

MÓDULO INSTRUCCIONAL

DERECHO PENITENCIARIO

Consultor Nacional

JACOBO CÁLIX HERNÁNDEZ

Catedrático de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Tegucigalpa, MDC., febrero de 2006.

INDICE

UNIDAD I

	Pág.
LA IMPORTANCIA DEL DERECHO PENITENCIARIO EN LA EJECUCION PENAL.....	3
1. CONCEPTO DEL DERECHO PENITENCIARIO.....	3
1.1. SU AUTONOMÍA.....	7
1.2. SU RELACION CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y CON LOS DERECHOS HUMANOS.....	8
1.3. SU RELACION CON LA CRIMINOLOGÍA.....	9
1.4. SU RELACION CON EL DERECHO PENAL Y CON EL PROCESAL PENAL.....	10
2.-EVOLUCIONDEL SISTEMAPENITENCIARIO.....	11
2.1. CELULAR O PENSILVANICO.....	11
2.2. AUBURNIANO.....	13
2.3. EI PANÓPTICO.....	13
2.4. SISTEMA PROGRESIVO.....	14
2.5. REGIMEN ALL" APERTO.....	16
2.6. PRISION ABIERTA.....	16

UNIDAD I

LA IMPORTANCIA DEL DERECHO PENITENCIARIO EN LA EJECUCION PENAL.

1. CONCEPTO DEL DERECHO PENITENCIARIO

El concepto mismo del "Derecho Penitenciario" ha sido muy censurado y ha generado mucha polémica doctrinal¹, pues trasmite la idea de "penitencia o castigo", aunque nos parece esta equivocada idea del derecho penitenciario mancomunándolo con la pena y el castigo *-per se-* corresponde y es más propio de la operatividad que el sistema penitenciario tiene.- Así, en los países de pocos recursos económicos, por ejemplo, latinoamericanos los centros penales se han convertido en lugares de aislamiento únicamente destinados a la segregación de los infractores de la Ley penal, a través del encierro, sin ninguna posibilidad de rehabilitación y, sin definición, de políticas públicas que permitan buscar éste fin.

La corrupción dentro del ámbito penitenciario es tan grande que se "*come*" hasta los pocos recursos destinados para la alimentación de los privados de libertad. Los gobiernos no muestran un interés real por mejorar las condiciones carcelarias, existen varios argumentos, tales como; no se tienen ni se quieren invertir los pocos recursos económicos con que se cuenta en las cárceles, pues, se afirma que el ciudadano no entiende porque se deben invertir recursos económicos en los delincuentes, cuando no se pueden satisfacer los servicios básicos de la población, por ejemplo, educación, salud, vivienda, seguridad

¹ Cfr. Del Pont, Marco, Derecho Penitenciario, México, Cárdenas, Editor, 1938, Pág. 9. por lo anterior, dice éste autor "a los establecimientos donde se cumple una pena privativa de libertad, se les ha denominado por largo tiempo penitenciarías".

ciudadana, etc. Este tipo de opiniones de los ciudadanos ² el gobierno la toma muy en cuenta particularmente desde la perspectiva electoral.

Paradójicamente en los países con muchos recursos (primer mundo), la situación es a la inversa, el presupuesto penitenciario es elevado, pero no con miras a lograr rehabilitación precisamente, o como factor primordial. Así, gobiernos como el de los Estados Unidos (tendencia conservadora), se inclinan más por una política penitenciaria llamada de "*mano dura*" y "*máxima seguridad*" en la cual los recursos son destinados a la creación de prisiones de máxima seguridad, en las que es bastante común el régimen de trabajos forzados, mucha seguridad y personal especializado, pero se deja de lado, el tratamiento individualizado dirigido a la rehabilitación del privado de libertad, y son pocas las posibilidades de acortar³ la condena.⁴

La actual realidad penitenciaria no es congruente con los postulados y los objetivos del derecho penitenciario, situación que también es contraria a la concepción de lo que debe ser la resocialización o readaptación⁵ como fin de las penas, extremo muy relacionado con el derecho penitenciario, pues, en definitiva éste se concibe para reglar la ejecución de la pena privativa de libertad, siendo precisamente en la fase de ejecución de la pena que se deberá buscar o intentar

² Los estudios Criminológicos han demostrado que el miedo al crimen y la inseguridad ciudadana, generan enormes presiones sociales del público pidiendo más penas, lo cual estabiliza la justicia penal, a producir una expansión antes que una reducción del área punitiva. Ha sido también observado que manipular las posiciones del público y seguir su corriente, es el método característico usado por la *tecnocracia* para hacer política como espectáculo. Los estudios sobre opinión pública y criminalidad, sobre opinión y justicia penal han demostrado ampliamente que las exigencias de mayor pena son sobre todo el resultado de posiciones espontáneas sin reflexión, y no el fruto de una discusión pública de las personas en una actitud ciudadana y política. Cfr. Martínez, Mauricio, *Qué Pasa en la Criminología Moderna*, Temis, Bogotá. 1990. En nuestro medio las presiones de la opinión pública y publicada, se deben en parte a que, el CPP., y la función de la administración de justicia penal en general, no ha sido debidamente socializada.

³ Beneficios de excarcelación, lo que sería en nuestro caso- la libertad condicional.

⁴ Al existir pocas posibilidades legales de acortamiento de la condena o suspensión, aumenta el número de privados de libertad, ello, implica la necesidad de construir más prisiones, se calcula que el presupuesto penitenciario en EE.UU. en 1975 era de 4 billones de dólares- en 1994 era de 30 billones de dólares. Cfr. Borja Emiliano, *Ensayos de Derecho Penal y Política Criminal*, EJC, San José, Costa Rica. 2001. Pág. 266, 267.

⁵ Los términos Resocialización, Readaptación, Rehabilitación etc. se utilizan en el ámbito de Derecho Penitenciario y del régimen progresivo de ejecución penal, como sinónimos, para señalar el fin asignado a las penas, mediante la prevención especial (ver unidad II) .

quiera la rehabilitación como fin consustancial y legitimador de la potestad punitiva del Estado.

El derecho penitenciario, se ocupa en sentido estricto del efectivo cumplimiento de la ejecución de las penas privativas de libertad. En un sentido más amplio el derecho penitenciario ha sido ubicado por la doctrina dentro del llamado derecho ejecutivo penal⁶, el cual de manera más extensa se ocupa de la ejecución de todas las penas y medidas de seguridad, entonces, podemos afirmar que, el derecho penitenciario- es derecho publico- al que le corresponde regular jurídicamente la aplicación de la pena privativa de libertad y las medidas de seguridad, debiendo ser función también del derecho penitenciario la definición de los derechos que el recluso conserva en el cumplimiento de una pena privativa de libertad, los que se le suspenden y los que pueden surgir de esa especial condición de privado de libertad. En el intento de conceptuar un catálogo de derechos del privado de libertad, corresponde tener presente que la ejecución penal dentro de un Estado de Derecho debe practicarse con respeto absoluto a los derechos inherentes al ser humano, tales como, la dignidad humana, la integridad física, la vida, colocándose incluso el Estado en una posición adicional de garante de estos derechos de quienes cumplen una pena.- Al efecto, las normas jurídicas tanto nacionales como internacionales, protegen el derecho a la libertad personal, enfatizando que las privaciones de libertad deben darse siempre conforme al derecho preestablecido, de ello, se deriva que nadie puede ser sometido a detenciones o ejecución de penas privativas de libertad arbitrarias, degradantes o lesivas de la dignidad humana.

En el ámbito doctrinal el desarrollo del derecho penitenciario es muy reducido, por ejemplo, a la par del enorme desarrollo teórico del derecho penal que ha permitido desarrollar y aplicar el principio de legalidad criminal, o sistematizar la teoría del delito como método dogmático para establecer las características que debe reunir el ilícito, o del derecho procesal penal, orientado al desarrollo y

⁶ Del Pont, Marco, op-cit pág. 10.

cumplimiento de las exigencias de un "*debido proceso*", como garantía ineludible de todos los ciudadanos que eventualmente sean sometidos a un juicio penal. Ante lo anterior es totalmente escaso el desarrollo teórico del derecho penitenciario, debido fundamentalmente a dos aspectos. *Uno*: El desinterés de los juristas por ésta disciplina, dado que la atención ha sido puesta en las fases anteriores a la determinación de la pena, llegando por lo general hasta ese momento el interés doctrinal por desarrollar la dogmática penal y procesal penal, no obstante que desde la óptica del acusado, sobre todo sí es condenado, es sin duda, la fase de ejecución de la pena la que terminara teniendo más importancia. *Dos*: El olvido gubernamental por los centros penales, pues por lo general las personas privadas de libertad, entran en un territorio sin ley, donde el Estado nunca afirmó ni pretendido seriamente como es su obligación asegurar los derechos humanos de la población privada de libertad.

En nuestra actual normativa (Ley de Rehabilitación del Delincuente), por ejemplo, no existe un régimen disciplinario claramente establecido de los derechos y deberes legales que debe cumplir el privado de libertad. La Ley de Rehabilitación del Delincuente, no ha sido un instrumento eficaz para lograr la efectiva legalidad de la actividad penitenciaria, ni ha tenido operatividad real sobre el ámbito penitenciario, para garantizar un adecuado control de la ejecución penal, asegurando los derechos de los privados de libertad. Función de suma importancia que ahora el juez de ejecución regulado en el libro cuarto del Código Procesal Penal, debe garantizar en su condición de garante de los derechos de los privados de libertad y contralor de la legalidad de la ejecución penal.

Debido a situaciones como las mencionadas es que se ha afirmado correctamente: "*que si del derecho procesal se dijo alguna vez que era la cenicienta del proceso, del derecho penitenciario es menester decir, llegando a un extremo lamentablemente cierto, que es la cenicienta del derecho*"⁷. Siendo

⁷ Cruz Castro, Fernando, la sanción Penal aspectos Penales y Penitenciarios, San José Costa rica, publicación de la comisión para el mejoramiento de la administración de justicia, 1990. Pág. 17. quien cita a García Ramírez, Sergio.

necesario un cambio de actitud y política penitenciaria y criminal, pues, sino los sistemas penitenciarios, sólo seguirán manteniendo la constante degradación de la dignidad humana de las personas privadas de libertad.

1.1. SU AUTONOMIA

La discusión sobre si el derecho penitenciario es autónomo o no lo es, creemos ha quedado atrás, no existe duda que hoy en día aún con el poco desarrollo del mismo, éste derecho goza de su propia autonomía, dado que el efectivo cumplimiento de las penas privativas de libertad y medidas de seguridad, no es función del derecho penal ni del procesal penal y sólo puede serlo del derecho penitenciario, debido a la naturaleza, fines y objetivos distintivos de esta función.

En los últimos años esa autonomía se reafirma tanto científica como legislativa.

La primera por que se ha empezado a tocar el tema en el ámbito doctrinal con mayor interés, tal es el caso de países como Costa Rica, México, Argentina, España. La segunda, debido al desarrollo ya de mucha legislación especial sobre el tema como es el caso de México⁸.

El punto de partida de la autonomía del derecho penitenciario, se señala en época de la Italia Fascista donde la corriente de derecho penitenciario, proclamó la necesidad de su autonomía. De la mano de su principal expositor Juan Novelli en el Congreso de Palermo de 1932, donde se aprobó su autonomía. Un año después aparece la obra de Novelli, "La Autonomía del Derecho Penitenciario", que proponía un cuerpo de normas distintas o independientes a los Códigos Procésales y Penales⁹.

⁸ Así dice MARCO DEL PONT dice: "Somos Partidarios de la autonomía por la enorme importancia que ha adquirido esta rama del derecho, por la naturaleza especial de su andamiaje jurídico. Reconocemos que es un tema polémico, pero la realidad nos inclina a adoptar esta postura" DelPont, Marco, Op-cit, Pág. 16.

⁹ Cfr. Ibidem. Quien señala como el primer precedente de cátedras de derecho penitenciario, la ubicada en el plan de estudios de la Escuela de perfeccionamiento en derecho penal., organizada y dirigida por Alfredo

1.2. SU RELACION CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y CON LOS DERECHOS HUMANOS

Al estudiar la relación del derecho penitenciario con otras disciplinas, para poder ubicar mejor esta materia y sus límites, debemos comenzar evidentemente con la relación existente con el derecho constitucional y con los derechos humanos, en el caso de nuestro país la normativa constitucional contiene disposiciones que definen claramente el ámbito penitenciario y la ejecución de las penas.-Así el artículo 68 dice: " Toda persona privada de libertad será tratada con el respecto debido a la dignidad inherente al ser humano". El artículo 85:" *Ninguna persona puede ser detenida sino en los lugares que determine la Ley*". El 86 dice: "*Toda persona sometida a juicio, que se encuentre detenida, tiene derecho a permanecer separada de quienes hubieren sido condenados por sentencia judicial*".El artículo 87, por su parte establece que: "*Las cárceles son establecimientos de seguridad y defensa social. Se procurara en ellas la rehabilitación del recluso y su preparación para el trabajo*". Asignado ésta norma una clara función de prevención especial a las penas, permitiendo también la noción de teorías mixtas al referirse al concepto de defensa social.

En las normas constitucionales precitadas se establece con claridad que, la actividad penitenciaria y el fin de rehabilitación asignado a la pena privativa de libertad tienen rango constitucional, por ende, estas disposiciones sólo pueden ser desarrolladas por las leyes secundarias, atendiendo la finalidad del precepto constitucional y, no en contra del fin implícito en estas, del cual se colige que la ejecución de las penas privativas de libertad tiene un límite que deberá siempre respetar la dignidad humana, por ende, los privados de libertad, no pueden ser considerados nunca por la administración penitenciaria como sujetos sin derechos.

De igual manera el ámbito penitenciario se relaciona con los derechos humanos garantizados en la Constitución de la República y en los convenios internacionales, como lo es el caso de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, la cual en el artículo 5 "Derecho a la Integridad Personal" numerales 1 al 6 establece parámetros de aplicación vinculante en el cumplimiento de la pena privativa de libertad para los países partes, parámetros claramente encaminados al respeto de la dignidad humana en la ejecución penal.

En consecuencia el derecho penitenciario y la actividad penitenciaria están relacionados estrechamente en sentido de estricto cumplimiento a las disposiciones constitucionales, que como las mencionadas entre otras, hacen una clara referencia y establecen mandatos al ámbito de ejecución penal.

1.3. SU RELACION CON LA CRIMINOLOGÍA

No obstante las diferencias existentes entre la criminología como ciencia descriptiva y el derecho penitenciario como ciencia normativa, dado que la primera se ocupa de describir el fenómeno delictivo, mientras que la segunda, se ocupa de establecer normas en la aplicación de la pena privativa de libertad, no hay duda que existe entre ambas una íntima relación. Se puede afirmar que es con la criminología tradicional o clásica, con la cual se manifiesta más claramente la relación en referencia, pues ésta corriente de la criminología es la que se ocupa de estudiar al delincuente.

Así los criminólogos clásicos utilizaron la prisión para sus estudios, desde el mismo Lombroso¹⁰ autor de la "Luomo Delincuente", donde se relatan características de los tipos básicos de delincuentes abundantes en las prisiones

¹⁰ Cesare Lombroso (1835-1909), médico forense que realizó investigaciones positivistas dentro de las cárceles, instituciones militares y manicomios. Lombroso define una antropología criminal determinada por caracteres somáticos y biológicos del delincuente, así en cada delincuente debían observarse características

de aquellas época, tales como el delincuente nato o moral, epiléptico, loco ocasional y pasional, precisamente el delincuente nato era una sub especie humana diferente según lombroso por determinadas características, corpulento, zurdo, etc. lo cual hoy en día es totalmente insostenible.

En la actualidad el desplazamiento de la criminología clásica, a la moderna o critica, ha variado desde el enfoque meramente biológico o psicológico a un enfoque más social y amplio entre las relaciones de la prisión y la sociedad. Las corrientes criticas de la criminología sostienen planteamientos de modificación, no sólo de la prisión, sino también de la propia estructura social que según la corriente critica es la que genera las verdaderas causas del delito, es decir, el delito depende más de factores sociales, o de etiquetamiento¹¹, que del individuo mismo, por lo cual el estudio del delincuente *per se* ha sido abandonado, para analizarse el delito más desde una perspectiva social, conclusiones que pueden ser muy importantes para tomar en cuenta en el proceso de clasificación y tratamiento que se debe dar a los condenados con miras a obtener rehabilitación social.

1.4. SU RELACION CON EL DERECHO PENAL Y CON EL PROCESAL PENAL

Con el derecho penal y con el procesal penal, el derecho penitenciario encuentra también un vinculo muy claro, pues el primero es el que establece normativamente las penas y medidas de seguridad que se podrán aplicar y sobre las cuales operara el derecho penitenciario.

El derecho procesal penal manifiesta también una clara relación no sólo con el derecho penitenciario y con todo el ámbito penitenciario, en nuestro sistema normativo la ejecución de la pena está comprendida precisamente en la normativa

degenerativas que lo definirían como tal, tesis hoy en día totalmente insostenible, pero todavía de referencia infaltable en le tema.

procesal penal, por ejemplo, la figura del juez de ejecución que si bien no se trata del mismo juez de sentencia, se trata del mismo juez natural exigido por el "debido proceso", para garantizar la efectiva legalidad de la ejecución penal, pero que no debe entenderse o tenerse para interferir propiamente en la actividad meramente administrativa, sino sólo para ejercer un control judicial sobre esa actividad administrativa asegurando los derechos y garantías de los privados de libertad, para ello, debe enmarcar sus actuaciones en las formas y principios predeterminados en la normativa procesal.

2.- EVOLUCION DEL SISTEMA PENITENCIARIO

El sistema penitenciario como tal, ha evolucionado notablemente desde los orígenes y esa evolución se basa en una diversidad de problemas que el encierro carcelario ha presentado desde siempre lo cual ha dado lugar a profundas reformas, esos problemas son entre otros: el hacinamiento, promiscuidad, falta de higiene, salud, trabajo y rehabilitación de los reclusos, etc.

Los primeros sistemas conocidos son el celular o pensilvánico y el auburniano.

2.1. Celular o Pensilvánico:

Este sistema nace con las colonias que transformaron más tarde a los Estados Unidos de Norte América y fue creado por el cuáquero Guillermo Penn, en 1681.¹²

¹¹ Claro ejemplo, es la tipificación abstracta del Artículo 332 del C .P., que lo que hace es rotular como delincuentes a quienes en realidad sólo son producto de las condiciones sociales que el Estado no ha podido satisfacer.

¹² Cfr. Sandoval Huerta, Emiro, Penóloga, Colombia, Ediciones Jurídicas, Reimpresión, 1998. Pág. 97.

Las características del sistema pensilvanico eran en su forma original las siguientes: aislamiento o segregación celular, prohibición de trabajar, educación religiosa, silencio absoluto.

El aislamiento permanente; radicaba como su nombre lo indica, en que cada sentenciado debía estar aislado, siempre en su propia celda, sin ningún contacto externo de lo cual también surge el nombre "celular"¹³.

La prohibición de trabajar; en principio no se permitía el trabajo, situación natural con la modalidad de aislamiento permanente, no obstante esa prohibición de trabajo tuvo poco tiempo vigencia, permitiéndose posteriormente el trabajo individual en las celdas, para buscar una utilidad económica, pero esta modalidad es obvio no podía producir tampoco mayores utilidades económicas, recibiendo también fuertes críticas¹⁴.

La educación religiosa; dado que el régimen "pensilvano o celular" nace con una comunidad esencialmente religiosa como lo eran los cuáqueros, era comprensible entonces que, se incluyera como elemento característico de éste régimen. El ayuno o reducción de alimentos eran formas de penitencia más que de sanción, supuestamente para lograr el arrepentimiento y enmienda del recluso.

El silencio absoluto; era una característica natural al que los reclusos vivían obligados, lo cual era compatible con el aislamiento permanente en que se les mantenía.

¹³ Cfr. Ibidem. Pág.99. Quien dice que esta característica fue la más criticada de este sistema, citando a Ferri, quien en 1885, en una conferencia habría dicho que el aislamiento celular era una de las aberraciones más grandes.

¹⁴ Ibidem. Pág. 100.

2.2. Auburniano:

Nace en el cárcel de Auburn en 1820, estado de Nueva York¹⁵, en este sistema se introduce el trabajo diurno en común sin hablar y se caracteriza por el aislamiento nocturno, llamándole por ello "régimen del silencio", no obstante en el día era relativo, existiendo alguna comunicación, pero se pretendía convivencia en silencio, por ejemplo, lecturas sin comentarios, etc.

Este sistema surge ante las deficiencias notables que presentaba el "celular", pretendiendo también encontrar uno de menos costos económicos, implementado los talleres para trabajo de los reclusos, para hacerlo sostenible económicamente.

Este sistema se caracterizó por el aislamiento celular nocturno, trabajo en común, y por implantar una rígida disciplina, y silencios absolutos, las faltas e infracciones a la reglamentación, eran sancionados con severos castigos.

2.3. El panóptico:

Este sistema propuesto por Jeremías Bentham, se caracteriza por definir claramente la estructura que debían reunir los centros penitenciarios y, su régimen de gobierno interno, pretendiendo hacer de los centros penales, lugares más seguros para guardar a los presos y mucho más económicos para operar, procurando su reforma moral¹⁶ para su posterior liberación.

Esta construcción consistía en un enorme edificio circular ubicándose a lo largo de las circunferencias las celdas, para alojar a no más de cuatro reclusos¹⁷, manteniéndose en el centro a un nivel superior una torre o centro de vigilancia,

¹⁵ Del Pont, Marco, O-cit, Pág. 143.

¹⁶ Cfr. Sandoval Huertas Emiro, op-cit, Pág. 107.

¹⁷ Ibidem, Pág. 108.

desde la que se puede observar todas las celdas y mantener un control de las actuaciones de los reclusos. Diseño que se mantienen en la actualidad, con la idea de contar con una estructura que asegure el efectivo control de la población penitenciaria.

2.4. Sistema Progresivo

Este sistema más moderno consiste en buscar la rehabilitación social de manera progresiva, es decir, mediante etapas o grados en forma sucesiva y estrictamente científica, por lo que se basa en el estudio profesional y técnico del privado de libertad para medir su progreso de acuerdo a los fines de rehabilitación.

La rehabilitación o resocialización del privado de libertad como fin de las penas (prevención especial), parte de la idea de que el hombre es un ser en evolución y se cree en su cambio y transformación, buscando con un adecuado tratamiento profesional brindarle todas las oportunidades de rehabilitación, para que se pueda convertir en alguien útil para la sociedad. Siendo fundamental para ello proporcionarle un trato digno a su condición de ser humano, pues los abusos, violaciones a derechos fundamentales y etiquetamiento a la autoestima del recluso, imposibilitan poder lograr fines de rehabilitación.

El sistema de tratamiento progresivo, opera por diferentes etapas o momentos desde que el recluso entra a prisión, éstos por lo general son:

La observación; que es el primer momento que se realiza dentro del tratamiento progresivo, cuando el privado ingresa al centro penal, se debe efectuar por determinado tiempo un diagnóstico clínico criminológico del individuo. Para poder posteriormente clasificarlo adecuadamente y darle el tratamiento de acuerdo a su perfil profesional, social edad, etc. aspectos que se deben tomar en cuenta también para clasificarlo.

Clasificación; Es la etapa donde una vez ubicado el privado de libertad se inicia el tratamiento de rehabilitación, el cual debe efectuarse siempre respetando la autonomía del individuo, es decir, no se debe iniciar un tratamiento sin la voluntad del privado de libertad y debe colocársele en el grupo más a fin a su personalidad y cercana a lo que era su modo de vida en libertad, ello facilita mejor el tratamiento.

Periodo de prueba; Esta etapa significa una confianza de la administración penitenciaria hacia el privado de libertad, pues en ella se disminuye notablemente la coerción y se le incorpora a un grupo que se encuentra en un espacio más abierto y de auto disciplina, se concedan permisos transitorios de fines de semana, etc., de conformidad a lo preceptuado en la respectiva legislación.

Libertad Condicional; Consiste en la posibilidad de cumplir¹⁸ parte del plazo de la condena en libertad, bajo ciertas condiciones, dentro de esta fase debe incluirse la libertad asistida para que aquellos que no cumplen los requisitos de libertad condicional, también puedan salir bajo ciertas condiciones anticipadamente que deben ser reguladas con precisión.

Dado que el sistema progresivo ha recibido también fuertes críticas, como es la centralización disciplinaria la rigidez de las etapas, la constante falta de personal calificado para ofrecer rehabilitación. Es aconsejable flexibilizar el tránsito de una etapa a otra, y que el recluso no sea ubicado al ingresar a prisión forzosamente en la primera etapa y que cuando no puede seguir de una etapa a la otra, no debe nunca retroceder como castigo, pues, vuelve más difícil la rehabilitación que se busca, haciendo que se pierdan las expectativas de parte del privado de libertad, generando el aumento del descontento y la inestabilidad dentro de las prisiones.

¹⁸ De acuerdo a lo establecido en el artículo 76 del C. P.

2.5. REGIMEN ALL" APERTO

Este régimen como lo indica la expresión italiana con la cual se denomina usualmente, indica que es una institución consistente en establecimientos para trabajo de los sentenciados ubicados al aire libre, es decir fuera de los muros de las prisiones y se considera que puede estar dentro del sistema progresivo como un ultimo momento del mismo, o bien de forma independiente a este régimen¹⁹.

2.6. PRISION ABIERTA

Esta es la última creación en lo que se refiere a las penas privativas de la libertad personal, pero como bien señala Emiro Sandoval, hasta el momento, es una creación más teórica que practica,²⁰ lo constituye esta institución denominada con la paradójica expresión de "Prisión Abierta". Quiere expresar éste autor al parecer la contradicción y, a la vez, la reafirmación que la única forma posible de resolver el problema y los inconvenientes de la cárcel sería no teniéndola conceptualmente como un lugar de reclusión.

La prisión abierta surge desde una perspectiva filosófica de prevención y rehabilitación. Partiendo de la clara convicción de que solo unos pocos reclusos necesitan la prisión y, de que, el deterioro carcelario más bien ha fomentado la criminalidad y alejado las posibilidades reales de rehabilitación dentro de los centros penales.

Las características de este sistema son: a) Ausencia absoluta de obstáculos contra las evasiones; b) Régimen disciplinario voluntario aceptado por los reclusos. Se entienden las prisiones abiertas como aquellas donde el recluso sale por el día a su trabajo normal y regresa por la noche sin ninguna coerción, o de

¹⁹ Sandoval Huertas, Emiro, Op-cit, Pág. 124.

²⁰ Cfr. Ibidem. Pág. 126.

algunas prisiones brasileñas donde los internos conviven con sus familias²¹, que lo que hacen es trasladar todo el problema social a las prisiones.

Este sistema también ha sido fuertemente criticado por diferentes sectores sociales ya que por lo general se considera que todo recluso es peligroso y el único lugar seguro para él y, para la sociedad, es teniéndolo en prisión.

Dice Emiro Sandoval²² La Prisión abierta, conforme han señalado los mismos autores que propugnan su creación y uso, puede asumir dos modalidades distintas, o como institución autónoma, a la que vayan directamente los sentenciados que han sido escogidos mediante el proceso de selección considerado presupuesto imprescindible para su funcionamiento, o como última fase de un régimen progresivo, es decir, que a ella llegarían los condenados que hayan superado exitosamente las diversas etapas o periodos de uno de tales regímenes. Teóricamente esta última modalidad aparece mucho más viable que la primera y en ella los distintos momentos del régimen progresivo harían las veces, o por lo menos contribuirían, al proceso de selección.

²¹ Cfr. Del Pont, Marco, *op-cit*, Pág. 156 citando la obra de Neuman- Prisión Abierta, una Experiencia Penológica, Buenos Aires, de palma, 1962.

²² Cfr. Sandoval Huertas, Emiro, *Op-Cit*, Pág.129.

INDICE

UNIDAD II

	Pág.
1. Las Teorías de las Penas.....	19
1.1. Teorías Absolutas.....	20
1.2. Las Teorías Relativas o de la Prevención.....	23
1.2.1. La Prevención General.....	24
1.2.1. A) Prevención General Negativa.....	24
1.2.1 B) Prevención General Positiva.....	25
1.2.2 La Prevención Especial.....	25
1.3. Las Teorías Mixtas.....	28
2. La Función de las Medidas de Seguridad.....	29
2.1. Diferenciación de la Función de las Medidas de Seguridad y de las Penas.....	31
3.- Se Podrá Renunciar a la Pena.....	32

UNIDAD II

1.- LAS TEORIAS DE LAS PENAS

La materia del tema de las consecuencias jurídicas propias del derecho penal, se puede caracterizar como la teorización en esta rama del derecho de los puntos de vista que consideran al derecho penal como un instrumento al servicio del valor *justicia*, frente a los que lo entienden como un instrumento que debe servir prioritariamente al valor *utilidad*. La primera concepción guarda una mayor relación con la moral, mientras que la restante se vincula más con la política social²³.

Así es conocido enfrentamiento radical que mantuvieron las conocidas escuelas dando lugar a la "Lucha de Escuelas" (S.XIX) donde la escuela clásica sostenía su tesis, por medio de las llamadas "*Teorías Absolutas*" de la pena. Y la escuela positiva²⁴, por su parte, sostenía como el único criterio válido el de la *utilidad* expresada a través de las "*Teorías Relativas*" de la pena.

En la actualidad el discurso jurídico penal, no sólo se circunscribe a la definición de las sanciones y enumerarlas, por teleología propia debe buscar respuestas a las interrogantes que se derivan de los efectos de la aplicación del derecho punitivo que generan el inagotable debate dogmático, así por ejemplo: a) la razón y sentido de los límites de la acción penal, b) la fundamentación constitucional c) el asidero de la legitimación, d) la finalidad perseguida, e) los denominados sustitutivos penales. Ello, plantea el sentido que deberá tener, o si se quiere que se le deba asignar a *la pena*

²³ Cfr. Bacigalupo, Enrique, *Manual de Derecho Penal*, Santa Fé de Bogotá Colombia., Editorial Temis, 1996, Pág. 11.

²⁴ Así la Scuola Positiva de Cesare Lombroso y su *L uomo delinquente*, pretende aplicar los métodos de las ciencias naturales a las ciencias sociales, para la Scuola Positiva el delincuente es un ser anormal, hay que estudiarlo como un enfermo, no ha de cuestionarse ni criticarse la ley, pues quien la transgrede tiene rasgos patológicos determinados (notable movilidad de la cara, ojo pequeño, orejas grandes, nariz torcida, frente pequeña...), se trata entonces de modificar al delincuente y, no a la ley penal, es al delincuente al que se debe rehabilitar o suprimir.

estatal, la referencia para poder ubicar ese sentido teleológico se encuentra hasta ahora en las propuestas dadas por las posiciones sostenidas a través de las siguientes tesis:

1.1. Teorías Absolutas

Las teorías *absolutas* se manifiestan como la primera respuesta con la cual se pretende justificar el *fin* de las penas y, por ende, la legitimidad del derecho penal, parten de la *idea* de que la pena debe ser la *retribución* exigida por la justicia, como compensación al daño cometido por el delito. Se encuentra la justificación de la pena entonces, en el mal que se ha cometido, en consecuencia, se debe responder, con un mal igual que, produzca un daño al delincuente y retribuya justamente el mal ocasionado a la sociedad, se hace justicia sancionando a quien atentó contra los justos principios naturales recogidos en la ley. La realización de la justicia o la necesidad moral, ética son fundamento para aplicar la pena con carácter de retribución.

Desde el punto de vista religioso el cristianismo como otras religiones dio lugar a fundamentaciones tradicionales de la función retributiva de la pena, así es conocido el mensaje de Pió XII al VI Congreso Internacional de Derecho Penal, contenía el siguiente pasaje "*Pero el Juez Supremo, en su Juicio Final, aplica únicamente el principio de la retribución. Este ha de poseer, pues un valor que no cabe desconocer.*" Manifestándose claramente a favor de del reconocimiento del derecho como valor fundamental de la justicia. La fundamentación ética, de la retribución más absoluta se debe al filósofo alemán *Kant*. Según éste autor el hombre es un, "*fin en sí mismo que no es lícito instrumentalizar en beneficio de la sociedad, no sería éticamente admisible fundar el castigo del delincuente en razones de utilidad social, solo es admisible, entonces, basar la pena en el hecho de que el delincuente le merece según las exigencias de la justicia: la ley penal se presenta como un*

<Imperativo Categórico>, es decir como una exigencia incondicionada de la justicia, libre de toda consideración utilitaria como la protección de la sociedad u otras”²⁵.

El concepto retributivo de las teorías absolutas²⁶ entiende la pena como la consecuencia y compensación retributiva al daño ocasionado por el delito, independiente de cualquier otra consideración, es decir, no importa para esta teoría que la pena tenga una determinada utilidad social, ésta idea se refleja claramente en el famoso ejemplo de Kant de la isla, según el cual: *“si la población de una isla decide en determinado momento disolverse y dispersarse por el mundo, y en la que se plantease la cuestión de que si hay que mantener el castigo pendiente de los delincuentes, a lo que el autor alemán decía, que aunque resultara inútil del todo para la sociedad, pues, esta dejaría de existir, debería ejecutarse hasta el último asesino que se hallase en prisión, únicamente para que todos comprendiesen el valor de sus actos.”*

El ejemplo anterior, expresa la clara idea de retribución, como consecuencia del delito, según la cual la pena debe imponerse aún cuando resulte innecesaria para la seguridad y tranquilidad de la sociedad, es decir, sin utilidad social alguna, ya que, la idea de la retribución no encuentra su sentido en la utilidad social, sino más bien, en la imposición de un mal que mercedamente debe retribuir, equilibrar y expiar la culpabilidad de autor por el hecho cometido.

Esta teoría defendida por Kant y Hegel²⁷, se ha dejado atrás en el derecho penal moderno, pues se concluye como argumentó en su contra que, la supresión del mal

²⁵ Cfr. **Mir Puig Santiago, Derecho Penal Parte General, Tecfoto, S.L., Barcelona España, 1998. Pág. 46- 47.**

²⁶ Para Roxin, se habla de teorías absolutas, porque para ellas el fin de la pena es independiente "desvinculado" de su efecto social. La concepción de la pena como retribución compensatoria realmente ya es conocida desde la antigüedad y permanece viva en la conciencia de los profanos con una cierta naturalidad la pena: debe ser justa y eso presupone que se corresponda en su duración e intensidad con la gravedad del delito, que lo compense. Detrás de la teoría de la retribución se encuentra el viejo principio de la ley del talion; ojo por ojo y diente por diente. Claus, Roxin. Derecho Penal Parte General Tomo I, Civitas, Madrid, 2000. Pág. 82.

²⁷ Kant y Hegel, son los dos exponentes de la filosofía liberal que defendieron una concepción absolutista de la pena como existencia absoluta de la justicia. El Estado se convierte en un garante del contrato social y resguarda el orden social, evitando la lucha entre particulares.

causado por el delito mediante la aplicación de una pena es puramente ficticia, ya que en realidad el mal de la pena se suma al mal del delito. Además esta teoría de la retribución no *fundamenta*²⁸ aunque hace suya la necesidad de la pena, teniendo implícito un claro afán de venganza, no congruente con los postulados democráticos que deben orientar el Estado de derecho.

También la doctrina ha expresado el rechazo radical de la idea retribucionista de la pena, diciendo que no existe fundamento alguno para tener por válido el argumento de que la pena es la realización de la justicia.²⁹ El carácter fragmentario del Derecho penal hace insostenible éste argumento, ya que, el derecho como medio de control, busca primordialmente que se conserve el orden social y prevalezca la juridicidad dentro de un Estado de Derecho, pero, no puede atribuirse para ello, fines divinos, ni tampoco fines represivos³⁰. No obstante actualmente en Latinoamérica, el modelo político criminal para combatir el delito ante la cada vez mas alarmante inseguridad ciudadana se inclina claramente a la satisfacción de la "*ley y el orden*" lo cual lleva consigo la *posibilidad* cada vez mayor, de una violación de los derechos constitucionales, como el derecho a la privacidad, el debido proceso y el derecho a no

²⁸ Dice, De la Barreda Luis, al respecto: "la teoría de la retribución no la fundamenta: La presupone de manera radical estima que su significado estriba en la compensación de culpabilidad, pero no explica por que toda culpabilidad tenga que retribuirse con una pena". De la Barreda Solórzano, Luis, *Justicia Penal y Derechos Humanos*, 2da Edición, Editorial Porrúa, México, 1998, Pág., 74.

²⁹ El rechazo a las teorías retribucionistas (absolutas), se fundamenta, entre otros, en los siguientes argumentos: La misión de la pena no es realizar la justicia, realmente se propone un objetivo mucho más modesto: evitar, en la medida de lo posible, la comisión de delitos.- No es más que una necesidad que impone la convivencia. El carácter fragmentario del derecho penal impide atribuirle a éste la función de realizar la JUSTICIA, puesto que si la tuviese, debería sancionar todo comportamiento inmoral o antijurídico, tal como ocurriría con el simple incumplimiento de las obligaciones estructurales.- Además, la realización de la Justicia, tampoco es compatible con la protección parcial que el derecho penal brinda a los bienes jurídicos, puesto que no se criminalizan todos los ataques que se hacen al bien jurídico que tutela el derecho penal. La sanción que se prevé para muchos delitos no sólo toma en cuenta la gravedad del ataque, sino la peligrosidad que demuestra en su acción el infractor, es decir, en estos casos la pena no se justifica de acuerdo con criterios de JUSTICIA, sino que su legitimación responde más a objetivos preventivos que impone la convivencia. . Luzón Peña, Diego, citado por Cruz Castro Fernando, en *La Pena Privativa de Libertad*, Publicación de la Comisión Nacional para el mejoramiento de la Administración de Justicia, San José Costa Rica, 1990, Pág., 28;

³⁰ "Un estado que mata, que tortura, que humilla a un ciudadano no sólo pierde cualquier legitimidad, sino que contradice su razón de ser, poniéndose al nivel de los mismos delincuentes". Ferrajoli Luigi, *Derecho y Razón*, Editorial Trotta, Madrid, 1998, Pág., 396.

ser sometido a allanamientos o embargos ilegales ³¹ utilizando para ello un catálogo punitivo cada vez mayor, que se refleja en la tipificación de figuras delictivas de peligrosidad y, penas, draconianas sin posibilidades de lograr prevención general o especial, por ejemplo, la privación de libertad de por vida para ciertos delitos (decreto 127-99 que establece penas de privación de libertad, mayores de 30 años hasta de por vida para el secuestro, cuando se da muerte al secuestrado), reforma que desde su entrada en vigencia, no muestra un resultado claro en la disminución de este delito.

1.2. Las Teorías Relativas o de la Prevención

Contrario a las teorías absolutas que ven la pena como la realización de la justicia, independientemente de otro fin. Las de la *prevención* le dan y asignan a las penas la misión específica de: **prevenir delitos**, buscando de esta forma preservar los intereses de la sociedad.

Las teorías relativas buscan la utilidad de las penas, manifestada en la idea de que, estas pueden y deben prevenir dentro de la sociedad futuros delitos. Así la prevención de delitos por cometerse ya no es un simple instrumento de castigo que mira al pasado, sino que es un instrumento de prevención de futuros delitos. Dentro de estas teorías se encuentran dos corrientes las cuales analizaremos, la prevención general y la prevención especial:

³¹ Como bien han advertido autores de mucho prestigio académico como (Zaffaroni, Lolita Aniyar, Javier LLobet), lo que se nota actualmente en Latinoamérica es que después de la *doctrina de la seguridad nacional*, que pregonaba una guerra contra el marxismo, lo cual justificaba su combate utilizando la tortura, las desapariciones y las ejecuciones extrajudiciales, se habla hoy de una guerra en contra de la delincuencia en la que se utilizan métodos similares a los que se utilizó durante la vigencia de la *doctrina de la seguridad nacional*. Esa respuesta represiva que los gobiernos emplean ante el fenómeno delictivo, tal como es el caso de la denominada *zero tolerancia*, en nuestro país, en la cual se pretende controlar el delito bajo el esquema del derecho *penal de miedo*, mayor represión punitiva y restricción de derechos fundamentales, sin elaborar una política criminal, claramente definida y diseñada por las instituciones públicas vinculadas al control del delito que comprenda las medidas y criterios de carácter jurídico, social, educativo, etc., buscando mantener dentro de márgenes aceptables los índices de criminalidad dentro de la sociedad. Lejos de esto la respuesta autoritaria a la que veníamos haciendo mención, antes, se le empieza a llamar *doctrina de la seguridad*

1.2.1. La Prevención General

Siguiendo a *Feuerbach*,³² la prevención general alude a *prevención* frente a todos los miembros de la sociedad. Se busca entonces, a través de la pena evitar (*prevenir*) futuros infractores de las normas penales dentro de la sociedad, es decir, la pena cumple una utilidad social.

Esta teoría procura legitimar la pena mediante la obtención de un determinado fin, siendo entonces su criterio legítimamente el que la utilidad de la pena se consigue intimidando a la colectividad para evitar delitos dentro de la sociedad. El objetivo "*preventivo general*" busca que la pena tenga un efecto **ex -ante** en el sujeto, o sea es una prevención que se dirige a obrar e intimidar sobre la colectividad buscando con ello crear conciencia sobre todos los ciudadanos antes de que puedan cometer un delito³³. La teoría de la prevención general no considera como fin de la pena la retribución, sino más bien, su objetivo radica en los efectos intimidatorios³⁴ sobre la generalidad.

1.2.1 .A) Prevención General Negativa

La prevención intimidatoria antes mencionada se plantea propiamente como *prevención general negativa*, siendo una función de inhibición a la comisión de ilícitos, así la prevención general es reafirmada en forma negativa como efecto preventivo intimidatorio. Pero no es esta la única forma que se manifiesta la prevención general (intimidación), también es necesario la afirmación de la prevención general positiva del derecho para la prevención de delitos.

ciudadana, parafraseando el termino de *doctrina de la seguridad nacional*, al respecto verse. Llobet, Javier. En prólogo al texto de. Rotman, Edgardo, *La prevención del Delito*, Investigaciones Jurídicas, Pág. 40-45.

³² Feuerbach- es el principal representante de esta teoría.

³³ No obstante, la idea de que los delincuentes sopesan racionalmente los costos del crimen en la forma de penas, contra sus beneficios ha sido criminológicamente desacreditada como formula general.- Es obvio que no se aplica a crimines pasionales o a aquellos cometidos bajo la influencia del alcohol o de drogas... Verse. Rotman, Edgardo, Op-Cit, Pág., 85.

³⁴ Si de lo que se trata es de intimidar.

1.2.1. B) Prevención General Positiva

Dentro de la teorías relativas también se busca que la intimidación no sea la única vía de la prevención una corriente de la doctrina sostiene que la prevención no debe buscarse a través de la pura intimidación negativa (inhibitoria de la tendencia a delinquir), sino también como la afirmación positiva del derecho penal, es decir, como la afirmación de las convicciones jurídicas fundamentales³⁵.

La prevención positiva es una forma de dar a conocer y buscar el reconocimiento positivo del derecho como una afirmación positiva del orden jurídico, el cual es necesario para la convivencia armónica de los sujetos que interactúan en la sociedad, busca con ello la prevención general positiva, servir de función estabilizadora o integradora del orden jurídico, la pena ya no es la realización de la justicia, solamente se buscara con ésta que prevalezca el orden jurídico.

La función positiva de reconocimiento del derecho, como fin primordial dentro de una sociedad sujeta al orden jurídico normado de forma preexistente, se logra mejor a través de un juicio oral y público, ya que éste sistema es el que permite a la sociedad conocer como se juzga e impone una pena, en consecuencia que tipo de penas se establece para cada delito, sin duda, el juicio oral y público es el modelo de enjuiciamiento criminal, no sólo más consustancial con los sistemas democráticos y de derecho, sino también el que mejor permite que se conozcan los efectos de la prevención general. Además de aportar la posibilidad democrática de que los ciudadanos se conviertan en los *contralores naturales* de los jueces.

1.2.2 La Prevención Especial

Contrario a la prevención general, que se ocupa de la colectividad, la prevención especial mira al individuo de forma subjetiva, previniendo los delitos que puedan proceder de una persona determinada, se busca entonces con la ejecución de la pena

³⁵ Cfr. Mir Puig, Santiago, Op-Cit, Pág. 51.

que quien la cumple no vuelva a cometer un nuevo delito, la pena en la fase de ejecución debe servir para rehabilitar al sujeto y prepararlo para su regreso a la sociedad.

Dejando aparte lejanos precedentes – que ya se encuentran en Platón- la idea de la prevención especial o Individual se extiende, sobre todo a partir del último tercio del siglo XIX. Presentándose entonces como una alternativa más moderna que la prevención general y, fue defendida, por distintas tendencias: el correccionalismo en España, la escuela positiva en Italia y la dirección moderna de *Von Liszt* en Alemania. El influjo más poderoso a favor de la generalización de los puntos de vista de la prevención especial en la concepción de la pena se debe especialmente a este último autor Alemán³⁶.

Es a través de la prevención especial dirigida al sujeto, que sufre un replanteamiento la clasificación de delincuentes, de Lombroso, Ferri y el mismo Vont Lizst³⁷. Así los fines individuales de la pena, dan lugar a los conocimientos pedagógicos, sociales, iniciando los significados “*re*” a través de la resocialización³⁸ como el significado buscado con la pena por medio del tratamiento dado al individuo que delinquirió y, que, necesita ser preparado para su regreso a la sociedad.

Bacigalupo ³⁹ señala claramente, tres momentos de esta nueva idea de la prevención especial. *En primer lugar; el fin de la pena se definió de una manera*

³⁶ Cfr. Ibidem. Op-Cit, Pág. 53r

³⁷ Según el positivismo criminológico de Lombroso y Ferri, los delincuentes se clasificaban siguiendo un criterio genético, en; a) Delincuentes natos o por tendencia congénita, b) Delincuentes locos, c) Delincuentes habituales, d) Delincuentes pasionales. Por su parte Von Liszt, describía y clasificaba al delincuente, entendiendo que la pena debía servir para; a) intimidar al delincuente intimidable, entendiendo por este al delincuente ocasional, b) Corregir al delincuente corregible, entendiendo por este al delincuente no ocasional pero corregible por medio de la ejecución de la pena, c) Neutralizar (*inocuidacion*) del delincuente que no se puede intimidar ni corregir, entendiendo por este el delincuente habitual incorregible, al cual se le debe aislar hasta llegar a la perpetuidad de ser necesario. Dándole así, a la pena la función de prevención especial, la cual se cumple de forma distinta según el tipo de delincuente.

³⁸ La idea de resocialización tiene valiosos precedentes en los correccionalistas españoles. VON LISZT no hablo de resocialización, sino que de términos como mejora y prevención especial, (hoy en día se alude a la prevención especial como equivalente de rehabilitación o resocialización). El termino resocialización se dice aparece en la bibliografía alemana después de la primera guerra mundial para sustituir o acompañar al de mejora, en ese sentido Cruz Castro, F. Op- Cit Pág. 41. Quien hace referencia a Muñoz, Conde, F. y su obra La Resocialización del Delincuente, Análisis y Crítica de un Mito, Publicado en la Revista Cuadernos de Política Criminal N 7 (Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid 1979).

³⁹ Bacigalupo. Op-Cit, Pág. 15.

*uniforme a través del concepto de resocialización. En **segundo lugar**; se procuro dar cabida a las condiciones que ponen de manifiesto la corresponsabilidad de la sociedad en el delito, abandonando el causalismo antropológico y biológico de la época anterior, cuyo déficit de verificación empírica lo hacía científicamente insostenible. En **tercer lugar**; se subrayó la importancia de la ejecución penal, basada en la idea del tratamiento.*

El modelo resocializador busca preparar al individuo a través de la pena, en base a determinados tratamientos profesionales, ofrecidos de manera progresiva en la ejecución de la pena, identificándose claramente con el concepto de prevención especial, el cual es adoptado por los modelos democráticos de derecho penal al momento asignar la función de las penas. No obstante, se debe reconocer que también en la actualidad el modelo de *resocialización* a través de la prevención especial tiene enormes dificultades, siendo duramente criticado, dado que en los centros penales es difícil lograr se cumpla resocialización alguna, las condiciones de los mismos, el hacinamiento y la falta de recreación, talleres educativos, infraestructura adecuada, personal capacitado etc. Hace más bien que, los centros penales, sean verdaderos centros de aprendizaje delictivo, por ello, se ha recomendado que las penas *cortas* de privación de libertad puedan ser remplazadas por sanciones alternativas de cumplimiento en libertad y las penas de duración excesiva sean *minimizadas* para evitar sus efectos destructivos sobre los internos y las posibilidades de *resocialización* a que estos tienen derecho.

El objeto especial preventivo se ha vuelto ilusorio a través de la piadosa mentira del tratamiento penitenciario, para decirlo con *PAVARINI*, en la introducción que hizo al libro de *Marcos Salt* e *Iñaki Rivera*, diciendo al referirse al tema de prevención especial y tratamiento resocializador: *"en suma si con criterio realista llegamos a la conclusión de que todavía decenas de miles de personas **terminarán por ser condenados a la pena inhumana e inútil de la cárcel**, entonces debemos esmerarnos para contener la afflictividad de ésta (en tiempo e intensidad) en la fase ejecutiva y para hacerlo, se*

debe mentir dando crédito socialmente al mito de la resocialización; nunca una mentira fue más santa⁴⁰.

1.3. Las Teorías Mixtas

Las teorías mixtas⁴¹ recogen las llamadas teorías absolutas y las relativas, que vimos antes, las cuáles han sido objeto de fuertes críticas, las teorías mixtas admiten el fin represivo y el preventivo. Así las teorías mixtas procuran justificar las penas en su capacidad para reprimir y, prevenir, como protección al mismo tiempo, o sea que, para estas teorías la pena se legitima al ser útil y justas. Siguiendo al profesor Alemán Hassemer. *"Las teorías modernas admiten la idea de que el derecho penal se tiene que ocupar sistemáticamente y conscientemente no solo de encontrar una decisión justa, sino también una buena solución para sus casos"* ⁴².

Las teorías mixtas o de la unión al combinar los fines represivos y preventivos de las penas, dan un lugar primario, a la justicia sobre la utilidad, es decir, a los fines represivos sobre los preventivos, siendo esta una de las principales orientaciones de estas teorías. Aunque también proponen una segunda orientación⁴³, según la cual, la utilidad es el fundamento de la pena, y por tanto, sólo puede ser legítima la pena que opere preventivamente. Esa utilidad está entonces sujeta a un límite, ya que solo es legítima mientras no supere el límite de la pena justa.

El punto de partida de esta teoría debe basarse en el entendimiento de que el fin de la pena, sólo puede ser de tipo preventivo, puesto que las normas penales están justificadas cuando tienden a la protección de la libertad individual y a un orden social que esta a su servicio, la pena concreta sólo puede perseguir esto, es decir, un fin

⁴⁰ Pavarini-en el texto de: Iñaki Rivera y Salt Marcos, *Los Derechos Fundamentales de los Reclusos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1990, Pág. 12 (la negrita no es del original).

⁴¹ También llamadas unificadoras.

⁴² Para una explicación amplia de las teorías de las penas, verse. Hassemer, Winfried, *Fundamentos del Derecho Penal*, España, Editorial Bosch, 1984, Pág. 347 y 509.

⁴³ Cfr. Bacigalupo, Op- Cit, Pág. 16.

preventivo del delito⁴⁴. Esta nos parece que es la justificación más clara y acertada que se le puede dar a la pena, debemos entender entonces, que la *coercion material* potestativa del Estado, sólo puede estar legitimada en la medida que aporte una determinada utilidad social.

2.- LA FUNCION DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Contrario a la pluralidad de justificación que se le puede asignar a la función de las penas tal como se vio al analizar las diferentes teorías. En las medidas de seguridad como uno de los puntos mas generalizados del Derecho penal, se les asigna a estas una función de prevención de delitos en determinados miembros de la sociedad, los mas *peligrosos* por lo cual podríamos decir es una forma de prevención especial.

Nuestro sistema penal, establece penas y medidas de seguridad por lo cual puede ser llamado con la doctrina como un sistema **de doble vía**, que es como se denomina a los sistemas que combinan penas y medidas de seguridad.

Las medidas de seguridad son establecidas en el Titulo VII –artículos- 80 al 95 del Código Penal, donde se establece las medidas de seguridad que podrán aplicarse (Artículo 83 CP).las medidas de seguridad pueden clasificarse en dos grandes grupos, según se refieran a imputables e inimputables. Del mismo artículo 83 numerales 1 y 2 en relación con el artículo 84 que remite a lo dispuesto en el artículo 23 numeral 1, se deduce la aplicación de medidas de seguridad, para inimputables.

⁴⁴ Cfr. Roxin. Op-Cit, Pág. 95. Para quien: " el significado de la prevención general y especial se acentúa también de forma diferenciada en el proceso de aplicación del derecho penal. En primer lugar, el fin de la conminación penal es de pura prevención general. Por el contrario, en la imposición de la pena en la sentencia hay que tomar en consideración en la misma medida las necesidades preventivas especiales y generales, en la ejecución de la pena pasa totalmente a primer plano la prevención especial ".

El artículo 82 establece que: "*Las medidas de seguridad salvo disposición legal contraria se aplicaran por tiempo indeterminado*". Lo anterior a nuestro criterio es totalmente contrario al principio de legalidad, el cual establece que las penas y, por ende, medidas de seguridad, deben estar previamente establecidas, al igual que la correspondiente sanción punitiva (duración de la sanción o de la coerción estatal) de cada delito. Claramente el artículo 95 Constitucional dice: "***Ninguna persona será sancionada con penas no establecidas previamente en la ley, ni podrá ser juzgada otra vez por los mismos hechos punibles que motivaron anteriores enjuiciamientos***"⁴⁵ de la anterior norma constitucional, se desprende que en un Estado de derecho la imposición de las medidas de seguridad, no puede establecerse de forma indeterminada. Enérgicamente consideramos que se debe estar en contra de las medidas de seguridad indeterminadas, pues establecen una ilimitada potestad punitiva del Estado, lo cual es vulnera los postulados modernos del Derecho Penal, que precisamente buscan limitar ese *ius Puniendi* Estatal, a través del principio de legalidad, culpabilidad, lesividad etc.

También es discutible y un grave problema la facultad normativa que se otorga a los jueces, para que puedan ordenar medidas de seguridad, después de cumplida la pena, en determinados casos y según el sujeto (Art.; 85 y 86 Código Penal), en el mismo sentido el Art.; 399 del Código Procesal Penal, en relación con las funciones del juez de ejecución, otorgando así un margen demasiado amplio al Juez sin parámetros claros de legalidad. Además pretender que se le puede establecer una medida de seguridad a quien ya cumplió su pena, es si duda volver esa pena indeterminada e implica una doble sanción, lo cual se vuelve inconstitucional, pues lesiona la supremacía constitucional (Art. 95) ya mencionado. El concepto de poder imponer medida de seguridad después de cumplida la sentencia cuando no se readapto el condenado es, la ficción de pretender creer que el sistema carcelario, es perfecto y que le daremos una medida de seguridad a la persona que por su manifiesta peligrosidad,

⁴⁵ Con la negrita que, no pertenece al original se separa del texto lo que es el principio de legalidad penal *nullum poena sine lege*, también aplicable a las medidas de seguridad que en definitiva son coerción penal, lo cual se pretende limitar del arbitrio judicial con esta garantía Constitucional.

no se readaptó en su paso por la cárcel, sería como aceptar que el sistema es tan bueno que si el sujeto no se rehabilitó sólo es por culpa y causas atribuidas a éste.

2.1. Diferenciación de la Función de las Medidas de Seguridad y de las Penas.

Como se menciona antes a las penas se le asigna varias funciones estas pueden ser de retribución o de prevención, en cambio las medidas de seguridad son establecidas en función de la peligrosidad del sujeto, lo cual se desprende claramente de los artículos 81, 82, 85, 86, 87 del Código Penal. En artículo 81, 83 numerales 1 y 2 y 84 en mención, determinan la procedencia de las medidas de seguridad, para los *inimputables* comprendidos en el artículo 23 numeral 2 el cual dice: "*Quien en el momento de la acción u omisión padezca de psicosis, de retardo mental severo o de psicosis transitoria y carezca por ello, de la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, salvo que el trastorno mental transitorio haya sido provocado por el agente dolosa o culposamente*". Teniéndose en estos casos a las medidas de seguridad como una respuesta a quien necesita terapia o tratamiento para corregir los trastornos de conducta que los hace delinquir, esto en la praxis al igual que la *rehabilitación* que buscan las *penas*, no tiene ninguna operatividad, normalmente no se cuenta, con los centros adecuados para esto ni con el personal especializado.

Las medidas son respuesta a la peligrosidad del sujeto, las penas al delito cometido.- A diferencia de la penas, las medidas no se imponen como realización de una amenaza legal prevista para reforzar un mandato o prohibición dirigidos a los ciudadanos.- La medida es un tratamiento que no responde a los mecanismos de conminación legal, norma imperativa e infracción⁴⁶. También se puede establecer una diferencia de acuerdo a como regula el Código Penal las medidas de seguridad, a nuestro juicio erróneamente como ya manifestamos, al permitir que estas puedan ser indeterminadas (artículo 82 Código Penal), pues las penas privativas de libertad siempre son determinadas por Ley previa (artículo 95 Constitución de la República).

⁴⁶ Cfr. Mir Puig Op-Cit, Pag. 62.

En la *practica* como bien se sostiene es difícil encontrar diferencia entre medidas de seguridad y las penas privativas de libertad,⁴⁷ dado que en la praxis las medidas de seguridad pueden tener el mismo carácter aflictivo y de restricción por el lugar donde se cumplen que tienen las penas o mayor aún por la indeterminación con que se regulan y, lo abstracto, de la definición misma de peligrosidad, además ambas son impuestas por un juez. Para BUSTOS RAMIREZ⁴⁸ la distinción tradicional entre penas y medidas de seguridad no tiene sentido por lo siguiente: primero, porque la medida es una pena, por ejemplo, sometimiento coactivo a tratamiento psiquiátrico, no es un beneficio. Segundo, porque la pena al igual que la medida instrumentalmente requiere de una finalidad. Luego, la imposición simultánea de una pena y de una medida significa siempre que el afectado deba sufrir dos sanciones y afecta al principio de que todo hecho sólo puede tener una sola pena. Recomienda BUSTOS, sólo la imposición de la pena y posteriormente al momento de la ejecución penal se ha de poder contar con una gama de alternativas que ofrecer a la persona para el reforzamiento de sus derechos y libertades.

3.- SE PODRÁ RENUNCIAR A LA PENA

Este punto también ha sido ampliamente discutido por la doctrina, tomando como indicador las consecuencias negativas que producen la pena privativa de libertad en el individuo que la sufre, al respecto han sido muchos los criterios, el más radical es sin duda el planteamiento de la corriente abolicionista⁴⁹. Para los cuales debe desaparecer todo el derecho penal y sus instituciones. Parten del hecho de que algunas sociedades con suficiente madurez podrían arreglar las disputas sin autoridades, sin organización burocrática, sin jueces, evitándose así que el Estado

⁴⁷ Cfr. Cruz Castro Fernando, Op-Cit, Pag,

⁴⁸ Bustos Ramírez, Juan y Hormmazabal Hernán, *Nuevo Sistema de Derecho Penal*, Editorial Trotta, Madrid, 2004, Pág. 59.

⁴⁹ Corriente del pensamiento orientada a la abolición de las penas y los sistemas penales, según la cual el Estado en el monopolio del conflicto genera mas violencia que la que evita, dicen que el Estado interviene en muchos asuntos o conflictos que las partes involucradas no ven como un delito, uno de los puntos de mayor crítica que hace esta corriente es el argumento de que el proceso penal deja del lado a la víctima, en la solución del conflicto y esta termina como victima del sistema y del delincuente. Al respecto del planteamiento abolicionista verse. Houed, Mario y Sánchez, Cecilia, *La Abolición del sistema Penal*, San José Costa Rica, Edited Editores, 1992.

como ente extraño intervenga causando más dolor, aunque sus argumentos y críticas pueden ser válidas, sin duda, también se trata de una posición difícil de ser llevada a la práctica.

La realidad parece ser clara, por el momento la sociedad no puede prescindir de la sanción⁵⁰, no puede justificarse la solución simplista e ingenua que considere posible eliminar todo tipo de sanciones o de procedimientos coactivos⁵¹. Sin duda las condiciones sociales, económicas y hasta culturales, exigen la necesidad de un Derecho penal, que imponga sanciones para mantener el orden y la tranquilidad social (control social), pero, es evidente que no se puede desconocer otra realidad paralela, que es, la forma de como se viene ejerciendo ese control social punitivo hasta este momento. El actual sistema punitivo ha puesto en evidencia la crisis de la sanción y, con ello, la legitimidad del Sistema Penal⁵². Siendo el más claro reflejo la crisis de la prisión, pues, la crisis del Sistema Penitenciario, es sólo la secuela de la crisis de todo el sistema penal y en particular de sus agencias policial y judicial, que siguen operando con un alto déficit de eficiencia, transparencia e independencia. La falta de un Poder Judicial eficiente genera incertidumbre jurídica e impunidad, por la falta de aplicación oportuna del derecho en los tribunales.

Aunque la privación de libertad como pena, no fue siempre el eje del derecho punitivo y tal vez algún día deje de desempeñar el papel protagonista que hoy ostenta en la inmensa mayoría de los sistemas penales⁵³ de hecho en la actualidad se busca

⁵⁰ Aunque si es claro el rechazo radical de la doctrina a la idea de la pena como mera retribución.

⁵¹ Cfr. Cruz Fernando, Op-Cit, Pág., 29.

⁵² En definitiva la legitimación del derecho penal depende, en gran medida del contenido y finalidad de la sanción penal.

⁵³ ...La privación de libertad como sanción penal pertenece a un momento histórico muy avanzado hasta el siglo XVIII el derecho penal recurrió fundamentalmente a la pena capital, las corporales y las infamantes, después de la influencia de la revolución francesa, el sistema punitivo se aferra a la pena privativa de libertad como la sanción más natural al poder punitivo. Pero es claro que en el actual sistema de imposición y ejecución de penas que rige en la mayoría de países latinoamericanos como Honduras, donde el hacinamiento la corrupción la falta de recursos estatales destinados para la población penitenciaria y el alto índice de presos sin condena entre otros factores, hacen que la ejecución de la pena privativa de libertad se cumpla en condiciones verdaderamente infamantes. Sobre la privación de libertad en el S. XVIII. Verse. Landrove Gerardo, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, Bosch Editorial, Barcelona 1984, Pág. 43.

potenciar los mecanismos de solución del conflicto alternos a la prisión, como la pena de multa, servicios comunitarios etc.

Si bien la misma doctrina ha sido clara al respecto afirmando que no se podría renunciar a la pena. No se puede desconocer la tendencia de las últimas décadas que ha buscado orientar, el Derecho penal, hacia una eliminación de conductas en los catálogos punitivos, sólo tipificando las más graves y de mayor lesividad, tenemos pues una descriminalización⁵⁴ y despenalización⁵⁵ en los códigos penales, muestra de ello es el nuevo código procesal penal hondureño, similar al de varios países del área, en los cuáles se incorporan a la vez nuevas figuras como el principio de oportunidad, procedimiento abreviado y las medidas sustitutivas de la prisión preventiva, por otras medidas cautelares menos lesivas a los derechos fundamentales en particular de la libertad, buscando evitar de así el mal que produce la prisión y más aún al ser impuesta por delitos insignificantes y generalmente sólo a los sectores de la sociedad, que son los que menos poder político, social, económico, tienen dentro de ésta. En realidad la aplicación de figuras como el "principio de oportunidad"⁵⁶ debe verse, no sólo como un instrumento, para racionalizar el ejercicio de la acción penal pública, buscando hacer más proporcional y priorizada la misma, sino también para mejorar en gran medida el problema de las cárceles, al evitarse una sobre población de las mismas en consecuencia de aplicación del criterio reglado de oportunidad.

De acuerdo con Morris Norval, existen tres caminos que según se cree conducen al abatimiento de la prisión:

Primero: *deben reducirse al exceso de las leyes penales.*

⁵⁴ Reducción de figuras criminales, particularmente las de menor daño social.

⁵⁵ Reducción de la pena como sanción, por otras no privativas de libertad.

⁵⁶ El principio de oportunidad es una figura procesal para que el órgano persecutor del delito (Ministerio Público) pueda prescindir de la acción penal pública en aquellos casos de insignificancia social, pena natural que es cuando el autor también se haya perjudicado por un hecho culposo donde P. EJ. Fallece un familiar, casos de criminalidad organizada (testigo de la corona). Para tener una idea de los parámetros de aplicación del Principio de Oportunidad. Verse. Hassemmer, Winfried, quien dice: "tanta legalidad como sea posible y

Segundo: *quiénes de otro modo se enviarían a la cárcel deberían ser sometidos a otros mecanismos de control social.*

Tercer lugar: *debe depositarse mayor confianza en los correctivos de base comunitaria⁵⁷.*

Estas tres propuestas equivalen a definir menor cantidad de conductas como delictivas, la cual debe ser evidentemente la base del derecho penal moderno, o sea regirse por la aplicación de su *mínima intervención*, es decir, sólo debe intervenir cuando el conflicto social, no puede redefinirse de otra manera.- Al respecto *Zaffaroni dice: "La intervención Penal mínima es un objetivo estratégico para una política latinoamericana de derechos humanos y no como mero recurso táctico"*, quien también se pronuncia por un derecho penal "*neoliberal*". ⁵⁸ Este creemos es un punto importante a tener en cuenta al hablar de establecer políticas encaminadas a mejorar las condiciones de vida de los privados de libertad y de los fines que el Estado busca con las penas, pues ello es de relación directa con la aplicación de las penas las cuales deben consecuentemente cumplirse en prisión.

tanta oportunidad como desde el punto de vista actual político y económico sea necesario" En revista de la asociación de ciencias penales, en doctrina extranjera, Costa Rica año 7 #10 septiembre 1995, Pág. 7)

⁵⁷ Morris Norval, *El Futuro de Las Prisiones*, México Editorial Siglo XXI, 1978, Pág. 24.

⁵⁸ Zaffaroni Raúl *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina* (informe final). Buenos Aires, ED. Depalma 1986, Pág. 456.

INDICE

UNIDAD III

	Pág.
Los Derechos de los Privados de Libertad.....	37
1. Derecho a la Vida.....	38
2. Derecho a la Dignidad Personal.....	40
3. Derecho a la Salud.....	41
4. El Derecho a Expresarse.....	43
5. Derecho a la Educación.....	45
6. Derecho a la Libertad de Culto.....	47
7. Derecho al Sufragio.....	48
8. Derecho a Tener un Juicio Justo.....	50
Derechos que se ven Limitados.....	51
1. El Derecho a la Intimidad.....	51
2. Derecho a la Familia.....	55
3. Derecho al Trabajo.....	56
4. Derecho a Reunión y Asociación.....	59

UNIDAD III

LOS DERECHOS DE LOS PRIVADOS DE LIBERTAD

Las deficiencias⁵⁹ del sistema de protección y garantías judiciales, incide directamente, por un lado, vedando el acceso a la justicia de los ciudadanos y, por otro, colocando en alto grado de vulnerabilidad a la violación de los derechos humanos de las personas privadas de libertad, no obstante que, la persona privada de libertad goza y es titular de los derechos que la Constitución⁶⁰ le reconoce al ser humano⁶¹. En definitiva el privado de libertad sólo pierde, o se le suspenden los derechos establecidos en el fallo condenatorio⁶², verbigracia, la libertad ambulatoria, pero, no derechos fundamentales consustanciales a la dignidad del ser humano.- No obstante en el ámbito penitenciario, no se puede desconocer que en la actualidad se han lesionado y limitado todos los derechos de la población carcelaria, sean condenados o procesados ya que el sistema no establece distinciones de índole procesal, sino sólo de tipo subterráneas⁶³.

En consecuencia considerando al privado de libertad como sujeto activo de derechos, que no pierde aún cuando se encuentra en el ejercicio de su libertad ambulatoria en forma

⁵⁹ Por ejemplo, falta de profesionalismo policial que genera constantes arrestos ilegales y una ineficiente investigación de los delitos denunciados, retrasos constantes de los juicios, exceso de prisión preventiva, sobrepoblación carcelaria.

⁶⁰ Algunas constituciones como la española lo reconocen expresamente (artículo 25.2).

⁶¹ La idea de que el privado de libertad pierde todos sus derechos, es contraria al Estado de derecho que, precisamente, reconoce entre sus principios fundamentales aquel que indica que en la relación con los ciudadanos éste no ejerce su poder de manera absoluta, por el contrario el poder del Estado se encuentra limitado por las normas jurídicas y no hay razón para alterar este principio en el caso de las personas sometidas a una pena privativa de libertad que es precisamente la demostración más fuerte de coerción estatal, por ello, hoy se admite sin discusión que las personas privadas de libertad son sujetos de derechos. Ver. Salt Marcos e Iñaki Rivera, *Los Derechos Fundamentales de los Reclusos*, Editores del Puerto Buenos Aires, 1990. Pág. 179.

⁶² Además de aquellos derivados de la condición de ciudadano, categoría que se suspende por sentencia condenatoria firme, de conformidad al artículo 41 constitucional.

⁶³ Tales como los beneficios que se obtienen a cambio de pagos indebidos, tráfico de influencias, etc.

restringida, hacemos un panorama de carácter descriptivo⁶⁴, relacionando algunos de los derechos de vigencia absoluta, para el privado de libertad y reconociendo otros que si bien, no son limitados por el fallo condenatorio, resultan intrínsecamente limitados⁶⁵ por la naturaleza del ámbito penitenciario y las regulaciones normativas que rigen dicha actividad, sin pretender de ningún modo agotar las múltiples aristas de un tema tan amplio.

1. DERECHO A LA VIDA

El artículo 65 de la Constitución Hondureña dice: *"El derecho a la vida es inviolable"*, el artículo 66 continúa diciendo. *"Se prohíbe la pena de muerte"*, un derecho tan fundamental e importante como lo es el derecho a la vida también está consagrado en el ámbito internacional, así en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Declaración Universal de los Derechos Humanos, entre otros instrumentos de protección de los derechos humanos.

Evidentemente en el ámbito penitenciario el derecho a la vida no puede ser restringido, pues, no existe dicha sanción, ni siquiera como sanción penal⁶⁶, más bien el Estado es el primer garante⁶⁷ y protector de la vida en todas sus dimensiones, sin discriminación de ninguna naturaleza, pues el Estado por concepto antropológico se instituye en función del ser humano⁶⁸, para garantizar a éste todas las posibilidades materiales que le son necesarias, para su desarrollo, no para atentar contra su vida, ni

⁶⁴ la clasificación tentativa para objeto de estudio, es vista a la luz del reconocimiento del Derecho Internacional, sobre el tema, las normativas constitucionales, la jurisprudencia del sistema interamericano y la doctrina sobre la materia.

⁶⁵ En la práctica muchos derechos pueden resultar limitados en su ejercicio por estar sufriendo pena de prisión, los cuales no se pueden realizar plenamente por estar la libertad de locomoción restringida, pero esa limitación debe ser mínima y sólo la necesaria, es decir, no puede ser de manera extrema y autoritaria que haga que estos derechos pierdan su contenido esencial y se desfiguren totalmente, como frecuentemente sucede en las cárceles.

⁶⁶ El caso de la pena de muerte.

⁶⁷ Razón por la cual se sancionan las conductas que atentan contra la vida, por ejemplo, el homicidio, resultando el derecho a la vida un derecho fundamental que no admite restricciones, debiéndose garantizar, de parte del Estado para que le ciudadano pueda gozar de los otros derechos fundamentales e inherentes a su condición de tal.

⁶⁸ Artículo 59 constitución de la República.

quiera para poner en riesgo éste derecho.- Ello no sucede en la realidad, ya que, el conocido estado caótico y la gran inseguridad con que se administran los centros penales, instituye que la persona al entrar como interno aún por el delito más leve, ponga en riesgo su vida, pues, las muertes y asesinatos en los centros penales son numerosos.- En estas al cumplirse con una pena privativa de libertad se corre el inminente riesgo de ser contagiado de enfermedades graves, ser asesinado, la privación de la vida se ha convertido en una consecuencia aparejada y subterránea de la ejecución penal.

El Estado está en la obligación ineludible de adoptar las medidas necesarias para proteger la vida de todos los ciudadanos y, especialmente, la de los privados de libertad por el alto grado de vulnerabilidad a que se ven sometidos en el ámbito penitenciario, si el estado está legitimado para encerrar, debe hacerlo dentro del marco que rige las garantías judiciales y los preceptos constitucionales que reconocen al ser humano como un fin en si mismo y como sujeto de derechos, no como un mero objeto de la disponibilidad estatal- punitiva.

Hay situaciones muy especiales e ilustrativas que se han generado en algunos centros penales, particularmente españoles, donde los privados de libertad se han puesto en huelga de hambre, reclamando mejores condiciones y más humanas de encierro, colocando con estas acciones en riesgo su propia vida, (el caso de la huelga de hambre mantenido por los reclusos de los autodenominados grupos de resistencia antifascista primero de octubre GRAPO); al respecto existen varias resoluciones jurisprudenciales del tribunal constitucional español afirmando que: *"El derecho a la vida tiene, por consiguiente, un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte"* , diciendo también que: *"Dado la importancia del derecho a la vida es inaceptable el grado de desprotección, que se le da a este derecho en los centros penales, lo cual lleva implícita responsabilidad para los funcionarios administrativos, que son garantes de los derechos del privado de libertad que no son limitados por el fallo condenatorio y deben proveer la disponibilidad de poder gozarlos"* stc/120/1990 del 2 de junio, 137/90 del 19 de julio y

67/1991 entre otras. . Se concluye fácilmente con la jurisprudencia citada que, el derecho a la vida, no se trata de un bien jurídico disponible.

2. DERECHO A LA DIGNIDAD PERSONAL

El artículo 68⁷⁰, párrafo tercero, establece que: *"Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano"*, estableciendo un claro límite a la coerción estatal. Uno de los problemas de mayor gravedad en relación a los internos es la forma como son tratados (cruels e inhumanas), lo cual hace que se lesione su auto estima y su dignidad, reduciéndolos a meros objetos de la actividad penitenciaria. Los privados de libertad deben ser tratados dignamente, el hecho de estar en cumplimiento de una pena privativa de libertad no lleva implícito de ningún modo que el Estado esté legitimado a lesionar la dignidad de ningún ser humano.

Sobre el tema, el uso de los uniformes que normalmente se impone en los centros penales, (generalmente colores vistosos como el naranja), indudablemente atenta contra la dignidad de la persona, pues es etiquetado, y crea estereotipos, pues el recluso al ser visto por personal externo a la institución carcelaria, sufre el desprecio y la vindicta pública, situación que se da sin distinciones entre los reclusos condenados y los que guardan prisión preventiva, vulnerando a la vez el estado de inocencia, según el cual toda persona debe ser *tratada y considerada* inocente hasta que exista sentencia firme en su contra.- Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido contundente en su jurisprudencia sosteniendo que la presunción de inocencia tampoco es observada si el acusado de un delito es *exhibido* ante los medios de comunicación, vestido con un traje infamante, como autor del delito cuando todavía no ha sido legalmente procesado ni condenado⁷¹.

⁷⁰ Constitución de la República.

⁷¹ Caso Cantoral Benavides, Sentencia de Fondo, 18 de agosto de 2000. Caso Loayza Tamayo, Sentencia de Fondo, 17 de septiembre de 1997.

Al respecto las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos⁷² establecen en el Artículo 17.11 que: *"Los uniformes deben ser lo más discretos posibles y no deberán ser de modo alguno degradantes ni humillantes"*⁷³, vedando la utilización dentro de los centros penales de los uniformes que como decíamos tienden por colores fuertes, o de rayas, es decir, lo más notorio posible, del mismo derecho al trato digno a que el privado de libertad tiene derecho, se deriva que se le debe permitir que cuando comparezca ante autoridad judicial lo haga con ropa normal, si la tiene y debe evitarse el uso de grilletes y esposas, el cual sólo es permitido para el traslado de los internos más peligrosos, o los que son más violentos, el uso excesivo de grilletes y esposas también atenta contra la dignidad humana del recluso y muchas veces son innecesarias, pues la restricción no es proporcional al fin perseguido.

3. DERECHO A LA SALUD

El tener acceso a un sistema social de salud verdaderamente eficiente, es muy difícil en cualquier país latinoamericano, Cuba, Costa Rica, Chile, se ubican estadísticamente entre los países con mejores sistemas de salud y servicios médicos por ciudadano. En el resto de los países y aún en los mencionados la situación se agrava enormemente al tratarse de la salud, dentro de los centros penales.

El privado de libertad debe contar con servicios médicos para atender las dificultades de salud que pueda tener durante la ejecución de la pena, muchas de las cuales las provoca, o agrava el insalubre sistema carcelario, al respecto las Reglas Mínimas, artículo 22.1) dicen: *"Todo establecimiento penitenciario dispondrá por lo menos de los servicios de un médico calificado que deberá poseer algunos conocimientos psiquiátricos, los servicios médicos deberán organizarse íntimamente vinculados con la Administración General del Servicio Sanitario de la comunidad o de la nación. Deberán*

⁷² Parámetros de la ONU, para recomendar un eficiente ámbito penitenciario.

⁷³ De igual forma la Constitución de la República- artículo 68 - prohíbe la ejecución de penas degradantes del ser humano.

comprender un servicio psiquiátrico para el diagnóstico y, si fuere necesario para el tratamiento de los casos de enfermedades mentales."

Es básico contar en los centros penales con asistencia médica adecuada, consecuente con la naturaleza y el reconocimiento que la normativa constitución e internacional hace de éste derecho, entendemos, debe permitirse que el privado de libertad pueda ser visitado por su médico particular si lo tiene, o puede pagarlo, en los casos graves se debe autorizar los traslados a los hospitales para el respectivo tratamiento, bajo las medidas de seguridad pertinentes, el director debe poner en conocimiento al familiar más cercano del interno y, comunicarla, inmediatamente al juez de ejecución, quien constatará la gravedad del caso y aprobará la medida, ejerciendo así, por un lado, control judicial sobre la actividad penitenciaria y, por otro lado, garantizando los derechos del privado de libertad, dado que es frecuente que en los centros penales bajo el argumento de salidas médicas, se concedan privilegios correlativos de actos de corrupción administrativa, razón por la cual es de enorme importancia el mencionado control judicial, que sólo lo puede ejercer el juez natural ⁷⁵.- Debe considerarse entonces el derecho a la salud, como un derecho absoluto de los privados de libertad.

Uno de los problemas más graves en los centros penales lo representa el *SIDA* y la alta tasa que de esta enfermedad se reporta frecuentemente en los mismos, y que se ha vuelto un riesgo inminente que va aparejado al cumplimiento de una pena privativa de libertad, dado que el contagio del *SIDA* en la prisión se ha convertido en uno de los sectores de más riesgo de transmisión, esto se debe en gran medida al alto uso de drogas en prisiones, las prácticas homosexuales con o sin consentimiento, el hacinamiento, la no intimidad, la no educación sobre el tema en prisiones, la falta de formas de prevención, estando así la persona que ingresa a un centro penal a cumplir una pena, o detención preventiva con altas posibilidades de sufrir contagio de la mortal enfermedad.- El problema del *SIDA* en prisiones, evidentemente tiene que ver con la falta de un sistema médico adecuado dentro de las mismas y a los aspectos relacionados con

higiene, a falta de personal psiquiátrico, psicólogo. También pone de manifiesto este problema, la responsabilidad penal de los funcionarios penitenciarios.- No hay duda que la omisión de prever una asistencia médica adecuada en no destinar lugares apartados para los enfermos de SIDA del resto de la población penitenciaria. El deber de garante implícito en el funcionario penitenciario y el incumplimiento del mismo generan responsabilidad penal.

4. EL DERECHO A EXPRESARSE

El derecho de expresión⁷⁶, como derecho humano, tiene como titular a toda persona, sin discriminación de ninguna naturaleza.- Así el privado de libertad, tiene derecho a poder expresarse en su propia lengua dentro del centro penal, el derecho a hablar su propia lengua, no puede tenerse en perjuicio del privado de libertad dentro del centro penal, esto es muy común en el caso de reclusos pertenecientes a grupos étnicos que usan su propio lenguaje como forma de expresión.

Ahora bien cuando del desarrollo del proceso penal se trata, el tener derecho a expresarse en su propia lengua, no implica el derecho a no querer hacerlo en español, por pretexto de hacerlo en su propia lengua, esto es propiamente para quien no puede expresarse y no conoce otra forma de hacerlo, de ser así en el proceso mismo cuando se le está juzgando el imputado tiene derecho a contar con un intérprete para expresarse en su propia lengua, cuando no conoce el idioma que rige en el tribunal donde se le juzga, para garantizar plenamente su derecho de defensa, lo mismo debe suceder cuando se trata del régimen penitenciario y las sanciones que se imponen de acuerdo a la legislación respectiva.- Ahora bien dentro del ámbito penitenciario, no se debe imponer restricciones a utilizar su propia forma de expresarse a ningún privado de libertad ya sea condenado o no en sus actividades cotidianas, por ejemplo, entre grupos étnicos,

⁷⁵ El juez natural que exige el debido proceso como aquel funcionario emanado exclusivamente del poder judicial, en la fase de ejecución penal, lo es el juez de ejecución.

⁷⁶ Este derecho si bien está asociado a la actividad de los medios de comunicación y sus actores, su protección no se reduce a ellos, sino a todas las personas en los diferentes ámbitos, sociales culturales, etc.

extranjeros, pues el derecho a comunicarse en su propio idioma se encuentra amparado, dentro de la libertad de expresión que asegura que nadie puede ser imposibilitado de manifestar sus ideas y su propio pensamiento.

En Europa, donde la misma regla rige, todo acusado tiene derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete si no comprende, o habla la lengua empleada al juzgarle. Así el Tribunal Constitucional se ha ocupado de configurar el derecho a expresarse en su propia lengua, en el ámbito penitenciario, en diversas ocasiones. La Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) 82/1986, de 26 de junio, señaló que el derecho al uso del euskera es un derecho de aplicación progresiva, en función de las posibilidades de la administración en cada momento, y no puede ser exigido en su totalidad de forma inmediata.- Ello ha sido repetido en otras dos ocasiones por el TC. En efecto, la STC 2/1987, del 21 de enero – al tener que pronunciarse acerca de si hubo o no indefensión en un recluso que alegó tal situación al no permitírsele declarar en euskera ante la Junta de Régimen y Administración del Centro Penitenciario de Basauri- reiteró la doctrina sentada por la anterior sentencia ya citada. -Se añadió, en este caso que, no se da el presupuesto que el artículo 6.3 del Convenio de Roma establece para reconocer el derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, esto es, el no comprender o hablar la lengua empleada en la audiencia, el castellano, que ha de presumirse en todo ciudadano español, pero cuyo conocimiento consta además, como se deduce de los bien argumentados escritos personales del recurrente. *Destaca el Alto Tribunal* que, de todo lo anterior, se infiere que la falta de declaración oral ante la Junta de Régimen y Administración del centro penitenciario, por no querer expresarse en castellano, no puede ser alegada aquí como indefensión ocasionada por el organismo penitenciario.- En idéntico sentido se pronunció la STC 190/1987, del 1 de diciembre. En este caso, el recurrente había alegado la presunta vulneración del artículo 24.1 Constitución Española ya citado, porque la actuación de la Junta de Régimen y Administración del Centro Penitenciario de Basauri había restringido – según se deduce de su escrito de alegaciones- el derecho a usar la lengua propia y oficial de la comunidad autónoma, al condicionarse su ejercicio al hecho de su grabación y posterior traducción. El TC, tras

reiterar su doctrina acerca del carácter progresivo de este derecho – reconocido en el Art. 3.2, CE, en el Estatuto de Autonomía del País Vasco y en la Ley de Normalización del Euskera – insiste en que, también en este caso, la actitud de la junta no imposibilitó al recurrente el derecho a la defensa.- Concluye el órgano jurisdiccional señalando que al correcto conocimiento del castellano se añade que la falta de declaración oral se debió a su actitud de no querer expresarse en dicha lengua, razón que no puede ser alegada como indefensión ocasionada por el organismo penitenciario⁷⁸.

5. DERECHO A LA EDUCACIÓN

El Artículo 154 constitucional dice: *“La erradicación del analfabetismo es tarea primordial del Estado. Es deber de todos los hombres cooperar para el logro de este fin”* en el mismo sentido el artículo 151 reconoce el derecho a la educación como función esencial del Estado, en consecuencia, el Estado se encuentra obligado a posibilitar los medios necesarios para crear, desarrollar y difundir la educación, así como el acceso de todos los sectores de la población al derecho a educarse en diferentes niveles, por ello, cualquier privado de libertad tiene también el derecho a poder recibir educación, más aún si se entiende que ello puede ser parte importante en el proceso de rehabilitación

La anterior conclusión no se puede discutir, lo discutible sería cómo regular ese derecho a la educación en un ámbito tan difícil como lo es el penitenciario.- Al efecto debe tenerse presente al momento de desarrollar un tratamiento penitenciario en su primera fase de identificación individual de cada privado de libertad, para hacer también una clasificación del grado escolar de cada uno de ellos y, así, poder establecer programas y criterios educativos para la población penitenciaria, debiéndose permitir y promover la entrada de educadores, del Ministerio de Educación, O. N. G., potencializar la

⁷⁸ En Salt Marcos e Iñaki Rivera, Los Derechos Fundamentales de los Reclusos, Editores del Puerto Buenos Aires, 1990.

participación de los reclusos con niveles educativos como educadores⁷⁹ de otros privados de libertad y en lo posible formar las escuelas y colegios dentro de las mismas cárceles para quienes quieren estudiar, los graduados tienen derecho a su respectivo certificado de acreditación (Título) sin que se haga mención de que lo recibió, o concluyó sus estudios dentro del centro penal cuando se recibe formación formal dentro de estos.

Toda persona privada de libertad es titular de derechos, de los cuales se le deben respetar, los derechos que la sentencia condenatoria no restringe y las posibles limitaciones a estos deben ser mínimas y sólo las necesarias derivadas de esa condición propia del ámbito penitenciario e institucional derechos dentro de los cuáles se comprende la educación.

Al respecto de lo antes señalado, es ilustrativo el criterio sostenido por la Sala Constitucional de Costa Rica al manifestar lo siguiente.- "Incluso cabe decir, que no forme parte del objeto de esta acción, que el derecho – y libertad – de aprender es de tal modo fundamental, que deben procurarse los medios y garantías para que también la educación pública, además de excelente y accesible, de derecho y de hecho, a toda la población, se dé efectivamente para la libertad en el sentido de que los beneficios de una educación en libertad, esenciales para la existencia y desarrollo de una sociedad verdaderamente libre y democrática, no sean sólo para quienes puedan acceder a escuelas, colegios, privados, sino también para quienes se eduquen en los públicos".- En la misma sentencia, se expresó que:- "La libertad de Enseñanza es un Derecho Fundamental: ...El hecho de que la enseñanza sea, precisamente un derecho de libertad implica, entre otras cosas: Que se trata, por su naturaleza, por su ubicación y contenido constitucionales y por su posición en el Derecho de los Derechos Humanos – tanto interno como internacional -, de un verdadero derecho fundamental, por ende, derivado de la intrínseca dignidad del ser

⁷⁹ Los fines de resocialización se logran mejor ubicando al privado de libertad en un ambiente similar al que tenía fuera de prisión, por ejemplo, los profesionales, o maestros pueden servir con fines de enseñanza a los que no tienen escolaridad, ello ayuda en doble vía, pues, es útil tanto el profesional como el que no lo es y sirve a la vez como una forma de terapia, donde el privado de libertad aprende y se prepara para su reintegro a la sociedad.

humano- en la expresa definición de la Declaración Universal -, no de la voluntad del Estado ni de ninguna autoridad política o social, los cuales tienen el deber – y solamente el deber, no el derecho ni la opción – de todo ser humano, en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna; de respetarlo ellos mismos, sin violarlo, ni manipularlo, ni escamotearlo por medios directo o indirectos, desnudos o encubiertos; y de garantizarlo frente a todo y frente a todos, poniendo a su disposición los mecanismos jurídicos y las condiciones materiales necesarios para que esté al alcance de todos y por todos y pueda ser gozado efectivamente.- Es entonces criterio de este Tribunal, que EL DIRECTOR DE LA REFORMA, ha violado en perjuicio del recurrente, el derecho a la educación, en consecuencia, en cuanto a este extremo se refiere el recurso resulta procedente: POR TANTO: Se declara con lugar en cuanto a la violación del derecho de educación. Se condena al Estado al pago de las costas, daños y perjuicios causados, los que se liquidarán en la vía de ejecución de sentencia, de lo contencioso administrativo”⁸¹.

6. DERECHO A LA LIBERTAD DE CULTO

El privado de libertad también debe contar y se le deben respetar en prisión sus propias creencias religiosas, o sea su libertad de culto y, no debe, impedírsele que pueda manifestar y conversar sobre temas teológicos particulares de su creencias. Debe tenerse en cuenta que nuestro sistema democrático garantiza un Estado laico⁸², asegurando también en consecuencia que la educación será laica⁸³, es decir, con respeto a la pluralidad religiosa y sin otorgarle preeminencia a ninguna de ellas.

Siendo claro entonces de las normas citadas que, si un fallo condenatorio no ha limitado en absoluto la libertad de culto, éste derecho puede y debe seguir practicándolo

⁸¹ Sala Constitucional, Costa Rica, voto 3851-95, en ocasión de un recurso de amparo interpuesto por un privado de libertad. En otro importante fallo la jurisprudencia de Costa Rica estableció que la persona privada de libertad conserva todos sus derechos o garantías reconocidos en la Constitución que no hayan sido afectados por el fallo jurisdiccional, incluidos el derecho a la información o comunicación, a la salud, al sufragio, al trabajo, a la educación, a la libertad de expresión y pensamiento, etc.- Voto 179-92

⁸² Artículo 77 Constitución de la República.

el recluso, el Estado a través del centro penal, se obliga dentro de las posibilidades del mismo a facilitar la práctica de las creencias religiosas, ello además es propicio y puede coadyuvar a los efectos mismos de la resocialización, así, el permitir la entrada al centro penal de pastores, sacerdotes, etc. de las diferentes iglesias, para reunirse con las personas afines a su religión y los que lo deseen, no perjudica ni atenta en lo absoluto contra la seguridad del centro penal, pues el contenido moral, religioso, ético, que se puede transmitir a través de las religiones, más bien puede facilitar los fines de rehabilitación que se deben buscar en prisión.

7. DERECHO AL SUFRAGIO

La naturaleza consustancial del derecho al sufragio en cualquier sistema democrático, deberá de serlo la *universalidad*⁸⁴ del mismo, sin distinciones de ningún tipo una vez adquirida la mayoría de edad, tal como lo reconoce el artículo 44 de la Constitución de la República.- Ello nos inclina al criterio de que el derecho al sufragio, no se debe perder por el hecho de estar en cumplimiento de una condena privativa de libertad, ahora bien, esta limitación, se encuentra en la misma norma constitucional al establecer por un lado el artículo 33 que el sufragio es un derecho de los ciudadanos mayores de 18 años y, por otro, al establecer en el artículo 41 que la condición de ciudadano se suspende: "1.- Por auto de prisión decretado por delito que merezca pena mayor⁸⁵; 2.- Por sentencia condenatoria; 3.-Por interdicción judicial". En consecuencia, quien tiene suspendida, o ha perdido⁸⁶ la ciudadanía, no podrá ejercer el sufragio, lo mismo sucederá en casos específicos de inhabilitación especial⁸⁷, o absoluta⁸⁸ para un derecho político, verbigracia, el derecho al voto, cosa distinta es inhabilitación para un determinado cargo u oficio publico, que podría ser no poder optar a un cargo de elección popular, o no poder continuar desempeñando un oficio determinado. Al efecto la Ley de

⁸³ Artículo 151 Constitución de la República.

⁸⁴ El atributo más vinculado a los derechos del ser humano, no obstante éste derecho se reconoce al ser humano en su carácter de ciudadano, por ende, sólo tiene el mismo cuando goce de la condición de ciudadano y con ello será titular de éste derecho político en sentido estricto.

⁸⁵ Según el artículo 445 del Código procesal Penal, son delitos graves los que estén sancionados con una pena mayor de cinco años.

⁸⁶ Artículo 42 Constitución de la República.

⁸⁷ Ver artículo 49 y 63 del Código Penal.

Registro Nacional de Las Personas señala en su artículo 121: "Los listados de electores, elaborados electrónicamente, deberán contener por lo menos las columnas para consignar los datos siguientes: Primer y segundo apellido por orden alfabético, nombres, sexo número de tarjeta de identidad, constancia de si voto o no, causas de la inhabilitación o exclusión y observaciones". Claramente en alusión a la restricción establecida al derecho al sufragio en los artículos constitucionales y del Código Penal citados.

Aceptando por antonomasia que el derecho al voto es universal, es decir, para todos, por ende, en un Estado de derecho donde la democracia es primordial como sistema de gobierno, no es compatible establecer excepciones por el hecho de estar guardando prisión, pues, sería discutible el parámetro de proporcionalidad y de legitimidad de la excepción en relación al fin perseguido y cual sería la justificación para excluir éste derecho a los privados de libertad, cuando el mismo no se puede exceptuar por razones de sexo, raza... a ello para completarlo hay que agregar que tampoco por la razón de ser privado de libertad.

Mas grave aún es el caso de las personas que están en prisión detenidas preventivamente que de acuerdo a la disposición constitucional citada tienen suspendida su condición de ciudadano lo cual es lesivo al estado de inocencia que la misma Constitución⁸⁹ y los tratados internacionales⁹⁰ reconocen a todo imputado de un delito, estas personas en ningún momento deben perder el derecho a ejercer el sufragio, dado que el estado de inocencia que les protege hasta que existe una sentencia firme condenatoria en su contra y, no, permite que se les vede el derecho de poder ejercer el sufragio, aún con auto de prisión firme en su contra.

⁸⁸ Ver artículo 48 y 62 del Código Penal.

⁸⁹ Artículo 89.

⁹⁰ Así la Convención Americana Sobre Derechos Humanos- artículo 8.2- Garantías Judiciales.

8. DERECHO A TENER UN JUICIO JUSTO

Esta garantía procesal que se expresa con el axioma "*sine culpa sine iudicio*", implica que la persona previo a ser recluida debe haber tenido un juicio donde goce de todas las garantías que enmarca el debido proceso y ,debe, haberse demostrado previamente en juicio su culpabilidad para legítimamente, poder ser enviado a prisión a cumplir con la sanción impuesta, ello, en el caso de las personas que ya han sido condenadas, en las personas detenidas preventivamente la garantía se manifiesta como límite a la coerción procesal, en el sentido de que sólo se podrá decretar prisión preventiva cuando concurren plenamente las exigencias constitucionales⁹¹ y procesales para ello.

El haber tenido un juicio justo, así como el acceso a la justicia de todo privado de libertad ya sea en prisión preventiva, o cumpliendo la ejecución de una pena, es una garantía fundamental para todas las personas, si están detenidos preventivamente debe el centro penal darles todas las facilidades para comparecer en juicio cuando sea necesario (indagatoria, careos, etc.) y debe permitirse un contacto fluido y permanente con su abogado vía teléfono, fax, etc. Para poder garantizar efectivamente sus derechos, al efecto es importante regular debidamente los reglamentos y leyes penitenciarias sobre la base de estricta legalidad.- Al recaer sentencia firme, debe el respectivo tribunal comunicarlo al centro penal y las autoridades de éste a la vez al privado de libertad, dándole la oportunidad inmediata de hablar con su abogado para enterarse y tener conocimiento de su situación jurídica, lo mismo debe suceder al ingreso del detenido, o condenado al centro penal.

Cuando un privado de libertad incurre en cualquier acción dolosa o culposa dentro del centro penal constitutiva de delito, debe ponerse en conocimiento de parte del director al órgano acusador (Ministerio Público), para que realice la respectiva investigación y

⁹¹ Según la Constitución de la República artículo 92, necesariamente debe acreditarse la plena prueba del delito cometido y los indicios racionales que determinen claramente la vinculación del posible autor con el hecho ilícito.

presente la acusación correspondiente, siendo este un juicio más donde el supuesto culpable tendrá todas las garantías de un debido proceso, dependiendo la forma de comisión de los hechos, no debe ser considerado como agravante, dado que muchas veces este tipo de acciones constitutivas de delito de parte de los privados de libertad responden a actos de supervivencia, o códigos de convivencia dentro de la sociedad carcelaria, generados por lo difícil del ámbito y las situaciones caóticas de los centros penales. Tampoco en estos casos pueden las autoridades penitenciarias imponer sanciones administrativas que por lo general son verdaderas penas corporales, por el hecho de suponerse a alguien responsable de un acto delictivo, pues hasta que no exista sentencia condenatoria por ese nuevo hecho el privado de libertad es inocente, los directores de centros penales sólo deben con control del juez de ejecución imponer medidas preventivas, para la seguridad de quienes participen en el hecho y del resto de la población, pero no pueden imponer sanciones para escarmiento, o para dar ejemplos, argumentando razones disciplinarias, como frecuentemente sucede, pues, el imputado será en un nuevo proceso que se le impondrá la pena correspondiente para su cumplimiento, además cuando el centro penal invoca el régimen disciplinario para sancionar al supuesto responsable de una acción tipificada como ilícita que debe ser sometido al control jurisdiccional (juicio previo), lo que la autoridad administrativa está haciendo, es una *doble sanción*, violentando así el principio de "*No bis in ídem*"⁹² según el cual no se puede imponer sanción dos veces por el mismo hecho delictivo.

DERECHOS QUE SE VEN LIMITADOS

1 EL DERECHO A LA INTIMIDAD

Sin duda el privado de libertad será titular y sujeto de derechos, como regla general los mismos de las personas libres a excepción de los limitados en el fallo condenatorio, ahora bien en la praxis ciertos derechos necesariamente sufren las limitaciones propias del ámbito carcelario y de regulaciones penitenciarias específicas, aún y cuando deba

⁹² Artículo 95 Constitución de la República.

entenderse que cualquier restricción al derecho de un privado de libertad que no cuente con cobertura legal, es inconstitucional, es claro que ciertos derechos que no son limitados por el contenido del fallo condenatorio, por su naturaleza intrínseca en el ámbito penitenciario implícitamente se encuentran limitados desde que el interno ingresa a prisión, restricción que sólo podrá ser la mínima necesaria, provocada por las condiciones y naturaleza de la ejecución de la pena y, no, propiamente como atribución de la autoridad penitenciaria.

Así podemos mencionar el derecho a la intimidad⁹³, derecho que dentro de cualquier estructura social se vuelve esencial para la realización de los fines inherentes al ser humano.- Esta norma constitucional pretende precisamente garantizarle al ciudadano dentro de la sociedad una esfera propia de protección a su intimidad, para que pueda gozar y disfrutar de ella, dentro de la cual se enmarca también el honor, intimidad personal, familiar y la propia imagen.

Demás es decir que dentro del ámbito penitenciario los privados y privadas de libertad, no cuentan con intimidad alguna y éste derecho se desfigura por completo, el hacinamiento imperante dentro de los mismos no permite privacidad de ningún tipo, no se cuenta con privacidad alguna ni siquiera para recibir y comunicarse de forma privada y adecuada con su abogado defensor, lo cual lesiona además el derecho a la defensa.

La pena de prisión sin duda conlleva graves consecuencias colaterales más allá de la detención ambulatoria para quien la sufre en su fase de ejecución, pues siempre trae otras conculcaciones a los derechos de las personas que no están implícitos en su concepto, pero sí en su operatividad; ya que al condenarse a prisión no sólo se condena al encierro en una cárcel, también se le obliga a estar con personas que no ha escogido, a comer lo que se le sirva, a dormir con su respectivo compañero de celda, a estar propenso a abusos sexuales, y muchas veces a estar en mayor peligro de ser lesionado o asesinado, que en la vida en libertad, se le priva de relaciones sexuales con su cónyuge el cual es inocente. Involucrando la ejecución de la pena a todo el núcleo familiar del

⁹³ Artículo 76 Constitución de la República.

condenado, más aún cuando éste es el único proveedor del sustento económico- familiar, como lo es el común denominador de la población carcelaria que generalmente proviene de los sectores económicos y sociales menos favorecidos.

En consecuencia el derecho a la intimidad y la esfera de protección individual que éste proyecta resulta difícil de respetar en centros penales sobre poblados, haciendo imposible que el recluso pueda contar con privacidad alguna, todo lo que le suceda y sus asuntos personales estarán expuestos a la censura y al conocimiento de todos, se les somete a constantes y degradantes requisas individuales muchas veces innecesarias. - Al respecto, una verdadera política penitenciaria, debe definir los mecanismos necesarios, para el respeto del derecho a la intimidad permitiéndose al recluso contar con espacio suficiente para conservar y tratar asuntos familiares personales etc. Con la reserva indispensable para no desfigurar su intimidad personal, dentro de esos espacios personales, se encuentra el derecho del recluso a contar en la medida de lo posible con una *vida sexual activa* ello implica que, dentro de la reglamentación penitenciaria debe establecerse con claridad que el recluso tiene derecho a la visita conyugal, periódicamente lo cual debe estar regulado entre periodos cortos una visita y otra, por ejemplo, al menos semanalmente, esto es sin duda importante para la salud física y mental del privado de libertad y también para evitar dentro de lo posible practicas homosexuales... dentro de las cárceles, que generan otros problemas adicionales al ya difícil ámbito carcelario.

No es correcto regulaciones como la contenida en la (LARD⁹⁴) que en su artículo 74 establece que el derecho a la "visita conyugal" *sólo para los reclusos casados o unidos en matrimonio de hecho*, ello es incorrecto ya que la necesidad de tener relaciones sexuales es de todos y todas casados, o no, lesionando dicha regulación el derecho a la intimidad (vida sexual activa), así como el derecho a la igualdad.- En E. E. U. U., donde el sistema carcelario posiblemente es salubre contrario a la mayoría de los centros penales latinoamericanos, pero es un sistema represivo con un régimen

⁹⁴ Ley de Rehabilitación del Delincuente.

disciplinario fuerte, así en el estado de California la reglamentación penitenciaria no permite a quienes cumplen condena perpetua sin posibilidad de libertad bajo fianza puedan recibir visitas conyugales, ni usen el correo para enviar semen fuera de prisión con fines de procreación, en un caso concreto donde un recluso recurrió esa norma penitenciaria argumentando que se le violan derechos fundamentales con esa disposición el tribunal de apelaciones del 9 circuito dijo al respecto: "*el derecho a procrear sobrepasa la encarcelación*", rechazando así una decisión anterior de un tribunal de California que había negado al sentenciado William Gerber ese derecho, permitiéndole enviar por correo semen para procrear con su esposa⁹⁶.

Otro aspecto importante a considerar como parte de la esfera de privacidad del recluso, es el relacionado al derecho a la *comunicación*; este derecho por lo general dentro de la prisión se ve limitado de forma tal que se desfigura por completo su contenido esencial, ya que las cartas que es el medio convencional de comunicación de los privados de libertad son intervenidas (abiertas) sin excepción alguna y sin la respectiva orden judicial, es claro que en determinados casos criminalidad compleja.... puede ser razonable intervenir la comunicación del privado de libertad por tenerse indicios de que se podrá comunicar con otros implicados pero el único que puede valorar si ese indicio es suficiente para dar lugar a la intervención de la comunicación vinculándolo, para ello al caso concreto es el juez competente, en los centros penales, por lo general, la administración penitenciaria actúa arbitrariamente estableciendo restricciones innecesarias e ilegales.

En España, por ejemplo, la reglamentación penitenciaria permite que las comunicaciones sean intervenidas motivadamente por el director de la cárcel dando cuenta a la autoridad judicial competente. El tribunal constitucional se ha pronunciado sobre estos casos diciendo: "Que la comunicación de los internos sólo puede ser suspendida por orden judicial con carácter general, si bien en los supuestos de

⁹⁶ Tomado del diario el Heraldo, del lunes 10 de Septiembre del 2001, Pág., 29.

terrorismo, además, podrá acordar la suspensión el director del establecimiento dando cuenta a la autoridad judicial competente".⁹⁸

2. DERECHO A LA FAMILIA

La separación de la familia, es sin duda un mal colateral que en la praxis el condenado a pena privativa de libertad tiene que sufrir, la separación de sus familiares, o amigos es inherente a la prisión, la cual crea una barrera casi absoluta entre el recluso y sus familiares a quienes no se les permite las vistas con la frecuencia debida.- AL respecto la reglas mínimas artículo 37 dice: *"los reclusos estarán autorizados para comunicarse periódicamente, bajo la debida vigilancia, con su familia y con amigos de buena reputación tanto por correspondencia como mediante visitas"*. Es claro que dentro del ámbito penitenciario el privado de libertad necesita mantener un contacto permanente con su familia desde el momento mismo de la detención, además, las visitas de esposa, hijos, hijas, y demás familiares juegan un papel importante en los procesos de rehabilitación del condenado.

La regla 37 antes citada, no presenta una redacción idónea, pues limita enormemente la visita de amigos al establecer que estos deben ser de buena *reputación*.- Lo cual se convierte en un termino difuso ya que no se sabe que criterios se tomaran, para establecer los parámetros que definan que amigo es de buena reputación, siendo una limitante que también lesiona derechos a la dignidad de terceros, en este caso los amigos de los privados de libertad que para poder acceder a visitarlos tendrían que pasar por un reproche de esta naturaleza.

⁹⁸ S. T. C. 73/1983 de junio, tomada de Iñaki Rivera, Op-Cit, cita a Bueno Araus., quien a criticado esa sentencia diciendo que hubiera sido deseable un pronunciamiento expreso sobre la interpretación del termino terrorismo empleado en las normas penitenciarias visto el carácter indeterminado de dicho termino.

Una adecuada política penitenciaria debe promover siempre el contacto del privado de libertad con su entorno familiar, para mantener las expectativas de rehabilitación y buena conducta del privado que lo motive a lograr acceder a los respectivos beneficios de libertad anticipada, al efecto, se deben crear programas de identificación de los familiares de parte de la autoridad penitenciaria, buscando facilitar el contacto permanente de estos con sus parientes condenados, es idóneo también definir criterios legales que permitan al privado de libertad cumplir su condena en el centro penal más cercano a su localidad, para facilitar las visitas de los familiares, tomando en consideración que en la mayoría de los casos son personas de bajos recursos económicos que no pueden trasladarse, por ejemplo, de lugares del interior del país hacia la Penitenciaría Nacional. En lo referente a la regulación del régimen disciplinario se aconseja tener en cuenta lo siguiente:

“Los contactos de los reclusos con el exterior se deben ver más como derechos que como privilegios; por lo tanto no se deben usar ni como recompensa ni como castigos.- El privar de tales derechos a los presos como sanción disciplinaria debería ser inaceptable, excepto donde la ofensa fue un abuso específico del contacto, cualquier privación de ese tipo con respecto a los contactos con los familiares debe evitarse”¹⁰⁰.

Lo pretendido en la propuesta del Manual de Buena Práctica citado, es, precisamente preservar el derecho del privado de libertad a mantener contacto permanente con su familia como un derecho propio y a la vez de sus respectivos familiares, por ello, no se puede desnaturalizar dicho derecho supeditándolo a los beneficios propios del régimen disciplinario.

3. DERECHO AL TRABAJO

El trabajo debe ser entendido como un factor importante en el tratamiento de rehabilitación dentro de las prisiones y una de las actividades principales. En la praxis,

¹⁰⁰ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Manual de Buena Práctica Penitenciaria*, San José, Costa Rica, 1998.

no siempre es parte del tratamiento, o un derecho del privado, si no más bien un castigo o explotación laboral del más fuerte sobre el más débil, los centros penales se han convertido en polos de mano de obra barata con la complicidad de la corrupción gubernamental respectiva.- lo ideal sería que todos dentro de prisión puedan trabajar o salir de ella específicamente a efectuar labores que les permitan obtener ingresos económicos y, con ello, mantenerse ocupados. El trabajo penitenciario siempre debe entenderse más como un derecho que, como un deber, sólo debe verse limitado por la naturaleza intrínseca de la prisión y su ámbito, por ejemplo, la imposibilidad de suficientes fuentes de trabajo cerca de centros penales, o actividades que se puedan realizar dentro del mismo.

Al respecto las reglas mínimas artículo 71 (1) dice: "El trabajo penitenciario no deberá tener carácter aflictivo". Regla 72 (1) "La organización y los métodos de trabajo penitenciario deberán asemejarse lo más posible a los que se aplican a un trabajo similar fuera del establecimiento, a fin de preparar a los reclusos para las condiciones normales del trabajo libre".

La adecuada regulación del trabajo en prisión es importante para evitar abusos con los reclusos, como ser trabajos infamantes en condiciones deplorables, salarios ínfimos, el derecho del trabajo del privado de libertad, es el mismo según el cual universalmente a igual trabajo igual remuneración¹⁰¹, no existiendo justificación alguna, para considerar que por estar sufriendo una condena se perdió el derecho a un salario proporcional a la labor

¹⁰¹ En cuanto al salario o retribución que frecuentemente, no obtienen equitativamente por su trabajo los privados de libertad las Reglas Mínimas citadas- 76 (1) establece: "El trabajo de los reclusos deberá ser remunerado de una manera equitativa".

(2) "El reglamento permitirá a los reclusos que utilicen, por lo menos, una parte de su remuneración para adquirir objetos destinados a su uso personal y que envíen otra parte a su familia".

(3) " El reglamento deberá igualmente prever que la administración reserve una parte de la remuneración a fin de constituir un fondo que será entregado al recluso al ser puesto en libertad".

efectuada¹⁰². El derecho al trabajo es de todos los privados, pero evidentemente existe la dificultad de que no se cuenta con suficientes opciones reales en el exterior de la prisión para que los reclusos trabajen dignamente sin explotación, para solventar esto pueden establecerse turnos y rotarse los reclusos para realizar los trabajos fuera de la prisión cuando existe la posibilidad, de igual forma se debe reglar las labores que se pueden realizar dentro de prisión.

Por su parte el artículo 56¹⁰³ dice: "El salario del penado constituirá un fondo de reserva que se dividirá así:

El 30% para la reparación del daño, costas y gastos judiciales cuando proceda.

El 40% para el sostenimiento del recluso y los dependientes económicos del mismo.

El 30% para la constitución del fondo de ahorro del recluso que le será entregado al cumplir su condena o al salir excarcelado.

Lo dispuesto en el presente artículo es aplicable a lo conducente al salario de los reclusos no condenados".

El ultimo párrafo del articulo 56 citado de- *lege ferende*-, debe entenderse sólo en los casos que, la persona detenida provisionalmente desee (derecho), realizar labores de trabajo dentro del centro penal, de no ser así deberá prevalecer su estado de Inocencia, el cual garantiza a los detenidos cautelares (no condenados), un trato diferente al de los sentenciados ese trato diferente implica estar en lugares separados y en definitiva un trato

¹⁰² Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los derechos laborales surgen de la condición de trabajador, así toda persona que vaya a realizar o haya realizado una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha condición, independientemente de cualquier otra consideración de carácter económico o social.- Opinión Consultiva OC-18/03 17 septiembre 2003.

¹⁰³ Ley de Rehabilitación del Delincuente.

de no culpable¹⁰⁴.- Al efecto entendemos a la luz de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos que, existe una prohibición clara a ejecutar trabajos forzosos(artículo 6.2) como formas de esclavitud y servidumbre, sólo aceptándose la imposición de trabajos forzosos mediante la ejecución de la pena y a través de la vía jurisdiccional competente, es decir, se requiere la observancia del debido proceso para su imposición, dichos trabajos exigidos a la persona en cumplimiento de una condena, no se consideraran trabajos forzosos y deberán respetar la dignidad, capacidad física e intelectual del condenado.

Las regulaciones, para el trabajo de los reclusos deben ser precisas, por ejemplo, siempre un medico debidamente calificado debe examinar al preso al ingresar a la prisión, para determinar su estado de salud, incluyendo además posibles deficiencias patológicas para realizar determinados trabajos.

Un aspecto que puede ayudar a resolver el problema de la escasez de empleo para los privados de libertad, lo cual es muy frecuente y una de las mayores dificultades para que el trabajo sea parte del tratamiento. Son las microempresas, dentro de las prisiones, esto ha sido una experiencia positiva en distintos centros penales del país, así El Comité para la Defensa de los Derechos Humanos en Honduras (CODEH), promueve proyectos de cría de cerdo, Piscicultura, Fabrica de Bloques, Panadería, capacitando para ello a los reclusos, con los cuales se logra resultados positivos y claros de rehabilitación ya que los privados de libertad, aprenden un oficio útil, que pueden realizar por su propia cuenta al salir de prisión, convirtiéndose de esta forma en individuos útiles y productivos para la sociedad a su retorno a la misma y, no, un peligro para ésta.

4 DERECHO A REUNION Y ASOCIACION

Este es un derecho que aún estando en libertad encuentra limitaciones específicas, así el Estado exige determinados requisitos, por ejemplo, solicitar permisos para

¹⁰⁴ El artículo 39 del Código Penal, impone la obligación del trabajo en obras públicas sólo para los condenados.

reuniones políticas de cierto número de personas, obtener personería jurídica para asociarse en sindicatos, patronatos, etc. En el ámbito Penitenciario sin duda este derecho no se goza plenamente y se ve restringido. Pero nada impide que los privados de libertad se puedan asociar y organizar internamente, para tener sus representantes ante las autoridades penitenciarias que canalicen sus peticiones, más bien ello, debe regularse normativamente, buscando evitar las asociaciones subterráneas dentro de las prisiones en las cuales los diferentes grupos de privados de libertad se aglutinan alrededor al líder de una mara, o pandilla, colocándolos como sus jefes, situaciones permitidas por la autoridad penitenciaria que terminan generando ingobernabilidad en los centros penales

Resulta irónico como bien ha señalado MICHEL FOULCAUT¹⁰⁶ que, la sociedad prohíbe las asociaciones de más de 20 personas, pero constituye ella misma asociaciones de 200, 500, 1200, condenados en las casas centrales [cárceles] que se les construyen ad hoc y que dividen para su mayor comodidad en talleres, en patios, en refectorios comunes.....y las multiplica sobre toda la superficie de tal modo que allí donde hay una prisión hay una asociación, otros tantos clubes antisociales que educan al joven delincuente que se halla en su primera condena, su primer deseo será ser educado por los más hábiles en como se eluden los rigores de la ley.

Efectivamente la asociación carcelaria de grupos se encarga de educar a los delincuentes primarios que muchas veces entran a ella por delitos de muy poco daño social, pequeños robos o hasta acciones imprudentes que llevan pena muy baja en años que por falta de recursos no se pueden conmutar, pero que al entrar a prisión, estos se educan en las habilidades y destrezas de supervivencia dentro de la institución carcelaria la cual exige inexorablemente romper la Ley, alejando totalmente las posibilidades de poder lograr rehabilitación alguna, de allí el acertado criterio de política criminal que, recomienda sustituir la pena de prisión para los delitos de penas menores de 6 años por otro tipo de penas (multa, trabajo comunitario), mandar a prisión a una persona por delitos cuya pena privativa de libertad no es alta, lo único que consigue es que el privado de libertad regrese

¹⁰⁶ Foucault Michel, *Vigilar y Castigar*, México, Siglo XXI, 1999. Pág. 271.

pronto a la sociedad, con odio, resentimiento y perfeccionando en técnicas delictivas. Siendo entonces, sí una verdadera amenaza a la convivencia social.

INDICE

UNIDAD IV

	Pág.
El Deterioro Carcelario.....	63
1. La Sobrepoblación Carcelaria.....	66
2. Prisión Preventiva.....	73
3. El Problema de las Drogas en Prisión.....	76
4. El Personal Administrativo.....	80
La Crisis del Sistema Penitenciario Nacional.....	83
a) Inseguridad Jurídica de los Privados de Libertad.....	85
b) Las Formas no Regladas de Gobierno.....	87
c) La Corrupción.....	87
d) Sobre Población y Hacinamiento.....	88
e) Faltas de Programas de Rehabilitación y Reinserción Social.....	90
f) Falta de Presupuesto.....	94
g) Personal Penitenciario.....	95
Conclusiones.....	96

UNIDAD IV

EL DETERIORO CARCELARIO (ASPECTOS BÁSICOS QUE SE DEBEN TOMAR EN CUENTA PARA IMPLEMENTAR UNA POLITICA PENITENCIARIA ADECUADA).

Como muchas veces se ha dicho hablar de cárceles y derechos humanos evidencia una gran paradoja: *"pretender capacitar al reo para la vida libre estando en el encierro"*, de ahí la gran contradicción de la sociedad moderna, aceptar de buena manera el encierro carcelario aún y cuando en la actualidad el estado catastrófico¹⁰⁷ de la cárceles no es ningún secreto y los abusos contra derechos humanos están a la orden del día. Las cárceles del país se caracterizan por una constante y sistemática violación a los derechos humanos de la población penitenciaria, en los cuales la vida, la integridad física y cualquier otro derecho inherente al ser humano, no tienen ninguna salvaguarda de parte del Estado ente Constitucionalmente¹⁰⁸ responsable de la custodia¹⁰⁹ de las personas reclusas en los centros penales. En palabras de ELIAS NEUMAN: *"La institución carcelaria atraviesa por un total deterioro que se agudiza día con día, este deterioro ha ocasionado la degradación y despersonalización del reo, se lesiona su autoestima, no cuenta con privacidad alguna las requisas en los centros penitenciarios son extremadamente degradantes, el recluso tiene que vivir en lo que se ha llamado la sociedad carcelaria"*¹¹⁰.

¹⁰⁷ Conocidos son las sangrientas tragedias frecuentemente ocurridas en los centros penales de diferentes países, así, Guatemala, Brasil, Perú, Colombia. En nuestro país también es ampliamente conocido el total ambiente de inseguridad y violencia que vive la población carcelaria, puesto en evidencia con las constantes muertes que casi a diario ocurren en los centros penales, que pone además de manifiesto las deficiencias del sistema de administración de justicia, que mantiene saturados los centros penales del país siendo en su mayoría reos sin condena.

¹⁰⁸ Artículo 59 Constitución de la República.

¹⁰⁹ Delegada directamente en los Directores de los centros penales-artículo 18.2- Ley de Rehabilitación del Delincuente.

¹¹⁰ Neuman Elias y Irurzun Victor, La Sociedad Carcelaria, Depalma, Buenos Aires, 1994. Pág.

La sociedad carcelaria a la que se refiere NEUMAN es en nuestro criterio el resultado de la necesidad de supervivencia a que se ven obligados los internos de cualquier centro penal y, que, ha generado un sistema subterráneo dentro de la prisión en el cual son partícipes activos los directores de centros penales y otras autoridades que mediante actos de corrupción obligan a los reclusos a buscar mecanismos y códigos propios para no ver lesionados sus derechos y hasta su propia vida, creando una cultura subterránea sin reglas de sumisión legal, es decir, manteniendo dentro del Estado un espacio o territorio sin Ley que es la cárcel.

La siguiente manifestación de FOUCAULT recoge en forma clara lo anterior cuando dice: **"El sistema penal es la forma en la que el poder se muestra del modo más manifiesto meter a alguien en la prisión mantenerlo en esta, privarle de alimento, de calor, impedirle salir, hacer el amor... etc.; ahí tenemos la manifestación de poder más delirante que uno pueda imaginar. La prisión es el único lugar donde el poder puede manifestarse en su desnudez, en sus dimensiones más excesivas, justificarse como poder moral (tengo razón en castigar puesto que tu sabes que está mal robar, matar, etc.) esto es lo fascinante de las prisiones por una vez el poder no se oculta, no se enmascara, se muestra como feroz tiranía en lo mas íntimos detalles, cínicamente y al mismo tiempo es puro, esta enteramente "Justificado", puesto que puede reformularse enteramente en el interior de una moral que en marca su ejercicio: su brutal tiranía aparece entonces como dominación serena del bien sobre el mal, del orden sobre el desorden"**¹¹¹

¹¹¹ Foucault Michel, *Un Dialogo Sobre el Poder*, Madrid Alianza Editorial, S. A., 1995, Pág. 11, 12. (La negrita no es del original).

El deterioro carcelario¹¹² viene derivado como bien se ha dicho del sistema penal mismo que como estructura de control social punitivo es por naturaleza intrínseca, esencialmente deshumanizador y desfigurador de los derechos de la persona, ya que produce daño innecesario, viola la dignidad humana y genera más violencia que la que previene. Siendo entonces natural que el ámbito penitenciario se convirtiera en un espacio de marginación social que hace sufrir masiva e individualmente a sus pobladores, que siguen siendo los mismos de siempre, los más vulnerables, provenientes de los sectores sociales más bajos, es la selección de los réprobos y elegidos. Lo que se ha llamado acertadamente como la criminología del "*pobre diablo*"¹¹³ que, no es más que los ladrones de pollos y gallinas, y los delincuentes de portación de cara, o características específicas.

El delito implica una manifestación contraria al consenso individual y colectivo, una desviación al orden instituido para la armonía social, en realidad una autodeterminación negativa del individuo, a la cual el Estado viene a responder apropiándose de la libertad como una forma de domesticar y hacer coactivamente volver al redil a aquellos que se han desviado del orden social preconcebido como puro y correcto a manera de contrato social. En la actualidad la democracia exige una conexión clara con la doctrina de los derechos humanos que a veces tanto se pregona, no obstante se sigue permitiendo y avalando por omisión que en las cárceles se despersonalice al ser humano segregando en condiciones ignominiosas a los mismos de siempre.

¹¹² Es sorprendente darnos cuenta, cuando hablamos del actual estado de los centros penales que la obra de CESAR BONESANA MARQUES DE BECCARIA. Titulada: "*Tratado de los Delitos y de las Penas*" y que VOLTAIRE llamaba el código de la humanidad. Publicado por primera vez de manera anónima en 1764 cuando el autor tenía 26 años, obra que imprime un carácter humanitario a la forma tiránica y arbitraria seguida de tormentos y castigos, sin proceso previo, muerte civil, Con que se miraban las penas y los delitos en el siglo XVIII previo a la ilustración francesa, siga hoy día siendo similar al estado actual oscuro y lesivo a los derechos humanos en que se encuentran nuestras cárceles al entrar al siglo XXI por lo que la obra en referencia sigue siendo un texto de mucha importancia y más aún de plena validez, para el tema.- Para BECCARIA El fin de las penas no puede ser: "*atormentar y afligir un ente sensible ni deshacer un delito ya cometido.*".

¹¹³ Cfr. Neuman Elías, Op- Cit, Pág.12.

Haremos una concisa relación de algunos de los factores que han generado, o han incidido en el deterioro carcelario que crea un total irrespeto a los derechos humanos de los privados de libertad, aspectos sobre los cuales deben establecerse indicadores, para minimizar su impacto negativo en el ámbito penitenciario.

1. LA SOBREPoblACION CARCELARIA

El problema de la sobrepoblación carcelaria es quizás el principal factor criminogeno dentro de las prisiones, pues el hacinamiento que ha saturado las cárceles origina que la pena de prisión se cumpla en las condiciones inhumanas¹¹⁴, degradando al privado de libertad a un mero objeto de la coerción penal, matándolo en vida y lejos de rehabilitarlo lo convierte en un sujeto activo de violencia. Dichas condiciones son claramente a la luz del derecho internacional de los derechos humanos violatorias de los derechos contenidos en el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como de lo establecido en el artículo 1.1 del mismo instrumento, por ende, generan responsabilidad para el Estado de Honduras.

La selectividad del sistema penal se hace mas notoria en las sobre pobladas cárceles latinoamericanas, donde se acrecientan los fenómenos de prisionalización estigmatización y etiquetamiento¹¹⁵ Es fácil suponer que el trato del personal administrativo de los centros penitenciarios no puede ser idóneo cuando laboran bajo la presión que provoca una sobre población exagerada de reclusos, más aún teniendo en cuenta que por lo general el personal penitenciario específicamente el guardia no cuenta con la preparación y la capacidad profesional necesaria para tratar con un sector que por las condiciones mismas del ambiente y del alto grado de vulnerabilidad en que se

¹¹⁴ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha pronunciado reiteradamente sobre el tema de la sobre población carcelaria, considerando que no es legítimo contar con celdas saturadas, sin ventilación ni luz natural donde las personas privadas deban dormir de pie o sentadas, indicando que estas condiciones agravan la violencia entre internos y entre estos y las autoridades. Así caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros Sentencia del 21 de junio 2002, entre otros.

¹¹⁵ Cfr. Issa Henry y Arias Maria, Derechos Humanos en el Sistema Penal, ENED Costa Rica. Pág. 111.

desenvuelve se convierte en una población muy sensible y muchas veces a la defensiva del trato que se les otorga.

Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas por las Naciones Unidas en el Congreso de Ginebra 1995 y que amparan los derechos de los reclusos, establecen la forma en estos deben tratarse, para que gocen de un trato acorde a la dignidad del ser humano.- El artículo (9.1) dispone : *"Las celdas o cuartos destinados al aislamiento nocturno no deberán ser ocupados por más que por un sólo recluso si por razones especiales tales como el exceso temporal de población carcelaria, resultara indispensable que la administración penitenciaria central hiciera excepciones a esta regla, se deberá evitar que se alojen dos reclusos en cada celda o cuarto individual"*. El artículo 10 dice: *"Los locales destinados a los reclusos y especialmente aquellos que se destinan al alojamiento de los reclusos durante la noche deberán satisfacer las exigencias de la higiene habrá cuenta de clima; particularmente en lo que concierne el volumen de aire, superficie mínima alumbrando, calefacción, y ventilación"*. Para poder lograr el respeto a los derechos de los reclusos en una adecuada política penitenciaria, es importante tener presente las Reglas Mínimas de la ONU para el Tratamiento de los Reclusos, las cuales establecen pautas al respecto y con la implementación de las mismas se puede lograr mejorar la situación carcelaria.

La Sala Constitucional de Costa Rica se ha manifestado sobre el tema ¹¹⁶ manteniendo el ilustrativo criterio al decir: "Resulta evidente para esta sala no solo que la realidad carcelaria en el Centro de Atención Institucional de San José, esta totalmente alejadas de las pautas que al efecto deben seguir las instituciones carcelarias en lo referente al tratamiento de los reclusos sino que la función retributiva de la pena y el concepto de pena como castigo, que en teoría se encuentra del todo superados por las nuevas tendencias criminológicas, parecen cobrar absoluta validez en la realidad penitenciaria costarricense. Y esto es así porque el tener a seres humanos en total hacinamiento sin las mínimas condiciones de higiene y en lugares sucios, húmedos, oscuros con poca ventilación **no puede ser otra cosa que un castigo y un trato**

¹¹⁶ Voto 1032-96.

degradante contrario a la dignidad humana que esta sala no puede soslayar de ninguna forma"¹¹⁷. El parámetro de sobrepoblación en este caso era un centro penal con capacidad de 475 personas con población de 1009 privados de libertad.

En Honduras el problema del hacinamiento ha sido la constante del ámbito penitenciario, con el agravante de que siempre el mayor índice ha sido de reo sin condena. Debido a lo anterior en el año 1997 se emitió la ley para favorecer al "reo sin condena"¹¹⁸ y éste bajo ciertos requisitos, pudiera salir en libertad, precisamente por el gran número de reclusos en las cárceles para tratar de descongestionarlas un poco, lo cual es reflejo de lo lento del sistema penal, ocasionado así mas población innecesaria a las cárceles pues muchos de los que están en ellas sin sentencia pueden y son declarados inocentes al emitirse el respectivo fallo jurisdiccional, por lo que además de ocasionar una sobre población carcelaria innecesaria; se ocasiona daños irreparables al individuo. Nuestra realidad siempre ha sido una sobre población penitenciaria de aproximadamente entre 9,000.00 a 12,500 privados de libertad, de los cuáles el porcentaje de preso sin condena ha fluctuado entre el 70 y el 90%.

El hacinamiento¹¹⁹ no se presenta como un fenómeno aislado, sino paralelo al mal mantenimiento de los centros de reclusión y a sus condiciones de insalubridad. Otro de los problemas que trae la sobre población carcelaria, es la violación del Estado a cumplir con el mandato constitucional de separar por categorías a los internos, es decir, los condenados de los que sólo están detenidos preventivamente, igual los enfermos de los que no lo están.- La no separación entre condenados y detenidos en prisión preventiva, sin duda alguna atenta contra los postulados que rectoran al Estado de derecho, el cual

¹¹⁷ Voto 1032-96. La negrita no es del original.

¹¹⁸ La Ley del Reo sin Condena, no causo los resultados esperados como un mecanismo para descongestionar los centros penales.

¹¹⁹ El informe del año 1996 del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos, manifiesta que en los casos de los centros penales de la República lo siguiente: "Podríamos asegurar sin temor a caer en la exageración, que estamos ante violaciones masivas y sistemática a los derechos humanos de la población interna". En ese mismo informe se constata que los parámetros internacionales dados en las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. No se cumplen, en la pagina 74 de dicho informe dice, otro ejemplo, lo constituye el hecho de que en 1994 se reportaba que en el centro penal de la Ceiba [la tercera ciudad del país] "16 mujeres convivían en una sala aproximadamente de 20 metros cuadrados, lo cual les permitía un espacio más o menos de 1 metro cuadrado por persona el sólo hecho de imaginarse viviendo en tales condiciones resulta espeluznante para cualquiera en grado mínimo de sensibilidad humana".

asegura el respeto de los derechos y garantías fundamentales de los individuos, en el caso de la libertad personal con especial referencia al estado de inocencia

Las condiciones de alojamiento, en los Centros Penales, son deplorables, no hay servicios sanitarios, suficientes baños, lavanderías o zonas de recreación. La alimentación es muy mala, no existe sanidad, ni cantidad adecuada o balanceada de comida.- El Estado, no destina fondos suficientes para los Centros Penales, el cual es muy pobre y no alcanza para cubrir necesidades básicas, de presupuesto por recluso, en Honduras por recluso diario para alimentación se destina un dólar \$1.00; por lo cual su dieta debe limitarse a frijoles y arroz.- Así cuando el recluso no posee fondos, para obtener alimentación adecuada está expuesto a enfermarse continuamente.- Tal como lo ha constatado el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos (ver informe anual 1998).

Las deficiencias en el sistema penitenciario nacional no sólo consisten en la estructura de los edificios, déficit de mobiliario (camas), personal especializado, sino también en tener una sobrepoblación del 58% de la capacidad establecida lo que dificulta la labor del ente encargado de administrarlos que es la Dirección General de Servicios Especiales Preventivos (DGSEP)¹²⁰.

Las funciones que supuestamente presta esta dirección son:

- **Atender la seguridad, administración y custodia de los establecimientos penales.**
- **La seguridad de los centros de reinserción social de menores infractores y de conducta irregular.**

¹²⁰ La Dirección General de Servicios Especiales Preventivos fue creada en 1998, depende de la Secretaría de Seguridad; anteriormente fue la Dirección General de Establecimientos Penales y dependía de la Secretaría de Gobernación y Justicia, siempre adscrita al Poder Ejecutivo y bajo control jurisdiccional, ejercido específicamente a través de la figura del juez de ejecución.

Los servicios que se supone brinda esta dirección en cada centro penitenciario son;

- **Alimentación (tres tiempos)**
- **Consejería**
- **Terapia individual y de grupo.**
- **Servicios médicos generales y odontológicos.**
- **Transporte para traslado a juzgados u hospitales.**
- **Servicios educativos a nivel primario, secundario e informal.**
- **Talleres ocupacionales**
- **Desarrollo de actividades productivas, deportivas y artísticas.**
- **Servicios de encomiendas.**
- **Desarrollo de eventos espirituales (católicos o evangélicos).**
- **Desarrollo de eventos para generación de fondos (expoventas).**

Muchos de estos en la realidad son muy deficientes o no se cumplen.

¹²¹Las reglas internas que los reclusos deben seguir en cada centro penal son

En lo referente a horarios de visita:

- ***En el Reclusorio de San Pedro Sula: todos los días.***

⁵³ Fuente de la Dirección General de Servicios Especiales Preventivos (DGSEP), adscrita al Ministerio de Seguridad, nota aparecida en diario El Herald, sección Violencia y Seguridad del 2 de Julio del 2001.

-
- ***En la Penitenciaría Nacional y Central: martes y jueves, sábado y domingo.***
 - ***En el Centro Femenino de Adaptación Social: miércoles, sábados y domingo.***

Todos en un horario de 9:30 a.m. a 3:00 p.m.

- **Respetar los horarios de levantarse, bañarse, comer acostarse y cerrar las celdas.**
- **Es prohibido permanecer en la "zona muerta" (espacio entre el muro interior y el exterior).**
- **Los internos están establecidos por módulos y se pueden movilizar en este ámbito (Penitenciaría Nacional)**
- **Se pueden movilizar en el área donde estén reclusos como patios y dormitorios (otros centros penales).**
- **Respetar las áreas restringidas que son exclusivas para internos considerados de alta peligrosidad y para grupos de barrios o "maras".**
- **En caso de mal comportamiento, se manda a los reclusos a las celdas de aislamiento o áreas de meditación. (castigo)**

CAPACIDAD DEL SISTEMA PENAL
(AÑO 2000).- ¹²³

<i>CENTRO PENAL</i>	<i>CAPACIDAD</i>	<i>POBLACIÓN</i>
San Pedro Sula	1,600	1,764
Juticalpa	130	464
Choluteca	800	338
Gracias, Lempira	150	425
El Progreso, Yoro	100	310
Santa Bárbara	70	481
Comayagua, Comayagua	200	730
El Porvenir, La Ceiba	270	460
Santa Rosa de Copán	300	709
Danlí, El Paraíso	200	403
Centro Femenino Adaptación Social	200	241
Penitenciaría Nacional	2,500	2,185
Penitenciaría Central	600	783
<i>Totales</i>	<i>6,520</i>	<i>9,293</i>

No obstante el cuadro anterior hay en el país 27 Centros Penales los cuales no aparecen todos en el mismo, distribuidos así:

Reclusorios departamentales	17
Reclusorios locales	3
Granjas penales	4
Penitenciarias	3

¹²³ Fuente- ibidem

Arrojando en el país a Julio del 2001 un total de 12,243 reclusos, estando la cifra de sobrepoblación acumulada en los Centros Penales en un 58%. Y un aproximado de 90% de reos sin condena.

2. PRISION PREVENTIVA

El preso sin condena es el fenómeno dominante en la realidad penitenciaria de cualquier país latinoamericano, ello pone en evidencia lo lento del sistema penal y, el exceso, del uso de la prisión preventiva, que se termina convirtiendo en una pena anticipada, pues en la mayoría de los casos lesiona el estado de inocencia, el cual para muchos autores no puede existir si la persona imputa de un ilícito penal, no es oída en libertad, situación que trae de manifiesto que el sistema penal al no poder respetar íntegramente el estado de inocencia, no hay garantía que sea absolutamente respetada en el proceso penal para decirlo con ZAFFARONI *"La imposibilidad de legitimar la prisión preventiva, nos muestra que no hay principio ni garantía que sea absolutamente respetado en el ejercicio del poder punitivo del Estado, o sea que este los viola todos, sólo que en diferentes medidas. Dicho más sistemáticamente, los derechos humanos siempre son violados por el poder punitivo, sólo que en diferentes grados, si se quiere invertir la formula aunque no por eso el contenido puede decirse que el poder punitivo respeta los derechos humanos en diferente medida"*¹²⁵.

Los estudios de **ILANUD** sobre la prisión preventiva en los países latinoamericanos han mostrado que tradicionalmente en la mayoría de estos el índice de presos sin condena es superior al cincuenta por ciento aproximándose incluso al noventa por ciento tal como es caso de Honduras en 1995 con 8584 reclusos y sólo 813 condenados siendo una constante que se mantiene en la actualidad con mas de 12,243 (2002) como se señaló y solamente alrededor de un diez por ciento se encuentra condenados lo cual lesiona indudablemente el estado de inocencia, es necesario empezar a dejar de usar la prisión como la única salida e introducir las alternativas a la

misma para la solución de los conflictos de menor lesión y los que se satisfacen con la reparación del daño ocasionado y dejar de seguir encerrando sin límite alguno restableciendo el estado de inocencia como pilar fundamental del proceso penal orientado a la persona humana dejando a un lado la inclinación que el sistema hace por el principio de presunción de culpabilidad y no por el de inocencia como debe de ser sólo de esta forma se puede ir mejorando la situación carcelaria para lograr dar un trato digno a los privados de libertad.¹²⁶

En Europa y América del Norte, situaciones de hacinamiento muy inferiores a las que afrontamos en nuestra región han dado lugar a recursos para reducir el número de presos o aumentar la capacidad de alojamiento. En los Países bajos se han encontrado como solución diferir temporalmente el cumplimiento de las penas de prisión hasta tanto se genere el espacio necesario: a medida que se van generando espacios, los condenados que están en lista de espera, ingresan al sistema. Es una solución interesante, pues aunque sin haber tenido ese propósito expreso, logra al efecto de responder al delito no sólo con prisión, sino también con una medida educativa¹²⁷.

Es el proceso penal, es por naturaleza operativa el ámbito en el que más se lesiona el derecho a la libertad, algunas veces innecesariamente¹²⁸ y cuando ya no es pertinente para los fines del proceso¹²⁹, así la prisión preventiva, que es, la privación de libertad ordenada antes de la existencia de sentencia firme por el tribunal competente, basada en el peligro de fuga para pretender evadir el juicio oral, o en el peligro de poder obstaculizar la averiguación de la verdad.- Debe verse siempre como la excepción y, no, como la regla en el proceso, esto debe entenderse así precisamente por que el proceso

¹²⁵ Zaffaroni, Raul, *Proceso Penal y Derechos Humanos*, en compendio del Instituto Max Planck, para Derecho Penal extranjero e internacional, AD-HOC, Argentina, 2000.

¹²⁶ Cfr. Elías Carranza Lucero, *Estado Actual de la Prisión Preventiva en América Latina y Comparación con los Países de Europa*, en Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Año 11 N. 16, San José, Mayo de 1999.

¹²⁷ Ibidem.

¹²⁸ Por, ejemplo, por las presiones sociales ejercidas a través de los medios de comunicación social, en definitiva mientras el juez de letras que conoce de la etapa preparatoria del proceso penal, no actúe únicamente como lo que es, un garante de los derechos del imputado, y, deje, de usar de manera excesiva y hasta arbitraria la prisión preventiva, el problema de la sobre población carcelaria no terminara.

penal debe tratar de que la persecución se desarrolle dentro del respeto a los derechos humanos, para ello deben existir mecanismos que garanticen y controlen las exigencias del debido proceso, cuando se decreta encarcelamiento ya sea preventivo o en cumplimiento de una pena privativa de libertad, sino es así no tendríamos un Estado de derecho, sino un Estado policial represivo. En consecuencia, para que pueda decretarse prisión preventiva o imponerse una pena, no sólo es necesario que exista una acción u omisión tipificada como ilícita¹³⁰, sino también que se cuenten en el proceso con los presupuestos legitimadores, para dictar prisión preventiva, o la acreditación de la respectiva culpabilidad, pues es a través del proceso penal donde se origina y legitima el derecho del Estado a limitar derechos individuales, rigiéndose por ello el proceso y sus regulaciones en límites de la actividad punitiva de Estado.

En nuestra práctica no podemos desconocer la prisión preventiva, tiende a convertirse y es realmente una pena adelantada, por la forma como se ejecuta un tan sólo día en prisión sea cautelar o en cumplimiento de una pena, esto debe ser rechazado, ya que la prisión preventiva, siguiendo la doctrina más moderna, no puede tener efecto de sancionar al imputado que, por ejemplo, pretendió fugarse o oscurecer la prueba, sino que sólo debe tener la función procesal de asegurar el proceso¹³¹, siendo ésta su justificación para restringir la libertad. La pena privativa de libertad sólo debe tenerse en el caso de que sea necesaria para detener una actividad lesiva en curso o una inminente y, para asegurar, los fines del proceso, excepto estos casos es totalmente innecesaria, y se vuelve en ejercicio punitivo transgresor de los límites que el proceso establece, antes de que se declare culpabilidad, en sentencia condenatoria firme, dentro de ese orden de ideas y teniendo en cuenta que la libertad sólo debe ser restringida excepcionalmente en los casos previamente señalados y cuando concurren los requisitos establecidos en el artículo 178 (Código Procesal Penal), debiendo ser dentro de los límites necesarios para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de

¹²⁹ Casos en que es claro que, procesal mete ya no se justifica, por ejemplo, se ha recolectado toda la posible evidencia.

¹³⁰ Artículo 13 Código Penal.

¹³¹ Esto es, garantizar la presencia del imputado en el juicio.

la Ley. El arresto y la detención se deben ejecutar entonces de la manera que menos perjudique a la persona y la dignidad humana.

3. EL PROBLEMA DE LAS DROGAS EN PRISIÓN

El ámbito carcelario se ha poblado de usuarios, adictos, traficantes, mini traficantes, consumidores, de drogas, pero que nunca son los verdaderos capos o zares del tráfico de la droga, ello debido a las falencias y al concepto draconiano de la legislación especial aplicable, al existir población carcelaria que en muchos de los casos se encuentran reclusos por ser consumidores, o estar de alguna manera vinculados al tráfico de algún tipo de droga, también genera que otros grupos dentro de la cárcel que no ingresaron por estos delitos terminen convirtiéndose en consumidores hasta llegar a verdaderos adictos, pues en los centros penales la droga termina circulando¹³² libremente dentro del mismo.

La droga en prisión puede cumplir diversa funciones, así pueden ser un vehículo de reforzamiento de la conducta fantasiosa, o una vía de escape de la realidad imperante en la prisión, medio de evasión psicológica, mecanismos de agresión o hasta auto agresión, no obstante las prohibiciones de introducir droga a las cárceles, las formas de eludir el control son cada vez más ingeniosas y se disfrazan dentro de cualquier elemento¹³³ líquido o sólido que entre a prisión y muchas veces es introducido anatómicamente por las compañeras de hogar que visitan a sus cónyuges, madres e hijas de los privados de libertad.

El tema de las drogas en prisión es uno de los aspectos que más refleja el deterioro carcelario, la utilización de drogas y sustancias psicotrópicas en los centros

¹³² Una sentencia de Costa Rica, sobre un caso de drogas dentro de un centro penal reconocía expresamente lo siguiente: "Sabemos de acuerdo con la experiencia que las drogas circulan con facilidad en los centros penales, en cualquiera de las etapas del sistema penitenciario aún en la etapa de máxima seguridad donde la vigilancia es estricta, ciertamente las ordenes pueden ser las de revisar todo pero el hecho de que a los tribunales lleguen a menudo causas por envíos de drogas entre internos evidencia que hay droga que no se detecta". Sentencia Penal Número 283-95 del Tribunal Superior de Alajuela Sección Tercera de las 15 hrs. de 15 de noviembre 1995.

penales es alarmante, pues llega a grados sin control real de parte de la autoridad penitenciaria, aun y cuando se trata de pequeñas cantidades de marihuana, anfetaminas entre otros lo cual se constata frecuentemente en las requisas que las autoridades realizan en los diferentes centros penales, poniendo en evidencia que las autoridades son incapaces de controlar la circulación de drogas dentro del ámbito penitenciario.

En nuestro país según estadística tomada del informe anual del año 1998 del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos, del total de la población privada de libertad de aproximadamente once mil reclusos se encuentra un 41% por ciento, privados de libertad por delitos cometidos contra la propiedad un 37% por ciento por delitos contra la vida y la integridad corporal y un 8.5% por ciento por delitos contra la salud pública, esto sin tomar en cuenta el centro femenino de Adaptación Social Cefas donde la mayoría de las mujeres están detenidas por tráfico de drogas por cantidades pequeñas que, no guardan proporción alguna con el periodo de reclusión que impone la sentencia de conformidad a la Ley aplicable.

El problema del tráfico de drogas dentro de los centros penales inicia con la deficiencia del control y registro que se realice buscando detectar la introducción de la misma. Así es muy frecuente en cualquier país que las autoridades diariamente requisan paquetes, correspondencia, comida, dentro de los cuales se pretende introducir droga de parte de familiares, amigos y, constantemente, se pretende hacer físicamente a través de las compañeras de hogar de los reclusos al realizar sus visitas, debido a ello los guardias penitenciarios acostumbra hacer registros corporales, lesivos a la integridad física y la dignidad humana, por ejemplo, el caso de las famosas revisiones vaginales para encontrar droga que muy frecuente se hacen sin respetar parámetro alguno y sin el profesionalismo debido, lo cual es un aspecto que refleja una violación a derechos humanos en este caso hacia fuera de la institución, es decir, con personas a las cuales no se les ha impuesto ninguna condena lesionándose, no sólo los derechos de los privados de libertad si no también de quienes los visitan.

¹³³ Así dentro de cigarrillos, comidas, objetos metálicos, etc.

Al respecto, el Sistema de Protección Interamericano de los Derechos Humanos se ha pronunciado sobre el tema¹³⁴.- Así concretamente en los casos de requisas vaginales de una señora de nacionalidad Argentina que acudía a visitar a su esposo acompañada de su hija menor de edad a un centro penal x (en una visita de contacto directo sin medios físicos de separación entre el privado de libertad y sus visitantes)¹³⁵, para hacer la visita en mención las autoridades establecían como condición que ambas mujeres (madre e hija) debían desnudarse y someterse a una revisión vaginal antes de ingresar.- Ante ello la señora que en otras oportunidades lo había consentido, en determinada ocasión no lo hace y decide recurrir la decisión penitenciaria ante las autoridades jurisdiccionales de su país, vía amparo el cual le fue denegado en primera instancia admitido en segunda y finalmente rechazado por la Corte Suprema de la nación Argentina. La señora en referencia al no obtener tutela al derecho a su integridad corporal lesionada acude ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La Comisión durante el proceso en mención no debatió sobre la vigencia de los derechos en juego sino más bien la facultad del Estado de limitar el ejercicio de estos derechos para proteger otros intereses estatales, como lo es el caso de la seguridad de la unidad penitenciaria concluyendo que el Estado Argentino violó los derechos de ambas mujeres determinando que la racionalidad y proporcionalidad de una medida se pueden determinar únicamente por la vía del examen de un caso específico y en el supuesto de las revisiones vaginales afirma que se trata de mucho más que una medida *restrictiva* en el sentido que implica la invasión en el cuerpo de la mujer. Propone la Comisión cuatro condiciones exigibles para justificar la legitimidad de revisión vaginal en un caso concreto, estas son:

- Que la medida sea absolutamente necesaria para lograr el objetivo de seguridad en un caso particular. Este requisito implica que son ilegítimas las inspecciones vaginales dispuestas en forma general por el Estado como

¹³⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 38/96- 15 octubre 1996.

¹³⁵ Al contrario los sistemas de visita sin contacto directo son aquellos en los cuales el recluso es separado del visitante por medio de barreras físicas que permiten contacto visual, pero no físico, así cabinas de vidrio, enrejados, etc.

condición para visitar a un interno en un centro carcelario. Sólo es legítimo imponer estas medidas cuando, en un caso en particular, se puede justificar la presencia de motivos de sospecha de la existencia de un peligro para la seguridad del establecimiento.

- Que no exista otra medida que permita lograr el objetivo de seguridad con una restricción menor de derechos. Este requisito implica una mínima intervención del Estado cuando de limitar derechos se trata, es decir, siempre el Estado como el principal obligado en garantizar los derechos de los ciudadanos está en la obligación de buscar otros medios menos lesivos para la restricción del derecho de que se trate.
- La existencia de una orden judicial. Este requisito implica que después de tener la sospecha fundada de que se puede introducir droga al centro penal, se debe contar con el aval jurisdiccional para limitar el derecho fundamental. Las excepciones a este principio, se deben regular en Ley.
- La revisión debe ser realizada por profesionales de la salud. La recomendación exige además de lo anterior que la requisa la practique personal médico, buscando un mayor profesionalismo y así una menor lesión a los derechos invadidos, por ello, la revisión debe efectuarla profesionales de la salud y, no, el guardia penitenciario como sucede frecuentemente.

Los cuatro requisitos dados por la Comisión y vinculante para los países miembros como lo es el caso de Honduras, son muy ricos para establecer parámetros en la actividad penitenciaria, la cual evidentemente está limitada por la legalidad.-Los frecuentes abusos que se cometen con las requisas vaginales son degradantes de la dignidad humana y, no deben, seguirse practicando al libre albedrío de las autoridades penitenciarias, deben reglamentarse debidamente para lo cual puede tomarse como base los requisitos señalados que en definitiva resaltan una "mínima intervención" del

Estado en la limitación de los derechos individuales como efectivamente debe ser dentro de un Estado de derecho. MARCOS SALT¹³⁷ comentando la opinión referida de la Comisión, se refiere a ella como "*la paradoja del limitador limitado*", esto es, el Estado que por excelencia es el limitador de los derechos, pero, a la vez se encuentra *limitado* por el contenido esencial de esos mismos derechos, los cuales sólo pueden ser disminuidos de las facultades subjetivas del ejercicio, pero no eliminarse en su contenido.

4. EL PERSONAL ADMINISTRATIVO

El problema del personal, guardias, administradores, también es un punto insoslayable, que se debe tener en cuenta para mejorar las condiciones actuales de los centros penitenciarios, buscando implementar una adecuada política penitenciaria, respetuosa de los derechos fundamentales de los privados de libertad.

La doctrina siempre ha entendido que, la función del personal penitenciario es capital, si tuviéramos un excelente edificio una clasificación científica, observación y tratamiento de delincuentes y no contáremos con personal adecuado no habría eficiencia en la tarea ¹³⁸, pero en la praxis el personal, no sólo es, por lo general sin formación adecuada, sino que además insuficiente para atender los sobre poblados centros penales, generando un déficit de atención en las actividades de rehabilitación y, de control, dentro de las cárceles, situación que facilita los problemas propios del ámbito.

De hecho si hay violaciones a los derechos de los reclusos y todo tipo de abusos en las cárceles quienes lo cometen o los permiten son el personal administrativo,

¹³⁷ Salt Marcos y Rivera Iñaki, Los Derechos Fundamentales de los Reclusos, Editores del Puerto Buenos Aires, 1999. Pág. 183 y siguientes.

¹³⁸ ⁵ Marco del Pont, Derecho Penitenciario, Cárdenas Editor México, 1938. Pág., 306.

guardias, el director muchas veces con castigos excesivos y denigrantes, o consienten lesiones a la integridad física de los presos entre si y, de los reclusos, que ejercen una actividad de coacción permanente para realizar sus actividades diarias.

Es pues la selección adecuada del personal administrativo un punto básico, es una verdadera política penitenciaria, para mejorar el estado actual de las cárceles tomando como partida las Reglas Mínimas de la ONU, se establece en el artículo 46 que: "*El personal depende de la buena administración de los centros penitenciarios la función penitenciaria constituye un servicio social de gran importancia y al efecto utilizará todos los medios apropiados para ilustrar al público, y deben tener que trabajar exclusivamente como funcionarios penitenciarios profesionales y tener carácter de empleo publico*" el artículo 47 hace referencia a que: "*El personal debe poseer nivel intelectual suficiente para desempeñarse*"¹⁴⁰.

En nuestro país el punto referido al personal penitenciario es grave, pues no hay un adecuado proceso de selección, los guardias no tienen suficiente nivel educativo, el salario es muy bajo, no cuentan con carrera administrativa, muchas veces se colocan por recomendaciones políticas y no en todos los centros penitenciarios se cuenta con personal técnico, médicos, psicólogos, trabajadores, sociales, etc. Tal como debe ser cuando se le pretende dar un adecuado tratamiento al recluso y éste lo ha aceptado¹⁴¹.

Los integrantes de la policía penitenciaria (guardias) no deben ser como frecuentemente sucede un apéndice, o de formación militar, o preventiva la policía penitenciaria debe tener su propia identidad y formación penitenciaria, preparada hasta psicológicamente y profesionalmente, para tratar un sector tan específico como lo es el carcelario, es común que el guardia penitenciario vea en el privado de libertad a un enemigo al que hay que someter a su autoridad, pues este es un ser peligroso que viene

¹⁴⁰ 5 Ver Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos- artículos- 46 al 54.

¹⁴¹ El tratamiento de rehabilitación debe entenderse siempre como un derecho voluntario del privado de libertad y no, como una obligación coercitiva de la autoridad, el tratamiento debe realizarse respetando la autonomía y la dignidad humana.

de delinquir y además ha perdido el derecho a ser tratado como ser humano.- La creación de una policía penitenciaria profesional¹⁴² y capacitada en el manejo adecuado de centros penales, es fundamental a tener en cuenta en una reforma penitenciaria, así como lo relacionado al resto del personal administrativo que resulta indispensable para que la ejecución de la pena privativa de libertad se realice dentro del marco de a estricta legalidad y en apego a los derechos humanos de las personas privadas de libertad.

¹⁴² Debe delimitarse dos espacios, uno dentro y, otro, fuera del perímetro del centro penal, en el exterior debe dar la seguridad una policía preparada para ello, dentro del centro penal el guardia debe tener otra formación más específica y utilizar armas no letales que resultan eficientes para la labor de mantener la seguridad dentro del centro penal.

LA CRISIS DEL SISTEMA PENITENCIARIO NACIONAL

JACOBO CALIX HERNANDEZ.¹⁴³

Sin duda alguna el Sistema Penitenciario Nacional, en la actualidad atraviesa por una profunda crisis institucional, provocando que los centros penales se conviertan en verdaderas "Bombas de Tiempo"¹⁴⁴ tal como los medios de comunicación mediática mente hacen alusión cada vez que se refirieren al problema carcelario. El tema sin duda es muy complejo y de mucha gravedad para la sociedad en general, ésta realidad no es exclusiva, o propia de nuestro país, más bien es un común denominador en casi todos los países latinoamericanos (Brasil, Perú, Colombia, México, el Salvador, Guatemala), no obstante las tragedias ocurridas en nuestros centros penales, sin duda han batido cualquier récord, sólo para mencionar las dos mas fatales ya conocidas; la masacre de la Ceiba con 69 muertos y la del incendio ocurrido en el centro penal de San Pedro Sula, en el cual murieron 104 personas, hechos que pusieron en evidencia la ineficiencia del sistema carcelario, así, como el irrespeto a la vida humana¹⁴⁵, reflejado en el desinterés estatal y de la sociedad en su conjunto por este tema.

Aproximadamente un mes después de ocurrida la tragedia del centro penal del Porvenir en la Ceiba el 05 de abril del año 2003, el Presidente de la República, al recibir un informe de la comisión nombrada al respecto (en el país de las comisiones), anunciaba una "*profunda transformación en las cárceles del País*"¹⁴⁶.

¹⁴³ Conferencia impartida en el II Congreso Jurídico-Académico organizado por el grupo de Estudiantes de excelencia académica de la Facultad de Derecho- en el Auditorio- Oswaldo Ramos Soto,- Ciudad Universitaria, Tegucigalpa Honduras- 7 de Diciembre, 2004.

¹⁴⁴ Así, la Tribuna del 16 de abril, del 2003, del 2003, intitulaba un reportaje de la siguiente manera; "Bomba de Tiempo el Penal de Trujillo", diciendo: "Más de 300 reos viven como sardinas enlatadas presidio tiene capacidad sólo para 120 personas".

¹⁴⁵ Sólo en el año 2004 a la fecha van 28 muertos dentro de la Penitenciaría Central, el ultimo muerto según publicación de la Tribuna de fecha 6 de diciembre del 2004. Pág. 96, no había sido condenado.

¹⁴⁶ véase. El Heraldo del 14 de mayo del 2003.

La Comisión nombrada al efecto recomendaba entre otras cosas; despojar a la Secretaria de Seguridad del control de los centros penales, promover un indulto selectivo, reformar el artículo 40 del Código Penal, establecer un cuerpo mínimo de profesionales de salud en cada centro Penal, crear la carrera penitenciaria.

Hasta la fecha nada de lo recomendado se ha hecho, ni tampoco la profunda transformación anunciada por el Presidente de la Republica¹⁴⁷, posteriormente (14 de mayo 2004), sucedió el lamentable suceso del centro penal de San Pedro Sula. Podríamos preguntarnos, se hubiera podido evitar éste lamentable suceso de haber implementado lo ofrecido por el Presidente de la Republica?

Es importante tomar en cuenta que la crisis carcelaria, no es una situación aislada, o propia del sistema penitenciario, tal vez si agravada institucionalmente, por falta de controles de legalidad, pero en realidad esta crisis sólo es y, ha sido, el reflejo de la crisis de legitimidad de todo el sistema penal. No debemos olvidar que el sistema penitenciario, es parte de un "todo" que es el sistema penal¹⁴⁸, conformando así el llamado: "*Sistema de control social punitivo del Estado*", que en la *practica*, abarca desde que se investiga una denuncia hasta que se impone y ejecuta una pena.

El instrumento por excelencia del control social, es sin duda, el poder punitivo contenido en el derecho penal. No se puede desconocer que el control social aludido, ha hecho un uso excesivo del derecho penal, logrando con ello, saturar de presos los centros penales hasta provocar cifras alarmantes de *reos sin condena*, con el agravante de ser individuos infractores de pequeños delitos contra la propiedad y otros de menor relevancia social, en tanto que los infractores

¹⁴⁷ No obstante, el Presidente Maduro al recibir el informe en mención dijo sentirse "preocupado, impactado y comprometido con la situación penitenciaria" ver. el Heraldó de 14 de mayo del 2003. Pág. 6.

¹⁴⁸ El sistema penal se conforma de diversas instituciones que tienen que ver con el control institucionalizado del delito, así, el legislativo, policial, judicial, penitenciario, llamados también subsistemas o segmentos todos ellos, convergen en la actividad institucionalizada del sistema penal, conformando un control social formal

de mayor lesividad; crimen organizado, corrupción estatal, se libran siempre con éxito de las agencias del control social.

Así es evidente que el sistema de control social nada, o casi nada ha podido hacer con los autores de delitos financieros, aduaneros, agentes del Estado, o delitos de cuello blanco, en síntesis sólo ha servido para *reproducir* las desigualdades sociales, utilizando para ello, la estructura de poder punitivo que cada vez genera más violencia- etiquetando- como delincuentes a quienes sólo son producto de carencias sociales que el aparato gubernamental no ha podido satisfacer, por ejemplo, la aplicación del artículo 332 del Código Penal que ha trasladado la violencia social de las calles a las cárceles generando un problema adicional a los ya existentes que imposibilitan poner en marcha programas de rehabilitación.

Existen múltiples factores que han provocado progresivamente el caos de los centros penales, imposibilitando su correcto funcionamiento, entre ellos se pueden mencionar:

a) Inseguridad Jurídica de los privados de libertad.

Ha sido común que las personas privadas de su libertad, bien sea, en detención cautelar o en detención definitiva al entrar a prisión, entren a un *territorio sin ley*, en el cual se les desconocen todos sus derechos fundamentales, así los privados de libertad en espera de una condena, casi nunca tienen información clara de cual es el estado de su proceso, los procuradores privados terminan abandonando todas aquellas causas que no pueden resolver, o por las cuales no habrán de obtener retribución económica. La Defensa Pública proporcionada por el Estado, además de ser insuficiente es ineficiente y en la mayoría de los casos

cuya característica principal es la coerción, a diferencia de otros medios de control social informal como lo son la familia, escuela, iglesias, etc. Los cuales no tienen carácter punitivo.

sólo se limita a legitimar el proceso con su presencia, sin realizar una verdadera defensa técnica para sus representados.

La inveterada tendencia de considerar que los privados de libertad han perdido todos sus derechos¹⁴⁹, es totalmente equivocada y ha marcado una política penitenciaria alejada de los parámetros de validez de toda actividad administrativa dentro de un Estado de Derecho, tales como, el Principio de legalidad y el respeto a los derechos fundamentales del ser humano.

La persona condenada a una pena privativa de libertad, no solo tiene deberes que cumplir, sino que al igual que toda persona en libertad, es un sujeto de derechos que le deben ser reconocidos y amparados por el Estado, es decir, no puede ser considerado un "Alieni Juris". Con la excepción de los derechos limitados por la sentencia condenatoria, el privado de libertad conserva y es titular de todos los derechos fundamentales reconocidos a una persona en libertad, tales como, el respeto a la dignidad humana, salud, educación, visitas familiares, trabajo etc. Sigue existiendo entonces, entre las personas privadas de libertad y el Estado una relación ínter subjetiva de derecho público, esa relación no puede ser *viable y armónica* en ningún espacio de la sociedad, si se trata de una relación de sometimiento, humillación, segregación, arbitrariedad y abuso de poder, del más fuerte hacia el más débil, de ahí que resulte sumamente importante, *por un lado*, legalizar la ejecución penal definiéndose normativamente con claridad los derechos que conserva el privado de libertad, los derechos que se suspenden y, los que, surgen de esa especial condición del privado de libertad. *Por otro lado*, ha sido importante la "judicialización" de la ejecución penal, a cargo de la figura del "juez de ejecución", con ello, se espera fundamentalmente que desde la órbita jurisdiccional se someta y controle la ejecución penal, para garantizar así el respeto de los derechos de las personas privadas de libertad. Pero, para que el juez de ejecución, no sea sólo una "ficción jurídica" en este difícil ámbito, se requiere que sea dotado de las herramientas necesarias para desarrollar su labor

¹⁴⁹ Tesis sostenida por la teoría de las relaciones especiales de sujeción.

con éxito y, sobre todo, que al igual que cualquier "juez natural" que exige el debido proceso, sea un funcionario con independencia, pues, sino sólo terminara legitimando las ilegalidades y abusos de poder en la ejecución penal.

b) Las formas no regladas de gobierno.

Uno de los aspectos que más ha desfigurado la actividad penitenciaria, es la practica de asignar o delegar funciones administrativas y de autoridad a ciertos privados de libertad (jefes de modulo, coordinadores de celdas, rondines), quienes toman decisiones concernientes a permisos, beneficios, sanciones disciplinarias, funciones administrativas y de seguridad, sin ningún tipo de control de parte de las autoridades penitenciarias, ésta practica se ha convertido en un "*un poder paralelo*" que alimenta la subcultura de la cárcel, por esta vía, por ejemplo, en el caso del "porvenir"¹⁵⁰ se había delego en los "rondines" la administración de los negocios que operan en el centro penal, tales como cobros por el uso del cuarto conyugal, ventas de productos dentro de la prisión y seguramente cualquier actividad ilícita. De estos fondos llamados "*no gubernamentales*" manejados por los rondines, podían solicitar asignaciones las autoridades penitenciarias para realizar diligencias. Es evidente que bajo este modelo de ejecución penitenciaria, no se puede lograr una adecuada ejecución penal, ello, sólo puede generar crisis de legitimidad institucional e ingobernabilidad. Así puede verse el caso más reciente en la penitenciaria nacional¹⁵¹, ante la decisión de las autoridades de trasladar a los jefes del modulo conocido como "casa blanca" se dio una rebelión y amotinamiento que no permitió los traslados.

c) La Corrupción

No es extraño que un flagelo tan amplio como lo es el de la corrupción que ha capturado a casi la totalidad el sistema gubernamental y ha deslegitimado

¹⁵⁰ Según informe del CONASIN. Situación similar sucede en cualquier centro penal.

¹⁵¹ Véase El Heraldo de fecha 1 de diciembre del 2004. Pág. 45.- La Tribuna de fecha 1 de diciembre del 2004. Pág. 77

notablemente a las débiles democracias latinoamericanas, no se apoderara de un espacio tan frágil y carente de legalidad, como lo es el penitenciario. Así la corrupción en los centros penales es tan grande que se "come" hasta los pocos recursos destinados para alimentación de los privados de libertad.

Para nadie es un secreto la proliferación de drogas, alcohol, armas, cobros indebidos y privilegios existentes en los centros penales, parece ser insólito que cada vez que las autoridades hacen operativos en los centros penales, encuentran cualquier cantidad de armas drogas, etc.¹⁵² pero, pareciera también que después se devuelven, o se les permite que vuelvan a ingresar, pues siempre sucede lo mismo.¹⁵³ La corrupción sólo puede funcionar en dos vías haciendo lo indebido o dejando de hacer lo debido a cambio de un beneficio ilegítimo. En los actos de corrupción suscitados en el ámbito penitenciario necesariamente tienen que participar privados de libertad, autoridades y guardias penitenciarios.

d) Sobre Población y Hacinamiento

El común denominador de los centros penales es la sobre población carcelaria que antes se le atribuía al proceso inquisitivo, en el cual la regla durante el proceso era la prisión preventiva y, no se permitía, la excarcelación¹⁵⁴ provocando alarmantes y penosos índices de "reo sin condena", situación que con el nuevo proceso penal parece no haber cambiado sustancialmente, en parte por la todavía vigente cultura inquisitiva en muchos jueces de instrucción y, el temor, a recibir las críticas de la opinión pública, cuando se pone en libertad a los imputados con medidas sustituidas.

No se puede pretender mejorar la situación de los centros penales en condiciones de sobre población, pues las condiciones de *hacinamiento* en que se

¹⁵² Ver reportaje la Tribuna viernes 11 de julio 2003. Pág. 80,

¹⁵³ En el mismo reportaje sobre un operativo practicado al centro penal de san pedro sula, donde se encontraron decenas de armas y drogas, el director manifestó que: "continuaran con los operativas de manera permanente porque los reos siempre se las ingenian para ingresar armas y drogas".

encuentran los privados de libertad, conlleva que la pena de prisión se cumpla en condiciones inhumanas y lesivas a los derechos fundamentales. Lo mismo sucede en el caso del cumplimiento de la prisión preventiva que requiere para quienes se encuentran sometidos a ésta coerción procesal, un status diferente y de respeto adicional por su condición de "inocentes"¹⁵⁵ de quienes ya han sido condenados. Esto se manifiesta en la exigencia constitucional establecida en el artículo 86 según la cual; "*los procesados deben estar físicamente separados de quienes hubieren sido condenados*".

En la actualidad (año 2004), la penitenciaria nacional con capacidad para albergar 1700 privados de libertad, ha fluctuado entre los 3200 y 4000¹⁵⁶ reos, es decir, se registra una sobre población, de más de un 100%. En el caso del centro penal de San Pedro Sula, cuya capacidad albergue es de 800 tiene en la actualidad una población de 1,675, el de Santa Rosa de Copan con capacidad para 267 tiene una población de 567¹⁵⁷. Al respecto los estándares internacionales consideran que un 10% más de la capacidad es **sobre población**- más del 10% es **hacinamiento**, la situación actual de hacinamiento es totalmente incompatible con una política penitenciaria de respeto a los derechos humanos, ésta situación podría fácilmente exponer al país a sufrir condenas internacionales por violaciones a los derechos fundamentales de los privados de libertad.

El hacinamiento de las cárceles y el aumento de la violencia interna han generado una subcultura carcelaria en las cuales el encierro, es, una lucha cotidiana del privado de libertad por sobrevivir, además el hacinamiento provoca promiscuidad sexual esto a la par del máximo consumo de todo tipo de drogas sin control alguno de parte de la autoridad, conlleva la posibilidad de contraer graves

¹⁵⁴ Salvo cuando el delito a imponer, no excedía su pena de los cinco años.

¹⁵⁵ Artículo 89 Constitución de la Republica.

¹⁵⁶ Fuente aparecida en diario tiempo, 14 de Febrero del 2004, y diario la Tribuna el 14 de julio del 2004. Pág.

¹⁵⁷ Fuente; Secretaria de Seguridad.

enfermedades ¹⁵⁸en el periodo de la ejecución de las penas, agregando otro importante problema que ya es difícil de controlar.

Debe recordarse que la Constitución de la República, en su artículo 68 establece que: **"Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano"** esa debe ser la regla para definir una adecuada política penitenciaria, también el mismo artículo 68 se *prohíbe*: "Las torturas, penas o tratos crueles inhumanos o degradantes". Todas las penas que se ejecutan en condiciones de hacinamiento, se convierten en penas crueles e inhumanas, pues segregan y degradan a la persona a un mero objeto de la coerción punitiva del Estado.

La sobre población carcelaria refleja otro problema, ***la falta de adecuada infraestructura penitenciaria***. En el país los 24 centros penales existentes son en su mayoría insuficientes para albergar a población carcelaria. La mayoría de las cárceles datan de muchos años atrás, son de infraestructura deficiente (adobe) y no tienen las condiciones mínimas para asegurar higiene, ventilación, iluminación, aspectos fundamentales, para tratar al privado de libertad como ser humano y no como un sujeto al que sólo se debe aislar para calmar el miedo de la población.

e) Falta de programas de Rehabilitación y Reinserción Social

En la actualidad como derivación propia de un Estado Democrático de Derecho, no se puede dejar de asignar a las penas el fin de pretender una función resocializadora (rehabilitación y inserción social). actualmente las teorías de las penas que fundamentan el sentido de la sanción penal, en conceptos de *retribución* (teorías absolutas), según la cual la pena debería imponerse como

¹⁵⁸ Las principales enfermedades graves presentadas en la población penitenciaria son: enfermedades mentales 78, sida 37, tuberculosis 48, diabetes 36, cáncer 3, cardíacas 28. Fuente Memoria Anual Secretaria de Seguridad Dirección de Servicios Especiales Año 2003.

castigo por el mal cometido, con la finalidad de alcanzar así la justicia (idea iusnaturalista que presupone libre albedrío), es totalmente insostenible. En un Estado de Derecho la sanción punitiva está limitada a la **retribución**, jurídica de un delito predeterminado, en **proporción** a su gravedad y basada en la **culpabilidad** del delincuente.

Por su parte la teoría de la prevención general (de *Feuerbach*), que pretende justificar la pena por sus efectos intimatorios sobre la generalidad, en la actualidad también ha sido totalmente desacreditada (*la coacción psicológica*) que Feuerbach asignaba a las penas, pues "*la idea de que los delincuentes sopesan racionalmente los costos del crimen en la forma de penas, contra sus beneficios, ha sido criminológicamente desacreditada como formula general*".¹⁵⁹

La tesis de la pena como prevención especial desarrollada por *Von Lizst*, que no busca retribuir el hecho pasado, sino prevenir nuevos delitos del autor, corrigiendo al corregible, intimidando al intimidable, o haciendo inofensivo (función negativa), al que no es corregible ni intimidable al privarlo de su libertad. Teoría que da lugar al fin resocializador¹⁶⁰ de las penas (función positiva), pero, la rehabilitación también se ha convertido en una utopía, pues las cárceles no pueden rehabilitar ni están diseñadas filosóficamente para ello, la selectividad con la que opera el sistema penal hace que los centros penales estén llenos de individuos que provienen de los sectores sociales más desposeídos, en los cuales nunca existió acceso a servicios básicos, salud, educación, por tanto, **no se puede pretender resocializar a quien nunca estuvo socializado**, todo esto ha hecho que el objeto especial preventivo (prevención de la reincidencia delictiva), se muestre ilusorio, a través de la piadosa mentira del tratamiento penitenciario, entonces, si no se puede lograr rehabilitación alguna se debe al menos buscar

¹⁵⁹ Así Rotman Edgardo, *La Prevención del Delito*, Investigaciones Jurídicas, S.A. Costa Rica,

¹⁶⁰ Entendemos de forma sinónima los términos resocialización, reinserción social, readaptación social, rehabilitación, etc., señalados para asignar la función de las penas. Se asume que el condenado a prisión adolece de una deficiencia en su adaptación que debe ser subsanada, "re" educándolo, para poderse adaptar posteriormente en sociedad.

reducir la ejecución inhumana y la aflicción¹⁶¹ de la pena privativa de libertad en tiempo y en intensidad.

Debe tenerse presente que la esencia del **ser** humano es **ser de libertad**. Para decirlo con la conocida paradoja: "Como se puede enseñar a vivir en libertad estando en el encierro" es evidente que no se puede.

En nuestro país pocos esfuerzos han existido para buscar la rehabilitación, el modelo prioritario ha sido, constituir un sistema de poder coercitivo visible pero in verificable de sometimiento absoluto del privado de libertad. Aún y cuando por definición constitucional las cárceles deben servir para rehabilitar. Así el artículo 87 prescribe que: "**Las cárceles son establecimientos de seguridad y defensa social. Se procurará en ellas la rehabilitación del recluso y su preparación para el trabajo**" de la norma constitucional precitada se deduce entonces, que la función asignada a las penas es una función ecléctica, es decir, combina las diferentes teorías estando clara la función de rehabilitación (prevención especial), no obstante que la norma se inclina hacia la defensa social, concepto positivista de *Lombroso y Ferri* según el cual al delincuente se le debe encerrar para garantizar la seguridad de los ciudadanos honestos, reafirmando así la tesis de las teorías absolutas (retribución), si bien, la norma constitucional precitada parece establecer un orden prioritario al señalar en primer termino la "*defensa social*" y diciendo en segundo orden se **procurará la rehabilitación**, debe tenerse en cuenta que la Convención Americana de Derechos Humanos asigna a las penas la única función de Rehabilitación al establecer en su artículo 5.6 que: "**Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados**" en consecuencia el fin de las penas no puede ser otro que el de tratar de buscar la rehabilitación del condenado para beneficio de la sociedad. Convirtiéndose la rehabilitación en un derecho del recluso.

¹⁶¹ Así, Pavarini, Máximo, en la introducción al libro de Iñaki Rivera y Marcos Salt, Los Derechos Fundamentales de los Reclusos, Editores del Puerto Buenos, Aires Argentina, 1999. Pág. 11.

El actual sistema penitenciario carece de programas de rehabilitación y talleres ocupacionales que enseñen al privado de libertad un oficio que pueda realizar al salir de la prisión, con miras a prevenir la reincidencia, los pocos talleres¹⁶² que existen en su mayoría son negocios particulares de algunos privados de libertad que con la venia de la autoridad explotan laboralmente mano de obra barata. La rehabilitación (tratamiento) no es sencilla requiere de oportunidades de reinserción, mediante aprendizaje laboral, ayuda terapeuta, de equipos multidisciplinarios, (trabajadores sociales, psicólogos, terapeutas etc.)

La poca preparación profesional y falta de iniciativa de las autoridades penitenciarias, no permite buscar salidas, para tratar de evitar el ocio de los privados de libertad, ofreciendo posibilidades de trabajo, recreación, educación, etc. el ocio es uno de los mayores efectos criminogenos de la pena de prisión.

También es importante tener presente que cualquier programa de tratamiento o rehabilitación que se ofrezca, debe hacerse respetando la dignidad humana y la autodeterminación de la voluntad "autonomía de la voluntad" del privado de libertad, para que éste decida participar y ser parte de cualquier proceso o tratamiento de rehabilitación. El privado de libertad debe recibir un trato digno a su condición de ser humano. Los abusos y violaciones a derechos fundamentales, la pérdida de la autoestima y el etiquetamiento como ser dañino a que se le someten imposibilitan poder lograr fines de rehabilitación.

¹⁶² La granja de Comayagua es una excepción importante, existe una granja avícola, cultivo acuícola, con el apoyo financiero del PNUD y ONGS, operan talleres de metal, mecánica, una panadería a cargo de los mismos reclusos, mostrando como con una adecuada política se pueden construir opciones ocupacionales para los privados de libertad y con ello, lograrse rehabilitación en beneficio de la sociedad en general.

f) Falta de presupuesto

El presupuesto anual asignado a los centros penales es de 149 .47¹⁶³ millones de lempiras (aproximadamente \$ 8 millones de dólares), cantidad insuficiente para atender una población superior a los diez mil privados de libertad, el 55% se utiliza para pagar sueldos y salarios el 25% para la alimentación y el 20% restante para atender otras necesidades¹⁶⁴. El valor destinado para la alimentación diaria de cada interno es de aproximadamente Lps. 8.30.

En los países latinoamericanos, nunca se ha querido invertir los pocos recursos existentes en mejorar las condiciones de las cárceles, pues se afirma que los ciudadanos no entienden porque se deben invertir recursos en los delincuentes, cuando no se pueden satisfacer las necesidades los servicios básicos de la población, por ejemplo, educación, salud, vivienda, etc. Este tipo de opiniones de los ciudadanos son tomadas muy en cuenta por los gobiernos, particularmente desde la perspectiva electoral.

Resulta evidente ver como los políticos, buscan manipular las posiciones del público y seguir su corriente, éste es el método característico usado por la *tecnocracia* para hacer política como espectáculo. Los estudios sobre opinión pública y criminalidad, sobre opinión y justicia penal han demostrado ampliamente que las exigencias de mayor pena son sobre todo el resultado de posiciones espontáneas sin reflexión, y no el fruto de una discusión pública de las personas en una actitud ciudadana y política¹⁶⁵.

¹⁶³ Fuente: Memoria Anual 2003 Secretaria de Seguridad.

¹⁶⁴ Ibidem.

¹⁶⁵ Cfr. Martínez, Mauricio, Qué Pasa en la Criminología Moderna, Temis, Bogota. 1990.

g) PERSONAL PENITENCIARIO

Es evidente que el objeto de trabajo del personal penitenciario (directores, administrativo, seguridad), es sumamente complejo, pues, se trata de seres humanos, ello, requiere no sólo sensibilidad sino también preparación adecuada para poder manejar los internos, perfil profesional del cual adolece el personal de los centros penales.

La autoridad se ha delegado en personal de la policía nacional y en algunos casos en oficiales del ejército, sin preparación específica para el manejo de centros penales. No obstante, que la Ley de Rehabilitación del Delincuente señala como requisito para ser director de un centro penal ser profesional del derecho (Art. 16). Tampoco existe suficiente personal especializado, como exige la normativa citada (Art.26) médicos, psicopedagógicos y otros que sean necesarios, ni el personal señalado en el artículo 35 (maestros, psiquiatras, psicólogos, trabajadores sociales), sin los cuales no se puede ofrecer ningún tipo de tratamiento de rehabilitación.

CONCLUSIONES

1. El actual sistema penitenciario solamente está sirviendo para llevar como (función no declarada) de la pena de prisión, una función de reproducción de criminalidad. La ejecución de la pena se limita a cumplir una función retributiva de mero castigo al infractor por el daño cometido y de prevención general buscando intimidar a los futuros infractores a través del fuerte castigo a que son sometidos quienes ya son condenados, sin cumplir la pena ningún tipo de función social, soslayándose por completo que si la prisión sólo sirve para crear o perfeccionar delincuentes, es un perjuicio que en cualquier momento afectara a la sociedad.
2. Debe optarse por un Derecho Penal de "*Extrema Ratio*" en el cual el Estado frente a un conflicto social, antes de recurrir al derecho penal, agote todos sus recursos buscando otras alternativas políticas para su solución, de tal forma que el derecho penal, sea siempre la ultima vía para solucionar el conflicto (extremo recurso del Estado).
3. Debe promoverse programas gubernamentales y no gubernamentales de asistencia post- carcelaria al liberado, para coadyuvar a su reinserción a la sociedad, buscando así evitar la reincidencia delictiva.
4. Promover un indulto selectivo, para casos como: enfermos graves, penas cortas o quienes ya cumplieron la mitad de su pena y han mostrado buen comportamiento. Debe tenerse en cuenta que el cumplimiento de la pena de prisión en las condiciones actuales (infrahumanas) y ante el inminente riesgo de ser ultrajado sexualmente, asesinado, lesionado en su dignidad humana, se convierte en un sufrimiento doble.

5. Es urgente diseñar un modelo sistemático de *prevención* del delito, haciendo énfasis en métodos *no represivos* tales como políticas publicas de carácter social, económico, laboral y educacional, reforzando los mecanismos de control social informal, como la familia, iglesias escuelas, con líneas claras hacia la *prevención* del delito, a través de la formación de valores a los niños y adolescentes.