, por el sentido de la pena. Así pues, la expresión “en todo caso” no tendría aquí otra finalidad que hacer una llamada de atención al legislador para que, especialmente en el ámbito penitenciario, se creen las condiciones que permitan acceder a la cultura y al pleno desarrollo de la personalidad como medios idóneos para lograr la “reeducación” y “reinserción social” de los reclusos a que hace referencia el mismo precepto.

Mayores problemas se plantean, sin embargo, en relación al derecho al trabajo y a los beneficios de la Seguridad Social, pues al menos el primero de ellos constituye un derecho fundamental reconocido en el art. 35 de la Constitución. De entrada, no parece que los límites en razón del fallo condenatorio o del sentido de la pena puedan afectar al derecho al trabajo, si bien el recluso puede verse restringido o incluso privado de este derecho por lo previsto en la ley penitenciaria; así, por ejemplo, en el caso de medidas disciplinarias de aisla-

(49) Con esta fórmula más genérica se puso fin a la discusión en el Senado sobre si debía aludirse expresamente al derecho del preso a mantener relaciones sexuales. Vid. Diario de Sesiones de 25 de agosto de 1978.

miento o cuando deba hacerse compatible con el tratamiento que recibe (50). Ahora bien, al margen de ese problema, ¿supone el precepto que en todo caso la Administración penitenciaria ha de proporcionar un trabajo remunerado al recluso?. Aunque así lo ha entendido un sector de la doctrina (51), otros autores más cautos prefieren hablar de una genérica obligación de los poderes públicos relativa al fomento de empleo, no muy distinta de la que con carácter general se deriva del art. 35 (52) y, en este último sentido, parece inclinarse el Tribunal Constitucional cuando afirma que el derecho al trabajo supone un “específico deber de la Administración penitenciaria de crear y proporcionar los puestos de trabajo que permitan sus disponibilidades presupuestarias”, del que cabe deducir un derecho fundamental del recluso “a la actividad laboral dentro de la organización prestacional existente” (53).

Desde mi punto de vista, la expresión que venimos comentando presenta una doble virtualidad. De un lado, supone un mandato al legislador penitenciario a fin de que en todo caso ofrezca una regulación específica de los derechos mencionados; es decir, que tras afirmar que los reclusos gozan en general de todos los derechos fundamentales, con los límites

(50) En este sentido, Mapelli, B., *Principios fundamentales...*, cit., pág. 159.

(51) En este sentido vid., especialmente, Bueno Arús, F., “Notas sobre la Ley General Penitenciaria”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1978, pág. 128 y De la Cuesta, J. L., “El trabajo. Derecho y deber del interno y medio de tratamiento. Características”, en *Comentarios a la Legislación penal*, Tomo VI, cit., pág. 422, para quien el precepto consagra “que sean los condenados a privación de libertad los únicos que, en Derecho español, tengan abierta la vía del art. 53,2º en demanda de un trabajo remunerado...”. Nadie niega, sin embargo, las dificultades de hacer efectivo el ejercicio del derecho en la práctica pues es sabido que algunos centros penitenciarios no cuentan con talleres de trabajo o tienen serias dificultades para ofrecer un puesto en los mismos a todos los reclusos.

(52) En este sentido, entre otros, Cobo-Boix, op., cit., pág. 227 y Garrido Guzman, L., *Manual de Ciencia Penitenciaria*, Madrid 1983, pág. 345.

(53) STC 172/1989, de 19 de octubre. Fundamento Jurídico 3.

que resulten razonables de su específica situación, la Constitución ha querido subrayar la importancia de algunos de ellos, ordenando que “en todo caso” se tengan en cuenta (54), aunque tampoco parecería prudente pensar que gozan de una garantía reforzada respecto de la población no reclusa. De otro, y a propósito del derecho al trabajo y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, parece cierto que el precepto prohíbe, no ya los trabajos forzados, sino incluso un régimen laboral discriminatorio en razón de la privación de libertad. Ciertamente, nada de ello impide que los derechos enunciados en el último inciso sean limitados ni, mucho menos, garantiza un derecho al trabajo en términos de una obligación concretamente exigible a la Administración penitenciaria.

2.- Derechos fundamentales

a) Derechos de la personalidad

No procede realizar aquí un comentario exhaustivo ni acaso siquiera una relación de las peculiaridades que presenta el ejercicio de los derechos fundamentales para los privados de libertad y ello, al margen de su extensión, porque quizás lo más interesante sería contrastar el teórico reconocimiento de cada derecho con su efectividad en la práctica. Manteniéndonos pues en una más modesta pretensión de descripción normativa, y siguiendo la clasificación del Profesor Bueno Arús (55), aludiremos, de un lado, a los derechos de los presos como ciudadanos, es decir, a sus derechos fundamentales, bien se trate de derechos de la personalidad, civiles, político o socioeconómicos y, de otro, a los derechos de los presos en cuanto tal, es decir a los de ámbito estrictamente penitenciario.

(54) Lo que significa que la cláusula “en todo caso” viene a reforzar el reconocimiento de los derechos fundamentales, pero no constituye un contrapunto a las posibilidades de limitación.

(55) “Derechos de los internos”, cit., págs. 64 y ss.

Sin duda, el primer derecho de la personalidad es el reconocido en el art. 15, y no sólo porque este precepto encabeza la Sección 1ª donde se enuncia el núcleo básico de los derechos fundamentales, sino porque acaso el derecho a la vida y a la integridad física representa la condición o sustrato indispensable para el ejercicio de todos los demás; derecho a la vida que bien puede conectarse al que, bajo forma de principio rector de la política social y económica, recoge el art. 43, esto es, el derecho a la protección de la salud. Es evidente que los reclusos gozan de estos derechos en las mismas condiciones que el resto de los ciudadanos; es más, dadas sus especiales condiciones de dependencia (56), la Administración penitenciaria asume la obligación de proporcionar los medios necesarios para su ejercicio, como se reconoce genéricamente en el art. 3,4º de la LOGP (57). En consecuencia, el interno tiene en este ámbito los siguientes derechos: alimentación preparada y controlada médicamente, agua potable y ropa de vestir y de cama (arts. 20 y 21 LOGP), descanso nocturno de 8 horas y semanal (arts. 25,2º y 33,1º LOGP), y asistencia sanitaria (arts. 36 a 40 LOGP) que incluyen tanto atención hospitalaria como servicios médicos generales (58) y, en el supues-

(56) Como es sabido, la mayoría de la doctrina y el mismo Tribunal Constitucional señalan que entre la Administración y el interno existe una "relación especial de sujeción". Vid., por todos, García Valdés, C., "Derecho penitenciario español: Notas sistemáticas", en *Lecciones de Derecho Penitenciario*, 2ª ed., Madrid 1989, págs. 38 y ss. y las STC 74/1985, de 18 de junio, 2/1987, de 21 de enero, 190/1987, de 1 de diciembre y 192/1987, de 2 de diciembre. Críticamente sobre este concepto Díez Ripolles, J.L., "La huelga de hambre en el ámbito penitenciario", en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 30, 1986, págs. 615 y ss.

(57) Señala el art. 3,4º que "la Administración velará por la vida, integridad y salud de los internos".

(58) En caso de urgencia puede ser autorizado el ingreso en un hospital no penitenciario y, asimismo, el recluso puede solicitar los servicios médicos de personal ajeno a la prisión, derecho que puede ser limitado por razones de seguridad según el art. 36,3º LOGP. Sobre el derecho a la salud y las prestaciones que conlleva vid. Doñate Martín, A., "Derecho a la protección a la salud", en *Ministerio Fiscal y sistema penitenciario*, Madrid 1992, págs. 97 y ss.

to de establecimientos o dependencias de mujeres, existe también derecho a que los servicios sanitarios cuenten con el material de obstetricia necesario para atender a embarazos y partos así como a obtener los artículos necesarios para la higiene íntima. Hay que hacer constar, igualmente, que la protección de la salud puede dar lugar a la no imposición de la sanción disciplinaria de aislamiento que se halla también prohibida en el caso de mujeres gestantes o con hijos (art. 43,2º y 3º).

Pero el derecho a la vida e integridad parece requerir en el ámbito penitenciario una mayor protección frente a posibles agresiones de terceros habida cuenta del clima de violencia que con frecuencia impera en las prisiones. Esta protección se concreta, desde la perspectiva de la Administración penitenciaria, en la prohibición de torturas y malos tratos de palabra u obra (59), prohibiéndose incluso todo rigor innecesario en la aplicación de las normas disciplinarias (60); es más, si bien los funcionarios de prisiones pueden utilizar “medios coercitivos” con el fin de evitar daños o lesiones, se excluye expresamente el uso de armas de fuego (art. 45 LOGP). De otro lado, y frente a los propios reclusos, la protección se concreta en las correspondientes sanciones disciplinarias a los agresores (arts. 41 1 45 LOGP), que, en caso de reiteración en la conducta violenta, pueden dar lugar al ingreso en un establecimiento de régimen cerrado (arts. 10 LOGP y 43 RP) o a la pérdida del beneficio de la redención de penas por el trabajo (art. 100 CP).

Sin embargo, en relación con este derecho lo que en los últimos tiempos se ha cuestionado no es, obviamente, la necesidad de su protección, sino su disponibilidad por parte del titular, el recluso. En concreto, el problema se ha plantea-

(59) Vid. Balaguer Santamaría, J., “Derechos humanos y privación de libertad: en particular dignidad, derecho a la vida y prohibición de torturas”, en *Cárcel y Derechos Humanos*, Barcelona 1992, págs. 110 y ss.

(60) Vid. arts. 15 y 25,2º CE y arts. 6 LOGP y 5 RP.

do con motivo de las llamadas huelgas de hambre iniciadas por ciertos colectivos de presos con un objetivo político o reivindicativo, a fin de llamar la atención de la sociedad sobre las condiciones de las cárceles, o para obtener determinados beneficios penitenciarios. Mientras que algún sector justifica la intervención de las autoridades (61) e incluso las atribuye un deber de alimentación forzosa (62), otros, por el contrario, entienden que debe prevalecer la voluntad del recluso, pues, aunque ello pueda conducirle a la muerte, están en juego derechos inviolables (63).

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha mostrado tan categórica como, en nuestra opinión, poco acertada: la alimentación forzosa se justifica, de un lado, en la existencia de esa relación especial que “origina un entramado de derechos y deberes recíprocos de la Administración y el recluso, entre los que destaca el esencial deber de la primera de velar por la vida, integridad y salud del segundo...” (64); de otro en que -al parecer- el derecho a la vida tiene “un conteni-

(61) Intervención amparada por la situación de necesidad o por la existencia de una colisión de deberes. Vid., en el primer sentido, Luzón Peña, D.M., “Estado de necesidad e intervención médica en casos de huelga de hambre, intentos de suicidio y de autolesión: algunas tesis”, en la Ley 1988, págs. 992 y ss; y, en el segundo, Díez Ripolles, J.L., “La huelga de hambre...”, op., cit., págs. 603 y ss.

(62) Según Bueno Arús, el deber de la Administración de velar por la vida y la salud del interno contemplado en la legislación penitenciaria legitima la alimentación forzosa, “Los derechos y deberes del recluso en la Ley General Penitenciaria”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1979, pág. 10; con matices, Mapelli, B., *Principios fundamentales...*, cit., pág. 291 y ss. En contra, acertadamente a nuestro juicio, Díez Ripolles, J.L., “La huelga de hambre...”, cit., pág. 623 y Luzón Peña, D.M., “Estado de necesidad e intervención médica...”, cit., pág. 1000.

(63) La relevancia de la voluntad del recluso puede basarse, según la doctrina, en el derecho a la dignidad y a la disponibilidad sobre la propia vida, a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes o incluso en la libertad de expresión o en la libertad ideológica. Vid., por todos, Díez Ripolles, J.L., op., cit., págs. 616 y ss.

(64) STC 120/1990, de 27 de junio. Vid. también Auto de 23 de julio de 1990 y sentencias 137/1990, de 19 de julio y la de 17 de enero de 1991.

do de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte” (65). Si bien no procede un comentario detallado (66), creo que la argumentación de los votos particulares de M. Rodríguez-Piñero y J. Leguina sigue siendo plenamente atendible; en especial que, como dijo el segundo de los magistrados, “no entrando en juego derechos fundamentales que sea necesario preservar a toda costa, ninguna relación de supremacía especial -tampoco la penitenciaria- puede justificar una coacción como la que ahora se denuncia que (...) afecta al núcleo de la libertad personal y de la autonomía de la voluntad del individuo” (67).

En cuanto al principio de igualdad, y aunque se haya podido decir que la prisión es en todo caso contraria al mismo (68), lo cierto es que la legislación penitenciaria (art. 3 LOGP) contempla expresamente el derecho a la no discriminación. Como señala Bueno Arús (69), destaca la no referencia a la discriminación por razón de sexo, quizás por entender equivocadamente que resulta incompatible con la separación en establecimientos o dependencias diferentes de hombres y mujeres, separación que responde únicamente a criterios de organización y convivencia y que no creemos pueda suponer vulneración de este derecho fundamental. Lo que quizás podría plantearse como una discriminación es el derecho de las madres

(65) STC 120/1990, de 27 de junio.

(66) Vid. muy críticamente L. Prieto, en I.C. Iban, L. Prieto y A. Motilla, *Curso de Derecho Eclesiástico*, Madrid 1991, pág. 385 y ss., y Balaguer Santamaría, J., “Huelga de hambre en prisión: disponibilidad del derecho a la vida o simple manifestación de la libertad”, en *Ministerio Fiscal...*, cit., págs. 265 y ss. En sentido laudatorio, en cambio, Martínez Val, J.M., “Huelga de hambre y tratamiento médico”. En *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 5, 1990, págs. 103 y ss.

(67) Voto particular a la sentencia 120/1990, de 27 de junio.

(68) En este sentido señala Mapelli, op., cit., pág. 137, que la pena de prisión estigmatiza de tal modo que supone un atentado al principio de igualdad frente al resto de los ciudadanos.

(69) “Los derechos de los internos”, cit., pág. 67.

reclusas a tener consigo a sus hijos hasta la edad de escolarización (art. 38,2º LOGP), derecho que si bien no está previsto para los padres internos, seguramente por una tradición o práctica social, podría ser perfectamente reivindicado; ello obligaría a que los establecimientos de hombres contaran con los mismos servicios que los previstos a estos efectos en los de mujeres.

El derecho al honor, a la intimidad y, en general, a recibir un tratamiento acorde con la proclamada dignidad humana adquiere una especial relevancia en el ámbito penitenciario. En este sentido, los reclusos tienen, entre otros, el derecho a ser designados por su propio nombre (art. 3 LOGP), a vestir sus propias prendas (art. 20), a comunicar oral y por escrito en su propia lengua (art. 51), a visitas familiares íntimas (art. 51,1º y 53), así como a recibir alojamiento preferentemente en celdas individuales (art. 19) lo que, desde luego, no suele suceder en la práctica pues la mayoría de las prisiones, especialmente de preventivos, tienen un exceso de población reclusa. Como ya sabemos, las comunicaciones y visitas, que incluyen el derecho al secreto de la correspondencia, son quizás los supuestos que pueden sufrir mayores limitaciones en el ámbito penitenciario (70), limitaciones que desde luego han de ser motivadas por interés del tratamiento o por medidas de seguridad (art. 51). Sin embargo, me parece de muy dudosa constitucionalidad que el art. 98,5º del Reglamento Penitenciario establezca con carácter general la intervención de la correspondencia entre internos de distintos establecimientos, pues equivale a partir de una presunción en contra de derechos fundamentales que, como tal presunción que no requiere motivarse, carece de toda justificación. Por lo demás, en los casos de traslados, cacheos o requisas, trabajo o empleo de métodos de trata-

(70) La correspondencia debe abrirse en presencia del interno para comprobar que no contiene objetos prohibidos pero su intervención deberá ser acordada motivadamente por razones de seguridad o por interés del tratamiento dando cuenta a la autoridad judicial (art. 98 RP).

miento, se alude expresamente a que deberá ser respetada la dignidad del recluso (71).

Dentro del genérico derecho a la libertad ideológica del art. 16 de la Constitución, puede plantear algunos problemas el derecho a no ser obligado a declarar sobre la ideología, religión o creencias porque, con el objeto de organizar la asistencia en materia religiosa, cabe que la Administración formule preguntas sobre ese particular. Desde luego, si la consulta se plantea con ese objetivo de asistencia y existe la facultad de guardar silencio, no parece que se lesione ningún derecho; no obstante, hubiera sido deseable que la normativa penitenciaria contara con un precepto similar al existente en las Ordenanzas Militares donde se establece que los miembros de las Fuerzas Armadas “podrán ser preguntados a los sólo efectos de facilitar la organización de la asistencia religiosa, si bien podrán abstenerse de contestar si así lo desean” (72). De la condición de recluso no cabe, pues, derivar limitaciones a la libertad de conciencia. Sin embargo, en cuanto a la libertad de culto, de enseñanza o difusión de credos, u otros derechos relacionados con la libertad religiosa, es evidente que el sentido de la pena afectará a su ejercicio como sucede en general con los que derivan de la libertad. Con todo, la normativa penitenciaria reconoce expresamente el derecho a la comunicación con

(71) En concreto, en los casos de traslado las “Reglas Míminas” de las Naciones Unidas de 1955 recomiendan que los reclusos viajen en buenas condiciones de ventilación y luz evitando sufrimientos físicos. En la práctica, existe desde luego falta de luz y de espacio que dificulta la adecuada ventilación, además en la mayoría de los casos los internos van esposados, incluso a la espalda, lo que unido al estado de las carreteras hace que los traslados estén considerados por los presos como un auténtico suplicio. Como en una misma conducción pueden dirigirse a varios centros penitenciarios el suplicio puede durar varios días y afectar gravemente al estado de salud de los reclusos. Hay que recordar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó a España en el conocido “caso Barbera, Messegue y Jabardo” porque los procesados fueron juzgados inmediatamente de producirse su traslado y sus condiciones físicas restringían el ejercicio de su derecho de defensa. Vid. Sentencia de 6 de diciembre de 1988. BJC nº 93 p. 173 y ss.

(72) Vid. L. Prieto en I. C. Iban, L. Prieto y A. Motilla, *Curso de Derecho Eclesiástico*, cit., pag. 322 y ss.

sacerdotes o ministros de la religión del recluso (art. 51,3° LOGP), a la asistencia del interno a los actos de culto (art. 180,2° RP) e incluso señala que la alimentación debe tener en cuenta “en la medida de lo posible, sus convicciones filosóficas y religiosas” (art. 21,2°) (73).

Por último, el fundamental derecho de libertad previsto en el art. 17 de la Constitución, tiene en este ámbito las siguientes consecuencias: los detenidos deberán ser puestos en libertad si, transcurridas las primeras setenta y dos horas desde su ingreso, no se recibe auto de prisión; deberán respetarse, asimismo, los plazos legales sobre duración de la prisión provisional y, con respecto a los condenados, se procederá a su excarcelación cuando se apruebe por el órgano competente su libertad definitiva o la propuesta de libertad condicional (art. 17 LOGP) (74). Por otra parte, es obvio que el derecho a obtener la tutela judicial y los demás derechos contemplados en el art. 24 de la Constitución pueden ser ejercitados por el recluso tanto detenido como condenado; en el ámbito de ejecución de la pena, como es sabido, la tutela judicial se ejerce por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, garante del respeto a los derechos del recluso (arts. 76 a 78 LOGP).

b) Derechos políticos y civiles

Ya hemos señalados que el principal derecho político, el de sufragio, se halla normalmente limitado por el contenido del fallo condenatorio y, en consecuencia, sólo los presos preventivos pueden ejercitarlo. Desde luego, por el sentido de la pena creo que puede quedar igualmente limitado el derecho a participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, pero no encuentro obstáculo para que puedan

(73) Vid. Beristain, A., “Asistencia religiosa. Derechos religiosos de los sancionados a penas privativas de libertad”, en *Comentarios a la legislación penal*, Tomo VI, vol. 2º, cit., págs. 803 y ss.

(74) Vid. los arts. 187 y 188 del Código penal sobre responsabilidad en estos casos de los funcionarios de prisiones y de la autoridad judicial.

ejercitar la acción popular (art. 125 CE) o hacer uso del derecho de petición individual o colectiva (art. 29 CE). En cuanto al derecho de asociación (art. 22 CE), con las limitaciones que el propio texto constitucional establece, tampoco veo dificultad para que pueda ser ejercido por los reclusos si bien, indudablemente, por el sentido de la pena se restringe el derecho a participar en las actividades de la asociación. Otro tanto sucede con los derechos de reunión y manifestación (art. 21 CE), aunque éstos presentan aún mayores dificultades, pues normalmente afectarán a la seguridad de la prisión y podrán ser por tanto limitados por la normativa penitenciaria (75); normativa que, en realidad, sólo alude al derecho de reunión reconociendo las denominadas “reuniones laborales de grupo” (art. 203,2º RP), pero no hay que olvidar que se autoriza el uso de medios coercitivos para “vencer la resistencia activa o pasiva de los internos a las órdenes del personal penitenciario en el ejercicio de su cargo” (art. 45 LOGP), medida que, según creo, en el caso de resistencia pasiva, sólo estaría efectivamente justificada si peligrara el orden y seguridad del establecimiento.

En el ámbito de los derechos civiles, desde luego el derecho de propiedad no se pierde por la condición de recluso, aunque ciertamente se restringe la posesión o el uso (76). Asimismo se puede comprar en los economatos o dependencias que existen en los propios establecimientos penitenciarios, habitualmente con la llamada “tarjeta de compra” que facilita la propia Administración; en algunos centros, en especial en los de régimen abierto, está permitido el uso de dinero.

Dentro de estos derechos existe una protección especial a los relacionados con la familia. Al derecho a contraer matri-

(75) Mapelli, op., cit., pág. 244, es partidario de un régimen asambleario en la prisión que supone un pleno reconocimiento del derecho de reunión.

(76) Vid. art. 22 LOGP y 18 RP en virtud de los que no se permite tener objetos peligrosos, dinero u objetos de valor que serán guardados con el correspondiente recibo o enviados a las personas que autorice el interno.

monio (art. 32 CE) no se alude expresamente pero no existe ninguna norma que lo limite y de hecho está prevista la concesión de permisos extraordinarios de salida por razón de matrimonio (77); hay obligación de informar al recluso del fallecimiento o enfermedad grave de los familiares (art. 47,1 LOGP) y asimismo, como ya sabemos, se regula el derecho de visitas y comunicaciones familiares y las reclusas pueden tener en su compañía a los hijos hasta la edad de escolaridad obligatoria. Por otra parte, la familia tiene frente al recluso el derecho de que éste contribuya a las cargas familiares con el producto del trabajo (art. 33). Finalmente, es importante destacar aquí la previsión contenida en el art. 12,1º de la LOGP donde se indica que debe procurarse que en cada área territorial existan suficientes establecimientos para satisfacer las necesidades penitenciarias y evitar el desarraigo social de los penados, es decir, en la medida de lo posible la condena debe cumplirse cerca del lugar de residencia del recluso con el objeto de facilitar las visitas familiares; con todo, es indudable que, al margen de imposibilidades materiales, la ley autoriza los traslados a otros centros en razón del tratamiento o por razones de seguridad (78).

C) Derechos sociales, económicos y culturales

El derecho a la educación (art. 27 CE) y el acceso a la cultura (art. 44 CE) se hallan ampliamente desarrollados en la legislación penitenciaria (arts. 55 a 58 LOGP), obligando a que cada prisión cuente con una escuela y una biblioteca para la instrucción de los internos “especialmente de analfabetos y jóvenes”. Asimismo, se ordenan medidas para el fomento de

(77) Circular de 4 de octubre de 1978 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

(78) Estas son las razones aducidas generalmente para el traslado sobre todo de presos especialmente agresivos o de los “políticos” cuya dispersión penitenciaria sigue provocando numerosas quejas por parte de internos y familiares.

los estudios y de la cultura, como el libre acceso a libros, periódicos y medios de comunicación audiovisuales, o el derecho a comunicar con los profesores y realizar los correspondientes exámenes. Fomento que, como ahora veremos, también se lleva a cabo a través de considerar los estudios como parte del trabajo penitenciario (art. 27,1 b) LOGP), con los consiguientes beneficios a que ello puede dar lugar.

Con respecto al derecho al trabajo, ya hemos comentado la polémica doctrinal sobre si éste debe concebirse como un derecho fundamental del penado al puesto de trabajo o se trata, según creemos, de un derecho que sólo obliga a realizar una política de fomento de empleo; en cualquier caso, lo que no parece que exista es una obligación de trabajar para el recluso (79). No obstante, conviene que realicemos ahora algunas precisiones sobre el concepto de trabajo que nos ofrece la legislación penitenciaria, pues me parece que de la misma se deduce un significado más amplio que el referido en el derecho general del art. 35 de la Constitución.

En este sentido, el art. 27 de la LOGP equipara al trabajo una serie de ocupaciones como los estudios, las prestaciones personales, etc., que, según indica Mapelli, “permiten concluir que en el ámbito penitenciario trabajo equivale a cualquier actividad que origine o fomente la creatividad, la formación o la productividad del recluso” (80). Esta equiparación puede permitir, en efecto, que la Administración cumpla con el deber, formulado en el art. 26 e) de la LOGP, de facilitar un trabajo, es decir una ocupación, a cada recluso, pero lo que ya es mucho más dudoso es que esta ocupación tenga que estar siempre remunerada, es decir, que dé lugar en todos los

(79) Vid., Bueno Arus, F., “Los derechos de los internos”, cit., pág. 70 y Mapelli, B., op., cit., pág. 167 y 219 y ss. quien señala la inconstitucionalidad del art. 29,1º de la LOGP que declara la obligación de trabajar de los penados.

(80) *Principios...*, cit., pág. 169.

casos a una auténtica relación laboral (81). A nuestro juicio, esta concepción del trabajo en el ámbito penitenciario tiene perfecto encaje con la orientación de las penas a la reeducación y reinserción social pues, sin duda, la ocupación es uno de los medios que más eficazmente puede propiciar estos resultados; por lo demás, realizar cualquiera de estas tareas podrá dar lugar a obtener los beneficios penitenciarios correspondientes (82), pero sólo en el caso de una labor productiva y, por tanto, remunerada (83) podrá hablarse de un auténtico ejercicio del derecho al trabajo.

Por otra parte, la ley penitenciaria especifica que la remuneración por el trabajo se establecerá atendiendo a la actividad, rendimiento y categoría profesional del recluso. Asimismo, éste tiene derecho a que el trabajo se realice en las condiciones de seguridad e higiene previstas por la legislación laboral vigente (arts. 26, f, 27, 2 y 33 LOGP) e incluso el art. 201 del Reglamento Penitenciario establece un orden de prelación para ocupar los puestos disponibles. En cuanto a los beneficios de la Seguridad Social, se reconoce el derecho a conservar los adquiridos antes del ingreso en prisión (art. 3,2 LOGP) y el derecho a la prestación por desempleo a los que se inscriban en las correspondientes oficinas dentro de los quince días siguientes a su excarcelación (art. 35 LOGP) (84).

(81) La variedad de ocupaciones que el precepto equipara al trabajo es el obstáculo fundamental para que puedan ser consideradas como "relación laboral", categoría que rechaza gran parte de la doctrina. A juicio de Mapelli, op., cit., pág. 169, excepto en los casos de formación académica, prestaciones personales y obligaciones terapéuticas, el resto de las ocupaciones pueden dar lugar a una relación laboral.

(82) Beneficios que también alcanzan a quienes, por razones físicas, médicas, de edad, etc., se les considera excusados de trabajar (art. 29, 1 LOGP).

(83) En este sentido el art. 27,2 de la LOGP aclara que "todo trabajo productivo que realicen los internos será remunerado", es decir, limita el mandato de que el trabajo será remunerado a los casos de que éste genere productividad.

(84) Sobre el trabajo penitenciario vid. los numerosos artículos de J. L. De la Cuesta Arzamendi en el citado vol. VI de los *Comentarios a la legislación penal*.

Finalmente, y dentro todavía del ámbito laboral, la normativa penitenciaria admite la defensa del trabajador mediante el conflicto individual (art. 34 LOGP) pero no mediante el colectivo; con mayor razón parece que debe excluirse el derecho de huelga. No existe unanimidad en relación con el derecho de sindicación del art. 28,1; Bueno Arús lo niega en base a lo establecido en el art. 8,1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que admite su restricción “en interés de la seguridad nacional o el orden público o para la protección de los derechos y libertades ajenos”, lo que, a su juicio, “es aplicable a la situación de los establecimientos penitenciarios, salvo tal vez las prisiones abiertas”. Para otros autores, sin embargo, la sindicación puede ejercitarse por los reclusos pues no existe ninguna limitación expresa en la ley penitenciaria (85) y, a nuestro juicio, tampoco vemos obstáculo alguno, ni creemos que tal derecho pueda afectar a la seguridad nacional o al orden público (86).

3.- Derechos penitenciarios

a) Derechos derivados del régimen

Finalmente, existen una serie de derechos que sólo pueden predicarse de la persona sometida a privación de libertad y, aunque no tienen por sí mismos el carácter de fundamentales, en muchos casos se encuentran, no obstante, íntimamente relacionados o son desarrollo de un derecho de ese carácter. Siguiendo también en este ámbito la clasificación ofrecida por Bueno Arús, cabe distinguir entre los derechos relativos al régimen de las prisiones y aquellos otros derivados del tratamiento que puede recibir el recluso.

(85) En este sentido Mapelli, B., op., cit., pág. 230 y ss. y De la Cuesta, J.L., “Sistemas de organización...”, cit., pág. 489.

(86) Entiéndase que la sindicación es un derecho de los trabajadores en tanto que trabajadores, no en tanto que reclusos.

Dentro del primer grupo, y desde el momento de su ingreso en prisión, los internos tienen derecho a ser informados por escrito de sus derechos y deberes, del régimen del establecimiento, normas disciplinarias y medios de defensa (art. 49 LOGP). Esta información, contenida en folletos o cartillas, debe editarse tanto en castellano como en todos los idiomas oficiales de las distintas nacionalidades o regiones autónomas y existe obligación también, con respecto a los extranjeros, de traducir o explicar estos folletos (art. 133 RP). El derecho de información se extiende, asimismo, al expediente del interno relativo a su situación procesal o penitenciaria, a lo relacionado con el derecho al trabajo y a la evolución de su tratamiento (arts. 15 LOGP y arts. 28, 202 y 239,4º RP).

Por otra parte, los reclusos tienen derecho a que el horario y el trabajo u otras ocupaciones de las prisiones no impida el descanso nocturno de ocho horas ni el semanal (arts. 25,2 y 33,1 LOGP), así como a la concesión de permisos de salida en las condiciones y límites establecidos en los arts. 47 y 48 de la LOGP para los casos de fallecimiento de familiares o alumbramiento de la esposa y “salvo que concurren circunstancias excepcionales”. Un derecho singular es el referido a la participación del recluso en todas las actividades de la prisión tanto laborales, como educativas, culturales etc. (art. 24 LOGP), quedando únicamente excluidos del desempeño de facultades disciplinarias (art. 41,2º LOGP). En cuanto al régimen disciplinario rige el principio de legalidad sobre tipicidad de hechos y sanciones (art. 42,1 LOGP) así como el derecho a la información y a la defensa (art. 44 LOGP), habiendo declarado expresamente el Tribunal Constitucional que la sanción de aislamiento, en sí misma, no supone vulneración de derechos fundamentales (87).

(87) STC 2/1987, de 21 de enero, Fundamento Jurídico 2. En opinión del Constitucional, lo relevante para estimar que la sanción pudiera considerarse como trato inhumano o degradante son las circunstancias que rodean a la misma, como alimentación, dimensiones de la celda, duración de la medida, etc. El tiempo máximo de cumplimiento de esta sanción en nuestro orde-

Por último, cabe preguntarse si existe un derecho del recluso a la libertad condicional y a los llamados "beneficios penitenciarios". Con respecto a la libertad condicional entiendo que, como señala Bueno Arús, si se dan los requisitos establecidos en los arts. 98 y ss. del Código penal, existe, en efecto, un auténtico derecho subjetivo del condenado a su concesión (88) y creo que lo mismo cabe decir a propósito de los beneficios penitenciarios, sobre cuyo concepto y naturaleza no se pronuncia expresamente la vigente ley penitenciaria (89). Ahora bien, entre tales beneficios el Reglamento Penitenciario sólo prevé el adelantamiento de la libertad condicional y la posibilidad de solicitar al Juez de Vigilancia la tramitación de un indulto particular (arts. 256 y 257); nada se dice, en cambio, acerca de la redención de penas por el trabajo quizás, como señala Manzanares Samaniego, por la confianza en la rápida promulgación del nuevo Código penal cuyo proyecto no lo contempla (90). La redención de penas está, sin embar-

namiento se establece por la LOGP en 14 días, aunque, en caso de acumulación de sanciones, puede llegar hasta el límite de 42 días consecutivos, límite que, a juicio de nuestro más alto Tribunal, tampoco supone en sí mismo vulneración de derechos.

(88) "Los derechos de los internos", cit., pág. 75. La concesión corresponde al Juez de Vigilancia penitenciaria y la tramitación del expediente se halla regulada en los arts. 58 y ss. del Reglamento Penitenciario computándose para su concesión el tiempo que ha podido ser objeto de indulto así como las reducciones por beneficios penitenciarios. La medida puede ser revocada, conforme al art. 99 CP, si el beneficiado vuelve a delinquir u observa mala conducta. Por otra parte, la extensión del beneficio a los sentenciados de 70 años aunque no hayan cumplido las tres cuartas partes de la condena, prevista en el art. 60 del mencionado Reglamento, conculca según Manzanares Samaniego el principio de legalidad al no estar prevista en el Código Penal ni en la Ley penitenciaria. "La problemática actual del Juez de Vigilancia", en *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1981, págs. 24 y ss.

(89) Únicamente en el art. 29, 1 se alude a que las personas excusadas de trabajar podrán obtener beneficios penitenciarios y en el art. 76 c), entre las competencias del Juez de Vigilancia penitenciaria, se incluye "aprobar las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena".

(90) "Redención de penas por el trabajo", en *Comentarios a la legislación penal*, cit., pág. 551.

go, expresamente regulada por el art. 100 del Código penal reformado en este punto por la Ley de 25 de junio de 1983 (91), es decir, con posterioridad a la entrada en vigor de la normativa penitenciaria, y su aplicación, constante en la práctica, es una de las clásicas medidas orientadas hacia la reeducación y reinserción social del penado (92).

b) Derechos derivados del tratamiento

El tratamiento consiste, dice el art. 59 LOGP, “en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados” y se concibe, según señala la doctrina (93), como un derecho del recluso a recibir individualizadamente una atención tanto médica como pedagógica o social (art. 62 LOGP) para ser capaz de llevar en el futuro “con conciencia social, una vida sin delito” (art. 61 LOGP), es decir, que facilite su reeducación y reinserción social. El recluso tiene, asimismo, derecho

(91) En el vigente art. 100 del Código penal se contempla la posibilidad de que, previa aprobación del Juez de Vigilancia penitenciaria, se pueda redimir un día de condena por cada dos trabajados. Se excluye asimismo expresamente de este beneficio a los que quebranten o intenten quebrantar la condena y a los que reiteradamente observen mala conducta.

(92) Una de las principales críticas que ha recibido tanto la redención de penas por el trabajo como todas las medidas que supongan un acortamiento de la condena es que el cómputo de los beneficios no se realice desde la duración de la pena efectivamente impuesta sino que el límite máximo es el de cumplimiento de las mismas, es decir, de 30 años como prescribe al art. 70 CP. A mi juicio, sin embargo, realizar el cómputo desde la pena efectivamente impuesta, como señala el Anteproyecto de Código Penal de 1992 para los supuestos de terrorismo (art. 93), no sólo puede hacer ineficaz el derecho a estos beneficios, sino que resulta poco compatible con la orientación constitucional de las penas hacia la reeducación y reinserción social e incluso con la prohibición de imponer penas inhumanas si no se respeta el límite máximo de cumplimiento de la privación de libertad.

(93) Vid., por todos, los trabajos de J. L. Manzanares Samaniego y A. Fernández Albor sobre el tratamiento en el citado Tomo VI de los *Comentarios a la legislación penal*.

a ser clasificado en el régimen más adecuado a su tratamiento, clasificación que debe tener en cuenta no sólo la duración de la pena sino su personalidad e historial familiar, social y delictivo (art. 63 LOGP) pudiendo solicitar cada seis meses la revisión de la clasificación (art. 65,4 LOGP); “en ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión” (art. 72,4 LOGP).

Al tratamiento quedan además supeditados, como ya hemos visto, muchos de los derechos del interno y en virtud del mismo se pueden establecer restricciones al trabajo, comunicaciones, a su clasificación etc., pero respetando “los derechos constitucionales no afectados por la condena”, según declara el art. 60, 2 de la LOGP. En todo caso, es opinión mayoritaria de la doctrina, que no existe obligación por parte del recluso de someterse al tratamiento ni de participar por tanto en las actividades que éste implique (94).

c) Derechos del liberado

Por último, el preso excarcelado tiene también una serie de derechos que, en el momento de la liberación, están constituidos según el art. 17,4º de la LOGP por la entrega de su saldo de peculio y devolución de los valores y efectos depositados, así como el derecho a que se le certifique el tiempo que estuvo privado de libertad y la cualificación profesional obtenida; si carece de medios económicos, se le deben facilitar “los necesarios para llegar a su residencia y subvenir a sus primeros gastos”. Como ya hemos señalado, existe también el derecho a la prestación por desempleo (art. 35 LOGP).

(94) Como señala Bueno Arús, op., cit., pág. 77, la negativa al tratamiento no puede significar consecuencias disciplinarias o de restricción de derechos, pero indudablemente puede llevar a un retraso en la obtención de beneficios penitenciarios cuya concesión tiene en cuenta la evolución en el tratamiento del penado, es decir, “el rechazo al tratamiento no empeora la situación jurídica del interno, pero puede no ayudar a mejorarla”.

La asistencia postpenitenciaria prevista en los arts. 73 a 75 de la LOGP contempla el derecho a recibir asistencia social que puede recabarse de la llamada Comisión de Asistencia Social, órgano dependiente de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias. El liberado tiene, finalmente, derecho a la rehabilitación en los términos previstos en el art. 118 del Código penal sin que, como señala con cierta ingenuidad el art. 73.2 de la LOGP, los antecedentes puedan ser “en ningún caso motivo de discriminación social o jurídica”; desde luego, la liberación supone que el preso tiene derecho a ser reintegrado en el pleno disfrute de todos sus derechos limitados por el fallo condenatorio, el sentido de la pena o la ley penitenciaria.

IV. OBSERVACION FINAL

Si bien una explicación puramente normativa del orden jurídico puede parecer siempre insuficiente por cuanto no informa de sus dimensiones prácticas o empíricas, en un caso como el que nos ocupa el temor a esa insuficiencia se hace manifiesto, pues creo que existe una conciencia generalizada, y por lo demás fundada, de la notable distancia que separa el régimen jurídico de las prisiones de su realidad cotidiana. Por eso, con toda seguridad, considero que un estudio cabal de los derechos de los presos requeriría no sólo el examen más o menos acertado de la normativa jurídica, sino también un conocimiento empírico de su aplicación, es decir, de las posibilidades fácticas que ofrece el contexto penitenciario en general y el nuestro en particular para el desarrollo de los objetivos marcados en el Derecho; sin olvidar, ciertamente, los propósitos y el empeño de las autoridades responsables de ejecutar tales objetivos.

Desde luego, en un trabajo como este hubiera resultado imposible intentar una aproximación de ese género, e incluso hasta hubiese sido disonante en cualquier estudio normativo. Quede testimonio, no obstante, tanto de dicha insuficiencia como de su reconocimiento.