

CONSIDERACIÓN DE LOS PRESOS COMO SUJETOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Montserrat LÓPEZ MELERO

SUMARIO. I. Consideraciones generales. II. Los presos como sujetos de derechos. III. La consideración de la población reclusa como grupo diferenciado: 3.1 Minoría-Grupo diferenciado. IV. Situación de ciertos grupos de reclusos: 4.1 Las mujeres reclusas: a) Reseña histórica; b) Maternidad en prisión: estancias de niños menores; c) Pros y contras de los niños en la cárcel; d) Especial consideración de la mujer gitana; 4.2 Colectivo de extranjeros reclusos.

RESUMEN: La investigación que nos proponemos realizar centra su atención en el papel fundamental, aún por tematizar, de los derechos humanos en relación con los presos, teniendo en cuenta cada una de sus categorías: detenidos, imputados, acusados y presos. Se trata de una clasificación fundamental para entender una situación que se da diariamente entre los ciudadanos. La presente investigación se centra a partir de imputado, es decir, el imputado por un delito pasando a ser preso preventivo o penado, cambiando su estatus social, hablándose, por ello, de derechos de segunda categoría. Partiendo de su fundamento último, la conceptualización y tematización de la problemática en torno a las prisiones, a la cárcel, ha pasado a ser entendida como un centro destinado a la custodia de aquellos que han sido castigados por el derecho a ser, hoy, un centro de castigo en donde el valor libertad queda si no reducido sí limitado; la importancia actual de la rehabilitación y reeducación en la temática de prisiones al objeto de situar al hombre delincuente en condiciones de reincorporarse a la Sociedad y llevar una vida en libertad plena, pasa necesariamente por el principio fundamental del respeto a la persona de los reclusos.

Palabras Clave: Derechos fundamentales, presos, mujeres reclusas, extranjeros reclusos.

ABSTRACT: The research that we propose focus its attention on the fundamental role of prisoners' human rights in terms of the following: detainments, charges, prosecutions and imprisonment. The goal is to understand a situation that occurs daily between citizens. This proposed research begins with the accusation, that is, with someone accused of a crime becoming a remand prisoner or prisoner who undergoes a change in social status and results in the accused becoming a second-class citizen. Based on its last fundaments, the concept and themi of the problems surrounding the prisons and jails has come to be understood as a center for the care of those who have been punished by the law, to an institution of punishment in which the value of freedom itself is if not reduced, yet limited. The current importance of rehabilitation and reeducation in prisons in order to return offenders to society and live in full freedom, necessarily involves the fundamental principle of respect for the person of the detained.

Tags: Fundamental rights, prisoners, women prisoners, foreign prisoners.

I. Consideraciones generales

Es objeto de análisis los derechos fundamentales de los reclusos que pueden verse afectados por la privación de libertad y, en consecuencia, aquellos que vayan dirigidos a la reeducación y reinserción social. No obstante, los reclusos, tienen una serie de derechos que no poseen el carácter de fundamentales, pero están íntimamente relacionados con los mismos, es el caso del derecho que tiene toda persona, a su ingreso en prisión, de ser informado por escrito de sus

derechos y deberes, los pertenecientes al régimen de establecimiento, a las normas disciplinarias o a los medios de defensa¹.

Las personas privadas de libertad son titulares de todos los derechos constitucionales, evidentemente, sujetos a las restricciones legítimas derivadas de la medida privativa de la libertad. La privación de la libertad implica la suspensión absoluta de algunos derechos, pero no implica la restricción de los demás. Algunos derechos, como la libertad personal o la libre circulación, se encuentran absolutamente limitados a partir de que una persona se encuentra presa, así como la libertad de residencia. Por último, la persona, sin importar su condición o circunstancia, está protegida por unos derechos constitucionales que no pueden ser objeto de restricción jurídica durante la estancia en la prisión. Se trata de derechos como el derecho a la vida, a la integridad personal y la protección de la salud, entre otros, lo cual ha sido resaltado por los Organismos Internacionales como La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Desde este punto de vista, en cualquier caso, toda limitación de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad debe ser proporcional a la finalidad de la medida privativa de la libertad. Esto hace que se le imponga al Estado y a las Instituciones penitenciarias una serie de deberes, garantías y protección para promover la efectividad de los derechos fundamentales del preso. Lo que sí es cierto que cuando una persona ingresa en prisión se produce una *relación de especial sujeción*² con respecto a la Administración. El origen de la sujeción especial se sitúa en

¹ Se encuentran recogidos en los arts. 49 y 50 de la LOGP.

² En cuanto a esa relación de especial sujeción podemos señalar como antecedente la STC 74/1985, de 18 de junio, que es la primera que utiliza el término y la STS de 23 de abril de 1976, además de las SSTC 120/1990, de 27 de junio, reiterando la 61/1990, de 29 de marzo, afirmando que el concepto de relación especial de sujeción es impreciso; 97/1995, de 20 de junio y 127/1996, de 9 de julio, declara que “la situación de sujeción especial no puede implicar la eliminación de sus derechos fundamentales”; 60/1997, de 18 de marzo, Fj. 1 que viene a decir que el interno está respecto a la Administración en una relación de sujeción especial de la cual deriva para aquélla una potestad sancionatoria disciplinaria, el ejercicio de ese poder ha de estar sujeto a normas legales de estricta observancia encontrándose, además, limitado, tanto por la finalidad propia de dicha relación como por el valor preferente de los derechos fundamentales del recluso que el art. 25.2 de la CE expresamente reconoce; 129/1995, de 11 de septiembre, Fj. 3; 35/1996, de 11 de marzo, Fj. 2; 60/1997, de 18 de marzo, Fj. 1; 175/2000, de 26 de junio, Fj. 2; 27/2001, de 29 de enero, Fj. 3; 11/2006, de 16 de enero, Fj. 2. Estas teorías de relación de especial sujeción fueron creadas por Jellinek, para quien el *status libertatis* constituye el núcleo de los derechos personales que son inherentes a toda persona e inviolables porque son los elementos esenciales para el desarrollo integral de la personalidad; MAPELLI CAFFARENA, B., “El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional”, *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 25; del mismo, “Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad”, *Estudios penales y criminológicos*, t. XVI, 1993, pp. 283 y ss.; MUÑAGORRI LAGUÍA, I., PINTO DE MIRANDA RODRÍGUES, A.M. y RIVERA BEIRAS, I., *Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción*, Bosch, 1ª ed., Barcelona, 2000, pp. 21 y ss.; FRAGOSO, H. C., “El derecho de los presos. Los problemas de un mundo sin ley”, *Doctrina penal*, nº. 14, 1981, pp. 227-259; GARCÍA MACHO, R., “En torno a las garantías de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción”, *REDA*, nº. 64, 1989, pp. 524 y ss.; BUENOS ARÚS, F., “Estudio preliminar”, en GARCÍA VALDÉS, C., *La reforma penitenciaria española. Textos y materiales para su estudio*, Madrid, 1981, p. 15; GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la Ley General Penitenciaria*, Cívitas, Madrid, 1982, p. 17; GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de Ciencia Penitenciaria*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Edersa, Madrid, 1983, p. 382; GONZÁLEZ VICENTE, M. P., “El derecho a la tutela efectiva en el procedimiento sancionador penitenciario”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº. 239, 1988, p. 45; ALONSO DE ESCAMILLA, A., “El control jurisdiccional de la actividad penitenciaria”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 40, 1990, pp. 147-164. Hay que reseñar que un sector de la doctrina que rechazando la citada teoría como fórmula restrictiva de carácter general, no ve inconveniente en que se mantenga, es el caso de LUZÓN PEÑA, D.M., “Estado de necesidad e intervención médica (o funcional, o de terceros) en casos de huelga de hambre, de intentos de suicidio o autolesión”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº. 238, 1987, p. 49. La teoría de Luzón Peña es criticada por MAPELLI CAFFARENA, B., “El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional”, ob., cit., pp. 438 y ss.

Alemania en el siglo XIX, con Schmitthenner como precursor, ya que es el primer autor que utiliza el término diferenciando las relaciones de poder de las relaciones de Derecho privado y las relaciones de propiedad³. Pero no todos lo llaman *relación de especial sujeción*, una parte de la doctrina lo denomina *poder domesticador del Estado*⁴. García Valdés⁵, reiterando lo indicado por la doctrina penitenciaria, afirma que es sujeción especial “la situación jurídica en la que ese encuentran los componentes del binomio básico en esta materia: reclusos-Administración, entendida como la reciprocidad en el total del conjunto de los derechos y obligaciones respectivos, plasmados en el texto legal”.

A efectos de lo que nos interesa hay que añadir que esta relación de sujeción especial hace referencia, exclusivamente, a los que se encuentren cumpliendo la condena de pena de prisión. Con esta perspectiva cabe subrayar que esta relación de sujeción especial se desprende directamente de la propia Constitución, cuyo art. 25.2, en atención al estado de reclusión en que se encuentran las personas que cumplen penas de privación de libertad, admite que los derechos constitucionales de estas personas puedan ser objeto de limitaciones que no son de aplicación a los ciudadanos comunes y, entre ellas, las que se establezcan en la Ley penitenciaria, que regula el estatuto especial de los reclusos en Centros penitenciarios.

Esta relación de especial sujeción, que debe ser siempre entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente que corresponde a los derechos fundamentales, origina un entramado de derechos y deberes recíprocos de la Administración y el recluso, entre los que destaca el esencial deber de la primera de velar por la vida, integridad y salud del segundo, valores que vienen constitucionalmente consagrados y permiten, en determinadas situaciones, imponer limitaciones a los derechos fundamentales de presos que se colocan en peligro de muerte a consecuencia de una huelga de hambre reivindicativa, que podrían resultar contrarias a esos derechos si se tratara de ciudadanos libres o, incluso, internos que se encuentren en situaciones distintas⁶.

El que el recluso sea sujeto de derechos, se desprende de toda norma. Tomemos como referencia La Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por La Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 que, en su Preámbulo, establece que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”, mencionándose a lo largo de todo el texto unos derechos sin distinción de la circunstancia personal de cada ser humano, sin especificar un estatus social. Todos estos derechos son reconocidos a todos los seres humanos. A continuación, detallo la relación de derechos que se establece:

1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos (art. 1).
2. Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona (art. 3) Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (arts. 4-5).
3. Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica (art. 6).

³ REVIRIEGO PICÓN, F., *Los derechos de los reclusos en la jurisprudencia constitucional*, Universitas, Madrid, 2008, p. 35; LASAGABASTER HERRARTE, I., *Las relaciones de sujeción especial*, Cívitas, Madrid, 1994, p. 39; FRAGOSO, H., “El derecho de los presos. Los problemas de un mundo sin ley”, ob., cit., pp. 123-148.

⁴ GONZÁLEZ NAVARRO, F., “Poder domesticador del Estado y derechos del recluso”, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje a García de Enterría*, t. II, Cívitas, Madrid, 1991, pp. 1054-1198.

⁵ GARCÍA VALDÉS, C., “Introducción. Derecho penitenciario español, notas sistemáticas”, *Ponencia presentada a las I Jornadas de Derecho Penitenciario*, Alcalá de Henares, 1984, en COBO DEL ROSAL, M. (dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M., (coord.), *Comentarios a la Legislación penal*, t. VI, vol. I, ob., cit., p. 5.

⁶ STC 120/1990, de 27 de junio.

4. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley (art. 7).
5. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales (art. 8).
6. Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado. (art. 9).
7. Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente (art. 10).
8. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia (art. 11).
9. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques (art. 12).
10. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país (art. 13).
11. Toda persona tiene derecho a buscar asilo (art. 14).
12. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad (art. 15).
13. Derechos en cuanto al matrimonio (art. 16).
14. Toda persona tiene derecho a la propiedad (art. 17).
15. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 18); Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión (art. 19).
16. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación (art. 20).
17. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país (art. 21).
18. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social (art. 22).
19. Toda persona tiene derecho al trabajo (art. 23).
20. Toda persona tiene derecho al descanso (art. 24).
21. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación (art. 25).
22. Toda persona tiene derecho a la educación (art. 26).
23. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad y Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales (art. 27).
24. Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional (art. 28).

No sólo debemos tener en cuenta la prisión definitiva para el cumplimiento de los derechos y para garantizar los derechos fundamentales, sino que debemos tener presente que, aunque se trate de una prisión provisional, el sujeto en cuestión está privado de libertad. Una de las razones, o fin, por la que se decreta la prisión provisional es para evitar la fuga del imputado y su desaparición, ocultación o manipulación de fuentes de prueba. Dicha medida, posiblemente, es creada ya que no se puede ordenar a todos los imputados la privación de libertad con la finalidad de prevenir la comisión de futuros delitos, pese a que la mayor parte de la doctrina jurisprudencial así lo reconozca. La privación del derecho fundamental a la libertad personal en vía cautelar alcanza su grado máximo con la prisión provisional⁷.

En este sentido y, teniendo en cuenta el artículo 25.2 de la CE que establece que el condenado a pena de prisión gozará de los derechos fundamentales que cualquier ciudadano, es ocioso pensar que los que están en prisión provisional, como no se establece en qué grado de prisión se ha de estar, *todos* gozan de los derechos fundamentales recogidos constitucionalmente. No hace falta recordar que la situación de prisión no le exime al legislador ni a la Administración penitenciaria excluir a la población reclusa del reconocimiento de tales derechos. Quizás unos de los derechos más afectados del que está en prisión provisional y posteriormente no tenga que cumplir condena

⁷ SANGUINÉ, O., *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 23. No es mi tarea justificar si estamos ante una medida necesaria y eficaz, para ello me remito al primer capítulo de la obra del autor mencionado.

sean el derecho al honor y el derecho a la propia imagen. No obstante, la prisión provisional no es una sanción sino una medida procesal cautelar que tiene como finalidad preparar y asegurar el buen fin de la causa criminal⁸, debe reunir los requisitos de excepcionalidad y proporcionalidad⁹.

No obstante, como entiende Bobbio¹⁰, el problema básico de los derechos no se cifra en justificarlos, sino en protegerlos, es decir, más que analizar su dimensión formal, cabe estimar su eficacia y realización. Como se puede comprobar en la realidad, a aquellos que están en prisión provisional se les tienen privados ciertos derechos, por ello se entiende que el que está en prisión provisional lo está para mantener un orden público y una seguridad pública, cumpliendo la misma en Centros penitenciarios sujetos a normas penitenciarias, por tanto, a derechos penitenciarios. La prisión provisional puede y debe ser entendida como una medida de seguridad anticipada. Por su parte, Asís Roig¹¹ entiende que “el Estado de Derecho no es suficiente para la protección de los derechos”.

II. Los presos como sujetos de derechos

El sujeto de los derechos humanos puede definirse como la persona o grupo de personas a las que va referida la titularidad, ejercicio y garantías de los derechos, posee una serie de connotaciones de diversa naturaleza: etimológica, lógico-gramatical, ética y jurídica. Es decir, partiendo de su etimología (del latín *subiectus*) significa lo que sustenta, lo que soporta. En cuanto al significado gramatical, es la persona de quien se predica o atribuya o anuncia algo; el antropológico se refiere a la persona, al sujeto humano, es decir, es un ser social capaz de conocimiento y autoconocimiento, es el protagonista del acto de conocer, es capaz de diálogo, de relación intersubjetiva, es capaz de integración y de solidaridad, es capaz de rendir cuenta de sus actos: capaz, en consecuencia, de responsabilidad, es protagonista de la historia y es protagonista de los actos morales y del Derecho¹².

En cuanto a la connotación ética, partimos de Kant “los seres irracionales tienen solamente un valor relativo, como medios y, por ello, se llaman *cosas*; en cambio, los seres racionales son llamados *personas*, pues su naturaleza, les distingue ya como fines en sí mismos, esto es, como algo que no está permitido emplear solamente como un medio”¹³. Kant afirma que el único derecho del cual es titular “el hombre natural”, es el derecho a la libertad. Ésta es la tesis adoptada por los iusnaturalistas, indicando que el goce de la libertad trae como consecuencia la igualdad de todos los hombres entendida en el sentido de que unos hombres posean más libertad que otros. Y, por último, en cuanto a la connotación jurídica, se nos viene a señalar que la persona es titular de los derechos humanos.

⁸ STC 34/1987, de 12 de marzo.

⁹ SSTC 47/2000, de 17 de febrero, y 207/2000, de 24 de julio.

¹⁰ BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís Roig, Debate, Madrid, 1991, p. 61; PÉREZ LUÑO, A.E., “Las funciones de los Derechos Fundamentales”, *Introducción a los Derechos Fundamentales*, vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, p. 665; SANGUINÉ, O., *Prisión provisional y derechos fundamentales*, ob., cit., p. 77.

¹¹ ASÍS ROIG, R., *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Debate, 1ª ed., Madrid, 1992, pp. 64-65.

¹² OCAÑA, M., *Sujeto de investigación científica, subjetivo, subjetividad en terminología científico-social. Aproximación crítica*, Anthropos, Madrid, 1988, p. 943.

¹³ KANT, *Die Metaphysik der Sitten in Werkausgabe*, Band VII, sección II, Suhrkamp Verlag, Frankfurt, 1979, pp. 33 y ss.; GARCÍA PELAYO, “La teoría de la sociedad en Lorenz Von Stein”, *Revista de Estudios Políticos*, nº. 47, 1949, p. 57, señala que “Se es persona, y por tanto fin en sí mismos, porque la persona se determina por sí misma frente a la cosa, a la naturaleza, que no puede determinarse por sí misma”.

En este momento no es mi objetivo hacer una lista exhaustiva de todos los derechos que le corresponden a los reclusos. Si bien es cierto que le corresponden todos los derechos tanto en cuanto persona como en cuanto ciudadano, salvo que por el contenido del fallo se le prive de alguno, por el sentido de la pena o por la ley penitenciaria. Atendiendo a la premisa de que el fundamento básico de la protección de las personas privadas de libertad radica en la consideración de la condición de personas de los reclusos, estatuto que no pierde por el hecho de ser condenado, de manera que, los Tribunales de Justicia u otros Organismos judiciales ordenaron que fuesen privados de su libertad, pero no de su calidad humana¹⁴.

Si tomamos como punto de partida la Constitución española, que es donde se establecen todos los derechos con carácter general, vemos que no se pone ninguna limitación a la hora de reconocerlos, siempre se habla de “toda persona” (art. 17); “todos tienen derechos” (art. 15); “se reconoce” (art. 21). En ninguno de ellos se establece limitación en cuanto a la situación en la que se encuentre un sujeto. De manera que la doctrina no se ha de cuestionar si el preso tiene o no derechos, lo único que se ha de cuestionar es si los derechos que posee por la condición a la que están sujetos, son respetados y si pueden mejorarse.

Sabido es que por la situación de preso de lo que no van a gozar es de la libertad, ya que para eso se crearon las cárceles, para privarles de libertad por lo que han cometido, pero eso no significa que se le prive de los restantes derechos y libertades, salvo que lo establezca el fallo judicial, si bien es cierto que la privación de libertad lleva como consecuencia la privación de otros derechos como ya hemos reiterado en varias ocasiones. A toda persona privada de libertad se le debe garantizar, por ejemplo, expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones (art. 20.1 a) de la CE). El que se esté preso no significa que no se deban reconocer los derechos a no ser sometidos a tratos inhumanos o degradantes (art. 15), o garantizar el derecho al honor, a la intimidad personal (art. 18) y, sin embargo, está demostrado que estos son los derechos más vulnerados.

Los derechos recogidos en la Constitución y las libertades son para *todos*, las excepciones las establece la norma particular para los reclusos, es decir, la Ley Orgánica General Penitenciaria y su Reglamento. En ellas se reconocen los derechos mínimos que debe tener toda persona, respeto a la personalidad, no discriminación, velar por sus vidas, su integridad y su salud, no ser sometidos a torturas, preservar su dignidad, su intimidad, etc. Todos ellos están recogidos y reconocidos en el artículo 4 del Reglamento Penitenciario. Estos son derechos en cuanto el titular es un sujeto interno de las Instituciones penitenciarias, pero, además, están los derechos reconocidos como personas y como ciudadanos y, como tales, también están sujetos a deberes. El punto de partida es el artículo 14 de la CE que dicta, “los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”¹⁵. Si nos remitimos a la estructura organizativa de la Constitución, comprobamos que el derecho a la igualdad no se encuentra integrado dentro de la Sección “De los derechos fundamentales y libertades públicas” pero, no es motivo suficiente para no considerarlo como derecho fundamental. Es, por el contrario,

¹⁴ COYLE, A., *La administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos. Manual para el personal penitenciario*, Centro Internacional de Estudios Penitenciarios, Londres, 2002, p. 31.

¹⁵ No es de aplicación aquí la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, aprobada por la Asamblea General en la Resolución 47/135, de 18 de diciembre de 1992. Ver para una distinción entre el concepto de igualdad y conceptualización a DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, ob., cit., pp. 209 y ss.; del mismo, *El imperio de la justicia: de la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, Gedisa, 1ª ed., Madrid, 1988, pp. 60 y ss.; PÉREZ LUÑO, A.E., “Concepto y Concepción de los derechos humanos”, *Doxa*, nº. 4, 1987, pp. 47-66; PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, ob., cit., pp. 91-92.

considerado como derecho fundamental, como valor superior y principio fundamente del resto de los derechos.

Parte de la doctrina jurídica española, entre los que cabe mencionar a Ruíz Miguel, Jiménez Campo o Rodríguez-Piñero¹⁶, reconoce que el artículo 14 de la CE establece dos preceptos diferentes: el primero, cuando dice “los españoles son iguales ante la ley”, consagra el clásico principio de que las leyes deben considerar a los ciudadanos como iguales sin hacer, entre ellos, distinciones arbitrarias o irrazonables; el segundo, imponiendo una prohibición mucho más taxativa y perentoria de introducir o aceptar “discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Con esta perspectiva, Ruíz Miguel¹⁷ lleva a cabo una distinción para entender el concepto de igualdad, así, habla de *reglas de igualdad relativas* (prescriben un trato igual para una categoría de personas sólo en la medida en que ese trato se otorgue a otra categoría) y, *no relativas* (establecen los derechos y deberes de varias personas sin referencia a la relación con otras, pone como ejemplo que todos tienen derecho a no ser torturados). Esta distinción hace entender *la igualdad ante la ley*¹⁸. En suma, la doctrina, citando por ejemplo a Rubio Llorente y Alonso García, discrepa en cuanto a la estructura del mencionado precepto, es decir, el hecho de que por un lado se proclame la igualdad ante la ley, y, por otra, una “prohibición de discriminación en razón de circunstancias concretas”. Esta discrepancia se traduce en una diversidad de tesis, así para Rubio Llorente¹⁹, el “[...] enunciado general no prohíbe, en efecto, todo género de diferenciaciones, sino sólo aquellas que resulten arbitrarias; la prohibición de discriminación, por el contrario, impone un trato paritario o, lo que es lo mismo, califica *a priori* de arbitraria cualquier diferenciación basada en algunos de los criterios que específicamente menciona [...]”. Alonso García, lo argumenta bajo “cláusulas de desigualdades específicas” que estipulan “el tipo de desigualdad constitucionalmente prohibido”, tales como el sexo, la raza, la opinión o la religión²⁰. Y, para Jiménez Campo²¹, existe un *numerus apertus* en cuanto a las causas posibles de discriminación.

III. La consideración de la población reclusa como grupo diferenciado

El debate en torno al significado y al alcance de los derechos de las minorías resulta de suma importancia cuando nos referimos a minorías que reclaman un cierto grado de ejercicio del derecho a la autodeterminación²². Con ellas surge la discusión en torno al principio de igualdad,

¹⁶ RUÍZ MIGUEL, A., “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Doxa*, nº. 19, 1996, p. 43; JIMÉNEZ CAMPO, J., “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº. 9, 1983, pp. 71-114; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 155 y ss.

¹⁷ RUÍZ MIGUEL, A., “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, ob., cit., p. 44.

¹⁸ La fórmula de igualdad ante la ley tiene su origen en la Revolución francesa detallada en el art. 6 de la Declaración de 1789. El Tribunal Constitucional utilizaba de forma indistinta la igualdad ante la ley y la igualdad en la aplicación de la ley, es a partir, de las SSTC 49/1985, de 28 de marzo y 58/1986, de 14 de mayo, cuando utiliza la distinción indicando que el art. 14 de la CE se refiere al contenido material de la igualdad y el art. 24.1 de la CE se refiere al contenido formal. Hay diferentes teorías de justicia igualitaria, algunos autores consideran que una teoría de justicia igualitaria debe ser caracterizada mediante la igualdad de recursos, DWORKIN, R., “La discriminación inversa”, *Los derechos en serio*, Cap. 9, ob., cit., pp. 327 y ss.

¹⁹ RUBIO LLORENTE, F., “Igualdad”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Cívitas, Madrid, 1995, p. 3366; del mismo, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: introducción”, *Revista española de Derecho Constitucional*, nº. 31, 1991, pp. 9-36.

²⁰ Es la opinión de ALONSO GARCÍA, E., “El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española”, ob., cit., p. 22.

²¹ JIMÉNEZ CAMPO, J., “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, ob., cit., p. 90.

²² DE LUCAS, J., Presentación a la obra VV.AA. *Tolerancia y minorías. Problemas jurídicos y políticos de las minorías en Europa*, (coord.), Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 1996, p. 9.

las posibilidades de desarrollo otorgados por los organismos jurídicos internacionales y nacionales. Por definición, toda norma supone atribuir ciertas consecuencias a un determinado universo de personas definido según alguna característica, es decir, toda norma supone o consagra una diferenciación o desigualdad dentro del conjunto de destinatarias del Derecho, fabricando por así decirlo mayorías y minorías²³. La tarea que nos ocupa es la consideración de la población reclusa como grupo diferenciado, variante de la minoría, en base a que constituye minoría lo que algunos han llamado *sujetos frágiles* por integrarse en alguna de las categorías de la desviación social²⁴. Se trata, en suma, de grupos que son discriminados aunque no forman una categoría unitaria, en el caso de la población reclusa la desigualdad que se produce es *e iure*.

3.1. Minoría-Grupo diferenciado

El propio término de *minoría* genera gran confusión sobre todo a la hora de determinar un concepto jurídico-político, por ello considero que los reclusos deben ser considerados, en todo caso, como grupo diferenciado, siendo en este lugar donde trate de ofrecer elementos que no lleven a la confusión y nos ayuden a formular alguna propuesta que perfile el contenido, o al menos unas condiciones mínimas para considerar al colectivo de los presos como grupo diferenciado.

Por tanto, a la pregunta de si debe considerarse a los reclusos como minorías se debe partir del artículo 27 del Pacto de Naciones Unidas de los Derechos Civiles y Políticos que establece literalmente: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”. Teniendo en cuenta que lo que se trata exclusivamente es una minoría étnica, religiosa y lingüística, la respuesta a la pregunta formulada con anterioridad es negativa. El hecho de que estén excluidos socialmente no es la base para poder afirmar que estamos ante un grupo minoritario, pero sí ante un grupo diferenciado²⁵. Además, éste artículo 27 no contiene una definición de minoría y su texto podría ser interpretado en el sentido de que se refiere únicamente a los derechos de las personas miembros de la minoría y no a los derechos de un grupo diferenciado como tal²⁶.

Señalando una breve reseña histórica para comprender si la sociedad actual debe estimar a los presos como minorías y darles el reconocimiento jurídico de las mismas, he de indicar que hasta

²³ PRIETO SANCHÍS, L., “Igualdad y minorías”, *Tolerancia y minorías. Problemas jurídicos y políticos de las minorías en Europa*, ob., cit., p. 29.

²⁴ VARELA, J. y ÁLVAREZ-URÍA, F., *Sujetos frágiles. Ensayos de sociología de la desviación*, FEC, México, 1989; PRIETO SANCHÍS, L., “Igualdad y minorías”, *Tolerancia y minorías. Problemas jurídicos y políticos de las minorías en Europa*, ob., cit., p. 38.

²⁵ Ver COMANDUCCI, P., “Diritti umani e minoranza: un approccio analítico e neo-illuminista”, *Ragion pratica*, nº. 2, 1994, pp. 41-43; FERNÁNDEZ, M. E., “Igualdad, diferencia y desigualdad. A propósito de la crítica liberal de la igualdad”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. X, 1993, pp. 59-71; LUCAS, J. de, “¿Para dejar de hablar de tolerancia?”, *Doxa*, nº. 11, 1992, pp. 117-126; del mismo, “Algunos problemas del estatuto jurídico de las minorías. Especial atención a la situación en Europa”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº. 15, 1993, pp. 97-128, y “El reconocimiento de los derechos. ¿Camino de ida y vuelta? (A propósito de los derechos de las minorías)”, *Derechos y Libertades*, nº. 1, 1993, pp. 261-280.

²⁶ MARIÑO, F., *Los derechos de las minorías*, ob., cit., p. 170; VELASCO ARROYO, J.C., “Derechos de las minorías y democracia liberal: un debate abierto”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, nº. 109, 2000, pp. 201-221; OLIVA MARTÍNEZ, J.D., *Los derechos humanos ante los desafíos internacionales de la diversidad cultural*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; LUCAS, J. de, “Algunos problemas del estatuto jurídico de las minorías. Especial atención a la situación en Europa”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº. 15, 1993, pp. 100 y ss., del mismo, “El reconocimiento de los derechos. ¿Camino de ida y vuelta? (A propósito de los derechos de las minorías)”, *Derechos y Libertades*, nº. 1, 1993, pp. 261-280.

finales del siglo XIX y, sobre todo, hasta la época posterior a la Primera Guerra Mundial, el problema del trato a dar a las minorías no recibió una consideración general en la acción política y jurídica internacional, aunque se limitara a las minorías existentes en una determinada región del mundo²⁷. Hasta esa época, si adoptamos ante todo una perspectiva interior a los Estados europeos, el pensamiento y la acción política relativos al problema de las minorías se habían mantenido ocultos y dependientes de los referentes a las cuestiones político-jurídicas fundamentales, interrelacionadas entre sí. La primera, era la cuestión del establecimiento y la consolidación del Estado con los derechos civiles y políticos en general. La segunda, era la de la autoafirmación de la soberanía popular frente al antiguo régimen realizado particularmente dentro de la poderosa corriente de cambio social que condujo a la Revolución francesa.

Los primeros antecedentes, se remontan en relación a la religión, teniendo su culminación en el Tratado de Lausana celebrado en 1923 entre Turquía y el Imperio británico, Francia, Italia, Japón, Grecia, Rumania y el Estado serbio-croata-esloveno, incluyó una sección sobre la protección de las minorías dando figura jurídica al nuevo orden de naciones independientes y de la protección internacional de las minorías²⁸. Existe una discusión en cuanto al estatuto jurídico de las minorías, produciéndose una presunción de *victimización*²⁹ de las minorías ya que normalmente se constituyen como objeto de persecución, marginación o discriminación, no siendo el caso de la población reclusa aunque, en la mayoría de los casos, un preso es objeto de discriminación por los ciudadanos y de marginación por la sociedad.

Asumiendo lo dicho y partiendo de lo que afirma Peces-Barba, la titularidad de los derechos le corresponde al hombre y al ciudadano, y se indican una serie de circunstancias o situaciones cuya relevancia deriva: a) De una condición social o cultural de personas que se encuentran en situación de inferioridad en las relaciones sociales y que necesitan una protección especial, una garantía o una promoción para superar la discriminación, el desequilibrio o la desigualdad (entiende que el modelo más claro es el derecho de la mujer para que alcance los mismos niveles que el hombre en algunos derechos concretos, incluyendo también en este grupo a los derechos de los emigrantes), b) De una condición física de personas que por alguna razón se encuentran en situación de inferioridad en las relaciones sociales (incluye los derechos del niño y los discapacitados físicos o psíquicos), y c) De la situación que ocupan las personas en unas determinadas relaciones sociales, encontrándose en una circunstancia concreta (incluye a los derechos del consumidor y el usuario).

Por lo que, desde mi punto de vista, aquí tienen cabida los derechos de los presos. Como se sustenta, se parte de una desigualdad que se considera relevante, porque dificulta o impide el pleno desarrollo moral de las personas, fin último de los derechos, y se interviene para alcanzar la satisfacción de esas necesidades que impiden la igualdad mínima³⁰. Es por consiguiente, necesario señalar, que el valor igualdad depende de aquello en que se es igual, implicando una justificación a la desigualdad, dentro de los principios de razonabilidad y proporcionalidad³¹. En este sentido, la igualdad debe ser protegida y garantizada en la sociedad para evitar la desigualdad, sobre todo, en el trato y, en especial, en el ámbito carcelario.

²⁷ MARIÑO, F., *Los derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Escuela Libre, Madrid, 1994, p. 164.

²⁸ *Ibidem*, p. 167.

²⁹ Sobre el tema, HOUGH, J.M., "The Impact of Victimization: Finding from the British Crime Survey", *Paper Prepared for Third International Institute of Victimology*, Lisboa, 1984, pp. 29 y ss.

³⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos Fundamentales (I). Teoría general*, Boletín Oficial del Estado, 1995, pp. 181-182.

³¹ En este sentido, NINO, C.S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica "con referencia particular a la dogmática penal"*, UNAM, México, 1989, pp. 55 y ss.

Como señala Garrido Gómez, para establecer un concepto de minoría, hay que tener en cuenta dos elementos: el espacial y el social. Según el primero, las minorías se concretan en función del territorio en el que se encuentran y, en cuanto al segundo, lo que determina la constitución de una minoría es la existencia de un grupo diferenciado desde el punto de vista étnico, religioso y lingüístico. Es decir, de una comunidad humana diferenciada que posee un número inferior al del resto de comunidades y que está en situación no dominante, expresando un sentimiento de solidaridad entre sus componentes para conservar su cultura³².

Teniendo en cuenta esto, la definición de Soriano del término *minoría* es la de un colectivo, frecuentemente de escasas dimensiones, definido por rasgos culturales innegociables, raza, lengua, religión, tradiciones, etc., que se encuentran en una situación grave de dependencia respecto a una estructura de poder estatal o supraestatal³³. Pero observamos en esta definición que se refiere a minorías étnicas, religiosas, lingüísticas.

Por otro lado, en la postura de Soriano se distingue tres tipos de minorías³⁴: 1) minorías nacionales, definidas como aquellas que presentan rasgos culturales propias, incluyendo a las poblaciones aborígenes; 2) minorías étnicas, aquellos grupos que emigran a otros países, padecen una desigualdad de derechos que constituyen una minoría construida por el derecho a partir del rasgo de “no español”; y 3) minorías sociales, definiéndolas como aquellos colectivos de ciudadanos oriundos del Estado en situación precaria en el disfrute de sus derechos y condiciones de vida, los cuales reciben diversas denominaciones como grupos sociales diferenciados. Se considera que son minorías sociales los incapacitados, los pobres y, entre otros, los internos de Instituciones penitenciarias, es decir, los que tienen carencias económicas, físicas o culturales.

De manera que, teniendo en cuenta la clasificación que establece Soriano, los presos constituyen una minoría social o grupo social diferenciado. Partiendo de lo dicho, su reconocimiento jurídico debe ser de grupo diferenciado como personas situadas en un determinado ámbito a las que debe garantizarse sus derechos. Ese reconocimiento existe por la Ley Orgánica General Penitenciaria y su Reglamento. Es decir, lo que se pretende es que, a pesar de su conducta, se les reconozcan unos derechos. Lo que se intenta conseguir es un reconocimiento jurídico cuya principal función es garantizar unos derechos con la finalidad de que, siendo respetados los presos, empiecen a respetarse a sí mismos y a respetar a la sociedad en la que han vivido, y que, cuando salgan de cumplir su condena, puedan reinsertarse³⁵. Ello supone ser tratados con consideración y respeto, derivado de la atribución de valor moral a las personas por su igual condición de agentes morales³⁶. De manera que teniendo en cuenta a Soriano, Prieto Sanchís o Lamarca, no existe

³² GARRIDO GÓMEZ, M.I., “El interculturalismo como propuesta de gestión de los derechos de las minorías culturales”, en PÉREZ DE LA FUENTE, O., *Una discusión sobre la gestión de la diversidad cultural*, Debates del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, nº. 9, p. 110; ver la cita que hace de GARCÍA INDA, A., “Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos”, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2001, p. 62; MARIÑO, “Protección de las minorías y derechos internacional”, en VV.AA., *Derechos de las minorías y grupos diferenciados*, Escuela Libre, Madrid, 1994, pp. 171 y ss.

³³ SORIANO, R., *Los derechos de las minorías*, Mad, Sevilla, 1999, p. 18; del mismo, “Las minorías y la Constitución española”, en BETEGÓN, J., LAPORTA, J.J., PRIETO SANCHÍS, L. y DE PÁRAMO, J.R., *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 543 y ss.

³⁴ SORIANO, R., *Los derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, ob., cit., pp. 19 y 20.

³⁵ En este sentido, se desprende el art. 3.3 del RP: “principio inspirador del cumplimiento de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad sea la consideración de que el interno es sujeto de derecho y no se haya excluido de la sociedad, sino que continúa formando parte de la misma. En consecuencia, la vida en prisión debe tomar como referencia la vida en libertad, reduciendo al máximo los efectos nocivos del internamiento, favoreciendo los vínculos sociales, la colaboración y participación de las entidades públicas y privadas y el acceso a las prestaciones públicas”.

³⁶ HIERRO, L., “¿Qué derechos tenemos?”, ob., cit., p. 364.

contraposición entre minoría y grupo diferenciado, sino que éste último sería una variante de una minoría.

Con la definición de Capotorti, y en relación con la población reclusa, podemos sostener que: a) Ciertamente es que son un grupo numéricamente inferior al resto de la población, o al menos eso creemos, ya que actualmente las cifras de presos se ha elevado considerablemente, pero, aún así, se trata de un grupo reducido; b) están en situación dominante, pero dominados por el Estado; c) la característica que le difieren del resto de la población no es étnica, religiosa o lingüística, cada uno por separado puede dar lugar a una minoría, pero se refuerza más cuando están juntas dando lugar a una posición de desventaja o con dificultades para poder acceder a núcleos de poder político, económico o cultural. Pero, la definición de Capotorti en 1977 no hace referencia a los presos, señala que la minoría es “ un grupo numéricamente inferior al resto de la población de un estado, en situación dominante, cuyos miembros, súbditos del estado, poseen desde el punto de vista étnico, religioso o lingüístico unas características que difieren de las del resto de la población y manifiestan incluso de modo implícito un sentimiento de solidarias al objeto de conservar su cultura, sus tradiciones, su religión o su idioma”.

Muchas de las veces cuando atribuimos el carácter de minoría a un grupo no nos basamos en las diferencias étnicas, religiosas o lingüísticas, sino en el hecho de que están en una situación de desigualdad o en una situación que les impida el pleno ejercicio de los derechos. Hoy día sabe todo el mundo cuáles son las principales diferencias con el resto: asesinos, homicidas, ladrones, violadores. Prieto Sanchís³⁷ habla de minorías como grupos discriminados que no forman una categoría unitaria, otros los llaman “sujetos frágiles” incluyendo no sólo a los presos, sino también a los enfermos psíquicos y a los drogadictos y a todos aquellos que se integran en algunas de las categorías de la desviación social³⁸. Se trata de grupos de discriminados que, aunque no formen una categoría unitaria, algunos padecen una desigualdad de derechos, como los extranjeros, los presos o los niños; otros, una minusvalía o carencia que les hace desiguales, como ancianos o pobres. De aquí se deduce que falta por determinar qué se entiende por desigualdad y, en su caso, por igualdad, en qué y entre quiénes. Aquí se centra la cuestión de la evolución de los derechos fundamentales en la especificación de los sujetos que son sus titulares³⁹.

En consecuencia, la población reclusa es, por tanto, un grupo diferenciado, variante de una minoría, o un grupo de “exclusión social”⁴⁰, siendo, la prisión un espacio de exclusión social, Manzanos Bilbao, ha tratado de sistematizar lo que llama la «red de espacios segregativos» diseñados específicamente para segregar y excluir⁴¹. En este sentido, Rostaing⁴² asevera que “la prisión es un lugar de exclusión temporal que imprime sobre los detenidos la marca de un estigma”. El concepto de *exclusión* no se puede entender sin una referencia a “aquello de lo que se es excluido, es decir, del nivel de vida y del modo de inserción laboral y social propio de un

³⁷ PRIETO SANCHÍS, L., “Minorías, respeto a la disidencia e igualdad sustancial”, *Doxa*, nº. 15-16, vol. I, p. 370.

³⁸ También lo afirma J. Varela y E. Álvarez-Uría, entre otros.

³⁹ BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, ob., cit., pp. 45 y 114 y ss.

⁴⁰ Término utilizado por CABRERA CABRERA, P.J., “Cárcel y exclusión”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº. 35, 2002, p. 83, quien sigue afirmando que con este término estamos designando más bien un proceso de carácter estructural, que en el seno de las sociedades de abundancia termina por limitar sensiblemente el acceso de un considerable número de personas a una serie de bienes y oportunidades vitales fundamentales, hasta el punto de poner seriamente en entredicho su condición misma de ciudadanos.

⁴¹ MANZANOS BILBAO, C., *Contribución del sistema carcelario a la marginación socio-económica familiar*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1991, p. 88.

⁴² ROSTAING, C., “Les détenus: de la stigmatisation à la négociation d’autres identités”, *L’exclusion, l’état des savoirs*, S. Paugam, Découverte, Paris, 1996, p. 355.

sistema de vida civilizado y avanzado”⁴³, en sentido similar “la prisión es la forma más categórica de exclusión que permite la ley”⁴⁴.

Por otro lado, C. Lamarca⁴⁵ matiza estas ideas y argumenta que la población reclusa constituye en España una minoría y que, en consecuencia, el Derecho penitenciario es, en gran parte, un derecho de minorías; minorías, no sólo, en el obvio sentido numérico o sociológico, sino también, en el jurídico o político constitucional de que los presos representan uno de esos grupos sociales que se hacen acreedores a la llamada discriminación inversa o tratamiento específico y protector que intenta compensar por vía normativa una desigualdad o postergación de hecho que se considera injustificada, considera, pues, que se trata de una minoría *creada* por el propio orden jurídico. En este sentido, considera que el artículo 25.2 de la CE y la normativa que lo desarrolla puede considerarse una proyección de la función promocional y de prestación que asumen los poderes públicos respecto de los grupos sociales desfavorecidos, esto es, de las minorías.

Normalmente, se ha llamado *mayoría* a todos aquellos que ocupan una posición de privilegio, y *minoría* a quienes padecen alguna desventaja con respecto de la sociedad, por tanto, aquí sí se incluirían a los presos concibiendo el concepto de minoría en un sentido amplio. Con esta visión, afirma Prieto Sanchís que no hay una minoría en singular, pudiéndose clasificar por criterios, así algunos son inmodificables como la raza, otros por la fortuna como la pobreza, y otros más o menos voluntarios como el consumo de drogas⁴⁶. Afirma que existe una discusión en cuanto al estatuto jurídico de las minorías, existe una presunción de “victimización” de las minorías ya que normalmente se constituyen como objeto de persecución, marginación o discriminación, no siendo el caso de la población reclusa aunque en la mayoría de los casos un preso es objeto de discriminación por los ciudadanos y de marginación por la sociedad. Este autor, trata de indicar si la pertenencia a una minoría puede constituir una razón que permita, prohíba o imponga un tratamiento desigual *de iure*⁴⁷. En un mismo sentido crítico, De Lucas, pone en relieve que “lo que define a las minorías es que constituyen grupos de individuos que son como los demás (que pertenecen a un grupo más amplio: el Estado como marco común, del que son ciudadanos también los miembros de la minoría), pero que, sin embargo, no quieren/no pueden/no son asimilados en todo a ellos”⁴⁸.

En consecuencia, desde el punto de vista que nos interesa, lo importante es la posición de desventaja de la población reclusa, ya sea jurídica o institucional, económica o social⁴⁹. Se trata, pues, de aplicar la igualdad en relación con aquellas diferencias que generan desigualdades o

⁴³ TEZANOS, J. F., *La sociedad dividida: estructuras de clases y desigualdades en las sociedades tecnológicas*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2001, p. 146.

⁴⁴ SMITH, D. y STEWART, J., “Probation and social exclusion”, *Social Policy & Administration*, nº. 31, 1996, p. 106.

⁴⁵ LAMARCA PÉREZ, C., “Los derechos de los presos”, en VV.AA., *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Escuela libre editorial, Madrid, 1994, p. 77.

⁴⁶ PRIETO SANCHÍS, L., “Las minorías religiosas”, en VV.AA., *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, ob., cit., p. 36, también lo afirma en su obra *Igualdad y minorías*, Revista del Instituto “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, nº. 5, 1995, pp. 112 y ss.

⁴⁷ PRIETO SANCHÍS, L., “Igualdad y minorías”, VV.AA., *Tolerancia y minorías. Problemas jurídicos y políticos de las minorías en Europa*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 1996, pp. 29 y ss. Ver en la misma obra el artículo de ROUSSO LENOIR, F., “¿Derechos de las minorías o igualdad?”, pp. 135 y ss., quien trata de dar respuesta a preguntas como, si debe buscarse en un catálogo de derechos de las minorías fuera de la órbita del Derecho internacional de los derechos humanos, o cuáles serían los medios de un Derecho de las minorías; ULL PONT E., “Principio de igualdad y respeto a las minorías”, *X Jornadas de Estudio, El principio de la igualdad en la Constitución española*, vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, pp. 615 y ss., refiriéndose a la discriminación por causa de la lengua que no es recogida por el precepto constitucional.

⁴⁸ DE LUCAS, J., “Algunos problemas del estatuto jurídico de las minorías. Especial atención a la situación en Europa”, ob., cit., p. 100.

⁴⁹ COMANDUCCI, P., “Diritti umani e minoranze: un approccio analitico e neo-illuminista”, ob., cit., pp. 5 y ss.

ponen a las personas en condiciones de desventaja y exclusión. Esta es la razón por la que considero necesario buscar alternativas a las condiciones de desventaja en que se encuentran dichos sujetos en base a su pertenencia a un determinado grupo social como son la población reclusa y, en especial, por estar en posición de desigualdad social, existiendo una exclusión social⁵⁰. Igualdad y minorías son conceptos obviamente relacionados, en palabras de Alexy⁵¹ “un principio de igualdad que, *prima facie*, exige un tratamiento igual y sólo permite un tratamiento desigual si puede ser justificado con razones opuestas”. En el mismo sentido, se pronuncia Prieto Sanchís⁵² asevera que igualdad y minoría son conceptos relacionados, el problema de la igualdad es el problema de qué sujetos o situaciones deben ser tratados del mismo modo y cuáles merecen un tratamiento diferenciado. Por definición, toda norma supone atribuir ciertas consecuencias a un determinado sector de personas.

Para Ferrajoli, las identidades *persona*, *ciudadano* y *capacidad de obrar*, son las que han proporcionado la extraordinaria variedad de las discriminaciones de sexo, etnia, religión, censo, clase, educación y nacionalidad con que en cada caso han sido definidas, los parámetros de la inclusión y de la exclusión de los seres humanos entre los titulares de los derechos y, por consiguiente, de su igualdad y desigualdad⁵³. Así, como acertadamente afirma, en la antigüedad, había desigualdad por razón de la negación de la misma identidad de persona, o bien porque se consideraba que no tenía capacidad de obrar. Mantiene que los poderes jurídicos son los que constituyen desigualdades entre las personas, mientras que los poderes extrajurídicos constituyen desigualdades sociales o sustanciales mucho más profundas que las primeras, puesto que aquéllos son incontrolados y tendencialmente ilimitados⁵⁴. En consecuencia, los derechos fundamentales son, en efecto, las técnicas mediante las cuales la igualdad resulta en ambos casos (se refiere a la igualdad tanto formal como sustancial) asegurada o perseguida, y es la diversa naturaleza de los derechos sancionados en los dos casos lo que permite explicar su diverso modo de relación con las desigualdades⁵⁵.

En un sentido crítico también, pero desde otro ángulo, Beccaría⁵⁶ indicó que la división de los delitos es el principal antecesor de la división en los Centros penitenciarios actuales para

⁵⁰ Sobre esta cuestión ver el libro de AÑÓN ROIG, M.J., *Igualdad, diferencias y desigualdades*, Fontamara, México, 2001, pp. 23 y ss.; PÉREZ LUÑO, A.E. “Sobre la igualdad en la Constitución española”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. IV, 1987, p. 134; en palabras de Bobbio, la tolerancia aludía a una convivencia de creencias, mientras que hoy se refiere más bien a una convivencia de minorías, la mejor prueba de esta diferencia es que en la actualidad lo que se pretende combatir no suele denominarse intolerancia, sino discriminación, BOBBIO, N., “Las razones de la tolerancia”, en Id., *El tiempo de los derechos*, ob., cit., pp. 243 y ss.; del mismo, *El problema del positivismo jurídico*, trad. de E. Garzón Valdés, Fontamara, México, 2001, pp. 17 y 18. Lo que ocurre es que la tolerancia antigua apuntaba hacia la libertad, mientras que la tolerancia moderna se orienta hacia la igualdad, WEALE, A., “Toleration, Individual Differences and Respect for Persons”, en MORTON, J. y MENDUS, S., *Aspects of Toleration*, Methuen, Londres, Nueva York, 1985, pp. 29 y ss., o, si se prefiere, hacia la libertad igualitaria: ya no se trata de «soportar» algo que se considera malo o, cuando menos, diverso sino de comprobar en qué medida lo diverso puede integrarse como algo aceptable o incluso valioso en una sociedad pluralista, es decir, en qué medida se hace acreedor a un trato igualitario, GIANFORMAGGIO, L., *El mal a tolerar, el bien de tolerar, lo intolerable*, Doxa, nº. 11, trad. de J.M. Vilajosana, 1992, pp. 53 y ss.

⁵¹ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, ob., cit., p. 398.

⁵² PRIETO SANCHÍS, L., “Las minorías religiosas”, en VV.AA., *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, ob., cit., pp. 8 y ss.

⁵³ FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, pp. 23-24.

⁵⁴ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A., Ruíz Miguel, J.C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco, y R. Cantarero Bandrés, 2ª. ed., Trotta, Madrid, 1997, p. 933.

⁵⁵ AÑÓN ROIG, M.J., *Igualdad, diferencias y desigualdades*, ob., cit., p. 7, cita a FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*. En palabras de Añón Roig “la igualdad es tal en cuanto constitutiva de los derechos fundamentales y los derechos fundamentales son fundamentales porque son constitutivos de la igualdad”, AÑÓN ROIG, M.J., *Igualdad, diferencias y desigualdades*, ob., cit., pp. 12-13.

⁵⁶ BECCARÍA, C., *Tratado de los delitos y de las penas*, Versalles, París, 1828, pp. 33 y ss. También establece esta división Bentham, lo recoge TORIBIO NUÑEZ, *Ciencia social según los principios de Bentham*, Libro II,

garantizar la seguridad dentro de los mismos. La población reclusa conforma, en suma, grupos diferenciados y, dentro de éstos, hay una diferenciación más acusada en las mujeres presas y en los extranjeros presos⁵⁷. En definitiva, el mandato de igualdad prohíbe la desigualdad injustificada y no hay ningún motivo para suponer que la desigualdad establecida para un solo individuo es imposible de justificar, pues las circunstancias que justifican el trato desigual pueden darse tanto en un grupo como en un individuo singularmente considerado⁵⁸.

A efectos de nuestro estudio nos interesa concretar que dentro de una prisión, el colectivo de presos no es tratado todos con igualdad ni todos están en igualdad de condiciones, aquí no me refiero sólo a las mujeres y los extranjeros reclusos, sino que además hay otros grupos de presos que, incluso, obtienen beneficios. Además hay una inclinación en aseverar que los pertenecientes a grupos terroristas están en situación beneficiosa en los Centros penitenciarios⁵⁹.

La delincuencia terrorista constituye, sin duda alguna, una de las más graves amenazas que pueden concebirse para la estabilidad del Estado de Derecho contemporáneo⁶⁰, y la Ley Penitenciaria en ningún precepto regula un régimen de concentración en Establecimientos determinados, o de dispersión por los diferentes Centros penitenciario, de los presos condenados en procesos por terrorismo. Tal ausencia, permite a la Administración disponer con plena discrecionalidad la distribución de presos por los distintos Establecimientos penitenciarios⁶¹. También sabemos que los que hayan pertenecido a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad están en módulos diferentes al resto de los reclusos, pudiendo suponer desigualdades de oportunidades en las cárceles.

Cap. I, “De los delitos: su división y clasificación”, Real, Madrid, 1835, pp. 79 y ss., así como trata el tema de la igualdad de bienes en contraposición de la igualdad de derechos en relación con el derecho de la seguridad, Libro IV, Cap. XXXI –XXXIII, pp. 359 y ss.

⁵⁷ Incluso Mapelli indica que la pena de prisión estigmatiza de tal modo que supone un atentado al principio de igualdad frente al resto de los ciudadanos, MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Bosch, Barcelona, 1983, p. 137.

⁵⁸ OTTO, I., “Igualdad”, en GONZÁLEZ ENCINAR, J.J., *Diccionario del sistema político español*, Akal, Madrid, 1984, p. 181. En este sentido coincide, JIMÉNEZ CAMPO, J., “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº. 9, 1983, pp. 75 y ss.

⁵⁹ Para ampliar conocimientos sobre el tema ver LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, p. 31; de la misma, “Análisis crítico y propuestas de la legislación penal antiterrorista”, *La ley Penal*, nº. 41, 2007, p. 7; TERRADILLOS BASOCO, J., *Terrorismo y Derecho: comentario a las leyes orgánicas 3 y 4/1988, de reforma del código penal y de la ley de enjuiciamiento criminal*, Tecnos, Madrid, 1988. Ver la STS 2/1997, de 29 de noviembre que sostiene que “la búsqueda de una definición con relevancia jurídico-penal ha de ser ajena a descripciones teóricas de signo fenomenológico, a categorías analógicas simples, a puras connotaciones políticas o a reduccionismos conceptuales tan abundantes en el campo especulativo”; STS, Sala de lo Penal, Sección 1, de 19 de enero de 2007, supone un giro en la concepción tradicional de la jurisprudencia española en materia de asociaciones ilícitas terroristas; para una extensa tesis sobre conceptos CAPITA REMEZAL, M., *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, 1ª. ed., Colex, Madrid, 2008, pp. 6 y 258; FARALDO CABANAS, P., “Un Derecho penal de Enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en FARALDO CABANA, P., PUENTE ABA, L.M. y BRANDARIZ GARCÍA, J.A., *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 299-340; MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “El cumplimiento íntegro de las penas”, *Anualidad Penal*, nº. 7, 2003, pp. 195-214; LÓPEZ CALERA, N., “El concepto de terrorismo. ¿Qué terrorismo? ¿Por qué el terrorismo? ¿Hasta cuándo el terrorismo?”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº. XIX, 2002, pp. 51 y ss.

⁶⁰ GARCÍA VALDÉS, C., *Derecho Penitenciario. (Escritos, 1982-1989)*, Agesa, Madrid, 1989, p. 213.

⁶¹ Aunque hubo un momento que, tras argumentos decisivos para la concentración de los presos en cárceles determinadas, se llevó a cabo la concentración, bien por la prevención del contagio criminógeno hacia delincuentes no relacionados con delitos de terrorismo, en la actualidad se aboga por la política de dispersión por los distintos Centros penitenciarios.

El mandato de no discriminación supone una variable del principio general de igualdad, se trata de normas que limitan la posibilidad de tratos diferenciados no razonables entre las personas y que, además, suelen detallar algunos rasgos o características con base a los cuales está especialmente prohibido realizar tales diferenciaciones. Dichos rasgos o características suelen variar dependiendo del ordenamiento jurídico concreto de que se trate, pero, en general, hacen referencia a: 1) situaciones en las que se encuentran las personas con independencia de su voluntad y que, en esa virtud, no pueden modificar, y 2) posiciones asumidas voluntariamente pero que no les pueden ser reprochadas a través de la limitación en el goce igual de algún derecho o prerrogativa⁶².

Una parte de la doctrina -Rodríguez Piñero- enumera unos rasgos definitorios de la discriminación, así: la discriminación presupone una diferencia de trato frente a la norma estándar que actúa contra el sujeto discriminado. La expresión *diferencia de trato* hay que entenderla incluyendo las distinciones, limitaciones o restricciones, las preferencias y las exclusiones. Tal exclusión debe provocar un perjuicio para el discriminado. Por otro lado, se entiende que la discriminación es un fenómeno jurídico, es decir, la discriminación sólo puede materializarse cuando el resultado de las causas prohibidas en el artículo 14 de la CE es la privación en lo que se refiere al reconocimiento, goce o ejercicio de derechos, Y, por último, la diferencia de trato debe tener un específico resultado consistente en la creación de una situación discriminatoria objetiva que anule o menoscabe para el discriminado el goce de determinados derechos, que perjudique sus intereses o que grave las cargas⁶³.

No obstante, me limitaré a analizar dos casos que, habitualmente, presentan un especial problema⁶⁴, las mujeres y los extranjeros presos porque, ya de por sí, esa discriminación y desigualdad existe fuera de los muros penitenciarios, siendo más acusada dentro de ellos. Por tanto, aquellas desigualdades sociales que afectan sustancialmente a los sujetos por su situación o pertenencia a un grupo social, hacen que las mujeres aparezcan como grupo desaventajado junto con los extranjeros⁶⁵. Mi propósito no es tratar la igualdad en cuanto tal sino situar el problema de la desigualdad en los Centros penitenciarios, la protección de los derechos fundamentales y la no discriminación en los derechos. Detallar, asimismo, que atendiendo al artículo 14 de la CE, en principio, son los españoles los titulares del principio de igualdad, la exclusión de los extranjeros debe entenderse referida sólo al derecho a la igualdad en la ley, con la salvedad de los derechos fundamentales en los que no hay cabida el hecho de ser extranjero como elemento de diferenciación respecto de los ciudadanos españoles. Por su parte, Mapelli⁶⁶ afirma que la pena de

⁶² CARBONELL, M., "Estudio preliminar. La igualdad y los derechos humanos", *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2003, p. 14; ALONSO GARCÍA, E., "El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española", *Revista de Administración Pública*, nº. 100-102, 1983, pp. 21 y ss., disponible en www.cepc.es

⁶³ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ, M.F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 79 y ss.

⁶⁴ Ver MARTÍNEZ TAPIA, R., *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Universidad de Almería, Almería, 2000, pp. 44 y ss., trata el tema de la igualdad de trato; FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, ob., cit., pp. 74 y ss., indica cuatro modelos para establecer la configuración de diferencias de identidad que son: la lengua, etnia, religión, opiniones públicas, y las desigualdades que son únicamente las discriminaciones, así indica que el primer modelo de la relación entre derecho y diferencia es el de la indiferencia jurídica de las diferencias, caracterizado porque esas diferencias se ignoran; el segundo modelo es la diferenciación jurídica de las diferencias en la que se establece una jerarquización de las diferentes identidades, hay un status de privilegiados; el tercer modelo es la homologación jurídica de las diferencias, en el que las diferencias son devaluadas e ignoradas en nombre de una afirmación de igualdad y, un cuarto modelo que es el de la igual valoración jurídica de las diferencias basado en el principio normativo de la igualdad en los derechos fundamentales.

⁶⁵ En referencia a los extranjeros hay muchas obras tratando la multiculturalidad, y la ciudadanía diferenciada tratando las situaciones de desventaja, exclusión y discriminación de dicho sector, me remito a ellos.

⁶⁶ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, ob., cit., p. 137.

prisión está estigmatiza, de tal modo que supone un atentado al principio de igualdad frente al resto de los ciudadanos.

IV. Situación de ciertos grupos de reclusos

4.1. Las mujeres reclusas

a) Reseña histórica

La cárcel de mujeres también ha tenido su historia⁶⁷, antes el encierro de las mujeres servía para corregir la naturaleza *viciada*, es decir, los comportamientos que no se ajustaban al modelo de la sociedad en ese momento. No hay mucha información sobre las primeras cárceles de mujeres, el primer intento fue promovido por Cristóbal Pérez de Herrera, medico real de las galeras, navegante y escritor⁶⁸. Es en los primeros años del siglo XVIII cuando nace en España la cárcel específica para mujeres, hasta ésta época no se concebía la pena de privación de libertad para ellas ni la cárcel pública, siendo a partir de este momento cuando rigen para ellas la misma legislación penitenciaria común para ambos sexos. Es con Salillas quien asimila el delito y el pecado para la galera de mujeres, argumentando que “la nueva prisión que se denominó galera fué instituída, no contra delincuentes propiamente tales y bien calificadas, sino contra pecadoras, correspondiendo ese proceder a las tendencias de la legislación visigótica”⁶⁹. García Valdés⁷⁰ es quien manifiesta que la historia penitenciaria femenina está marcada por tres etapas: la religiosa, la judicial y la penitenciaria. Y Martínez Galindo asevera que el origen de la penalidad de las mujeres, se trata de un “ambiente [...] tan plagado de religiosidad como era el del siglo XVI, profundamente mediatizado por las Constituciones del Concilio de Trento”, que “supuso el inicio de un férreo control moral hacia la mujer y su honestidad y, con ello, la necesidad de crear una penalidad diferente, paralela y similar al régimen de los galeotes, habilitando a tal fin un lugar específico para recluir a las mujeres que infringían los cánones establecidos (delincuentes, prostitutas, vagabundas, etc.), para que purgaran en él sus conductas o delitos, separado de las cárceles de hombres y a semejanza de la conmutación que a ellos se realizaba de las penas corporales, en el ánimo de igualar su trato y rigor penal”⁷¹.

⁶⁷ Ver al respecto, AL-SA DAWI, N., *Memorias de la cárcel de mujeres*, La Editorial, Madrid, 1995; FAITH, K., *Unruly Women, The Politics of Confinement and Resistance*, Press Gang, Vancouver, 1993.

⁶⁸ ALMEDA, E., *Corregir y castigar. El ayer y hoy de las cárceles de mujeres*, Balleterra, Barcelona, 2002, p. 27 y nota a pie nº. 2; LLORCA ORTEGA, J., *Cárceles, presidios y casas de corrección en la Valencia del XIX*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pp. 20 y ss.; PÉREZ DE HERRERA, C., *Discursos del amparo de los legítimos pobres, y reducción de los fingidos: y de la fundación y principio de los albergues de los Reynos, y amparo de la milicia dellos*, publicada en Madrid, por Luis Sánchez en 1598, concretamente el discurso cuarto “De la forma de reclusión y castigo para las mujeres vagabundas y delincuentes de los Reynos”, de la que hay una edición moderna de BERISTAIN IPIÑA, A. y DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *Cárcel de mujeres. Ayer y hoy de la mujer delincuente y víctima*, Bilbao, 1989, pp. 181 y ss.; NACIONES UNIDAS, “Administración de justicia, Estado de Derecho y Democracia, Documento de trabajo de la Sra. Florizelle O’Connor sobre la cuestión de la mujer en prisión”, *Informe de la Comisión de Derechos Humanos en su 56º período de sesiones*, 9 de julio de 2004.

⁶⁹ SALILLAS, R., *Evolución penitenciaria en España*, T., I, Madrid, 1918, p. 183.

⁷⁰ GARCÍA VALDÉS, C., “Las casas de corrección de mujeres: un apunte”, en VV.AA., *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos*, Libro Homenaje al profesor Torío López, Comares, Granada, 1999, pp. 587 y ss.

⁷¹ MARTÍNEZ GALINDO, G., *Galerianas, corrigendas y presas. Nacimiento y consolidación de las cárceles de mujeres en España (1608-1913)*, Edisofer, Madrid, 2002, pp. 40-41; SANZ DELGADO, E., *El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*, Edisofer, Madrid, 2003, p. 65.

De todos es sabido que el Derecho Penitenciario apenas ha prestado atención específica a la mujer⁷², quizás por la baja presencia de la delincuencia femenina, y quizás por una serie de conductas relacionadas con la reputación social. Por estos motivos, aunque la prisión como pena autónoma no aparece hasta el siglo XVIII, durante los siglos XVI y XVII existen beaterios, casas de arrepentidas y galeras⁷³ conducidas por órdenes religiosas para jóvenes descarriadas o que cometieran actos impuros debido, entre otros factores⁷⁴, a los movimientos migratorios de mujeres desposeídas por la caída del feudalismo y a la expansión del moralismo que pretende corregir todo tipo de actos impuros. En los siglos XV y XVI en los que la cárcel sólo servía para retener, no hay apenas referencias a la mujer, los delitos se castigaban con la muerte tanto para hombres como para mujeres⁷⁵.

Durante el Antiguo Régimen, la prisión tenía un sentido diferente para hombres y mujeres ya que, si bien para los primeros fue un lugar de tortura, para las segundas fue un lugar de adiestramiento moral. En el siglo XIX, se crean por Reglamento las casas de corrección de mujeres del Reino de 9 de junio de 1847⁷⁶, siendo la antigua galera de Alcalá de Henares el primer Centro específico de mujeres en España. El término *presas* es reciente en la historia, antes se hablaba de reclusas, corrigendas, galerianas, etc.

⁷² Tener en cuenta a CASTÁN TOBEÑAS, J., *La condición social y jurídica de la mujer*, Reus, Madrid, 1955, pp. 48-49; WARD, D.A. y KASSEBAUM, G.G., *Prisión de mujeres. Estructura social y sexual*, Aura, Barcelona, 1977, detallando los estudios sobre la sexualidad de las mismas, es decir, el papel que desempeñaban las presas si era un papel “masculino” o “femenino”, trata sobre la homosexualidad en las prisiones; IZQUIERDO BENITO, M.J., “Los derechos de la mujer en la Constitución de 1978”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº. 2, 1979, pp. 205-222; CLEMENTE DÍAZ, M., “Integración de la madre reclusa en el medio ambiente de la prisión”, *Estudio*, nº. 269, Madrid, 1990; MIRANDA, M.J., “Mujeres en prisión” *Revista 8 de Marzo*, nº. 27, Instituto Andaluz de la Mujer, 1997, pp. 19-21; PÉREZ TREMP, P., “Constitución y derechos de la mujer”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Facultad de Extremadura*, nº. 14-15, 1996-1997, pp. 247-260; BARRERE UNZUETA, M.A., *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Cívitas, Madrid, 1997, pp. 15 y ss.; VALCÁRCEL, A., *La política de las mujeres*, Cátedra, Madrid, 1997, p. 98; ASÍS ROIG, R. de, “La igualdad en el discurso de los derechos” en LÓPEZ GARCÍA, J.A. y DEL REAL ALCALÁ, A. (eds.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 149-168; LÓPEZ GUERRA, L., “Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución de 1978”, en *Mujer y Constitución en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 19-41; IGLESIAS, C., “Presentación”, *Mujer y Constitución en España*, Instituto de la Mujer, Madrid, 2000, pp. 9-12; BELTRÁN PEREIRA, E., “La construcción de la igualdad constitucional”, en BETEGÓN, J., LAPORTA, J.J., PRIETO SANCHÍS, L. y DE PÁRAMO, J.R., *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 569 y ss., tratando el tema de la exclusión de las mujeres y la igualdad sexual; CUENCA GÓMEZ, P., “Mujer y Constitución: los derechos de la mujer antes y después de la Constitución española de 1978”, *Universitas*, nº. 8, 2008, pp. 73-103; DEFENSOR DEL PUEBLO., *Mujeres privadas de libertad en Centros Penitenciarios de Andalucía*, 1ª. ed., Tecnographic, Sevilla, 2006.

⁷³ Ver MARTÍNEZ GALINDO, G., *Galerianas, corrigendas y presas. Nacimiento y consolidación de las cárceles de mujeres en España (1608-1913)*, Madrid, 2002, pp. 23 y ss.

⁷⁴ CANTERA MURILLO, A. *Delincuencia femenina en España*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, p. 21.

⁷⁵ En España, Sor Magdalena de San Jerónimo creó en Valladolid la Casa de Probación sobre 1604, lo que originó la aparición de las galeras (1622) como prisiones de “mujeres vagantes, ladronas, alcahuetas y otros delitos”, se les rasuraba el pelo, se les alimentaba con pan y agua y se les aplicaban duros castigos. La regulación de estos centros estaba en la obra de Sor Magdalena “Razón y forma de la Galera y Casa Real que el Rey manda hacer en estos Reynos”, llamada *La Obrecilla*, publicada en 1608. En ella se describen ocho conductas marginales: vagantes y deshonestas, enfermedades contagiosas (venéreas), fingidas (mendigas), oficios aparentes (proxenetas), alcahuetas, mujeres que venden muchachas (corrupción de menores), mozas de servicio (hurto doméstico) y ponedoras de mozas (proxenetas con engaño); Un amplio estudio de las casas galeras de sor Magdalena lo podemos encontrar en ALMEDA, E., *Corregir y castigar. El ayer y hoy de las cárceles de mujeres*, Balleterra, Barcelona, 2002, pp. 29-39; CERVELLÓ DONDERIS, V., “Las prisiones de mujeres desde una perspectiva de géneros”, *Revista General de Derecho Penal*, nº. 5, 2006, disponible en <http://www.iustel.com/revistas>.

⁷⁶ LLORCA ORTEGA, J., *Cárceles, presidios y casas de corrección*, ob., cit., p. 168.

Desde esta perspectiva, estimo necesaria la precisión de dos términos conceptuales que en la actualidad son objeto de grandes confusiones y discusiones: el *sexo* y el *género*⁷⁷. En lo referente al primero, pone de manifiesto las diferencias biológicas existentes entre hombres y mujeres y, el segundo, el género, se refiere a las diferencias sociales que son debidas a la propia naturaleza de ambos o, incluso, a las discriminaciones impuestas por la sociedad, la sociedad patriarcal en la que vivimos. Es el ya mencionado artículo 14 de la CE el que proclama el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo⁷⁸. Esta igualdad de la que se habla es un principio jurídico universal reconocido en diversos textos internacionales sobre derechos humanos, entre los que destaca la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por La Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1979 y ratificada por España en 1983. A estos efectos, destacan también, las Conferencias Mundiales sobre las mujeres dirigidas por Naciones Unidas y celebradas en Méjico (1975), Copenhague (1980), Nairobi (1985) y Pekín (1995). La igualdad es, asimismo, un principio fundamental en La Unión Europea desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el 1 de mayo de 1999, la igualdad y la eliminación de las desigualdades son uno de los objetivos⁷⁹. En la Constitución aparece recogida la igualdad como derecho fundamental, tanto en la manifestación de trato igual como en el derecho a no ser discriminado. Esta posición no es aceptada por un sector doctrinal, aunque minoritario, entre ellos Basile y Martínez García, argumentando que la igualdad no es un derecho sino “un modo objetivo de ser la ley”⁸⁰. Otros, como Gálvez, aseveran que no es uno más de entre los derechos y libertades que se proclaman, sino que es uno de los presupuestos necesarios para la efectividad de aquellos⁸¹. A efectos de nuestro estudio nos interesa concretar que el derecho a la igualdad es un derecho fundamental, si bien, dentro de este sector existen posiciones que consideran que la igualdad es un derecho relacional, un derecho conexo ya que siempre ha de estar conectado con otros derechos fundamentales⁸² y, en otro sentido, se considera como un derecho autónomo, caracterizado porque no sólo prohíbe el trato desigual, sino cualquier trato que lleve consigo una des-valoración de la condición del ser humano⁸³.

⁷⁷ AÑÓN, M.J., *Igualdad, diferencias y desigualdades*, ob., cit., pp. 23 y ss., trata la igualdad y diferencia en torno al género; KANT, I., *Los principios metafísicos del Derecho*, F. Ayala, Espuela de Plata, 2004, pp. 163 y ss., considera a la mujer como ciudadana pasiva carente de derechos políticos, apoyándose en la superioridad de las facultades del hombre sobre las de la mujer y en la dependencia de ésta.

⁷⁸ También lo establece el art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Ver La Declaración sobre la Eliminación de la discriminación contra la mujer, proclamada por la Asamblea General en su Resolución 2263 (XXII), de 7 de noviembre de 1967; CONTRERAS PELÁEZ, F.J., “La idea de igualdad en el pensamiento político de Kant”, *Derechos y Libertades*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 225 y ss.; GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., “Igualdad, discriminación y diferencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Derechos y Libertades*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 53 y ss.; FERNÁNDEZ-RUIZ GÁLVEZ, E., *Igualdad y Derechos Humanos*, 1ª. ed., 1ª imp., Tecnos, Madrid, 2003, pp. 43 y ss.; MORAGA GARCÍA, M.A., “La igualdad entre hombres y mujeres en la Constitución española de 1978”, *Feminismo/s*, nº. 8, 2006, pp. 53-69.

⁷⁹ En lo que se refiere a España, destaca la promulgación de LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

⁸⁰ Es la opinión de BASILE, “Los valores superiores, los principios fundamentales, y los derechos y libertades públicas”, en PREDIERI, A. y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución española de 1978, estudio sistemático*, Cívitas, Madrid, 1980, p. 277. Esta doctrina se ve apoyada por jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en particular por la sentencia 76/1983, de 5 de agosto.

⁸¹ Opinión de GÁLVEZ, “Artículo 14 de la Constitución”, de GARRIDO FALLA, M., *Comentarios a la Constitución española*, Cívitas, Madrid, 2001, p. 183; RODRÍGUEZ PIÑERO, M., *El principio de igualdad en la Constitución española*, XI Jornadas de Estudio, vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1069 y ss.; STC 14 de julio de 1982 y 22 de octubre de 1986.

⁸² Es el caso de GARCÍA MORILLO, “La cláusula general de igualdad”, ob., cit., p. 160.

⁸³ En este sentido, PÉREZ LUÑO, A.E., “Sobre la igualdad en la Constitución española”, ob., cit., p. 151.

Pero, no todos defienden la idea de que se trata de un derecho fundamental, ya hemos señalado a Basile⁸⁴ y, en sentido similar se pronuncia Lorca Navarrete “no aparece, si hemos de atenernos al tenor literal de la Constitución, la significación de la igualdad como derecho fundamental”⁸⁵. Peces-Barba⁸⁶, lo consideró como un derecho subjetivo del ciudadano. Y, Pérez Luño⁸⁷, aseveraría que “el derecho a la igualdad es el derecho fundamental, que tiende a asegurar un determinado status subjetivo, es decir, una determinada esfera de intereses de los ciudadanos, concretada en la garantía de paridad de trato y la consiguiente prohibición de una serie, no cerrada, ni exhaustiva, de discriminaciones”.

En la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional también encontramos algunas referencias considerando que la igualdad no es un derecho fundamental⁸⁸, es decir, niegan tanto el derecho fundamental de la igualdad⁸⁹ como el derecho fundamental al derecho a la igualdad⁹⁰. Pese a ello, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha evolucionado, de manera que nos encontramos con sentencias en la que se considera al derecho de la igualdad como derecho fundamental, como derecho subjetivo de los ciudadanos para evitar los privilegios y las desigualdades discriminatorias⁹¹. Lo que, ante todo, se persigue, es la igualdad de no discriminación y la igualdad de oportunidades⁹².

Este es el sentido del derecho a la igualdad que será analizado en el ámbito penitenciario y dentro del Centro penitenciario con ocasión de que todos los reclusos reciban un igual trato en la aplicación de la normativa penitenciaria.

Las Reglas Penitenciarias Europeas, en su tercera versión aprobada por el Consejo de Europa el 11 de Enero de 2006, destaca la importancia de respetar las necesidades físicas, profesionales, sociales y psicológicas de las mujeres que afecten a su encarcelamiento con una atención especial a las que hayan sido objeto de violencias psíquicas, mentales o sexuales.

Han sido numerosas las teorías que tratan de explicar el fenómeno de la delincuencia femenina, desde teorías con base en los acercamientos criminológicos por Lombroso, Ferrero, y Hentig; teorías de contenido psicoanalítico, entre los que se incluyen a Freud y a Neuman, caracterizadas por considerarse a la mujer delincuente como un ser anormal o un ser carente de sus más elementales principios femeninos, y afectada socialmente de una patología criminal que la lleva a un comportamiento masculinizado. Llegando a teorías en las que se toma como base el carácter social de la delincuencia, como es el caso de la teoría del Rol.

⁸⁴ BASILE, S., “Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas”, *Predieri*, 1980, p. 277.

⁸⁵ LORCA NAVARRETE, J., *Derechos fundamentales y jurisprudencia. Introducción al derecho*, t. II, Pirámide, Madrid, 1989, p. 171.

⁸⁶ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “Reflexiones sobre la Constitución”, ob., cit., pp. 95 y ss.

⁸⁷ PÉREZ LUÑO, A.E., “Sobre la igualdad en la Constitución española”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, ob., cit., p. 151.

⁸⁸ La ya citada STC 22/1981, de 2 de julio, que lo consagra como principio; 76/1983, de 5 de agosto, Fj. 2; o consideran que el art. 14 sólo tiene carácter informador, como la STC 4/1981, Ffj. 1 y 10.

⁸⁹ SSTC 4/1981, de 2 de febrero y 10/1981, de 6 de abril.

⁹⁰ SSTC 27/1981, de 10 de enero y 22/1981, de 2 de julio.

⁹¹ SSTC 49/1982, de 14 de julio; 75/1983, de 3 de agosto; 8/1986, de 21 de enero; más recientemente, 7/2009, de 12 de enero; 105/2009, de 4 de mayo, entre otras.

⁹² En este sentido, PUY MUÑOZ, F., “El derecho a la igualdad en la Constitución española”, *XI Jornadas de Estudio, El principio de igualdad en la Constitución española*, vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 149.

La inclusión de la mujer presa dentro de este grupo diferenciado se debe a su exclusión social a lo largo de la historia y en la actualidad. Como señala Mapelli⁹³, esta materia se aborda dentro de la problemática de las minorías (mujeres, menores, niños de corta edad, extranjeros y minorías étnicas o religiosas) ya que la estricta separación entre los distintos colectivos ha derivado en un tratamiento discriminatorio hacia ellos, por la escasez de recursos que provoca una inclinación hacia los Establecimientos penitenciarios de hombres, por ser el grupo más numeroso y, por consiguiente, más necesitado en términos generales⁹⁴.

Ahora bien, la Ley Orgánica General Penitenciaria establece unas distinciones en atención al sexo, así el artículo 9 de la LOGP establece la separación en los Centros penitenciarios de hombres y mujeres, lo que se corrobora por el artículo 16 del mismo texto normativo, así como por el artículo 29.1 e). En cuanto al trabajo como derecho y deber del preso (lo que incluye a la mujer), la ley establece que están exentas de esta obligación “las mujeres embarazadas durante las seis semanas, anteriores a la fecha prevista para el parto, y las ocho posteriores al alumbramiento”. El artículo 43.3 de la LOGP establece que “el régimen de aislamiento no se aplicará a las mujeres gestantes [...]”⁹⁵. De otro lado, es la Regla 34 de las RPE⁹⁶ la que regula las garantías para la mujer en prisión⁹⁷. Asimismo, es el artículo 231.2 del RP el que pone de manifiesto que “el régimen disciplinario se aplicará a todos los internos [...]”, por lo que en ningún precepto se hace referencia a la inaplicación absoluta de la medida de seguridad, siendo acertada, por ende, la afirmación de García Valdés al sostener que la no aplicación a la que se refiere el artículo 254.3, que dice: “No se aplicará esta sanción a las mujeres gestantes y a las mujeres hasta seis meses después de la terminación del embarazo, a las madres lactantes y a las que tuvieran hijos consigo”, presenta un claro carácter temporal y sólo la prescripción legal de la falta disciplinaria supondrá que la sanción no se cumpla cuando las circunstancias personales referidas desaparezcan⁹⁸.

En este tema, fue Foucault el que ya señaló la decisión de crear en Estados Unidos dos tipos de penitenciaría: una para los hombres y otra para las mujeres⁹⁹. Y autores como Bueno Arús

⁹³ MAPELLI CAFFARENA, B., “Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas” *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2006, disponible en <http://criminnet.ugr.es>

⁹⁴ En otro sentido, teniendo en cuenta a Ferrajoli, las dimensiones de la igualdad dependen, de un lado, de la extensión de la clase de sujetos (todos) a que se refiere la igualdad; del otro, de la cantidad de los derechos que les son reconocidos y garantizados de forma universal, de modo que los derechos fundamentales e igualdad jurídica son exactamente la misma cosa. Lo que significa que la igualdad es garantizada a todos los sujetos, a todo ser humano, debiendo garantizarles todos los derechos habidos, desde el derecho a la vida hasta cualquier derecho reconocido, de modo que la igualdad es la garantía de los derechos fundamentales independientemente del hecho y de los titulares, aunque estos sean diferentes. FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, ob., cit., pp. 81 y 82.

⁹⁵ Así como en la Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos, concretamente en la Regla 8 se habla de una separación de categorías y por tanto de sexo, y en la Regla 23 hace referencia a las embarazadas y a las guarderías infantiles.

⁹⁶ La Regla 34 viene a decir que las autoridades deben igualmente respetar las necesidades de las mujeres, entre otras su nivel físico, social, psicológico, en el momento de tomar decisiones que afecten a uno u otro aspecto de su detención. Las detenidas deben estar autorizadas a dar a luz fuera de la prisión, pero si un niño nace en el establecimiento las autoridades deben suministrar la asistencia y las infraestructuras necesarias”.

⁹⁷ Para Mapelli es una de las minorías de la prisión junto con los menores, los niños de poca edad, los extranjeros y las minorías étnicas y lingüísticas, MAPELLI CAFFARENA, B., “Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas”, ob., cit., p. 26.

⁹⁸ GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la legislación penitenciaria*, Cívitas, Madrid, 1982, p. 134. De la misma opinión, MAPELLI CAFFARENA, B., “Contenido y límites de la privación de libertad (Sobre la constitucionalidad de las sanciones disciplinarias de aislamiento)”, *Revista del Poder Judicial*, nº. 52, Madrid, 1998, p. 222.

⁹⁹ FOUCAULT, M., *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*, trad. de A. Garzón del Camino, Siglo XXI, Madrid, 2002, pp. 128 y ss., principio general establecido en el preámbulo de la Ley en 1779 que fue redactada por Howard y Blackstone.

destacan la no referencia a la discriminación por razón de sexo, quizás por entender equivocadamente que resulta incompatible con la separación en Establecimientos o dependencias diferentes de hombres y mujeres, separación que responde únicamente a criterios de organización y convivencia y que no creemos pueda suponer vulneración de este derecho fundamental. Lo que, posiblemente, podría plantearse como problemático es el derecho de las madres reclusas a tener consigo a sus hijos hasta la edad de escolarización, derecho que si bien no está previsto para los padres presos, seguramente por una tradición o práctica social, podría ser perfectamente reivindicado. Ello obligaría a que los Establecimientos de hombres contaran con los mismos servicios que los previstos, a estos efectos, en los de mujeres¹⁰⁰.

En la actualidad, si bien las mujeres continúan siendo minoritarias dentro del total de la población carcelaria, se ha observado que, aproximadamente a partir de 1984, la cantidad de las que ingresan en el sistema penitenciario ha aumentado progresivamente¹⁰¹. El que una mujer delinca tiene mayor repercusión social que si lo hace un hombre¹⁰², a la mujer se le ha atribuido, desde antaño, una serie de roles (ama de casa, cuidadora de sus hijos, la que impulsa la educación de los niños, etc.) que al pasarse a otro ámbito ha generado un conflicto¹⁰³. Las cárceles específicas para mujeres son pocas¹⁰⁴, lo normal es reservar un módulo para ellas dentro de una cárcel para hombres, lo que significa que están en situación de desventaja por lo que surge el problema de los espacios comunes, como el polideportivo, la sala de conferencias, los comedores, etc. Esto significa también que las mujeres presas no pueden acceder a actividades de tratamiento penitenciario destinadas a hombres ya que no son las mismas; pudiendo darse el caso de que

¹⁰⁰ BUENO ARÚS, F., “Los derechos de los internos”, *Comentarios a la Legislación penal*, t. VI, vol. I, Madrid, 1986, p. 67; LAMARCA PÉREZ, C., “Los derechos de los presos”, en PRIETO SANCHÍS, L., *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, ob., cit., p. 92, lo cita.

¹⁰¹ Actualmente, según la estadística general mensual de Instituciones Penitenciarias en el mes de diciembre de 2010, hay un total de 5041 mujeres reclusas frente a 58362 de hombres. Disponible en www.mir.es/INSTPEN/, distribución de la población reclusa por sexo.

¹⁰² La mujer principalmente comete delitos contra la salud, robo y fraude, el más común es el tráfico de drogas. El perfil es muy diferente al de los hombres presos, en las cárceles españolas prima las gitanas. En 1997, el Defensor del Pueblo, F. Álvarez de Miranda, denunció la desigualdad entre reclusos y reclusas, ya que la gran mayoría de las cárceles españolas están pensadas para los hombres. Cuando empezó a crecer el número de presas, hasta un 800% desde los años ochenta, las instituciones penitenciarias optaron por ir haciendo hueco para ellas en las cárceles de hombres. Situación que agrava sus condiciones por la falta de espacios adecuados para cubrir sus necesidades básicas como atención hospitalaria con salas de maternidad, personal de pediatría, guardería, servicios de higiene y alimentación adecuada para ellas y sus hijos. La situación en Europa es bastante parecida. En Francia, Italia o Alemania la mayoría de las presas estaban sin trabajo antes de su encarcelación, consumían drogas y/o alcohol, tenían problemas económicos y cada vez más están siendo encarceladas por tráfico de estupefacientes. Muchas de las mujeres que ingresan en prisión habían sido víctimas de violencia y de abusos sexuales con anterioridad.

¹⁰³ RIVERA BEIRAS, I., *La cárcel en España en el fin del milenio, (a propósito del vigésimo aniversario de la Ley Orgánica Penitenciaria)*, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 208-209, dice que “la mujer que delinque obtiene un mayor reproche social que el hombre, pues no ha sabido comportarse conforme al rol que le viene asignado por la sociedad: por un lado sumisa, pasiva, obediente y, por otro, garante del orden familiar, mediadora de los conflictos ajenos, protectora de los miembros de la familia, etc. El inconsciente colectivo convierte a la reclusa en una “antimujer”, en una madre desnaturalizada y, de este modo, tiene que soportar una doble estigmatización como mujer delincuente”.

¹⁰⁴ Actualmente en España como departamentos de mujeres de las cárceles están el de Valladolid, Alcalá II, Martutene, Torrero en Zaragoza, Badajoz, Alicante, Castellón, Palma de Mallorca, Gran Canaria, Pamplona, Málaga, Cuenca, Ibiza, La Coruña, León, Murcia, Almería, Santander, Nanclares de la Oca en el País Vasco, o Cáceres I, entre otros. Departamentos de mujeres en cárcel de hombres destaca en Tarragona, Ponent en Lleida, y Girona. Establecimientos exclusivos para mujeres con capacidad para 200-300, son las de Alcalá de Guadaíra en Sevilla, Brieva en Ávila, Madrid I y Wad Ras en Barcelona, por el contrario hay más de 80 Centros penitenciarios para hombres. Asimismo existen Unidades dependientes para madres que están fuera del recinto penitenciario pero solo acoge a 15-20, existen programas de módulos mixtos de hombres y mujeres (es el caso de Navalcarnero cuando ambos están presos). Aquí empezamos a apreciar la desigualdad de las cárceles de hombres de las de mujeres.

mientras que las actividades dirigidas a los hombres presos pueden estar orientadas a la reinserción puesto que se aprenden técnicas de construcción, carpintería, mecánica, automoción, etc., las actividades de las mujeres presas están destinadas, en la mayoría de los casos, a ser una buena ama de casa, pues los talleres suelen ser de cocina, de cosmética o manualidades, no están diseñados para reinsertarlas laboralmente sino a cumplir el papel de mujer y de madre.

De esta manera, el artículo 9.1 de la LOGP señala que los Establecimientos de cumplimiento se organizarán separadamente para hombres y mujeres, y el artículo 6.3 del mismo texto legal dispone que, cuando no haya Establecimientos de preventivos para mujeres, ocuparán el de los hombres, departamentos absolutamente separados y con organización y régimen propios. La situación de las mujeres dentro de las prisiones públicas es peor que la de los hombres, porque están más hacinadas, tienen menor formación cultural y más problemas por sus condiciones de marginación¹⁰⁵. Si la arquitectura penitenciaria ha permitido que existan módulos para garantizar la separación en las prisiones de hombres y mujeres, no lo ha posibilitado en las unidades acondicionadas para mujeres, es decir, no suele haber, en la mayoría de los Centros penitenciarios, unas dependencias para mujeres con hijos distintas a la de mujeres embarazadas. Así como las penitenciarías de mujeres no disponen de cárceles para jóvenes y cárceles para adultas, como señala la ley, separación que sí se lleva a cabo en el caso de Centros penitenciarios para hombres.

Por otro lado, no debemos olvidar que se han tomado poco en cuenta las necesidades y problemas de las mujeres reclusas que, a mi juicio, son diferentes a las de los hombres. Esta omisión refleja el hecho de que las mujeres son un grupo diferenciado minoritario en la población reclusa total. Numerosos estudios demuestran que sus necesidades físicas, mentales y emocionales difieren de las de los hombres reclusos¹⁰⁶.

La cárcel, como sistema penal en su totalidad, fue históricamente diseñada para excluir a los/las excluidos/as, para proyectar marginación y prejuicio, para construir y reproducir, en el caso de las mujeres, exclusión por el hecho de tener un cuerpo femenino. Las prisiones contemporáneas siguen proyectando sobre las mujeres presas imágenes prototípicas de feminidad, siguen adaptando patrones universales, falsamente masculinos, siguen discriminando y sancionando a las mujeres por ser mujeres¹⁰⁷. En las prisiones femeninas existe una precaria dotación de recursos económicos, una estructura espacial inadecuada y condicionada, en muchos casos, a un centro de población reclusa masculina, unas instalaciones poco habilitadas, una oferta muy reducida de programas rehabilitadores y un personal de orden y régimen poco preparado para atender la problemática de las mujeres.

El tratamiento penitenciario se basa en un enfoque sexista y estereotipado que refuerza el rol tradicional de las mujeres: la disciplina y el control son excesivamente severos, existe una medicación desmesurada y una falta de atención y asistencia a las mujeres con cargas familiares. Este conjunto de situaciones comporta una condena especialmente severa para las mujeres que consolida e intensifica las desigualdades de género existentes en la propia sociedad en unas Instituciones penitenciarias proteccionistas y paternalistas¹⁰⁸. Hay estudios en los que se

¹⁰⁵ Informe de la Secretaria de Estado de Asuntos Penitenciarios, el 14 de diciembre de 1994, ante las Cortes Generales.

¹⁰⁶ Las mujeres encarceladas presentan un mayor índice de enfermedades psicológicas y mentales y una mayor probabilidad de haber sido víctimas de abuso físico y sexual; en ellas el riesgo de autolesión y suicidio es mayor.

¹⁰⁷ ALMEDA SAMARANCH, E. y BODELÓN GONZÁLEZ, E., *Mujeres y castigo: un enfoque socio-jurídico y de género*, Dykinson Madrid, 2007, p. 14.

¹⁰⁸ ALMEDA SAMARANCH, E. y BODELÓN GONZÁLEZ, E., *Mujeres y castigo: un enfoque socio-jurídico y de género*, ob., cit., lo escribe Almeda "Ejecución penal y mujer en España: olvido, castigo y domesticidad", p. 27.

consideran que las mujeres presas en cárceles, por ejemplo, del País Vasco son las más vulneradas¹⁰⁹.

El por qué del aumento de la mujer como reclusa se debe a la mayor emancipación y participación social de la mujer en la sociedad con la llegada de la democracia, lo que supone una incorporación a la pobreza y la criminalización de los excluidos: extranjeros, gitanos, toxicómanos, etc.¹¹⁰. En definitiva, en España las mujeres no cometen más delitos sino que se les aplica más pena de prisión y de mayor duración, como lo demuestran los datos¹¹¹. La cultura machista se agudiza en prisión, lo que aumenta los desniveles que por causa de género se dan en la sociedad en general¹¹². Como consecuencia de esta escasez de Centros, no es posible cumplir el artículo 12 de la LOGP de evitar el desarraigo social de los penados, porque, al haber sólo escasas prisiones exclusivas de mujeres y el resto de departamentos o módulos dentro de las de hombres, no todas las mujeres presas pueden cumplir condena cerca de su lugar de residencia.

Bodelón habla de tres modelos para estudiar la discriminación de las mujeres en el sistema penal: modelo de la discriminación o aplicación sexista del Derecho, que parte de la idea de que la igualdad requiere el igual tratamiento de los sujetos por parte del Derecho (pone como ejemplo las normas diferentes que se aplicaban en el Código penal en los años setenta a la violación masculina y femenina). El modelo de la masculinidad del Derecho, indicador de que la discriminación no se produce por la existencia de normas jurídicas diferentes para hombres y mujeres, sino por el hecho de que una misma norma se aplica a situaciones que tienen diferente significado por sus implicaciones de género (pone como ejemplo el parricidio). Y el modelo de la construcción de la desigualdad de género, que parte de la idea de que la desigualdad se produce por aplicación igual y desigual de la norma jurídica. El problema es que el Derecho Penal tiende a reproducir una estructura de género que subordina a las mujeres, promoviendo interpretaciones que consolidan el rol tradicional femenino y masculino¹¹³.

¹⁰⁹ Destaca el estudio de MANZANOS BILBAO, C., “Vivencias y percepciones de las mujeres presas de su discriminación en las cárceles ubicadas en el País Vasco”, en ALMEDA SAMARANCH, E. y BODELÓN GONZÁLEZ, E., *Mujeres y castigo: un enfoque socio-jurídico y de género*, ob., cit., pp. 133 y ss.; CRUELLS, M. y IGAREDA, N., *Mujeres, Integración y Prisión*, Aurea, Barcelona, 2005, pp. 185 y ss., en la que detalla una investigación sobre las mujeres en el sistema penal y el desarrollo del encarcelamiento, el perfil tanto penal como sociológico de las mujeres presas, y medidas de reinserción.

¹¹⁰ NAREDO, M. “La criminalización de las mujeres gitanas en el estado español”, *Actas de las Jornadas de Graduado en Criminología y Política Criminal 2000 y 2001*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2003, p. 188.

¹¹¹ CERVELLÓ DONDERIS, V., “Las prisiones de mujeres desde una perspectiva de géneros”, *Revista General de Derecho Penal*, nº. 5, 2006, pp. 6 y 9: “El mayor inconveniente que presentan los Centros de mujeres es la insuficiente clasificación dado el reducido número de internas según el art.16 de la LOGP, en detenidos y presos separados de condenados, primarios de reincidentes, jóvenes de adultos, enfermos de sanos, detenidos y presos por delitos dolosos de los que estén por imprudencia y, la clasificación en primero, segundo y tercer grado no siempre es posible por la falta de espacio. La precaria situación de varios departamentos de mujeres de ciertos centros penitenciarios hizo que en 1990 se suprimieran algunos de ellos (Huelva, Teruel, Huesca, Toledo, Soria, Salamanca, etc.), por sus reducidas dimensiones y falta de condiciones idóneas. En la actualidad, dependientes de la DGIP, sólo funcionan como prisiones propias de mujeres las de Brieva-Avila, Madrid I-mujeres y Alcalá de Guadaíra-Sevilla, el resto son unidades o módulos separados dentro de prisiones de hombres, según el Informe de la DGIP de 2004 hay ocho en toda España (Alcalá de Guadaíra, Albolote-Granada, Teixeiro-Coruña, Madrid V y VI, León, Dueñas-Palencia (La Moraleja), Mallorca, Valencia), además hay seis unidades dependientes con madres y niños y dos departamentos de mujeres (Las Palmas y Tenerife)”.

¹¹² DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Retos principales del actual sistema penitenciario” *Jornadas en Homenaje al XXV Aniversario de la Ley Orgánica General penitenciaria*, Madrid, 2005, p. 127.

¹¹³ RIBAS, N., ALMEDA, E. y BODELÓN, E., *Rastreado lo invisible: Mujeres extranjeras en las cárceles*, Anthropos, Barcelona, 2005, pp. 61-62, en la p. 97 señala una lista en la que establece unos motivos por los que se produce discriminación a la mujer reclusa extranjera: por el género, por las relaciones con los funcionarios, por las relaciones con el exterior (vis a vis, comunicaciones y teléfono), por desarraigo y extranjería, por el puesto laboral, relaciones con los servicios sociales y servicios médicos; BEJARANO, F., “Extranjeros en prisión” *Cuadernos de Derecho Penitenciario*, nº. 8, 2000, pp. 21-28; CARRIÓ, R., “Particularidades de la

b) *Maternidad en prisión: estancias de niños menores*

Haciendo un repaso histórico por los distintos textos legales sobre materia penitenciaria, observamos que la presencia de los niños en la prisión siempre ha existido. El Reglamento de Organización del personal, régimen y funcionamiento de las prisiones aprobado por el Real Decreto de 5 de mayo de 1913, en su artículo 222, dictaminó que los hijos de las reclusas deben estar en un departamento especial para ellos. De otra parte, el Reglamento para la aplicación del Código penal en los Servicios de Prisiones aprobado por Real Decreto de 24 de diciembre de 1928 permite la admisión de mujeres condenadas que lleven consigo a sus hijos; el mismo dictamen se encuentra en el Reglamento de los Servicios de Prisiones aprobado por Decreto el 14 de noviembre de 1930, como en los posteriores textos normativos.

La Resolución del Parlamento Europeo de 26 de mayo de 1989, sobre mujeres y niños encarcelados, supuso una clarísima llamada de atención a los Estados sobre los efectos de la cárcel en las personas, en general y, en particular, sobre los menores. La resolución “insta a los Estados miembros a que, con carácter de urgencia, investiguen y apliquen medidas de sustitución de la pena de prisión”, para las madres encarceladas con hijos¹¹⁴. Finalmente, es la Regla 36 de las Reglas Penitenciarias Europeas¹¹⁵ la que regula los menores de corta edad en prisión, guardando estrecha relación con el tratamiento que se les da a las madres en la cárcel.

Es el artículo 38 de la LOGP el que establece que los Centros penitenciarios deberán estar dotados de material de obstetricia necesario para el tratamiento no sólo de las mujeres que estén embarazadas sino de las que acaban de dar a luz y de las que se encuentren convalecientes, siempre que por razones de urgencia no se permita que se realicen en hospitales civiles. La atención sanitaria para ellas debe ser igual que para el resto de las mujeres. En el apartado segundo de dicho artículo, se establece que las mujeres que ingresan en un centro o establecimiento penitenciario y tengan “en su compañía a los hijos que no hayan alcanzado los tres años de edad, siempre que acrediten debidamente su filiación”, debe existir “en aquellos centros donde se encuentren ingresadas internas con hijos [...] un local habilitado para guardería infantil”.

Además, obliga a la Administración penitenciaria a celebrar “los convenios precisos con entidades públicas y privadas con el fin de potenciar al máximo el desarrollo de la relación materno-filial y de la formación de la personalidad del niño dentro de la especial circunstancia determinada por el cumplimiento por la madre de la pena privativa de libertad”¹¹⁶. La regulación del régimen de

situación carcelaria de las mujeres”, en BERISTAIN IPIÑA, A. y DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *Cárcel de mujeres: ayer y hoy de la mujer delincuente y víctima*, Instituto Vasco de Criminología, Bilbao, 1989; CUEVAS, T., *Cárcel de mujeres*, Siricco, Barcelona, 1985; PARELLA RUBIO, S., *Mujer, inmigrante y trabajadora: la triple discriminación*, Anthropos, 1º ed., Barcelona, 2003, pp. 107 y ss.; RIVERA BEIRAS, I., “La devaluación de los derechos fundamentales de los presos”, VVAA, *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 47-76; ALMEDA, E., *Corregir y castigar. El ayer y hoy de las cárceles de mujeres*, Bellaterra, Barcelona, 2002, pp. 215 y ss.

¹¹⁴ Instrucción 6/1990, de la Fiscalía General del Estado, sobre menores ingresados en Centros penitenciarios con sus madres presas; Circular 17/95, sobre funcionamiento y seguimiento de las Unidades Dependientes, de 26 de junio y, la Instrucción 14/97, de 22 de abril de 1998, sobre Organización y Funcionamiento de las Escuelas Infantiles en los Centros penitenciarios.

¹¹⁵ La Regla 36 viene a indicar que los niños de poca edad pueden estar en prisión con un pariente recluso únicamente si ello resulta de interés para el menor. Estos no deben ser considerados como detenidos. Deben tomarse medidas especiales para disponer de una guardería infantil dotada de personal cualificado donde el niño sea ubicado cuando el pariente esté realizando actividades a las cuales no tenga permitido el acceso al menor.

¹¹⁶ Tener en cuenta el art. 17 del RP, internas con hijos menores que resumidamente viene a decir que se admitirá a los hijos menores de tres años por lo que deberá acreditarse debidamente la filiación y que dicha situación no entraña riesgo para los menores. Admitido el ingreso de los niños en prisión, deberán ser reconocidos por el

internamiento en Unidades de Madres se encomienda a los artículos 178 a 181 del RP, destacando la posibilidad, establecida en el artículo 180, de que el centro directivo autorice, “a propuesta de la Junta de Tratamiento, que las internas clasificadas en tercer grado de tratamiento con hijos menores sean destinadas a Unidades Dependientes exteriores, donde éstos podrán integrarse plenamente en el ámbito laboral y escolar”.

En el Informe presentado a las Cortes Generales por el Defensor del Pueblo, correspondiente a la gestión realizada en el año 2000¹¹⁷, éste se muestra especialmente sensible y preocupado por la situación de las mujeres con hijos en prisión, poniendo de manifiesto algunos graves problemas, detectados en las visitas a diversos Centros penitenciarios. Así, el Alto Comisionado de las Cortes Generales relata cómo “no todos los menores de tres años que conviven con sus madres en prisión son alojados en unidades de madres”, de modo que “cerca de un cinco por ciento de esos menores continúan siendo alojados en departamentos de mujeres que, normalmente, no reúnen condiciones adecuadas, y en los que conviven madres penadas o preventivas con otras internas que ni están embarazadas ni tienen a sus hijos con ellas”. En estos departamentos de mujeres no se suele contar, además, ni con el personal con formación especializada ni con las condiciones adecuadas para dispensar a los menores las atenciones y los cuidados que precisan ni para facilitarles el ambiente que es necesario para su correcto desarrollo. Por otro lado, el Informe señala que de la información recibida por la Administración penitenciaria “destaca el reducido porcentaje de menores de tres años que se encuentran destinados en unidades dependientes, en pisos integrados en las ciudades”, de modo que “resulta significativo que no se haya superado el porcentaje del 15% en el número de menores de tres años que permanecían con sus madres en unidades dependientes, es decir, que un 85% de los niños se encontraban dentro de prisiones, bien en módulos de madres o bien en departamentos de mujeres”. Situación a la que se le suma, además, el muy reducido número de Unidades dependientes existentes en el territorio nacional, pues su ubicación se reduce a cuatro ciudades.

Las Unidades de madres en España son muy recientes. Es alrededor de 1989 cuando tiene su origen como consecuencia de un informe emitido por el Defensor del Pueblo en el que se comentó las deficiencias encontradas en prisiones en las que había niños menores compartiendo no sólo el espacio sino también el régimen con todo tipo de reclusas, sin unas mínimas condiciones, ya fuesen de seguridad o de otra índole, necesarias para los menores. Es, consecuencia de ello, por lo que se habilitan espacios en ciertos establecimientos independientes del resto de la población para que las presas con hijos pudieran encontrarse en un ambiente más normalizado y en condiciones más parecidas en la vida real.

Por otro lado, hay que señalar que el derecho que se predica de las mujeres presas que tengan hijos menores de tres años para que puedan permanecer en el centro con ellas, es un derecho que no se encuentra reconocido para los padres presos, como ya se ha indicado con anterioridad.

c) Pros y contras de los niños en la cárcel

Médico del establecimiento. En los posibles conflictos que surjan entre los derechos del niño y los de la madre, deben primar los derechos de aquél, que, en todo caso deben quedar debidamente preservados en el modelo individualizado de intervención penitenciaria que se diseñe para la madre. La Administración penitenciaria dispondrá para los menores y sus madres de unidades de madres, que contarán con local habilitado para guardería infantil y estarán separadas arquitectónicamente del resto de los departamentos, a fin de facilitar las especificidades regiminales, médico-sanitarias y de salidas que la presencia de los menores en el centro hiciesen necesarias. Además, fomentará la colaboración y participación de las instituciones públicas y privadas de asistencia al menor.

¹¹⁷ Boletín Oficial de las Cortes Generales, nº. 201, 8 de octubre de 2001, pp. 57 y 58; también lo encontramos citado por DEL ROSAL BLASCO, B., *La situación de las mujeres internadas en centros penitenciarios con hijos menores*, XVI Jornadas de Coordinación de Defensores del Pueblo, 2001, disponible en www.gva.es/sdg/

Es el artículo 8.15 de la Carta Europea de los Derechos del Niño el que establece que los niños cuyos padres se encuentren encarcelados deberán poder mantener con los mismos los contactos adecuados, los niños de corta edad que convivan con sus madres en las cárceles deberán poder contar con las infraestructuras y cuidados oportunos¹¹⁸. Los Estados miembros deberán garantizar a estos niños su escolarización fuera del ámbito carcelario. Se trata de un derecho de las reclusas el estar con sus hijos, pero dicha situación va en contra de los beneficios del niño. Javier Urra, Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid en 1999, pedía que saliesen los niños de la cárcel, porque ellos no han cometido ningún delito y no deben estar allí: el criterio de la Institución del Defensor del Menor es que el niño, cuando nace, debe estar con los padres. La situación de los niños en las cárceles es buena, pero vivir en la cárcel es muy duro. Si un niño vive en una cárcel, no puede mirar a lo lejos, siempre hay una pared al fondo; en la cárcel no hay sonrisas, y para que un niño se desarrolle es fundamental que se ría; la cárcel tiene barrotes y tiene puertas metálicas que cierran de repente haciendo mucho ruido. La cárcel no es para los niños¹¹⁹. En este sentido es de especial interés las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990.

A veces los hijos de las mujeres presas tienen como única y mejor opción estar en la cárcel cerca de sus madres, la problemática de estos niños va desde que la madre ingrese en la prisión y éstos se queden con ella o que sean acogidos por familias sustitutas o Instituciones sociales. Se han llevado a cabo proyectos como el Jardín de Infancia, cuyo objetivo es darle al niño desde su primera infancia la posibilidad de un desarrollo estimulado en el marco de crecimiento adecuado. Para cumplir con él, se requiere la colaboración de la madre. Por lo tanto, “es objetivo del proyecto también apuntalar a las madres como sostén de los hijos, favoreciendo la identidad del niño en un marco de apertura”. Mantienen que “en la situación de privación de la libertad se podría ver aumentado el riesgo de establecer una relación en la que el niño quede ubicado como único objeto de compañía, generador de privilegios para la madre (objeto de beneficios y diferencias con el resto de las internas, etc.)¹²⁰”.

¹¹⁸ Encontramos un resumen histórico así como las consecuencias de estar en prisión en cuanto al desarrollo de los niños, las enfermedades, alteraciones del desarrollo psicomotor así como, otros problemas, en JIMÉNEZ MORAGO, J. y PALACIOS GONZÁLEZ, J., *Niños y madres en prisión. Desarrollo psicobiológico de los niños residentes en Centros Penitenciarios*, Ministerio de Interior y Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1998, pp. 29 y ss.

¹¹⁹ La Oficina del Defensor del Menor propone la creación de las Unidades Dependientes. Unidad Dependiente es un lugar fuera de la cárcel, en la ciudad, si es posible, donde hay un conjunto de casitas, en las que vive la madre con el niño. Mientras el niño está en la Escuela Infantil, de 9 a 5 de la tarde, la madre está en la cárcel. Cuando vuelve el niño, la madre va a su hogar con el niño, merienda con él, está toda la tarde con él y duerme con él. Al día siguiente el niño vuelve al colegio, y su madre, a la cárcel. No se trata de que la madre no cumpla la sanción. Es el niño el que jamás tiene que entrar en la cárcel, porque jamás ha cometido un delito. A cargo de las Unidades Dependientes proponemos que haya una ONG y alguien de Instituciones Penitenciarias que vigile para que no pase nada (tráfico de drogas, fugas...) En el caso de que la madre infrinja las normas, ese día vuelve a la cárcel y está allí con el niño hasta que éste cumpla tres años. A la hora de llevar este proyecto a cabo, hay muchos riesgos, pero ¿vamos a hacer una ley pensando en un supuesto, o tenemos que quebrar una situación terrible que yo he denominado de «violencia institucional»? Disponible en www.archimadrid.es

¹²⁰ Debemos recordar que entre las recomendaciones de la Relatora Especial sobre Violencia contra la Mujer, encontramos que “Es preciso canalizar más recursos hacia los programas de acercamiento madre-hijos en las cárceles de mujeres. Conviene facilitar el transporte de los niños para visitar a sus madres y, profesionales y asesores competentes deberían ayudar a las mujeres a solucionar sus problemas de relación materno-filial. Hay que tener un cuidado especial cuando los niños visiten a sus madres y debe ofrecerse la oportunidad a algunas de las mujeres de pasar algún tiempo con sus hijos en una unidad especial”, *Anuario del Diario Clarín*, 1999, p. 289. Un estudio de la Universidad Complutense de Madrid en 1998, señaló que “las cárceles no fueron diseñadas para los chicos, los niños en prisión con sus madres pueden calificarse de niños en riesgo”. La problemática es que estos niños adoptaron el encierro como única forma de vida. El dilema es cómo combinar el derecho de los niños “a no ser separados de sus madres” y el derecho a “crecer en libertad” y en un ambiente “que les permita

Uno de los problemas derivados del encarcelamiento de las madres con hijos pequeños es la destrucción del núcleo familiar. El alejamiento de hijos puede desembocar en la ruptura de la familia, el cumplimiento de condena para algunas presas en lugares lejanos a su domicilio o los traslados a otras cárceles impiden en muchos de los supuestos las visitas de sus hijos, que carecen de los medios suficientes para hacerlo con cierta periodicidad. Los problemas que acarrea son fundamentalmente que el proceso de aprendizaje es más tardío, su capacidad visual es menor, porque su perspectiva se reduce a unos muros.

Por añadidura, la cárcel no es un sitio adecuado ni saludable para una madre ni, en todo caso, para un bebé o un niño menor de tres años por las siguientes razones¹²¹. En una cárcel hay estrés, hay ruido, no hay privacidad, hay enfermedades, escasas instalaciones para el juego de los niños o para el ejercicio, pocas instalaciones para el cuidado y la educación de los niños. Lo que significa que habría que incluir otro profesional como es el personal especializado de guarderías. Si la madre no puede salir, el niño tampoco, lo que significa que el economato debe estar dotado de material suficiente y necesario para la alimentación, higiene y vestimenta de un bebé, que la enfermería debe estar dotada de personal sanitario adecuado, que debe haber en todo Centro penitenciario de mujeres un pediatra para el cuidado y la prevención de enfermedades típicas de un niño, así como para poder vacunarles. Estos niños que no pueden salir no sabrán hasta los tres años lo que hay fuera de los muros de una prisión, no sabrán lo que es una vida con la familia. Teniendo en cuenta todo ello se están violando los artículos 2 y 3 de La Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, que, respectivamente, disponen que “los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares” y que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”¹²².

desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal”, como consagra la Convención sobre los Derechos del Niño.

¹²¹ Entre los principios que declaran los Derechos del Niño los más relacionados con la problemática en desarrollo son: Principio 2: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad”; Principio 4: “Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud, El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo”; Principio 6: “Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre”; Principio 7: el niño tiene derecho a recibir educación [...] en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social, llegar a ser un miembro útil de la sociedad”. Ver al respecto, JIMÉNEZ MORAGO, J., y PALACIOS GONZÁLEZ, J., *Niños y madres en prisión*. ob., cit., pp. 68-74; MATTHEWS, R., *Pagando tiempo. Una introducción a la sociología del encarcelamiento*, trad. de A. Piombo, Bellaterra, Barcelona, 2004, pp. 35-39 y 235 y ss.

¹²² No hay que olvidar las recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa [R 1469 (2000)] que, al tratar sobre el problema de las madres y los niños en prisión ha indicado al Comité de Ministros que invite a los Estados miembros a: Desarrollar y utilizar sanciones para madres de niños pequeños y evitar el uso de la prisión; Desarrollar programas educativos para profesionales de la justicia criminal, utilizando las líneas marcadas por la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas y el Convenio Europeo de Derechos Humanos; Reconocer que la custodia de la mujer embarazada y de las madres con niños pequeños debe de ser utilizada exclusivamente como último recurso para aquellas mujeres condenadas por los delitos más graves y que representen un peligro para la sociedad; Desarrollar pequeñas unidades de seguridad y semi-seguridad con el apoyo de servicios sociales donde los niños puedan ser cuidados en un ambiente amigable y donde el mejor interés del menor debe ser el objetivo, incluso conservando la seguridad pública; Asegurar que los padres tenga reconocidos derechos más flexibles de visitas; Asegurar que el personal tenga una formación

En conclusión, los niños “nunca pueden ver árboles, tráfico, animales o experimentar una vida ordinaria de familia”; además, “los niños no tienen oportunidad de forjar vínculos o establecer una relación con otros miembros de la familia, particularmente con los padres, hermanos o hermanas”, dañando las relaciones entre la madre y el niño” y provocando una “mutilación emocional”¹²³.

d) Especial consideración de la mujer gitana

Dentro de la población reclusa femenina es necesario hacer referencia a la mujer gitana en la prisión¹²⁴. Se trata de uno de los colectivos más discriminados entre la población reclusa femenina¹²⁵, puesto que si ya de por sí la razón de que las mujeres que entran en prisión es que tengan escasos recursos económicos, con un nivel cultural bajo, el colectivo gitano no escapa de esos parámetros. Incluso se da el caso de que muchas de las mujeres gitanas cumplen la condena del marido, en el sentido de que se hacen titulares del delito cometido, ya que estiman que es el hombre el que debe educar a sus hijos. Las personas más desfavorecidas tienen más probabilidades de convertirse en delincuentes.

Existe una falta de información sobre la situación de este grupo diferenciado especialmente vulnerable, dificultando la ausencia de datos sobre el número de las mujeres gitanas presas. De hecho, el segundo Plan de inclusión social de España (2003-2005) reconoce la importancia de “recoger información actualizada de la población gitana a través de informes e investigaciones, para evaluar el impacto de las correspondientes políticas sociales”. Aunque, la Constitución de 1978, proclamó la igualdad de todos los españoles sin discriminación alguna y derogada la Ley de Peligrosidad Social o la *cartilla* de la Guardia Civil que prevenía de la proclividad criminal de los gitanos, las mujeres gitanas aún sufren muy gravemente estos arraigados prejuicios. La mayoría de ellas se trata de vendedoras ambulantes, recogedoras de basura, temporeras, trabajos domésticos, etc. La mujer gitana, según cualquier investigación que tengamos en cuenta, tienen una tasa mayor de desempleo, vive en infraviviendas, en poblados, chabolas o casas prefabricadas.

adecuada en cuidados infantiles; Desarrollar normas adecuadas para los tribunales de justicia, de modo que sólo puedan imponer sentencias de prisión para mujeres embarazadas o madres criando a niños cuando el delito sea grave y violento y la mujer represente un peligro. La Regla 23 de RMTR contempla que en los establecimientos para mujeres deben existir instalaciones especiales para el tratamiento de las reclusas embarazadas, de las que acaban de dar a luz y de las convalecientes. Hasta donde sea posible, se tomarán medidas para que el parto se verifique en un hospital civil. Si el niño/a nace en el establecimiento, no deberá hacerse constar este hecho en su partida de nacimiento y, cuando se permita a las madres reclusas conservar su niño/a, deberán tomarse disposiciones para organizar una guardería infantil, con personal calificado, donde estarán los pequeños cuando no se hallen atendidos por sus madres.

¹²³ *Mothers and babies in prison*, Report of the Social, Health and Family Affairs Committee, Doc. 8762, nº. 9, Council of Europe, Parliamentary Assembly, 2000.

¹²⁴ Para el tema de las mujeres gitanas ver a PÉREZ DE LA FUENTE, O., “Mujeres gitanas. De la exclusión a la esperanza”, *Universitas*, nº. 7, 2008, pp. 109-146; BUSTOS BOTTAI, R., “Discriminación por razón de sexo y acciones positivas: reflexiones a la luz de la jurisprudencia constitucional española y aproximación a la Ley para la igualdad efectiva”, *Universitas*, nº. 6, 2007, pp. 127-147.

¹²⁵ ALMEDA, E., *Mujeres encarceladas*, Ariel, Madrid, 2003; AZAOLA E., *Prisiones para mujeres: un enfoque de género. Programa interdisciplinario de Estudios de la Mujer*. México, 1994; LARRAURI, E., “La mujer ante el derecho penal”, *Revista de la Asociación de Ciencias Penales*, nº. 11, 1996, pp. 8-19; Proyecto BARAÑÍ, *Criminalización y reclusión de Mujeres Gitanas*, disponible en <http://web.jet.es>; YAGÜE, C., “Mujer: delito y prisión: Un enfoque diferencial sobre la delincuencia femenina”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº. 249, 2002, pp. 135-170; BARTOLOMET GUTIÉRREZ, R., *Delincuencia Juvenil Femenina*, Universidad de Castilla La Mancha, 2001; del mismo, “La Eficiencia de las medidas dirigidas a la reinserción de las mujeres presas en Europa”, *MIP: Mujeres, Integración y Prisión*, proyecto financiado por la CE, 2002-2005; www.surt.org/mip, *Informe sobre la igualdad entre hombres y mujeres de la Comisión de las Comunidades Europeas 2004 al Consejo de Europa*, Bruselas, 2004.

4.2 Colectivo de extranjeros reclusos

El punto de partida es el de no confundir los *Centros de Internamiento de extranjeros* con los *Establecimientos penitenciarios*, en primer lugar porque los Centros de Internamiento forman parte del Derecho penal especial pero, administrativo no penitenciario, es decir, es un instrumento ordinario de intervención de la Administración en la regulación de las políticas de extranjería en los países occidentales¹²⁶. Es un sistema en el que se da primacía a las competencias policiales, la función de este Derecho penal y procesal administrativo especial es prevenir los delitos y las perturbaciones del orden público a través de medidas de defensa social ante o *extra delictum* aplicadas por vía administrativa a sujetos “peligrosos” o “sospechosos”¹²⁷. Se le priva de libertad a una persona sin haber cometido un hecho delictivo por lo que cabe la pregunta de si es legítima la actuación, para ello el Tribunal Constitucional ha entendido que “la comisión de un hecho delictivo no es el único título que permite restringir la libertad [...], la restricción de la libertad es un concepto genérico del que una de sus modalidades es la prisión en razón de un hecho punible [...]”¹²⁸.

Teniendo en cuenta que la Ley de Extranjería nos aporta fórmulas excluyentes y si observamos el día a día vemos cómo no paran de llegar extranjeros a nuestras fronteras¹²⁹, todos sin un contrato de trabajo, y muchos buscando nuevas oportunidades que se traducen en un nada. La mayoría caen en la delincuencia para sobrevivir y muchos llenan nuestras cárceles con todas las consecuencias. La filosofía del sistema de inmigración se explica en la Exposición de Motivos del Reglamento de Extranjería¹³⁰: “En la arquitectura del sistema migratorio actual, la admisión de nuevos inmigrantes en nuestro país está fundamentalmente basada en la necesidad de cobertura de puestos de trabajo y, salvo en los supuestos previstos por circunstancias excepcionales, los inmigrantes que quieran desarrollar una actividad laboral deberán venir en origen con un visado que les habilite para trabajar o para buscar un empleo”. Las prisiones españolas constituyen el medio físico en el que se desenvuelve directamente buena parte de la vida, se trata de una realidad social muy amplia y de facetas inéditas y complejas. Si éstas se hacían pequeñas para la delincuencia de nuestro país hay que sumarle los extranjeros, tanto hombres como mujeres. La presencia de las mujeres en los procesos migratorios históricamente aparece como un fenómeno de menor envergadura que la masculina, pero existe¹³¹. No obstante, no hay que caer en el estereotipo de inmigración igual a delincuencia, estos colectivos sociales están caracterizados por la precariedad y la pobreza. En cuanto al derecho de los extranjeros se plantean problemas

¹²⁶ SILVEIRA, H.C., “Inmigración y derecho: la institucionalización de un sistema dual de ciudadanía”, en BERGALLI, R. y OTROS, *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 550.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 551; FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ob., cit., pp. 766-767.

¹²⁸ SSTC 178/1985, de 19 de diciembre y 303/2005, de 24 de noviembre, sobre las medidas de ingreso en un Centro de Internamiento.

¹²⁹ Ver MARTÍN PALOMO, M.T., MIRANDA LÓPEZ, M.J. y VEGA SOLÍS, C., “Delitos y fronteras. Mujeres extranjeras en prisión”, *Política y Sociedad*, vol. 44, nº. 2, 2007, pp. 245-248; APARICIO, R., TORNOS, A. y LABRADOR, J., *Inmigrantes, integración, religiones. Un estudio sobre el terreno*, Sal Terrae, Madrid, 1999, pp. 69 y ss.; RUÍZ OLABUÉNAGA, J.I., RUÍZ VIEYTEZ, E.J. y VICENTE TORRADO, T.L., *Los inmigrantes irregulares en España. La vida por un sueño*, Universidad de Deusto, 1º ed., 1º imp., Bilbao, 1999; MILANS DEL BOSCH PORTOLES, I., “La dicotomía nacional/extranjero: nacionalidad de los derechos individuales y universalidad de los derechos humanos”, *Migraciones y desarrollo humano*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 139-152.

¹³⁰ LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social, el RD 2393/2004, de 30 de diciembre, y la reforma LO 11/2003.

¹³¹ Para saber más sobre la mujer extranjera en prisión ver a BODELÓN GONZÁLEZ, E., “Género y sistema penal: los derechos de las mujeres en el sistema penal”, en BERGALLI, R., y OTROS, *Sistema penal y problemas sociales*, ob., cit., pp. 451 y ss.

complejos en relación a si son destinatarios de derechos atendiendo a la condición de ciudadanos¹³².

Ahondando en la cuestión, a la luz de lo que aquí nos interesa concretar, es la Regla 37 de las RPE la que regula la situación de un extranjero preso, dictaminando que “Los detenidos naturales de un país extranjero deben estar informados sin demora de sus derechos a ponerse en contacto con las autoridades diplomáticas y consulares y beneficiarse de medios razonables para establecer esa comunicación. Los detenidos naturales de Estados que no tengan representantes diplomáticos o consulares en el país así como los refugiados y los apátridas deben beneficiarse de las mismas facilidades y estar autorizados a comunicarse con el representante diplomático del Estado encargado de sus intereses o con otra autoridad nacional o internacional cuya misión sea proteger dichos intereses. Las autoridades penitenciarias deben colaborar estrechamente con los representantes diplomáticos y consulares en interés del extranjero encarcelado que pueda presentar necesidades particulares. A los extranjeros detenidos debe suministrárseles información relativa específicamente a la vida judicial. Los detenidos extranjeros deben estar informados de las posibilidades de solicitar el traslado a otro país para continuar allí la ejecución de su pena”.

En lo que se refiere a nuestra jurisprudencia, se manifiesta que “el término libertad pública no tiene obviamente un significado restrictivo, y que, por tanto, el disfrute de los derechos y libertades del Título I de la CE se efectuará en la medida que determinen los tratados internacionales y la ley interna española, y de conformidad con las condiciones y el contenido previsto en tales normas, de modo que la igualdad o desigualdad en la titularidad y ejercicio de tales derechos y libertades dependen por previa previsión constitucional, de la libre voluntad o la ley”¹³³. En consecuencia, la Constitución española no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyen los tratados y la ley, sino de las libertades “que garantizan el presente título en los términos que establezcan los Tratados y la Ley”, de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales, y por tanto, dotados (dentro de su específica regularización) de la protección constitucional pero, son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido, derechos de configuración legal”. Puede concluirse que, en materia de derechos y libertades pública, no existe un principio constitucional de igualdad total que equipare, como regla general, a españoles y extranjeros, ya que el artículo 14 de la CE es únicamente aplicable a los españoles¹³⁴.

No faltan críticas sobre que la Ley de extranjería, en cuanto a extranjeros privados de libertad, no aplica, en la medida de lo razonable, los artículos 1, 13 y 14 de la CE, es decir, la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico y el principio de no discriminación. Según Rivera Beiras,

¹³² Ya en La Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional el 26 de agosto de 1789, distinguía entre hombre y ciudadano. Es el art. 13 de la CE el que garantiza que “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los Tratados y la Ley”, no mencionando que tengan derechos. En la LOGP y su RP no hacen distinciones en cuanto a los derechos, sean constitucionales o penitenciarios.

¹³³ La STC 107/1984, de 23 de noviembre; SAGARRA I TRIAS, E., *Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España. Protección jurisdiccional y garantías*, Bosch, Barcelona, 1991, pp. 57 y ss.

¹³⁴ STC 107/84, de 23 de noviembre, además manifiesta que “la Constitución española no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyen los tratados y la ley, sino de las libertades que garantizan el presente título en los términos que establezcan los Tratados y la Ley, de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales, y por tanto, dotados -dentro de su específica regularización- de la protección constitucional, pero son todos ellos, sin excepción en cuanto a su contenido, derechos de configuración legal, [...], en materia de derechos y libertades públicas no existe un principio constitucional de igualdad total que equipare como regla general a españoles y extranjeros, ya que el art. 14 de la CE es únicamente aplicable a los españoles”; STC 236/2007, de 7 de noviembre, contra diversos preceptos de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

el hecho de privar la libertad y expulsar del territorio a personas que no tienen documentos hace que éstas se discriminen hasta el punto de convertirlas en *cuasi delincuentes*¹³⁵. El artículo 13 de la CE establece que “Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los Tratados y la Ley”, existiendo críticas en torno al articulado al considerar que lleva a cabo una desconstitucionalización de los derechos fundamentales de los extranjeros¹³⁶. De otra parte, se sostiene que las leyes a las que se remite el artículo 13.1 de la CE han de ser ordinarias y no orgánicas, pues dicho precepto no se encuentra incluido dentro de la Sección primera del Capítulo segundo del Título primero¹³⁷. A mi juicio, como expresa Ríos Martín¹³⁸, se reconocen dificultades de los reclusos extranjeros por la diferencia de lengua, de cultura, de costumbres y de religión. Por ello, en la medida de lo posible, la normativa penitenciaria debería quedar orientada en su interpretación hacia la atenuación de la soledad que los reclusos puedan experimentar y facilitar su tratamiento con vistas a su reinserción social, determinando las fórmulas que contemplen sus necesidades específicas y garanticen iguales oportunidades que a los demás reclusos.

La sociedad española ha pasado de ser emigrante a inmigrante lo que supone que existe población reclusa extranjera, llegando a ser elevada en los últimos años. Como se puede apreciar fácilmente, los extranjeros no tienen los mismos derechos que los españoles¹³⁹, mas la Ley penitenciaria y el Reglamento hacen distinciones, por lo que, dentro del Centro penitenciario, todos los reclusos tienen los mismos derechos. Para las mujeres extranjeras supone una mayor exclusión social, hablamos de una reinserción a una sociedad que no les pertenece, que no conocen y que, probablemente, no han formado parte de ella, haciéndose la inserción y la integración social un tanto ardua¹⁴⁰.

De otro lado, la Ley 4/2000 afirma que los extranjeros gozarán en España, en igualdad de condiciones que los españoles, de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución¹⁴¹. Las mujeres reclusas están en situación de desventaja respecto a los hombres reclusos y, entre ellas, las mujeres extranjeras. Sin entrar a cuestionar cuales son las causas de inmigración, el tipo de delito que cometen, su origen y movilidad social, su perfil, o las estrategias de adaptación en la sociedad; se debe afirmar que un inmigrante supone unas repercusiones en el ámbito demográfico,

¹³⁵ RIVERA BEIRAS, I. y SIVEIRA, H., “Qué son los Centros de Internamiento”, <http://estrecho.indymedia.org/>, publicado el 23 de julio de 2006.

¹³⁶ Es el caso de PECES-BARBA, G., “Reflexiones sobre la teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1978-1981, monográfico nº. 2, p. 4.1

¹³⁷ Ésta es la opinión de PIÑAR MAÑAS, J.L., “El derecho a la libertad de residencia y circulación de los extranjeros en territorio nacional” *RAP*, nº. 93, 1980, p. 206; otros ampliaron su concepción indicando que el art. 13.1 al margen de la limitación que pueda establecer la ley, las libertades públicas a que se refiere el precepto no son sólo las comprendidas en la Sección primera del Capítulo segundo, aunque éstas sean las más importantes y ello no sólo porque así se deduce del propio debate constitucional, sino porque algunos derechos y deberes reconocidos en la Sección segunda no puede, ni de hecho, estar limitados a los extranjeros, opinión de SERRANO ALBERCA, J.M., “Comentario al artículo 13.1 CE”, en GARRIDO FALLA, F., (dir.), *Comentarios a la Constitución española*, Cívitas, Madrid, 1985, p. 217; VIDAL FUEYO, M^a.C., *Constitución y extranjería. Los derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 61.

¹³⁸ RÍOS MARTÍN, J.C., *Manual de ejecución penitenciaria. Extranjeros en prisión, abrir las cárceles injustas*, Colex, Madrid, 1998, p. 1.

¹³⁹ Ver BORRAJO INIESTA, I., “El status constitucional de los extranjeros”, *Estudios sobre la Constitución española (Homenaje a García de Enterría)*, vol. II, Cívitas, Madrid, 1991, pp. 697-766; SAGARRA I TRIAS, E., *Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España*, ob., cit., pp. 57 y ss.

¹⁴⁰ Ley 4/2000 reformada por Ley 14/2003, en el momento de realizar la investigación.

¹⁴¹ Ver respecto al tema de las mujeres reclusas extranjeras el trabajo de RIBAS, N., ALMEDA, E., Y BODELON, E., *Rastreando lo invisible: Mujeres extranjeras en las cárceles*, Anthropos, 1^o ed., Barcelona, 2005, pp. 15 y ss.

económico, social y religioso¹⁴², demostrándose, en la actualidad, que el extranjero preso está en una situación de desigualdad, en palabras de algún sector de la doctrina, *situación de desventaja*¹⁴³, debido a su condición de extranjero.

Como consecuencia de todo lo anteriormente indicado, la discriminación ya viene impuesta por las leyes de extranjería siendo más acusada en los Centros penitenciarios, ya que en el Derecho Penal no se establece ninguna distinción de si el delito ha sido cometido por nacionales o extranjeros. Tanto el artículo 3 de la LOGP como el artículo 4.1 del RP indican que no puede discriminarse a los internos por su nacionalidad, ésta es la razón por la que queda reflejado el principio de igualdad de trato entre los presos sean nacionales o extranjeros, partiendo del mismo criterio penitenciario¹⁴⁴.

Llegados a este punto, se debe señalar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha resuelto temas de discriminación de extranjeros en el ámbito no penitenciario¹⁴⁵, en la que establece tres categorías de derechos y libertades respecto a la equiparación entre españoles y extranjeros: a) los que corresponden por igual a españoles y extranjeros, son el derecho a la vida y a la integridad física y moral; b) los que se plasman en los Tratados internacionales y en las diversas Leyes, los cuales establecen diferencias entre los países y los ciudadanos, y c) los derechos y libertades que le son negados a los extranjeros, como el acceso a la función pública o el voto en las elecciones nacionales. Con respecto a la desigualdad entre españoles y extranjeros, indica que “la inexistencia de declaración constitucional que proclame la igualdad de los extranjeros y españoles no es, sin embargo, argumento bastante para considerar resuelto el problema, estimando que la desigualdad de trato entre extranjeros y españoles resulta constitucionalmente admisible, o, incluso, que el propio planteamiento de una cuestión de igualdad entre extranjeros y españoles está constitucionalmente excluido”.

No es mi objetivo hacer un trabajo sobre el perfil sociológico y criminológico de los extranjeros en las cárceles, sólo creo que se ha de indicar que se trata de un grupo diferenciado que tiene su lugar en nuestra sociedad y que también ocupan nuestras cárceles agravando una serie de problemas. Entre dichos problemas son citables la superación de su capacidad, me refiero, por ejemplo, a que en los Centros penitenciarios no hay un traductor que les pueda facilitar comprender el día a día, lo que supone que dentro de esta Institución forman un grupo cerrado y reducido. Otro de los problemas es el referente a la religión, tema que trato en Capítulo diferente.

Los extranjeros presos han de recibir un trato igual que el resto de los presos debido a que partiendo de la Constitución española, en cuanto a la reinserción social de los penados a penas

¹⁴² MARTÍNEZ BRETONES, V., “Los inmigrantes y sus derechos en España”, en ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. y HERNÁNDEZ BRAVO DE LAGUNA, J., (coord.), *Estudios sobre la Constitución española, Libro Homenaje a Gumersindo Trujillo Fernández*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 296-297.

¹⁴³ Desventaja porque es provocada por el desconocimiento del idioma, la legislación nacional sea penal o penitenciaria, no hay vínculos familiares, etc., DE LUCAS MARTÍN, J., ANÓN ROIG, M.J., GALIANA SAURA, A., GARCÍA AÑÓN, J., MESTRE I MESTRE, R., MIRAVET BERGÓN, P., RUÍZ SANZ, M., SIMÓ NOGUERA, C., SOLANES CORELLA, A. y TORRES PÉREZ, F., *Los derechos de participación como elemento de integración de los inmigrantes*, Rubes, 1º ed., Bilbao, 2008, pp. 21-26.

¹⁴⁴ En cuanto al tema de la igualdad fuera de la prisión, VIDAL FUEYO, M^a.C., “Constitución y extranjería. Los derechos fundamentales de los extranjeros en España”, ob., cit., pp. 159-183; ADAM MUÑOZ, M^d., “El internamiento preventivo del extranjero durante la tramitación de expulsión”, *La Ley*, t. 3, 1991, pp. 970-973; BASTENIER, A. y DASSETTO, *Problemi di insediamento per gli immigrati in Europa*, in AA.VV., *Italia, Europa e nuove immigrazioni*, Fondazione Giovanni Agnelli, Milán, 1990, pp. 4 y ss.; BIGLINO CAMPOS, P., “De qué hablamos en Europa cuando hablamos de derechos fundamentales”, *Revista de Estudios Políticos*, nº. 97, 1997, pp. 71-103.

¹⁴⁵ Una de las primeras sentencias fue la STC 107/1984, de 23 de noviembre; SSTC 221/1988, de 24 de noviembre; 130/1995, de 11 de septiembre.

privativas de libertad no hace distinción entre nacionales y extranjeros, las penas de unos y otros han de tener la misma finalidad, y cumplirse en igualdad de condiciones. Teniendo en cuenta la Instrucción 14/2001, de 14 de diciembre, de adaptación de las normas generales sobre internos extranjeros a la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre, se recogen unos mínimos derechos. Así, se les facilitará una hoja informativa en donde se desarrolla de forma breve el derecho que le asiste, en virtud del artículo 52.2 del RP, a ser informado sobre las diferentes posibilidades que tiene de solicitar la aplicación de tratados internacionales o medidas que afecten a su situación procesal y penitenciaria, así como la dirección y el teléfono de su representación diplomática, concluyendo con el procedimiento de expulsión, de traslado y salida¹⁴⁶.

Por tanto, el hecho de ser extranjero y, además, estar privado de libertad, conlleva una serie de desigualdades, así, en lo referente al derecho a la defensa, supone una disminución de la efectividad de sus garantías procesales, al dificultar la comunicación con su propio Letrado¹⁴⁷, son los artículos 49 de la LOGP y el 13 del RP los que hacen referencia a los extranjeros. Pero, quizás, lo que no se cumpla, es el hecho de poseer un intérprete en los Centros Penitenciarios para que puedan conocer las normas, o realizar las distintas actividades, cuando están amparados por la doctrina constitucional en cuanto a expresarse en su propio idioma¹⁴⁸. Otro de los derechos que no se cumple a favor del extranjero recluso es el derecho a la información, en el supuesto de que no se tenga quién le traduzca.

En consecuencia, al no tener familiares se produce un auténtico aislamiento con el exterior, suponiendo una dificultad para recibir visitas familiares, bien por la distancia, bien porque no puede acreditarse como familiar o como amistad lo que conlleva la inexistencia de permisos de salida o la aplicación del régimen abierto. El no tener recursos económicos supone, por consiguiente, la privación de derechos fundamentales y de beneficios penitenciarios.

El artículo 9.2 de la CE obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo, y de los grupos en que se integra, sean reales y efectivas, no obstante, en el ámbito penitenciario y en lo relacionado con los presos extranjeros esto no ocurre. La normativa penitenciaria, exclusivamente, hace referencia al derecho a mantener comunicaciones y visitas (art. 89 del RP) de los agentes diplomáticos de sus países de origen, para establecer la obligación de la Administración penitenciaria de comunicar el licenciamiento definitivo del preso que se encuentre en procedimiento de expulsión. Para asegurar su derecho a recibir información sobre el régimen del Centro penitenciario en su idioma y para prever la posibilidad de que la libertad condicional se cumpla. Desde este punto de vista, las cárceles significan para nosotros el espacio ideal de análisis de los procesos de discriminación de este nuevo orden social al que hemos aludido, identificados a través de los cambios actuales tanto en los modelos de bienestar y exclusión a través del sistema penal como en los modelos migratorios de las sociedades avanzadas. La centralidad que concedemos al mundo de la prisión como eje del análisis pretende subrayar, en primer lugar, la transformación de la cárcel desde una institución correccional en decadencia a una institución que ha pasado a convertirse en un pilar indispensable del orden social contemporáneo. De modo genérico, las prácticas contemporáneas del crimen y el

¹⁴⁶ Circular 22/1996, de 16 de diciembre en cuanto a la debida identificación de los presos en el disfrute de los permisos, entregándosele, a la salida del centro, su documento nacional de identidad pero, no se entregará este documento a los presos extranjeros que salgan de permiso, pudiendo en estos casos facilitárseles otro que acredite adecuadamente su identidad. En cuanto a permisos de salida, de los extranjeros presos los AATC 1250/99, de 22 octubre; 333/2000 de 10 marzo; 1854/2000 de 20 diciembre, entre otros y, la Recomendación del Consejo de Europa R (84) 12.

¹⁴⁷ “La condición del Extranjero en el ámbito penitenciario”, Comisión de Derecho Penitenciario, *VIII Congreso Los Derechos de las Minorías*, Jueces para la Democracia, Sevilla, 1993, p. 10.

¹⁴⁸ SSTC 2/87, de 21 de enero y 190/87, de 1 de diciembre, entre otras.

castigo se relacionan con la estructura general del bienestar y con los cambios en las relaciones de clase, etnia y género que subyacen en las transformaciones en la sociedad española¹⁴⁹.

El extranjero se enfrenta al cambio para adaptarse y asimilar la cultura, el inmigrante se enfrenta a la gran dificultad que supone el cambio de sus valores y creencias, es decir, a la lucha entre la aceptación de un nuevo sistema de valores y el abandono paulatino de los suyos. En la mayoría de los casos, el inmigrante se aísla e intenta que la nueva cultura no rompa con su identidad. La inadaptación puede llegar a hacer que se busque la vida a través de la delincuencia.

Existe desigualdad en cuanto a la aplicación de la pena y la realidad, mientras que el artículo 25.2 de la CE y la LOGP no establecen diferencias en cuanto a los fines, derechos, trabajo y sistema de cumplimiento entre extranjeros y nacionales. Concretamente respecto al derecho a cumplir la pena conforme al sistema de individualización separado en grados, la realidad social y jurídica de los extranjeros puede condicionar la ejecución de la condena hasta formas diferenciadas, sin que puedan calificarse de discriminatorias como muchos afirman. De esta forma, se generan, o pueden generarse, problemas específicos en áreas como la prisión provisional, con una tendencia de hecho a una mayor aplicación a los extranjeros que a los nacionales. Del mismo modo, se advierte una menor aplicación de medidas alternativas a la prisión; hay un número significativo de extranjeros que ingresan en ella sin documentación acreditativa de su identidad y nacionalidad. Aquí destaca el desconocimiento del idioma que puede repercutir en la falta de conocimiento y ejercicio de derechos, así como en cierto aislamiento social y no integración en actividades. También es reseñable la situación jurídica y socio-familiar de un significativo número de internos extranjeros, que puede dificultar el acceso a permisos, al tercer grado y a beneficios penitenciarios. Y, por último, lo mismo puede suceder respecto al trabajo en régimen abierto y la libertad condicional¹⁵⁰. En definitiva, todo el sistema penitenciario viene exigido por la protección de las libertades y de la dignidad humana.

Así pues, la igualdad se configura como un componente que completa y profundiza los derechos de libertad¹⁵¹, es un principio genérico que tiene como correlato, también genérico, la prohibición de toda clase de discriminación¹⁵². El juicio de igualdad, por lo demás, es de carácter relacional. Requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas y, de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso. Sólo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma¹⁵³. Exige la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y es aceptado por la doctrina, que rijan una diferencia de trato objetivamente justificada, y que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida por el legislador¹⁵⁴. A esto se le añade el requisito de adecuación entre el trato desigual y la finalidad perseguidas. Cuando se den los requisitos no significa que estemos ante un trato discriminatorio, sino ante un trato diferente justificado.

¹⁴⁹ FLAQUER, L., RIBAS, N., ALMEDA, E., BODELÓN, E. y otros, *Rastreado lo invisible: mujeres inmigrantes en las cárceles, 1999-2001*. Disponible en www.migualdad.es/extranjera.

¹⁵⁰ GARCÍA GARCÍA, J., *Extranjeros en prisión: aspectos normativos y de intervención penitenciaria*, 17 Encuentro Abogacía en Derecho de Extranjería y Asilo. Pamplona 17 a 19 de mayo 2007, disponible en <http://www.derechopenitenciario.com/doctrina/>

¹⁵¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 148 y ss.

¹⁵² PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La Constitución española de 1978*, F. Torres, Valencia, 1981, pp. 38-39.

¹⁵³ SSTC 27/2004, de 4 de marzo de Fj. 4; 181/2000, de 29 de junio; 1/2001, de 15 de enero, reiterada en 125/2003, de 19 de junio Fj. 4.

¹⁵⁴ STC 117/1998, de 2 de junio, Fj 7; STC 222/1992, de 11 diciembre Fj. 6.