

INFORME COORDINADOR

Centro de Formación de la Cooperación Española

La Antigua Guatemala



Título Seminario Iberoamericano sobre derechos fundamentales de las personas privadas de libertad en establecimientos penitenciarios.

Fecha 28 a 30 de septiembre de 2015.

Justificación El Seminario tuvo por objeto abrir un foro de reflexión, debate e intercambio a partir de la situación actual, interna e internacional, de cada uno de los países participantes, con la finalidad de extraer unas conclusiones sobre los diferentes aspectos que se plantean en orden a la regulación de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad. El hilo conductor del seminario fue el reconocimiento de la dignidad como esencia de los derechos fundamentales y como límite a las actuaciones de los poderes públicos. Durante las sesiones se intentó realizar una radiografía del estado de los establecimientos penitenciarios en los diferentes países participantes. Tanto las ponencias como las intervenciones de la situación por países y los debates, expusieron el marco jurídico en que se desarrolla la actividad penitenciaria y judicial, en ese ámbito, en los respectivos Estados de los participantes en el Seminario, así como la realidad que se percibe de la situación en los centros penitenciarios. Por otra parte, los temas tratados a lo largo de las tres sesiones no se limitaron estrictamente a los que son objeto del programa, sino que se enriquecieron con el tratamiento de otras cuestiones interesantes de naturaleza constitucional, penal y procesal penal.

Desarrollo de la actividad El desarrollo del Seminario se llevó a cabo en sesiones de mañana y tarde con la siguiente metodología:

Se iniciaban las sesiones con una ponencia expuesta por los representantes del Tribunal Constitucional español, seguidamente cada uno de los países participantes exponía la situación de sus ordenamientos jurídicos y de la realidad.

En las sesiones de tarde se abría un debate sobre los puntos más destacados de las ponencias y se extraían una serie de conclusiones a modo de resumen de lo estudiado cada jornada.

La jornada del 28 de septiembre, el tema abordado fueron los derechos fundamentales afectados y la garantía de habeas corpus.

La segunda jornada tuvo por objeto el análisis de derechos fundamentales concretos, entre ellos, el derecho a la intimidad de los reclusos, la inviolabilidad de sus celdas y de sus comunicaciones.

Por último, la jornada del 30 de septiembre se abordó las garantías del procedimiento disciplinario aplicable a los reclusos así como el control judicial de las sanciones que se pueden imponer.

PRIMERA SESIÓN (28 de septiembre de 2015): Derechos fundamentales afectados; habeas corpus; clasificación, progresión y regresión en grado de tratamiento penitenciario: del aislamiento en celda a los permisos de salida.

El ponente comenzó su intervención con referencia al contenido del art. 25.2 de la Constitución Española de 1978 (CE), que prevé las limitaciones de derechos fundamentales que pueden sufrir los condenados a penas de prisión como consecuencia del contenido del fallo (como la libertad deambularía y otros derechos), al sentido de la pena y a lo previsto por la ley penitenciaria, con remisión a lo que disponga el legislador ordinario (infraconstitucional), con sujeción a los principios de legalidad, reserva de ley y proporcionalidad, y en consideración a la relación de sujeción especial que une al recluso con la Administración Penitenciaria.

Mención especial merecieron las Sentencias del Tribunal Constitucional (TC) 120/1990, de 27 de junio, y 137/1990, de 19 de julio, sobre alimentación forzosa a reclusos en huelga de hambre, en las que se analizó la afección de la actuación de la Administración Penitenciaria en el ámbito de los derechos a la integridad física junto a la prohibición de tratos inhumanos o degradantes, y a la libertad ideológica. Se aludió a la relación de sujeción especial, a la obligación del Estado de proteger el derecho a la vida de los presos y a la ponderación de otros valores constitucionales en conflicto.

Un segundo bloque de materias analizadas por el ponente fue el relativo a las privaciones de libertad de carácter preprocesal, sujetas a una limitación temporal absoluta en el art. 17.2 CE de 72 horas, y al límite relativo en función del tiempo que haya durado la práctica de diligencias *ad casum*. Como garantía procesal constitucional del derecho a la libertad personal, el art. 17.4 CE prevé el proceso de habeas corpus (HC), de tramitación ágil y amplia legitimación activa para instarlo. La inadmisión a limine de este procedimiento por razones de fondo ha provocado la declaración de vulneración del derecho fundamental por el TC. Asimismo trató los problemas que plantean los "protocolos de detención" policiales, que provocan retrasos en la puesta a disposición judicial de los detenidos. El procedimiento de HC extiende su ámbito objetivo de aplicación a privaciones de libertad ajenas a lo penal, como las adoptadas en materia de extranjería.

El representante chileno, D. Manuel Puccio Wulkau, manifestó que no está previsto en la Constitución chilena un reconocimiento singularizado de los derechos fundamentales de los presos, sino que son aplicables los derechos reconocidos a todas las personas. Aludió a la alta población penal y a la situación de hacinamiento en las cárceles, a los derechos de los presos preventivos, en particular, a la imposibilidad de ejercer el derecho al voto al no poder concurrir a los centros de votación, existiendo iniciativas legislativas al respecto, a las instrucciones a los funcionarios de prisiones (Gendarmería) en materia de género, inmigrantes e indígenas (conflicto de la etnia mapuche), para terminar con la intervención en estas materias de la Institución Nacional de Derechos Humanos y con la competencia en HC de las Cortes Suprema y Constitucional.

El representante costarricense, D. Ernesto Jinesta Lobo, expuso que la Constitución de su país no contempla expresamente los derechos de los privados de libertad, sino que haya una prevención general para todas las personas. La jurisdicción constitucional es muy abierta, con recurso de amparo y HC, sin necesidad de agotar una vía judicial previa. La Administración Penitenciaria está integrada en el Ministerio de Justicia, con centros de atención institucional y órganos para la resocialización de los presos. Aludió al hacinamiento crítico de los presos debido a la infraestructura penitenciaria, y a la intervención de jueces especializados en la ejecución de la pena. El interviniente desarrolló una clasificación no exhaustiva en materia de privados de libertad: los condenados y la regulación para evitar el maltrato, con reconocimientos médico-forenses, lo que ha tenido influencia en las decisiones de la Corte Constitucional (CC) en casos de HC, las requisas, el uso de telefonía fija y móvil por parte de los presos, la sanción de aislamiento, el uso de gases, pistola de electrochoque (táser) y bastón policial como medidas de contención, la video vigilancia, la respuesta los problemas de salud, son extensión universal del sistema de seguridad social, si bien hubo casos de HC por no realizarse a tiempo los traslados extramuros del centro penitenciario, la alimentación y el acceso al agua potable. Un segundo grupo lo constituyen los presos preventivos. El tercero los apremiados por incumplimiento de obligación de alimentos. El cuarto los privados de libertad por motivo de extranjería. El quinto los enfermos mentales en estado de interdicción y el sexto los menores de edad.

Uno de los representantes de Guatemala, D. Arnoldo Rafael Herrera, refirió las menciones específicas en la Constitución guatemalteca a privaciones de condena en virtud de condena y de prisión provisional. La Ley reguladora del sistema penitenciario regula los derechos de los penados en cuanto a garantías constitucionales; aludió al recurso de amparo para la defensa de derechos fundamentales y al de HC o de exhibición personal, para el cual carece de competencia la CC, y que está atribuido a los tribunales ordinarios y a la Corte Suprema de Justicia (CS); este proceso abarca las detenciones ilegales sin orden judicial, la detención de preventivos cuando no se cumplen los plazos de puesta disposición judicial -constatando que los plazos de detención se incumplen-, y los

vejámenes de que sean objeto los condenados; la legitimación activa es amplia y el procedimiento carece de requisitos formales. En cuanto a los centros de detención, hay separación entre hombres y mujeres en los centros mixtos, y se han habilitado centros de detención militar, donde las condiciones de los reclusos son mejores. Los centros de prisión tienen problemas de hacinamiento, con ubicación de los presos en naves comunes, distribuidos por distintos criterios (como tipo de delito, pertenencia a maras, homosexuales o funcionarios). El sistema de tratamiento penitenciario es progresivo para la rehabilitación del recluso. Hay centros para menores, con un hacinamiento excesivo debido al fenómeno de las pandillas. El uso de aparatos celulares de comunicación está restringido debido a las extorsiones procedentes de las cárceles a personas en el exterior. Finalmente, el recurso de amparo está residenciado en la CC.

El representante panameño, D. Secundino Mendieta González, mencionó el marco regulador, comprensivo de la norma constitucional y los convenios internacionales sobre la materia. Hizo referencia a la situación de hacinamiento en las prisiones, la falta de separación entre preventivos, en ocasiones de larga duración, y penados, en parte debido al aumento de las penas. Señaló los problemas en la clasificación y progresión en grado, salud, traslados de presos, bandas y falta de separación de los enfermos mentales. En cuanto al HC, lo hay reparador y preventivo. Instauración de los jueces de cumplimiento de las penas, con competencias que antes ostentaban los directores del sistema penitenciario. En relación con el derecho al voto de los reclusos, la cuestión llegó a la Corte Suprema y se posibilitó el ejercicio del derecho en el establecimiento penitenciario. Finalmente, la detención policial tiene una duración máxima de 24 horas antes de la puesta a disposición del Ministerio Fiscal (en un Departamento que no ha adoptado su normativa la reforma) o al juez de garantías (en el resto de los Departamentos).

El representante paraguayo, D. Pedro Juan Mayor Martínez, hizo referencia a los derechos fundamentales conforme a las previsiones de las normas convencionales, constitucionales y procesales. Mención especial hizo al órgano local de Naciones Unidas para la protección contra la tortura. El marco de protección de libertades se extiende a los penados, extranjeros, niños y enfermos. En relación con la

situación de hacinamiento, se ha declarado responsabilidad penal por aceptación de más presos, lo que ha provocado la reacción del ejecutivo. Tras el 11 de septiembre de 2001 hay un endurecimiento del régimen penal a través de modificaciones legislativas. El juez de garantías es quien controla la legalidad en la ejecución. Aludió al control político de la actividad de los jueces, a las salidas alternativas a los juicios y al fallo en los mecanismos de reeducación. Señaló el control de garantías penitenciario: preventivo, reparador y genérico, y a la nueva Ley sobre ejecución penal. A su juicio, la enfermedad mental y las adicciones deben tener atención no penitenciaria. En cuanto a los problemas con los presos preventivos, no son objeto de tratamiento y en ocasiones son excarcelados. De producirse el ingreso, la reinserción se efectúa mediante reducciones de condena por trabajo y estudios.

La representante portuguesa, D.^a Inés Horta Pinto, reseñó lo que dispone el art. 30.5 de la Constitución de Portugal, que mantiene los derechos fundamentales de los presos, con las excepciones derivadas del fallo condenatorio y de las normas penitenciarias, con aplicación de los principios de legalidad y proporcionalidad. El control constitucional es normativo, al no haber recurso de amparo. El TC resolvió una cuestión de inconstitucionalidad relativa a la posibilidad de impugnación ante el juez de ejecución penal del régimen de seguridad más estricto. El TC reconoce el derecho de sufragio a los reclusos. En orden a la privación policial de libertad, se prevé un plazo de 48 horas para la puesta a disposición judicial y el reconocimiento del derecho del detenido a ser informado. En el HC hay una legitimación amplia y su éxito no es frecuente, salvo en situaciones extremas de evidente ilegalidad. La detención ilegal es causa de resarcimiento por parte del Estado. La tutela judicial efectiva en los procedimientos disciplinarios se manifiesta en el derecho a impugnar la sanción de asilamiento en celda.

El representante dominicano, D. Wilson S. Gómez Ramírez, se refirió a la nueva Constitución de su país y a los derechos fundamentales que reconoce. El plazo máximo de detención es de 48 horas, y deberá ser decretada por orden judicial salvo en caso de flagrancia. La decisión de HC, que tiene rango constitucional, puede ser recurrida ante la CS y luego ante el TC. El Código Procesal Penal

prevé las garantías procesales y derechos de los presos, estando en discusión lo relativo al derecho de sufragio. La reinserción del preso y el derecho de defensa están asimismo reconocidos constitucionalmente. La defensoría pública ha resultado mejor que la de los abogados independientes. En casos de extranjería cabe adoptar medidas privativas de libertad., con separación de los condenados. Hay centros específicos para menores, mujeres, penados y preventivos. Coexisten el sistema procesal tradicional y el nuevo modelo. Finalmente, aludió al problema de hacinamiento en los centros penitenciarios.

La representante venezolana, D.^a Deyanira Nieves Bastidas, hizo una exposición de la Constitución de Venezuela, con referencia a los derechos penitenciarios, a la libertad personal, a la reinserción social, al plazo de detención de 48 horas, y a la posibilidad de prestar caución para la puesta en libertad. Asimismo mencionó la defensoría pública, la duración de las penas, el control judicial de detenciones arbitrarias y los procesos de amparo y HC ante la Sala constitucional de la Corte SAuprema, con amplia legitimación activa. Por otra parte, aludió a las previsiones en materia de derecho a la salud y a la educación, los planes de celeridad procesal para los penados, con un sistema de jueces y fiscales que acuden a los centros penitenciarios, y, por último, las garantías del proceso debido y el derecho a la intimidad.

En el debate posterior (lo que se expone no sigue un orden cronológico y se centra en lo manifestado por los participantes), los representantes guatemaltecos (Sr. Herrera, citado, D. Ricardo Antonio González Soto y D. Luis Alberto Chávez) en sus intervenciones abordaron los problemas con los interpretes de lenguas indígenas y el tratamiento médico a los presos, temas abordados por el TC que ha excepcionado la regla de legitimación activa del titular del derecho. Hicieron mención a las maniobras de los abogados para, a través del HC, evitar el cumplimiento de la condena y lograr la excarcelación, al no haber límites a los supuestos ni a los efectos de la estimación del HC, afirmando que la exhibición personal independiente y alternativa se explica por la desconfianza hacia los jueces con motivo de la guerra civil, y que hay un déficit de control por el TC del proceso de HC. Manifestaron que la exhibición personal cabe respecto a cualquier detención, incluida la de particulares. Respecto al voto por correo de

los presos, señalaron que no lo hay en Guatemala al quedar suspendidos los derechos civiles y políticos de los penados; en cuanto a los preventivos, se traslada al lugar la Administración electoral; sin embargo, se carece de medidas de seguridad que garanticen la participación real de los intervinientes en el proceso electoral y los resultados de las votaciones. En materia de HC en el ámbito militar, señalaron que se les aplicaría la legislación de amparo general. En torno a la jurisdicción de los pueblos indígenas en materia penal, el Estado no la reconoce, si bien en departamentos indígenas aparece el fenómeno de jueces indígenas para el castigo de infracciones penales, citaron casos patológicos observados en la represión tribal de conductas aparentemente delictivas y señalaron la intervención del Procurador de Derechos Humanos en esas zonas.

El Sr. Jinesta aludió a la propensión a rebasar los límites que la reserva de ley impone a la potestad reglamentaria y a que los administrativistas dan por superada la doctrina de la sujeción especial. El sistema justificaba que el HC se sometiera a otro que no fuera el juez natural, siendo un sistema vicarial, en el que cualquier parte puede plantearlo, siendo gratuito e informal, en el que cabe la inadmisión por abuso procesal y está expedito el acceso a la Sala Constitucional. Respecto a la extensión del HC al ámbito privado, señaló que también está comprendido, poniendo como ejemplo las actuaciones de los vigilantes de seguridad.

El Sr. Mayor aludió al derecho del niño a convivir con su madre reclusa, si bien se suscita el problema de "prisonización" del niño. Se refirió a la inexistencia en el ordenamiento paraguayo de un control difuso de constitucionalidad. Asimismo manifestó que la privación de libertad puede ser legítima, pero no el tratamiento que recibe el penado, e insistió en la intervención de los órganos superiores judiciales sobre los jueces inferiores. Sobre el HC y las privaciones de libertad a cargo de particulares, apuntó que la Constitución no distingue entre actos públicos y de particulares, y que ha habido casos en materia de hospitalización y de retención en hoteles por impago. Se han planteado HC en casos de detención policial autorizada por el Fiscal, para la obtención de información sobre otros hechos. En lo relativo al voto de los presos, se trata de evitar el ejercicio de este derecho. En el punto relativo al HC en el ámbito militar, manifestó que conoce la

autoridad civil en estos casos. El participante incidió en los problemas que plantean la autonomía del derecho indígena y la intervención del Estado en esos territorios.

El Sr. Mendieta dijo que el HC tiene por objeto las detenciones por parte de las autoridades, y la privación de libertad por particulares tiene tratamiento como delito. En el sistema panameño, el control de constitucionalidad es difuso al no haber Corte ni Sala Constitucional, y que el recurso de amparo es competencia de la jurisdicción civil. En cuanto la sufragio de los reclusos, se habilitan mesas en los centros penitenciarios.

El Sr. Gómez se manifestó en el mismo sentido que el Sr. Mendieta en cuanto la tratamiento delictual de las privaciones de libertad por particulares. Respecto a la justicia militar, no se conocen casos de amparo, y los problemas de bis in idem se plantean en el ámbito militar respecto a personas absueltas que luego son sancionadas en vía administrativa por contravenir las normas militares.

El Sr. Puccio distinguió dos acciones constitucionales autónomas: el recurso de amparo, similar al HC, y el recurso de protección, que sería lo que el recurso de amparo tiene en otros ordenamientos. El primer proceso se aplica a detenciones practicadas tanto por autoridades como particulares. Cabe un recurso posterior (acción de amparo directa) ante las Cortes de Apelación, luego ante la CS y, finalmente, ante el TC (recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de una norma). El recurso de amparo se ha planteado en casos de traslado de presos a otros centros penitenciarios.

Segunda Sesión, 29 de septiembre de 2015; estuvo dedicada al estudio de determinados derechos fundamentales de las personas privadas de libertad: “El derecho a la intimidad; derecho al secreto de las comunicaciones; el derecho a la inviolabilidad de sus celdas”.

A continuación se ponen de manifiesto los puntos más interesantes expuestos por los representantes de los países, remitiendo al lector a los cuestionarios que

se adjunta al presente documento, donde los países participantes desarrollan con mayor extensión la regulación interna y las consideraciones jurisprudenciales oportunas.

Como punto de partida, se señala que el régimen general de estos derechos vendrá condicionado por el contenido del fallo, el sentido de la pena impuesta y por lo que la ley penitenciaria disponga al efecto; así en el régimen español, partiendo del art. 25.2 CE, se afirmó que tales derechos son aplicables a las personas privadas de libertad con las modulaciones concretas que establezca la ley y la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional. El derecho a la intimidad es absolutamente titularidad de las personas privadas de libertad, no obstante, la legislación establece ciertas modulaciones en base al mantenimiento del orden y la seguridad en el establecimiento penitenciario. Se admiten como regla general los cacheos de los presos –realizados siempre por persona del mismo sexo- como medida proporcional, necesaria e idónea para el mantenimiento del orden y la seguridad de los centros y se señala que los cacheos con desnudo integral, que claramente afectan al derecho a la intimidad de los presos, sólo estarán permitidos cuando las circunstancias concretas y previa la motivación oportuna, hagan sospechar que el recluso esconde instrumentos o sustancias prohibidas que pudieran poner en peligro el orden del establecimiento penitenciario.

En cuanto al registro de las celdas, se parte de considerar que en ningún caso la celda es equiparable al domicilio a efectos de su inviolabilidad ex art. 18 CE, pero se reconoce el derecho del recluso a ser informado del registro de su celda y, en ocasiones, el derecho a estar presente en el momento en el que se lleva a cabo.

Las comunicaciones de los presos están también protegidas constitucionalmente, si bien no se permiten los teléfonos móviles a los presos y todo el régimen de comunicaciones está condicionado al mantenimiento del orden y la seguridad del centro.

La posición de los países intervinientes en el debate, en general, puede considerarse asimilable en cuanto a su regulación legal y constitucional, sin

perjuicio de que la aplicación de tal normativa debe calificarse de desigual dependiendo de los países.

El hilo conductor de todas las intervenciones de los diferentes países asistentes fue la dignidad de la persona como garantía de estos derechos y como límite a la actuación de los poderes públicos. También, como un problema generalizado en todos los países, aunque con diferente intensidad, se puso de manifiesto el hacinamiento de los presos en las cárceles, lo que condiciona de manera especial el ejercicio de derechos fundamentales, en concreto, el derecho a la intimidad. Por último, también fue una queja común las limitaciones presupuestarias que, sin lugar a dudas, condicionan el ejercicio de estos derechos.

El representante chileno, D. Manuel Puccio Wulkau expuso que la Constitución reconoce y garantiza estos derechos a los reclusos; el derecho a la privacidad se reconoce a todos los privados de libertad, preventivos o penados. El régimen de los cacheos ordinarios o los que se realizan con desnudo integral del recluso es similar al sistema español; lo mismo cabe decir sobre la posibilidad de registro de las celdas y el derecho a las comunicaciones de los presos. Es destacable el papel que juega en Chile el Instituto Nacional de Derechos Humanos como supervisor de las garantías de los derechos fundamentales en general y de los presos en particular. Se destacó la mala situación laboral de la gendarmería que presta sus servicios en los establecimientos penitenciarios chilenos y la repercusión negativa en el ámbito de la protección de los derechos de los presos.

La representación de Costa Rica, D. Ernesto Jinesta Lobo, expuso un régimen general de estos derechos asimilable al sistema español, suscitando dos interesantes temas que fueron objeto de discusión: la posibilidad de externalizar determinados servicios que se desarrollan en el ámbito de un establecimiento penitenciario y el creciente problema de los niños que nacen en prisión y cómo afecta al régimen penitenciario de las madres.

Guatemala, como país anfitrión, estuvo representada por tres letrados que expusieron la situación de las cárceles en el país, claramente mejorable, así como el problema de coexistencia del derecho del Estado con los derechos indígenas.

Fue señalado como un problema importante la convivencia de los presos preventivos con los condenados, así como la existencia de cárceles separadas para determinados tipos de reclusos. Se destacó, aunque no como algo singular de Guatemala, cómo las medidas de seguridad de los centros penitenciarios afectan, no solamente a los derechos fundamentales de los presos, sino también y de forma intensa, a las personas que visitan a los reclusos que se ven sometidas a registros, cacheos etc., que interfieren sobre sus derechos fundamentales.

Como nota a destacar se llamó la atención sobre la ausencia de normativa sobre los registros de las celdas.

D. Secundino Mendieta González, en representación de Panamá manifestó que existe una regulación de estos derechos asimilable a la de los demás países. Se abordó el tema del hacinamiento de los presos; la convivencia de los presos preventivos y condenados en el mismo espacio y el problema de las mujeres presas embarazadas y la repercusión de esta circunstancia en su vida en la cárcel.

D. Pedro Juan Mayor Martínez expuso que también Paraguay goza de una regulación de estos derechos fundamentales perfectamente respetuosa con la dignidad de los reclusos. Como puntos interesantes se destacaron el número ilimitado de visitas de amigos que pueden tener los reclusos –a diferencia del régimen establecido por la jurisprudencia constitucional española- así como el intento de agilizar la burocracia administrativa en los trámites carcelarios bajo el principio de “cero papel”. Muy sugerente fue también el problema de la libertad de expresión de los reclusos y el papel de los medios de comunicación.

La representante de Portugal, D.^a Inés Horta Pinto, expuso el régimen de estos derechos fundamentales que es muy similar al recogido en el sistema español. El derecho a la intimidad de los presos, el registro de sus celdas o sus comunicaciones tiene un contenido y extensión igual al español. Se protegen de manera especial las comunicaciones de los reclusos con sus abogados.

D. Wilson S. Gómez Ramírez, representante de la República Dominicana, expuso una situación de la efectividad de estos derechos similar a los países del entorno, destacando el papel de la denominada Escuela Penitenciaria, encargada de la

formación de los funcionarios responsable del trato con los reclusos.

Por último, la portavoz de Venezuela, D.^a Deyanira Nieves Bastidas, puso énfasis en la existencia de un Ministerio exclusivamente dedicado al sistema penitenciario, así como a las cárceles destinadas solamente para ciudadanos extranjeros.

Como se ha expuesto, se podría afirmar que el reconocimiento teórico de estos derechos fundamentales a los presos es uniforme en todos los países que intervinieron en el debate; la aplicación en la práctica de las garantías inherentes a estos derechos es lo que marca la diferencia entre unos y otros. Es interesante destacar los temas de debate que se plasmaron en las sesiones de tarde. Fueron varios las cuestiones suscitadas, entre ellos, destacó la posible “privatización” de servicios que se prestan en el ámbito penitenciario si bien se concluyó por la mayoría de los intervinientes que no se concebía que servicios concretos serían rentables externalizar sin que dicha externalización llevara consigo un menoscabo en los derechos de los reclusos. Asimismo, se plantearon dudas acerca de los trabajos forzosos, prohibidos constitucionalmente en algunos países y desaparecidos en la práctica en todos ellos. Se abordó igualmente la sustitución de penas cortas privativas de libertad por los denominados trabajos en beneficio de la comunidad. El tema de la reinserción en la sociedad como fin último de las penas también se abordó con desiguales conclusiones. La escasez de medios y los recortes de gasto público también fueron objeto de debate, llegando a la conclusión de que sería necesario una mayor inversión en el mantenimiento de los establecimientos penitenciarios sin perjuicio de reconocer lo impopular que ello resulta.

Muy interesante fue el debate suscitado sobre el papel de los medios de comunicación durante la tramitación de los procesos penales y la creciente costumbre de realizar programas televisivos donde se debate constantemente sobre las circunstancias de los procesos y el alcance que dichas tertulias pueden llegar a tener en los derechos fundamentales de los enjuiciados.

Como conclusión general de todas las intervenciones, se puede afirmar que

vivimos una clara crisis penitenciaria, que necesita de más medios económicos para el establecimiento de nuevos centros y con una condiciones que palien el hacinamiento de los presos pudiendo hacer así efectivos sus derechos fundamentales.

En cuanto a la tercera jornada celebrada el día 30 de septiembre, se dedicó a la **“Legalidad sancionadora y control judicial. Derecho a la jurisdicción, a los recursos y a la justicia gratuita.”**

Al igual que sobre los temas abordados con anterioridad, puede afirmarse que la regulación normativa sobre el procedimiento disciplinario penitenciario es similar en todos los países participantes, siendo desigual la aplicación en la práctica de las garantías legalmente reconocidas.

La exposición del tema partió de la regulación española y se centró en recordar como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional reconoció desde el inicio la aplicabilidad –con ciertas modulaciones- de las garantías del proceso penal y del proceso administrativo sancionador al procedimiento disciplinario penitenciario; entre ellas, el derecho a ser informado de la acusación, del derecho de defensa, derecho a la prueba y a la presunción de inocencia. También se abordaron las peculiaridades de la asistencia letrada durante el proceso disciplinario.

Uno de los puntos más destacados sobre el derecho de defensa de quien se ve sometido a un proceso disciplinario en el ámbito penitenciario, fue la regulación sobre el derecho a la asistencia letrada. Mientras que en el sistema español la ley no reconoce el derecho a la asistencia letrada gratuita sino el derecho a ser asesorado por cualquier persona –recluso o funcionario o letrado de libre elección- en otras regulaciones se reconocen el derecho a la defensa pública (Chile, Paraguay, Guatemala).

El representante chileno empezó por dar una cifra aproximada de 50.000 internos, entre presos y penados, para referirse al régimen de sanciones, que va desde la amonestación verbal hasta la celda de castigo (un 99 por ciento de las sanciones, con 16.000 casos en 2011, con 10 días de duración al 32 por ciento de

la población penal). El derecho sancionador disciplinario se rige por los principios de legalidad y de no discriminación, y la sanción no puede ser de naturaleza distinta a la pena impuesta. El ámbito de las infracciones graves es muy amplio; los recursos son administrativos y judiciales, con la posibilidad de HC ante el juez de garantías y de recurso de amparo ante el tribunal de apelación.

El representante costarricense expuso la protección multinivel de derechos: jurisdicción contencioso-administrativa, jurisdicción de amparo y HC, en un marco de garantías penales aplicadas al derecho sancionador. El TC se ha pronunciado sobre el derecho a un proceso en un plazo razonable y sobre el acceso al expediente administrativo en casos de expedientes abiertos ante confidencias sobre fugas. El juez de ejecución de la pena es competente en materias jurisdiccionales y administrativas.

El representante guatemalteco, Sr. Chávez, se refirió a los principios del derecho administrativo sancionador, a la clasificación de las infracciones y sanciones, entre las que no se encuentra la de aislamiento en celda, el derecho a asistencia letrada gratuita, la potestad disciplinaria, con mención del fenómeno de las jerarquías paralelas entre los reclusos, así como al régimen de recursos. El derecho sancionador es extensivo a los presos preventivos. El juez de ejecución penal concurre con los tribunales contencioso-administrativos en ciertos casos.

El representante panameño trató los fundamentos del derecho sancionador, las prohibiciones de maltrato a los reclusos como sanción, el procedimiento sancionador, los recursos, el derecho de defensa y la creación en el año 2011 del juez de cumplimiento. El HC reparador se ha utilizado en materia de traslados de presos ante la CS y es escasa la litigiosidad en materia sancionadora.

El representante paraguayo dijo que en el procedimiento sancionador interviene un abogado público, y se refirió a la sujeción al principio de legalidad, las vías de recurso, y la aplicación del régimen a penados y preventivos. El juez de ejecución interviene, entre otras materias, en lo relativo al máximo de cumplimiento. La finalidad de la sanción es reencauzar la conducta del interno. Observa un "activismo judicial" del tribunal de ejecución al intervenir de oficio.

La representante portuguesa expuso la existencia del juez de ejecución de penas como juez especializado que ha visto ampliadas sus competencias. El Fiscal también las ha visto incrementadas: visitas a cárceles y verificación de la legalidad de las resoluciones de la Administración penitenciaria. Se reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva, aunque las garantías del procedimiento sancionador no son las mismas que las del proceso penal. Existe un catálogo de infracciones y sanciones. El TC declaró inconstitucional la norma que no preveía recurso judicial frente al traslado a un centro de alta seguridad. La defensa letrada no es obligatoria en todo caso. Cuando es preceptiva, puede intervenir abogado de oficio; cuando no lo es, el recluso puede instar la justicia gratuita en el procedimiento judicial. Hay gabinetes de orientación jurídica fuera de los centros penitenciarios.

El representante dominicano afirmó que desde el año 2002 existe el juez de ejecución de la pena. El derecho de defensa puede prestarse por el servicio de defensa pública, que nombra defensores de oficio.

La representante venezolana hizo referencia al tratamiento en la Constitución del derecho a la tutela judicial efectiva, y aludió a la protección que se dispensa a las víctimas y al juez de ejecución. En relación a la sujeción de la suspensión de condena al cumplimiento de ciertas normas de conducta, la normativa prevé el cumplimiento de ciertas condiciones.

Durante el debate que siguió, la Sra. Nieves se refirió a la defensa pública, integrada en el sistema de justicia para personas sin recursos económicos, supervisado por un inspector que designa el TS.

El Sr. Gómez indicó la alta cualificación de los defensores públicos, sujetos a incompatibilidad y a responsabilidad disciplinaria. En relación con los problemas de bis in idem entre sanciones penitenciarias que a su vez constituyen ilícitos penales, se refirió a casos análogos en el ámbito militar en que la acción disciplinaria se dirigió frente a acusados absueltos, y resaltó la autonomía de lo disciplinario. En materia de cumplimiento de condenas en el extranjero, el

régimen que se aplica es el previsto en los tratados.

Los representantes guatemaltecos manifestaron que la defensoría pública es un órgano autónomo, que dispone de dos tipos de defensores, unos de planta, a tiempo completo, y otros de oficio, contratados. Sobre el bis in idem, apuntaron que la situación es similar al de las infracciones tributarias; mencionaron el uso del amparo para paralizar la vía penal por estar la cuestión sometida a consideración en vía administrativa. En lo atiente a la suspensión de condena y a la sujeción a condiciones para su mantenimiento, refirieron la posibilidad de adoptar restricciones cuyo cumplimiento en la práctica no se puede controlar. Respecto al cumplimiento de penas en el extranjero, se aplica el principio de reciprocidad, y en caso de incompatibilidad entre la sentencia del tribunal de origen y la ejecución en Guatemala, el TC aplicó la rebaja de la pena conforme al tribunal de origen.

El Sr. Mendieta dijo sobre el problema del bis in idem que se distingue en entre el procedimiento administrativo y el penal.

El Sr. Mayor abordó el problema de las medidas complementarias a la suspensión de condena, que se imponen en casos de violencia en estadios, consistente en acudir a la comisaria durante el partido, y de violencia doméstica, en que la condición es el pago de alimentos. En relación con el cumplimiento de penas en el extranjero, se está a lo que dispongan los tratados, que prevén el modo de cumplimiento según lo que disponga el país de imposición de la pena, mientras que las reglas internas son las del lugar de cumplimiento.

Como valoración final, los coordinadores del Seminario desearíamos agradecer expresamente a los participantes su entusiasmo y sus intervenciones de altísimo nivel, gracias a ello el Seminario creemos que fue exitoso. El rigor técnico de las intervenciones, la pluralidad de las opiniones vertidas y el buen ambiente durante todas las jornadas hicieron del Seminario una experiencia realmente enriquecedora y el intercambio de experiencias servirá para mejorar la realidad de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad en establecimientos penitenciarios.

**Cuestionario realizado por Gonzalo de Aranda y Carlos Ortega, letrados
del Tribunal Constitucional español.**

El presente cuestionario tiene por objeto abrir un foro de reflexión, debate e intercambio a partir de la situación actual, interna e internacional, de cada uno de los países participantes en el seminario, con la finalidad de elaborar un documento de conclusiones sobre los diferentes aspectos que se plantean en orden a la regulación de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad.

El contenido del cuestionario será objeto de exposición y debate en el seminario, si bien sería conveniente aportarlo con antelación como documentación del seminario en la página web de la actividad.

Abreviaturas:

ATC: Auto del Tribunal Constitucional.

CE: Constitución Española de 27 de diciembre de 1978.

CEDH: Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

CP: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882.

LOGP: Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.

RP: Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

TC: Tribunal Constitucional.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

1. ¿Existe en los diferentes textos constitucionales de los países participantes alguna referencia expresa a los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad?

En la Constitución española, el segundo inciso del art. 25.2 CE establece que «*[e]l condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria*». Este inciso supone la consagración constitucional de un estatuto peculiar del ejercicio de los derechos fundamentales de los presos, disponiendo la posibilidad de su limitación, más allá del propio contenido de la condena y del sentido de la pena, por la legislación penitenciaria. La configuración constitucional de este peculiar estatuto y la remisión contenida a la legislación penitenciaria se ha intentado justificar en iniciales pronunciamientos del Tribunal Constitucional en la categorización dogmática de la relación penitenciaria como una relación de especial sujeción (así, SSTC 74/1985, de 18 de junio, FJ 2, ó 2/1987, de 21 de enero, FJ 2). Sin embargo, ya en la STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 6, se hizo expreso que, más allá de cualquier caracterización dogmática, lo determinante para la configuración constitucional del estatuto del ejercicio de los derechos fundamentales de los presos es el marco previsto en el art. 25.2 CE, destacando que la relación penitenciaria «debe ser siempre entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente que corresponde a los derechos fundamentales» (FJ 6). Por tanto, conforme a la más moderna jurisprudencia del Tribunal Constitucional, debe entenderse que la remisión contenida en este precepto a la legislación penitenciaria lo que intenta obviar es, precisamente, la inseguridad que se derivaría de la categorización dogmática de la relación de especial sujeción, estableciendo, formalmente, una reserva de ley para cualquier limitación que se intente imponer al ejercicio de los derechos fundamentales de los presos que no hayan quedado expresamente afectados por la condena y, materialmente, la exigencia de proporcionalidad. A esos efectos, en la STC 89/2006, de 27 de marzo, FJ 3 se pone de manifiesto que la validez constitucional de la limitación de los derechos fundamentales de un preso que no provengan de la pena impuesta exige, además de su

establecimiento por ley, conforme a lo previsto en los arts. 25.2 y 53.1 CE, el sometimiento en su conformación normativa y en su aplicación al principio de proporcionalidad, lo que implica que debe resultar idónea, necesaria y equilibrada.

En muy diversos pronunciamientos el TC ha ido concretando el estatuto jurídico del ejercicio de los diferentes derechos fundamentales de los presos. Así, el derecho a la intimidad del art. 18.1 CE ha sido objeto de las SSTC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2, 257/1994, de 28 de febrero, FJ 4, 35/1996, de 11 de marzo, FJ 2, 143/1997, de 15 de septiembre, FJ 2, ó 89/2006, de 27 de marzo, FJ 3. Por su parte, también ha sido profusamente tratado el derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE, referidas tanto a comunicaciones con Abogados (SSTC 73/1983, de 30 de julio, FJ 7, 58/1998, de 16 de marzo, FJ 2), con la Administración de Justicia (SSTC 127/1996, de 9 de julio, FJ 4, 175/2000, de 26 de junio, FJ 4), como con particulares y familiares (entre las primeras SSTC 183/1994, de 20 de junio, FJ 5, 127/1996, de 9 de julio, FJ 4 ó 170/1996, de 29 de octubre, FJ 4 y, entre las últimas, SSTC 106/2001, de 23 de abril, FJ 6, ó 192 a 194/2002, de 28 de octubre, FFJJ 5, 3 y 6, respectivamente). El derecho a la libertad de expresión y a recibir información del art. 20 CE se ha abordado en las SSTC 2/2006, de 16 de enero, FJ 3, 11/2006, de 16 de enero, FJ 2, ó 34/2007, de 12 de febrero, FJ 4. Las garantías procesales del procedimiento disciplinario sancionador y de revisión judicial de las decisiones de la Administración penitenciaria del art. 24 CE han sido tratados, por ejemplo, entre las últimas, por las SSTC 268/2006, de 11 de septiembre, FJ 2, 215/2007, de 8 de octubre, FJ 2, ó 5/2008, de 21 de enero, FJ 4. El derecho a la educación del art. 27 CE en las SSTC 855/1987, de 8 de julio, FJ 2, y 240/2002, de 3 de junio, FJ 5. Singular importancia ha tenido, sin embargo, la STC 120/1990, de 27 de junio –seguida por las SSTC 137/1990, de 19 de julio, 11/1991, de 17 de enero y 67/1991, de 22 de marzo- en que, con ocasión de la decisión judicial de alimentación forzosa de presos en huelga de hambre, se concluyó la posibilidad de modular el ejercicio del derecho del art. 15 CE, al derivarse de la legislación penitenciaria una obligación para la Administración de velar por la vida, integridad y salud de los internos.

2. ¿Qué alcance tiene la regulación constitucional de los diferentes supuestos de privación de libertad? Regulación de la privación de libertad policial y judicial: procedimiento y garantías.

Según el Art. 17 de la Constitución española “1. *Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en*

este artículo y en los casos y en la forma prevista en la ley. 2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial. 3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca. 4. La ley regulará un procedimiento de "habeas corpus" para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.”

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha subrayado que el principio de limitación temporal, que caracteriza a todas las privaciones de libertad, viene impuesto por la Constitución con mayor intensidad cuando se trata de detenciones preventivas. El sometimiento de la detención a plazos persigue la finalidad de ofrecer una mayor seguridad de los afectados por la medida, evitando así que existan privaciones de libertad de duración indefinida, incierta o ilimitada [SSTC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6 a); 179/2000, de 26 de junio, FJ 2].

Más concretamente, en cuanto límites temporales de la detención preventiva operan dos plazos, uno relativo y otro máximo absoluto. El primero consiste en el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, que, como es lógico, puede tener una determinación temporal variable en atención a las circunstancias del caso. Para la fijación de tal plazo habrán de tenerse en cuenta estas circunstancias y, en especial, el fin perseguido por la medida de privación de libertad, la actividad de las autoridades implicadas y el comportamiento del afectado por la medida (SSTC 31/1996, de 27 de febrero, FJ 8; 86/1996, de 21 de mayo, FJ 8; 224/1998, de 24 de noviembre, FJ 3). Sin embargo, el plazo máximo absoluto presenta una plena concreción temporal y está fijado en las setenta y dos horas computadas desde el inicio de la detención, que no tiene que coincidir necesariamente con el momento en el cual el afectado se encuentra en dependencias policiales (STC 86/1996, de 21 de mayo, FJ 7). En la hipótesis de que no coincidan ambos plazos, absoluto y relativo, tendrá preferencia aquel que resulte más beneficioso para el detenido. El plazo relativo se superpone, sin reemplazarlo, al plazo máximo absoluto (SSTC 31/1996, de 27 de febrero, FJ 8; 86/1996, de 21 de mayo, FJ 8). En atención a tales plazos la vulneración del art. 17.2 CE se puede producir, no sólo por rebasar el plazo máximo absoluto, es decir, cuando el detenido sigue bajo el control de la autoridad gubernativa o sus agentes una vez cumplidas las setenta y dos horas de privación de libertad, sino también cuando, no habiendo

transcurrido ese plazo máximo absoluto, se traspasa el relativo, al no ser la detención ya necesaria por haberse realizado las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, sin embargo, no se procede a la liberación del detenido ni se le pone a disposición de la autoridad judicial (STC 224/1998, de 24 de noviembre, FJ 4).

3. ¿Cuáles son las garantías establecidas en la Constitución frente a las privaciones de libertad acordadas sin una resolución o control judicial?

La principal garantía para las privaciones de libertad acordadas sin resolución judicial, es el reconocimiento constitucional del procedimiento de habeas corpus en el art. 17.4 CE, como garantía fundamental del derecho a la libertad. Sus características principales son las siguientes:

a) El procedimiento de habeas corpus, previsto en el inciso primero del art. 17.4 CE, y desarrollado por la Ley Orgánica 6/1984, de 6 de mayo (LOHC), supone una garantía reforzada del derecho a la libertad para la defensa de los demás derechos sustantivos establecidos en el resto de los apartados del artículo 17 de la Constitución, cuyo fin es posibilitar el control judicial a posteriori de la legalidad y de las condiciones en las cuales se desarrollan las situaciones de privación de libertad no acordadas judicialmente mediante la puesta a disposición judicial de toda persona que se considere está privada de libertad ilegalmente.

b) El procedimiento de habeas corpus, aun siendo un proceso ágil y sencillo, de cognición limitada, no puede verse reducido en su calidad o intensidad, por lo que es necesario que el control judicial de las privaciones de libertad que se realicen a su amparo sea plenamente efectivo.

c) De acuerdo con la específica naturaleza y finalidad constitucional de este procedimiento, y teniendo en cuenta su configuración legal, adquiere especial relevancia la distinción, explícitamente prevista en los arts. 6 y 8 LOHC, entre el juicio de admisibilidad y el juicio de fondo sobre la licitud de la detención objeto de denuncia. Y ello porque, en el trámite de admisión, no se produce la puesta a disposición judicial de la persona cuya privación de libertad se reputa ilegal, tal y como pretende el art. 17.4 CE, ya que la comparecencia ante el Juez de dicha persona sólo se produce, de acuerdo con el párrafo 1 del art. 7 LOHC, una vez que el Juez ha decidido la admisión a trámite mediante el Auto de incoación.

d) De ese modo, aun cuando la Ley Orgánica reguladora del procedimiento de habeas corpus permita realizar un juicio de admisibilidad previo sobre la concurrencia de los requisitos para su tramitación, posibilitando denegar la incoación del procedimiento, previo dictamen del Ministerio Fiscal, la legitimidad constitucional de tal resolución liminar debe reducirse a los supuestos en los cuales se incumplan los requisitos formales (tanto los presupuestos procesales como los elementos formales de la solicitud) a los que se refiere el art. 4 LOHC. Por ello, si se da el presupuesto de la privación de libertad y se cumplen los requisitos formales para la admisión a trámite, no es lícito denegar la incoación del habeas corpus.

e) Por ello, en los casos en los cuales la situación de privación de libertad exista, si hay alguna duda en cuanto a la legalidad de las circunstancias de ésta, no procede acordar la inadmisión, sino examinar dichas circunstancias, ya que el enjuiciamiento de la legalidad de la privación de libertad, en aplicación de lo previsto en el art. 1 LOHC, debe llevarse a cabo en el juicio de fondo, previa comparecencia y audiencia del solicitante y demás partes, con la facultad de proponer y, en su caso, practicar pruebas, según dispone el art. 7 LOHC, pues, en otro caso, quedaría desvirtuado el procedimiento de habeas corpus. De ese modo no es posible fundamentar la improcedencia de la admisión de este procedimiento cuando ésta se funda en la afirmación de que el recurrente no se encontraba ilícitamente privado de libertad, precisamente porque el contenido propio de la pretensión formulada en el habeas corpus es el de determinar la licitud o ilicitud de dicha privación.

f) Por lo que respecta a la existencia de una situación de privación de libertad, como presupuesto para la admisibilidad del habeas corpus, se ha reiterado que debe cumplirse una doble exigencia. Por un lado, que la situación de privación de libertad sea real y efectiva; y, por otra parte, que la situación de privación de libertad no haya sido acordada judicialmente, ya que sólo en estos supuestos tendría sentido la garantía que instaura el art. 17.4 CE de control judicial de la privación de libertad, de modo que es plenamente admisible el rechazo liminar de la solicitud de habeas corpus contra situaciones de privación de libertad acordadas judicialmente. En tal sentido este Tribunal ya ha afirmado que tienen el carácter de situaciones de privación de libertad no acordadas judicialmente y, por tanto, que con independencia de su legalidad no pueden ser objeto de rechazo liminar las solicitudes de habeas corpus dirigidas contra ellas, las detenciones policiales, las detenciones impuestas en materia de extranjería o las sanciones de arresto domiciliario impuestas en expedientes disciplinarios por las autoridades militares.

En conclusión, la inadmisión liminar de un procedimiento de habeas corpus basada en la legalidad de la situación de privación de libertad supone, en sí misma, una vulneración del art.

17.4 CE, al implicar una resolución sobre el fondo que sólo puede realizarse una vez sustanciado el procedimiento. Los únicos motivos legítimos para inadmitir un procedimiento de habeas corpus serán los basados, bien en la falta del presupuesto mismo de la situación de privación de libertad, bien en la no concurrencia de sus requisitos formales.

4. ¿Está recogido en el texto constitucional la reinserción social como un derecho o como un principio constitucional?

La reinserción social de los penados, junto a su reeducación, está expresamente prevista en el apartado 2 del art. 25 CE: «Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados». Si bien el art. 25 se ubica en la Sección 1ª del Capítulo II (Derechos y libertades) del Título I (De los derechos y deberes fundamentales) del Texto constitucional, Sección que lleva como rótulo De los derechos fundamentales y de las libertades públicas, la reeducación y la reinserción social no tienen la categoría de derechos subjetivos ni, por añadidura, de derechos subjetivos con rango de derecho fundamental. Así lo ha declarado de forma constante la jurisprudencia constitucional al interpretar este inciso del art. 25.2 CE, en el sentido de que no contiene un derecho fundamental sino un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos (entre otras muchas, STC 128/2013, de 3 de junio, FJ 3); por consiguiente, no confiere como tal un derecho amparable que condicione la posibilidad y la existencia misma de la pena a esa orientación (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 9).

A ello se añade que el art. 25.2 CE no establece que la reeducación y la reinserción social sean la única finalidad legítima de la pena privativa de libertad, por lo que de la mención a que las penas y las medidas de seguridad deberán estar orientadas a tales finalidades, no se deriva que éstas sean los únicos objetivos admisibles de la privación penal de libertad ni, por lo mismo, que haya de considerarse contraria a la Constitución la aplicación de una pena que pudiera no responder exclusivamente a dicha finalidad (STC 160/2012, de 20 de septiembre, FJ 3). No se descartan otros fines de la pena como los retributivos, derivados de postulados de justicia, y de prevención general, positiva o negativa (diversas formas en que la conminación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma: intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, etc.). En términos de la

Sentencia 320/2006, de 15 de noviembre, FJ 4, el TC declaró que el deber de fundamentación de estas resoluciones judiciales requiere la ponderación de las circunstancias individuales del penado, así como de los valores y bienes jurídicos comprometidos en la decisión, teniendo en cuenta la finalidad principal de la institución, la reeducación y reinserción social, y las otras finalidades, de prevención general, que legitiman la pena privativa de libertad. El párrafo comentado del art. 25.2 CE asimismo opera como parámetro de ponderación del completo sistema de ejecución de las penas y de las instituciones que lo integran, de manera que no se trata tanto de la valoración de una concreta pena privativa de libertad, como de su ponderación en el marco de un sistema en el que son piezas claves instituciones como la condena o remisión condicional, las formas sustitutivas de la prisión o, por último, los distintos regímenes de cumplimiento de la pena (STC 160/2012, de 20 de septiembre, FJ 3).

En conclusión, la reeducación y la reinserción social no se configuran como derechos de los reclusos, sino como fines de las penas privativas de libertad, que han de servir de directrices tanto de la política criminal en materia penitenciaria –proyectada en normas legislativas, reglamentarias y en las instrucciones y circulares emanadas de la Administración Penitenciaria–, como en la aplicación a casos concretos por la Administración y los órganos jurisdiccionales de ese cuerpo normativo.

5. En relación con el derecho a la defensa, ¿está regulado constitucionalmente ese derecho? ¿Cómo se tutela por los Poderes públicos la actuación de los abogados que atienden a los presos?

La jurisprudencia constitucional se ha referido en diversas ocasiones al especial control que los órganos judiciales deben realizar sobre la actuación de los letrados designados de oficio en los casos en los que defiendan a personas privadas de libertad. En la STC 47/2003, de 3 de marzo, se recordaba que “el órgano judicial no puede ni debe supervisar en todos los procedimientos la actuación de los profesionales del Derecho, pues ante su pasividad o falta de pericia profesional son otros mecanismos jurídicos arbitrados para exigirles responsabilidades disciplinarias o patrimoniales”, distinta ha de ser la conclusión cuando se trata de un supuesto como el que aquí nos ocupa, en el que concurren las siguientes características: 1) un recurrente preso y lego en Derecho que, pese a manifestar su intención de recurrir, se ve privado del correspondiente recurso por causas ajenas a su voluntad y en contra de su voluntad expresamente manifestada; 2) un recurso para cuya interposición es preceptiva la intervención letrada; y 3) un letrado nombrado de oficio. Este último

dato es especialmente relevante dado que, conforme también señalábamos en la Sentencia acabada de citar: "Existe, desde luego, una diferencia de planteamiento con los supuestos en que el Letrado ha sido nombrado de oficio, pues en aquéllos en que la asistencia letrada es de libre designación, se parte de una previa relación de confianza ... inexistente en los supuestos de designación de oficio", lo que motiva "un especial cuidado y protección de los particulares que se ven disminuidos en sus posibilidades efectivas de defensa en tales casos".

No obstante, la STC 1/2007, de 15 de enero, consideraba que "tal deber positivo de velar por la efectividad de la defensa del acusado o del condenado en el proceso penal por profesionales designados de oficio ni es ilimitado ni es extensible en los mismos términos al supuesto de quien, a diferencia del que trata de defenderse de una acusación penal o de reaccionar contra la condena penal impuesta, se dispone a promover otro tipo de acciones o recursos. Incluso en el orden penal el deber positivo que se impone a los Tribunales no excluye de modo absoluto la diligencia del interesado, según viene reiterando la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, en su conocida Sentencia de 13 mayo de 1980 (asunto Artico c. Italia), tras declarar que, a los efectos del art. 6.3 c) del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH), no basta con la designación del Abogado de oficio, sino que es preciso garantizar la efectividad de su asistencia al acusado, de forma que en el caso de que aquél eluda sus deberes, "si han sido advertidas de ello, las autoridades deben sustituirlo u obligarle a cumplir su obligación" (párrafo 33), niega el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que se pueda imputar a un Estado "toda la responsabilidad por cualquier incumplimiento de un Abogado de oficio" (párrafo 36) y ello, según la STEDH de 19 de diciembre de 1989 (asunto Kamasinski c. Austria), porque "de la independencia de la abogacía con respecto al Estado se desprende que la conducta de la defensa afecta esencialmente al acusado y a su Abogado, designado en virtud de la asistencia jurídica gratuita o retribuido por su cliente. El artículo 6.3 c) CEDH no obliga a intervenir a las autoridades nacionales competentes más que si la deficiente asistencia del Abogado de oficio se presenta como manifiesta o si son informadas de ello de cualquier otro modo" [párrafo 65; en el mismo sentido, STEDH (Gran Sala) de 18 de octubre de 2006 (asunto Hermi c. Italia) párrafo 96]. La independencia de la abogacía con respecto al Estado está reconocida expresamente, en lo que a España respecta, en el art. 284.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y, en lo que afecta a la defensa de oficio, en el art. 23 de la Ley de asistencia jurídica gratuita (LAJG). Por esa misma razón, aun cuando tenemos declarado que la inexistencia de relación de confianza entre el litigante y el Abogado de oficio que aquél no ha podido elegir debe determinar un especial cuidado (STC 91/1994, de 21 de marzo, FJ 3), hemos rechazado que se hubiese vulnerado el derecho a la defensa y a la asistencia letrada en un caso en que la representación de oficio del condenado penalmente dejó transcurrir el plazo para interponer recurso de casación

contra la Sentencia condenatoria y ello porque el condenado, interno en un centro penitenciario y a quien había sido notificada personalmente la resolución, “no mostró diligencia alguna a la hora de manifestar, por los medios que tenía a su alcance, su voluntad de interponer recurso de casación” (STC 141/2005, de 6 de junio, FJ 2) o cuando “las evidentes disfunciones que sufrió” la defensa del recurrente a cargo de un Abogado de oficio, no fueron “ajenas a la propia conducta del justiciable”, por lo que “no puede imputarse al órgano judicial que no velase adecuadamente por los derechos” de éste (ATC 148/1998, de 29 de junio, FJ 2).

Más recientemente, la STC 179/2014, de 3 de noviembre, reiteró que el deber de los órganos judiciales de velar por evitar la indefensión del justiciable se proyecta especialmente en el proceso penal, en los casos en que la dirección y representación se realiza mediante la designación de oficio, no bastando para tutelar el derecho de defensa la designación de los correspondientes profesionales, sino que la realización efectiva de este derecho requiere.

6. ¿Cómo se regula la posible modulación de las penas privativas de libertad? Agravantes y atenuantes en la determinación de la pena privativa de libertad.

La determinación concreta de la pena a imponer al reo en el caso concreto, lo que se denomina "individualización de la pena", es una actividad propia del momento final del proceso penal de declaración, que ha de fundarse en normas preestablecidas con rango de ley, que de este modo cumplan con las exigencias del principio de legalidad penal: en palabras de la STC 260/2007, de 20 de diciembre, FJ 4, la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, supone la existencia de preceptos jurídicos (*lex previa*) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) las conductas infractoras y conocer de antemano a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción de que pueda hacerse merecedor el infractor.

Sin embargo, la simple aplicación de las reglas de dosimetría penal incluidas en los códigos penales y la fijación de la pena sin sobrepasar los límites de la pena abstracta, no son suficientes a efectos constitucionales, pues proporcionando la norma unos márgenes más o menos amplios en los que situar la pena concreta, es preciso que el ejercicio del arbitrio judicial en la aplicación de esas normas al caso enjuiciado esté debidamente motivado conforme a parámetros de racionalidad, con la toma en consideración de las circunstancias del hecho y de la persona responsable que justifiquen el quantum de la pena.

En relación con el elemento reglado, una vez calificado el hecho como delito y conocida la pena abstracta que lleva aparejada, el Código Penal proporciona en los arts. 61 a 79 una conjunto de normas destinadas a la individualización de la pena, que en función de las circunstancias concurrentes determinan la imposición de la pena en toda su extensión, en su mitad superior o inferior, incluso en un grado inferior o superior a la prevista en el tipo penal. Sin ánimo de exhaustividad en la exposición, estas circunstancias son el grado de ejecución (actos preparatorios, tentativa o consumación), grado de participación (autoría o complicidad) y circunstancias modificativas (atenuantes y agravantes). El Código también prevé reglas especiales para supuestos, entre otros, de concurso de delitos, continuidad delictiva, orden de cumplimiento de penas y límites máximos de cumplimiento efectivo.

Junto a este conjunto de reglas, el Código establece una cláusula que, si bien está prevista para supuestos de no concurrencia de circunstancias atenuantes ni agravantes (art. 66.1.6ª CP), se le ha dado alcance: los jueces han de aplicar la pena establecida por la Ley «en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho». Es en este punto donde cobra relevancia el ejercicio del arbitrio judicial, ponderando aquellas circunstancias que sean relevantes a efectos de ajustar la pena al máximo a la responsabilidad del sujeto.

Es en materia de motivación de la pena concreta donde el TC ha tenido la oportunidad de pronunciarse cuando se ha alegado la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). La STC 25/2011, de 14 de marzo, FJ 6, reiterando precedentes, declara que:

«[E]l deber de los órganos judiciales de motivar sus resoluciones, que constituye una exigencia dimanante del derecho a la tutela judicial efectiva, puesto en conexión con el art. 120.3 CE ["Las sentencias serán siempre motivadas"], responde a la doble finalidad de exteriorizar el fundamento de la decisión, haciendo explícito que ésta corresponde a una determinada aplicación de la ley, y permitir su eventual control jurisdiccional mediante el ejercicio de los recursos (por todas, STC 144/2007, de 18 de junio, FJ 3, y las allí citadas). Y que para la satisfacción de tal deber no es exigible un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se debate, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión o, lo que es lo mismo, la ratio decidendi; de manera que no existe un derecho fundamental del justiciable a una

determinada extensión de la motivación judicial (STC 144/2007, de 18 de junio, FJ 3, citando entre otras las SSTC 91/2004, de 19 de mayo, FJ 8, y 75/2005, de 4 de abril, FJ 5). Por otra parte, hemos apuntado en diversos pronunciamientos que esa necesidad de motivación alcanza a la determinación concreta de la pena, aunque hemos destacado también que cuando los datos básicos del proceso de individualización de la pena puedan inferirse de los hechos probados, no resultan constitucionalmente exigibles ulteriores razonamientos que los traduzcan en una cuantificación de pena exacta, dada la imposibilidad de sentar un criterio que mida lo que, de suyo, no es susceptible de medición».

Matizan las SSTC 196/2007, de 11 de septiembre, FJ 7, y 205/2009, de 23 de noviembre, FJ 5, que en el CP la concreta determinación de la pena se produce a partir de la señalada al tipo de delito consumado, que habrá de individualizarse teniendo en cuenta la concurrencia de circunstancias genéricas o específicas. Esos datos básicos del proceso de individualización de la pena han de inferirse de los hechos probados, sin que sea constitucionalmente exigible ningún ulterior razonamiento que los traduzca en una cuantificación de pena exacta, dada la imposibilidad de sentar un criterio que mida lo que, de suyo, no es susceptible de medición.

Por otra parte, al estar concernido en las penas privativas de libertad el derecho fundamental a la libertad personal, el TC se ha pronunciado sobre el nivel de intensidad que ha de alcanzar la motivación de la pena, para reconocer un deber reforzado de motivación en el caso de las sentencias penales condenatorias, en cuanto título jurídico habilitante de la privación del derecho a la libertad personal, exigiendo que en ellas no sólo se cumpla con la obligación de fundamentar los hechos y su calificación jurídica, sino también con la obligación de fundamentar la pena finalmente impuesta. De este modo, también en el ejercicio de las facultades discrecionales que tiene reconocidas legalmente el juez penal en la individualización de la pena es exigible constitucionalmente, como garantía contenida en el derecho a la tutela judicial efectiva, que se exterioricen las razones que conducen a la adopción de la decisión (entre otras resoluciones, ATC 204/2007, de 3 de abril, FJ 2).

De este modo, la motivación de la individualización de la pena forma parte del derecho a obtener una decisión judicial fundada en Derecho, que es una de las manifestaciones del citado derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

7. ¿Qué alcance tiene en la doctrina constitucional el derecho a la intimidad de los presos en relación con la posibilidad de ser cacheado, registrada su celda o intervenidas sus comunicaciones?

El apartado 2 art. 25 CE contiene este segundo párrafo: «El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria». El cumplimiento de la pena de prisión, por tanto, no priva al recluso de sus derechos fundamentales, si bien algunos de ellos quedan limitados en tanto efecto inherente a la propia pena de prisión y a las exigencias de seguridad y de tratamiento, fundamentalmente, derivadas del régimen de internamiento en centro penitenciario, ya que ningún derecho fundamental es absoluto, sino que puede ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr un fin constitucionalmente legítimo, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho (STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10).

La jurisprudencia constitucional (vid. STC 89/2006, de 27 de marzo, FJ 3) ha apuntado una serie de requisitos para la validez constitucional de las limitaciones al derecho fundamental del preso a la intimidad: (1) el establecimiento de las limitaciones ha de ser por ley, como se infiere no sólo de la mención a la ley penitenciaria como la tercera de las fuentes específicas de restricción de derechos fundamentales de los condenados a penas de prisión, sino también de la exigencia general del art. 53.1 CE para la regulación del ejercicio de los derechos y libertades fundamentales [«Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades»]; (2) de la dicción del art. 25.2 CE no se extrae la conclusión de que las limitaciones de derechos fundamentales que contemplan sean “limitaciones de pura configuración legal”, sino que tales limitaciones, cuando no provienen directa o indirectamente de la pena —de su contenido o de su sentido—, han de ser “penitenciarias”, lo que supone que su finalidad tendrá que estar anudada a las propias de la institución penitenciaria, y han de ser, además, sometidas, en su conformación normativa y en su aplicación, a las exigencias del principio de proporcionalidad, comunes para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales: a) la medida ha de ser susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); b) ha de ser necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y c) ha de ser ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

Dejando aparte lo que es privación del derecho a la libertad personal, hay otros derechos que se ven asimismo concernidos por el ingreso en prisión, tales como el derecho a la intimidad o el secreto de las comunicaciones. El TC ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la proyección de estos derechos en el ámbito penitenciario con ocasión de recursos de amparo.

En relación con el derecho a la intimidad personal, garantizado en el apartado 1 del art. 18 CE, los supuestos más destacables son los registros corporales y los de celdas.

Los registros corporales que han suscitado mayor controversia ante el TC han sido los cacheos con desnudo integral. Es precisa la existencia de un título jurídico que habilite la práctica del cacheo, como medida adoptada en el ámbito de la relación de sujeción especial que vincula al preso con la Administración Penitenciaria. El art. 23 LOGP –Ley a la que se remite el art. 25.2 CE– dispone que los cacheos en las personas de los internos «se efectuarán en los casos con las garantías y periodicidad que reglamentariamente se determinen y dentro del respeto a la dignidad de la persona». En ejecución de la LOGP, el art. 68 RP prevé que «[se] llevarán a cabo registros y cacheos de las personas, ropas y enseres de los internos y requisas de las puertas, ventanas, suelos, paredes y techos de las celdas o dormitorios, así como de los locales y dependencias de uso común», y que «[p]or motivos de seguridad concretos y específicos, cuando existan razones individuales y contrastadas que hagan pensar que el interno oculta en su cuerpo algún objeto peligroso o sustancia susceptible de causar daño a la salud o integridad física de las personas o de alterar la seguridad o convivencia ordenada del Establecimiento, se podrá realizar cacheo con desnudo integral con autorización del Jefe de Servicios».

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha declarado que «es indudable que una medida de registro personal de los reclusos mediante el cacheo con desnudo integral puede constituir, en determinadas situaciones, un medio necesario para la protección de la seguridad y el orden de un establecimiento penitenciario, si bien para afirmar la conformidad de la medida enjuiciada con la garantía constitucional a la intimidad personal de los reclusos es necesario ponderar, adecuadamente y de forma equilibrada, de una parte, la gravedad de la intromisión que comporta en la intimidad personal y, de otra parte, si la medida es imprescindible para asegurar la defensa del interés público que se pretende proteger. Y es claro que el respeto a esta exigencia requiere una fundamentación de la medida por parte de la Administración penitenciaria, asentada en razones individuales y contrastadas, pues sólo tal fundamentación permitirá que sea apreciada por el afectado en primer lugar y, posteriormente, que los órganos judiciales puedan controlar la razón que justifique, a juicio de la Administración penitenciaria, y atendidas las circunstancias del caso, el sacrificio del derecho fundamental» (STC 171/2013, FJ 3).

Como se ha adelantado, el derecho a la intimidad puede asimismo verse afectado en supuestos de registro de celdas de internos. Con carácter previo, el TC ha desvinculado estos registros con el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE):

«[L]a celda que ocupa un interno en un establecimiento penitenciario no es su domicilio en el sentido constitucional del término. Esta constatación expresa en sí misma tanto las graves limitaciones que comporta la pena o la medida de prisión para la intimidad de quienes la sufren —“una de las consecuencias más dolorosas de la pérdida de la libertad es la reducción de lo íntimo casi al ámbito de la vida interior, quedando, por el contrario, expuestas al público e incluso necesitadas de autorización muchas actuaciones que normalmente se consideran privadas e íntimas” (STC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2)— como también, por el hecho mismo de tal restricción, la especial necesidad de preservar los ámbitos de intimidad no concernidos por la pena o la medida y por su ejecución, y de declarar “ilegítimas, como violación de la intimidad y por eso también degradantes, aquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida de la prisión requiere” (STC 89/1987, FJ 2). El domicilio constituye un ámbito de privacidad “dentro del espacio limitado que la propia persona elige” (STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5), inmune a la injerencia de otras personas o de la autoridad pública, de modo que el contenido del derecho a la inviolabilidad de domicilio “es fundamentalmente negativo: lo que se garantiza, ante todo, es la facultad del titular de excluir a otros de ese ámbito espacial reservado, de impedir o prohibir la entrada o la permanencia en él de cualquier persona y, específicamente, de la autoridad pública para la práctica de un registro” (STC 189/2004, de 2 de noviembre, FJ 3). De ahí que, aunque sea innegable que la celda de un centro penitenciario sea un ámbito de intimidad para su ocupante, un “espacio apto para desarrollar vida privada” (STC 283/2000, de 27 de noviembre, FJ 2) en la medida en que la misma cabe en una situación tal de reclusión, también lo es que tal recinto no reúne las características de haber sido objeto de elección por su ocupante ni la de configurarse como un espacio específico de exclusión de la actuación del poder público. Bien al contrario, el ingreso en prisión supone la inserción del ciudadano en un ámbito de intenso control público del que resulta la imposibilidad de generar un domicilio en el sentido constitucional del término» (STC 89/2006, de 27 de marzo, FJ 2).

Sentado lo anterior, el TC ha declarado en la Sentencia 106/2012, de 21 de mayo, FJ 3, que la doctrina constitucional sobre el derecho a la intimidad en el ámbito penitenciario parte de reconocer la reducción de la intimidad de quienes sufren privación de libertad, para añadir que el registro de la celda que ocupa un interno y de sus pertenencias personales supone una restricción de su derecho a la intimidad que, para que resulte constitucionalmente legítimo, debe ser conocido por el propio interesado, bien permitiendo su presencia durante la práctica del mismo, bien mediante una

comunicación posterior que informe de su contenido y, en su caso, de la eventual incautación de objetos personales. Esta exigencia de información sobre el hecho mismo del registro y de su contenido y resultado es, en efecto, necesaria dada la estrecha relación que existe entre el derecho a la intimidad y la capacidad de su titular para controlar la información relativa a su persona. Pues si la intimidad comprende, entre otras facultades, la reserva de conocimiento de un ámbito personal, que por eso se denomina privado y que administra su titular, tal administración y tal reserva se devalúan si el titular del ámbito de intimidad desconoce las dimensiones del mismo porque desconoce la efectiva intromisión ajena. Y añade la Sentencia que el hecho de que el interno conozca de antemano que el registro de su celda va a producirse, no permite concluir que pueda ser obviada la exigencia constitucional de comunicación a posteriori a dicho interno de las incidencias habidas en la práctica de la diligencia, tanto en su desarrollo como en su resultado, puesto que, si se producen, la Administración penitenciaria mantiene la obligación constitucional, ex art. 18.1 CE, de comunicárselas en un plazo razonable, toda vez que tales incidencias suponen una limitación del poder de disposición del interno sobre su ámbito personal de intimidad, autónoma e independiente al mero conocimiento del registro, y no afectadas, por tanto, por la circunstancia de la previsión normativa de su práctica diaria y rutinaria.

Resta por analizar la vigencia del derecho al secreto de las comunicaciones en el ámbito carcelario. Como en el caso del anterior derecho fundamental, el contenido del derecho al secreto de las comunicaciones de las personas internas en centros penitenciarios no es, sin más, el constitucionalmente declarado en los términos del art. 18.3 CE, sino en virtud de la interpretación sistemática de este precepto en relación con el art. 25.2 CE, el que resulte de su configuración por el legislador, en el supuesto de que por la ley penitenciaria se hayan dispuesto limitaciones específicas del mismo y sin perjuicio de que esos límites se encuentren, a su vez, sometidos a sus propios presupuestos de constitucionalidad (SSTC 15/2011, de 29 de marzo, FJ 5, y 107/2012, de 21 de mayo, FJ 4).

La jurisprudencia constitucional (entre otras, STC 169/2003, de 29 de septiembre, FFJJ 2 a 4) ha distinguido en la intervención de las comunicaciones entre la general (art. 51.1 LOGP: “con familiares, amigos y representantes acreditados de Organismos e instituciones de cooperación penitenciaria”, comunicaciones orales y escritas que podrán ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el Director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente) y las específicas (art. 51.2 LOPJ: “con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales o con los Procuradores que los representen”, que no podrán ser intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo; y art. 51.3

LOPJ: "con profesionales acreditados en lo relacionado con su actividad, con los Asistentes Sociales y con Sacerdotes o Ministros de su religión", que podrán ser intervenidas en la forma que se establezca reglamentariamente). Estas intervenciones operan tanto sobre las comunicaciones enviadas como sobre las recibidas. Las medidas que contempla la normativa penitenciaria, al incidir en ese derecho fundamental, deberán estar contenidas en una disposición con rango de Ley (art. 53.1 CE). Y en cuanto a los requisitos que deben de cumplir los acuerdos o medidas de intervención de las comunicaciones genéricas, junto a la exigencia de motivación y de dar cuenta a la autoridad judicial competente que impone el art. 51.5 LOGP, así como la de notificación al interno afectado que establecen los arts. 43.1 y 46.5 RP, la jurisprudencia constitucional ha añadido la necesidad de preestablecer un límite temporal a la medida de intervención y, en todo caso, que sean aplicadas con una justificación razonable respetuosa del principio de proporcionalidad.

8. ¿Cómo está regulado el régimen disciplinario penitenciario? ¿Qué garantías formales y materiales se regulan para garantizar los derechos de los reclusos?

Como principio general son aplicables todas las garantías del procedimiento sancionador. (STC 52/2004, de 13 de abril, FJ 3): "Para ello es preciso recordar brevemente la doctrina constitucional referente a la extensión de las garantías procesales del art. 24.2 CE -en particular sobre el derecho a la prueba- a los procedimientos disciplinarios penitenciarios. La STC 157/2000, de 12 de junio (FJ 2), afirmó que, "desde la STC 18/1981, de 8 de junio, este Tribunal Constitucional ha venido declarando no sólo la aplicabilidad a las sanciones administrativas de los principios sustantivos derivados del art. 25.1 CE, considerando que 'los principios inspiradores del orden penal son de aplicación con ciertos matices al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado' (FJ 2), sino que también ha proyectado sobre las actuaciones dirigidas a ejercer las potestades sancionadoras de la Administración las garantías procedimentales del art. 24 CE, en sus dos apartados, no mediante una aplicación literal, sino 'en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 de la Constitución', si bien ha precisado que no se trata de una aplicación literal, dadas las diferencias entre uno y otro orden sancionador, sino 'con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional' (ibídem)". En lo que respecta a la aplicación de las garantías del art. 24.2 CE al procedimiento disciplinario penitenciario, dice igualmente la STC 157/2000, con cita, entre otras, de las SSTC 39/1997, de 25 de febrero, FJ 6, 83/1997, de 25 de febrero, FJ 2, y 181/1999, de 11 de octubre, FJ 2, que el Tribunal Constitucional ha

venido destacando que las peculiaridades del internamiento en un establecimiento penitenciario en modo alguno pueden implicar que "la justicia se detenga a la puerta de las prisiones".

Principio de tipicidad sancionadora (STC 138/2004, de 13 de septiembre) e interdicción de incurrir en bis in idem (STC 48/2007, de 12 de marzo).

Derecho al asesoramiento técnico (STC 71/2008, de 23 de junio, FJ 3), pero no a la asistencia letrada de oficio (STC 42/2008, de 10 de marzo, FJ 4).

a) STC 71/2008, de 23 de junio, FJ 3: “El recurrente también alega que en el procedimiento administrativo sancionador se ha vulnerado su derecho de defensa (art. 24.2 CE), por no haberle permitido que fuera asesorado en entrevista personal por un interno de otro módulo, limitándolo a que fuera por escrito. Este Tribunal ha destacado la relevancia constitucional que tiene la posibilidad de que el interno se asesore legalmente como garantía para preparar adecuadamente su defensa en el procedimiento disciplinario frente a los cargos que le imputan. Del mismo modo, se ha puesto de manifiesto que la previsión legal de que el asesoramiento se lleve a cabo por cualquier persona que designe el interno debe entenderse en el sentido de que la solicitud de asesoramiento, en cuanto suponga la comunicación con una tercera persona, sea compatible con las exigencias de seguridad, tratamiento y buen orden del establecimiento que legítimamente deben adoptar los responsables del centro penitenciario, lo que determina que, salvo que las decisiones de la Administración impliquen una privación real al interno de la posibilidad de articular su defensa, el establecer condicionamientos a la forma en que ha de procurarse el asesoramiento no puede causar la vulneración del art. 24.1 CE, y menos aún si de las opciones que el ordenamiento ofrece al interno para recibir asesoramiento, éste opta por aquéllas que impiden cumplir los fines de la pena privativa de libertad o las normas de seguridad del centro. Esta última consideración está en relación con la exigencia, también reiterada por este Tribunal, de que para apreciar una indefensión vulneradora del art. 24.1 CE resulta necesario que la situación en que ésta haya podido producirse no se haya generado por una actitud voluntariamente consentida por el supuestamente afectado o atribuible a su propio desinterés, pasividad, malicia o falta de la necesaria diligencia (por todas, STC 55/2006, de 27 de febrero, FJ 3)”.

b) STC 42/2008, de 10 de marzo, FJ 4: “La queja del recurrente en amparo por la lesión del derecho a la asistencia letrada (art. 24.2 CE), formalmente dirigida contra los Autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, radica en la falta de designación de Letrado del turno de oficio durante la tramitación del expediente disciplinario penitenciario. Su examen requiere traer a colación la reiterada doctrina constitucional sobre el derecho a la asistencia letrada en el procedimiento

disciplinario penitenciario, según la cual este derecho es trasladable a dicho procedimiento con ciertas condiciones (STC 316/2006, de 15 de noviembre), pues no se trata de un derecho a la asistencia letrada, entendida como un derecho pleno a la asistencia de Letrado, incluyendo el derecho a la asistencia jurídica gratuita en caso de necesidad si se carece de medios económicos suficientes para ello, ya que tal derecho, como resulta del art. 6.3 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH), sólo existe en los procesos judiciales y además no en todos los casos, sino cuando los intereses de la justicia lo requieran (SSTC 2/1987, de 21 de enero, FJ 6; 128/1996, de 9 de julio, FJ 6; 229/1993, de 12 de julio, FJ 2; 83/1997, de 22 de abril, FJ 3; 104/2003, de 2 de junio, FJ 5). En este sentido, este Tribunal tiene declarado que cumple suficientemente con la garantía constitucional del derecho de defensa la posibilidad de asesoramiento prevista en el art. 242.2 i) del Reglamento penitenciario vigente, de conformidad con el cual el interno puede asesorarse por Letrado, funcionario o cualquier otra persona que designe durante la tramitación del expediente, siempre que en este último caso la solicitud de asesoramiento, en cuanto suponga la comunicación con una tercera persona, sea compatible con las exigencias de seguridad, tratamiento y buen orden del establecimiento que legítimamente deben adoptar los responsables del centro penitenciario (SSTC 104/2003, de 2 de junio, FJ 5; 91/2004, de 19 de mayo, FJ 3).

Así pues, el derecho a la asistencia letrada en el procedimiento disciplinario penitenciario tiene sus peculiaridades y limitaciones. Aunque comprende el derecho del interno a asesorarse por Letrado de su elección, pese a que no sea preceptiva su intervención, sin embargo, tanto en la fase administrativa como en la fase del posterior recurso ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria no forma parte de su contenido el derecho a la designación de letrado del turno de oficio (STC 9/1997, de 14 de enero, FJ 3; AATC 145/1999, de 7 de junio; 92/2003, de 24 de marzo)".

Derecho a la prueba (STC 91/2004, de 19 de mayo, FJ 5): "este Tribunal ha declarado reiteradamente que entre las garantías indudablemente aplicables a los procedimientos sancionatorios en el ámbito penitenciario se encuentra el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa (por todas, SSTC 27/2001, de 29 de enero, FJ 8; y 9/2003, de 20 de enero, FJ 3). Este derecho es inseparable del derecho de defensa y exige que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas, sin desconocimiento ni obstáculos. Siempre que la prueba sea propuesta en tiempo y forma, sean pertinentes y relevantes los medios probatorios, y decisivos para la defensa del recluso, es decir, potencialmente trascendentes para el sentido de la resolución, el derecho a utilizar los medios de prueba resultará vulnerado en aquellos supuestos en los que el rechazo de las diligencias interesadas carezca de toda motivación, o la motivación que se ofrezca pueda tacharse de

manifiestamente arbitraria o irrazonable (por todas, SSTC 2/1987, de 21 de enero, FJ 6; 195/1995, de 19 de diciembre, FJ 7; y 181/1999, de 11 de octubre, FJ 3).

Por lo demás es necesario que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente, o lo que es lo mismo, que sea "decisiva en términos de defensa" (SSTC 1/1996, de 15 de enero, FJ 2; 101/1999, de 31 de mayo, FJ 5; 26/2000, de 31 de enero, FJ 2; 45/2000, de 14 de febrero FJ 2), lo que exige que se haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión material en la demanda (SSTC 1/1996, de 15 de enero; 218/1997, de 4 de diciembre; 45/2000, FJ 2), ya que sólo en el caso de que la decisión pudo, acaso, haber sido otra si la prueba se hubiera admitido, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo busca amparo (SSTC 30/1986, de 20 de febrero, FJ 8; 129/1998, de 16 de junio, FJ 2; 69/2001, de 17 de marzo, FJ 28)".

9. Dentro de la regulación de extranjería, ¿está prevista alguna medida que lleve aparejada la privación de libertad dentro del procedimiento de expulsión de extranjeros irregulares?

En principio, se puede producir la detención policial de cualquier extranjero irregular que gozaría de las mismas garantías y derechos que cualquier otro ciudadano (principalmente la garantía del proceso de habeas corpus, art. 17.4 CE).

La principal peculiaridad en relación a las privaciones de libertad de los extranjeros está constituida por la posibilidad de su internamiento en los Centros de Internamientos de Extranjeros (CIEs). Incoado un expediente sancionador en el que pueda proponerse la expulsión del territorio español, el instructor podrá solicitar al Juez de Instrucción competente que disponga el ingreso del extranjero en un centro de internamiento, en tanto se realiza la tramitación de dicho expediente.

El Juez, previa audiencia del interesado y del Ministerio Fiscal, resolverá mediante auto motivado, en el que, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, tomará en consideración las circunstancias concurrentes y, en especial, el riesgo de incomparecencia por carecer de domicilio o de documentación identificativa, las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar la expulsión, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes. Asimismo, en caso de enfermedad grave del extranjero, el juez valorará el riesgo del internamiento para la salud pública o

la salud del propio extranjero. El internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, siendo su duración máxima de 60 días, y sin que pueda acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente.

Cuando hayan dejado de cumplirse las condiciones descritas, el extranjero será puesto inmediatamente en libertad por la autoridad administrativa que lo tenga a su cargo, poniéndolo en conocimiento del Juez que autorizó su internamiento. Del mismo modo y por las mismas causas, podrá ser ordenado el fin del internamiento y la puesta en libertad inmediata del extranjero por el Juez, de oficio o a iniciativa de parte o del Ministerio Fiscal. No podrá acordarse el ingreso de menores en los centros de internamiento. Los menores extranjeros no acompañados que se encuentren en España serán puestos a disposición de las entidades públicas de protección de menores.

Los centros de internamiento de extranjeros son establecimientos públicos de carácter no penitenciario; el ingreso y estancia en los mismos tendrá únicamente finalidad preventiva y cautelar, salvaguardando los derechos y libertades reconocidos en el ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las establecidas a su libertad ambulatoria, conforme al contenido y finalidad de la medida judicial de ingreso acordada. En particular, el extranjero sometido a internamiento tiene los siguientes derechos:

- a. A ser informado de su situación.
- b. A que se vele por el respeto a su vida, integridad física y salud, sin que puedan en ningún caso ser sometidos a tratos degradantes o a malos tratos de palabra o de obra y a que sea preservada su dignidad y su intimidad.
- c. A que se facilite el ejercicio de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las derivadas de su situación de internamiento.
- d. A recibir asistencia médica y sanitaria adecuada y ser asistidos por los servicios de asistencia social del centro.
- e. A que se comunique inmediatamente a la persona que designe en España y a su abogado el ingreso en el centro, así como a la oficina consular del país del que es nacional.
- f. A ser asistido de abogado, que se proporcionará de oficio en su caso, y a comunicarse reservadamente con el mismo, incluso fuera del horario general del centro, cuando la urgencia del caso lo justifique.

- g. A comunicarse en el horario establecido en el centro, con sus familiares, funcionarios consulares de su país u otras personas, que sólo podrán restringirse por resolución judicial.
- h. A ser asistido de intérprete si no comprende o no habla castellano y de forma gratuita, si careciese de medios económicos.
- i. A tener en su compañía a sus hijos menores, siempre que el Ministerio Fiscal informe favorablemente tal medida y existan en el centro módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar.
- j. A entrar en contacto con organizaciones no gubernamentales y organismos nacionales, internacionales y no gubernamentales de protección de inmigrantes.

10. ¿Cómo se regula en los diferentes ordenamientos la posibilidad de suspender la ejecución de una pena privativa de libertad, o incluso su perdón a través de un indulto?

La suspensión –o remisión condicional– de condena aparece regulada en los arts. 80 a 87 CP, recientemente reformados por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que ha suprimido la sustitución de la pena de prisión por otras penas conforme a un módulo de conversión (dos días de multa, un día de trabajo en beneficio de la comunidad o un día de localización permanente, por cada día de prisión). Se mantiene, en cambio, la sustitución de las penas de prisión de más de un año impuestas a ciudadanos extranjeros por su expulsión del territorio español, con prohibición de regreso a España en un plazo de 5 a 10 años, si bien con supresión del requisito de que el condenado no resida legalmente en España conforme a la legislación sobre extranjería. Esta sustitución no opera de forma automática, sino que el CP contempla diferentes circunstancias que modulan su aplicación (vgr., pena de más de 5 años, arraigo en España, nacionales de Estados miembros de la Unión Europea, ejecución de una parte de la pena y posterior expulsión).

Por lo que se refiere a la suspensión de condena, constituye una forma sustitutiva de ejecución de las penas privativas de libertad, asentada sobre la idea según la cual, en el caso de delincuentes primarios condenados a penas cortas privativas de libertad, las finalidades preventivas especiales mencionadas en el art. 25.2 CE, pueden ser alcanzadas con mayores garantías de éxito si los órganos del Estado que ostentan la titularidad del ius puniendi renuncian momentáneamente a ejecutar la pena, a condición de que el penado no vuelva a delinquir durante un plazo de tiempo preestablecido,

sin que ello vaya en detrimento de los fines preventivos generales que también han de cumplir las penas (STC 251/2005, de 10 de octubre, FJ 6).

En virtud de la suspensión el condenado evita el ingreso en un centro penitenciario, condicionado al cumplimiento de una serie de requisitos durante un tiempo determinado que, de observarse, determina la remisión definitiva de la pena. Para que pueda suspenderse, la condena se supedita al cumplimiento de determinados requisitos: (1) reo delincuente primario; (2) la pena o la suma de las impuestas no sea superior a dos años; y (3) se hayan satisfecho las responsabilidades civiles y hecho efectivo el decomiso acordados en sentencia. Sin embargo, se concede un amplio arbitrio la juez que puede conceder el beneficio aunque tales requisitos no se cumplan en su integridad. Por otra parte, hay supuestos excepcionales de suspensión de condena en casos de enfermedad muy grave con padecimientos incurables, así como de penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia del alcohol o drogas, siempre que se certifique suficientemente que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.

El plazo de suspensión es de 2 a 5 años, con carácter general, de 3 a 5 años para la suspensión por dependencia al alcohol o drogas, y de 3 meses para los delitos leves. El juez podrá condicionar la suspensión al cumplimiento de prohibiciones y deberes adicionales, cuando ello resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos (vgr., prohibición de aproximarse a la víctima o participación en programas formativos).

La revocación de la suspensión y consecuente ejecución de la pena se producirá, principalmente, cuando el penado sea condenado por un delito cometido durante el período de suspensión o incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones y deberes que le hubieran impuesto. Por lo que respecta a la remisión de la pena, tendrá lugar transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber delinquido el sujeto y con cumplimiento de las reglas de conducta de forma suficiente.

Hay otro supuesto de suspensión de condena regulado extramuros de su ubicación sistemática en el CP, que se localiza en el apartado 4 del art. 4 CP, respecto a solicitudes de indulto. La norma faculta al juez para suspender la ejecución de la pena en tanto no se resuelva sobre la petición de indulto, en dos supuestos: (1) cuando por el cumplimiento de la pena pueda resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; y (2) cuando de ser ejecutada la sentencia, la finalidad del indulto pudiera resultar ilusoria.

El TC ha tenido la oportunidad de pronunciarse en amparo sobre determinados aspectos de la suspensión de condena vinculados a la vulneración de derechos fundamentales.

En primer lugar, sobre la audiencia de las partes, que aunque no se establezca de forma expresa en el CP en caso de denegación de suspensión, constituye una exigencia constitucional ineludible que deriva directamente de la prohibición constitucional de indefensión (art. 24.1 CE), y que resulta tanto más relevante cuando lo que se dilucida es el cumplimiento efectivo de una pena de prisión mediante el ingreso del condenado en un centro penitenciario; sin embargo, no se produce indefensión material en aquellos supuestos en los cuales, aun privado el recurrente en un determinado trámite o instancia procesal de sus posibilidades de defensa, sin embargo pudo obtener en sucesivos trámites o instancias la subsanación íntegra del menoscabo causado a través de sus posibilidades de discusión sobre el fondo de la cuestión planteada y, en su caso, de la proposición y práctica de pruebas al respecto (STC 222/2007, de 8 de octubre, FJ 2).

En segundo término la decisión sobre suspensión ha de estar suficientemente motivada en Derecho, como exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), máxime en un ámbito como éste, en el que los tribunales gozan de un cierto margen de discrecionalidad, pues la facultad legalmente atribuida a un órgano judicial para que adopte con carácter discrecional una decisión, en un sentido o en otro, no constituye por sí misma justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sino que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente a la exigencia de que tal resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a un control posterior de la misma en evitación de toda posible arbitrariedad. Además, al estar conectado el derecho a la tutela judicial efectiva al derecho fundamental a la libertad personal, el estándar de las exigencias derivadas del deber de motivación es más riguroso, lo que se ha identificado con la exigencia de una tutela "reforzada". La suspensión de condena es una medida que se enmarca en el ámbito de la ejecución de la pena y que, por tanto, tiene como presupuesto la existencia de una Sentencia condenatoria firme que constituye título legítimo para restringir el derecho a la libertad del condenado; por ello, las resoluciones por las cuales se concede o deniega no constituyen decisiones sobre la restricción de la libertad en sentido estricto, sin embargo, afectan al valor libertad en cuanto atañen a la forma en la que la ejecución de la restricción de la libertad se llevará a cabo. En la ponderación habrán de considerarse las circunstancias individuales de los penados y los valores y bienes jurídicos comprometidos en las decisiones a adoptar, teniendo presente tanto la finalidad principal de las penas privativas de libertad, la reeducación y la reinserción social, como las otras finalidades de prevención general que las legitiman (STC 222/2007, de 8 de octubre, citada, FFJJ 3 y 4).

La interrupción de la prescripción de la pena en casos de suspensión de condena, ha sido igualmente objeto de recursos de amparo. Partiendo de la previsión del art. 134 CP (en su redacción anterior a la reforma de 2015), la STC 63/2015, de 13 de abril, FJ 4, reitera que la suspensión y la sustitución de las penas privativas de libertad de corta duración son formas alternativas de cumplimiento expresamente reconocidas por el legislador, que hacen imposible la ejecución de la pena de prisión impuesta, salvo que el beneficio sea revocado; con otras palabras, su concesión impide al Estado ejercer, entretanto, el ius puniendi directamente resultante del fallo condenatorio, y si el penado termina cumpliendo cuantos requisitos derivan de la norma y de la resolución judicial que ordenó esa ejecución alternativa, se producirá ope legis el mismo efecto que si hubiera cumplido la pena principal, esto es, la extinción de la responsabilidad penal declarada en firme. Por tal motivo, entender interrumpido el plazo necesario para dar por prescrita la pena durante el período al que se extendió esa ejecución alternativa, luego quebrantada, se ajusta a los parámetros de razonabilidad constitucionalmente exigibles y a las finalidades asociadas a la prescripción. Se estimó, en suma, que los actos de ejecución vinculados al cumplimiento de las penas, tanto in natura como por sustitución (suspensión de condena o sustitución de la pena por otra), tienen relevancia para interrumpir la prescripción.

11. ¿Cómo se determinan los límites de cumplimiento de las condenas? Régimen jurídico de la refundición y liquidación de condenas.

Una vez la sentencia que impone la pena de prisión ha devenido firme, la operación subsiguiente es efectuar la liquidación de la condena, a fin de determinar el tiempo de cumplimiento y la fecha de licenciamiento definitivo. La liquidación de condena es una operación especialmente relevante porque señala la fecha de cumplimiento de la pena, que es referente de otros institutos de la ejecución penal, como la progresión en grado de tratamiento penitenciario, los beneficios penitenciarios o la libertad condicional.

La liquidación de condena ha suscitado alguna controversia en sede constitucional, cuando se ha planteado el abono al tiempo de condena el que hubiera sufrido el reo privado de libertad, en virtud de detención o de prisión provisional, en aquellos casos en que la norma penal daba pie al abono en diferentes ejecutorias del mismo periodo de tiempo sufrido en prisión provisional.

Otra cuestión que ha merecido pronunciamientos del TC, ha sido la relativa a la refundición de condenas. Hay que distinguir entre la refundición jurídica de condenas (también denominada de "acumulación de condenas") y la refundición penitenciaria de condenas, que efectúa la Administración Penitenciaria y que precisa la aprobación del Juez de Vigilancia Penitenciaria. Esta segunda no afecta al cumplimiento efectivo de cada una de las penas poniéndole un límite, sino que se trata de una mera adición aritmética de todas las penas pendientes de ejecución que pesan sobre un mismo interno, de tal manera que sean consideradas como una sola a efectos de fijación de las fechas inicial y final de todo el conjunto de pena a cumplir, cuyo período comprenderá la duración del conjunto de todas las penas refundidas. Sobre la cantidad resultante se aplicarán las fechas con repercusión penitenciaria (vgr., para la concesión de permisos, progresiones en grado de tratamiento y libertad condicional).

La refundición jurídica, por el contrario, trata del cumplimiento sucesivo, por orden de gravedad, de múltiples penas impuestas en distintos procesos, que se acumulan después de dictada sentencia (art. 988 LECrim) por decisión del tribunal que haya dictado la última sentencia condenatoria, para de este modo fijar un límite temporal máximo de cumplimiento efectivo (art. 76 CP). Como ejemplo, la STC 35/2014, de 27 de febrero, FJ 3, proclamó que no ha de excluirse que lesione el derecho reconocido en el art. 17.1 CE (libertad personal) la ejecución de una sentencia penal con inobservancia de las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del Código Penal respecto al cumplimiento de las distintas condenas de pérdida de libertad que pudieran reducir el tiempo de permanencia en prisión del condenado, en cuanto supongan un alargamiento ilegítimo de esa permanencia y, por ende, de la pérdida de libertad.

Para terminar, merece atención la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de octubre de 2013, dictada en el Caso Del Río Prada c. España, relativa al alcance de la condena respecto a la duración máxima de treinta años derivada del artículo 70.2 del Código Penal de 1973 y del régimen de redenciones de penas por el trabajo en prisión, previsto por el artículo 100 del mismo texto legal.

El TEDH no descarta la posibilidad de que las medidas que se adopten por parte del poder legislativo, las autoridades administrativas o los tribunales después de la imposición de la condena definitiva o durante su cumplimiento, puedan redundar en una redefinición o modificación del alcance de la pena impuesta por el tribunal sentenciador: Cuando eso ocurra, dichas medidas deben quedar comprendidas en el ámbito de la prohibición de la aplicación retroactiva de las penas consagrada en el artículo 7.1 in fine del CEDH [nulla poena sine lege, art. 7.1: Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no

constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida]. De no entenderse así, los Estados serían libres –modificando la ley o reinterpretando los reglamentos vigentes, por ejemplo– de adoptar medidas para redefinir retroactivamente el alcance de la pena impuesta, en perjuicio del condenado, cuando este último no podía imaginarse tal circunstancia en el momento de la comisión del delito. Estos cambios deben distinguirse de aquellos realizados en la forma de ejecución de la condena, que no estén comprendidos en el ámbito del art. 7.1 in fine (§ 89). La noción de “Derecho” (“law”) utilizada en el art. 7 incluye el derecho de origen tanto legislativo como jurisprudencial, e implica condiciones cualitativas, como las de accesibilidad y previsibilidad, y condiciones cualitativas que deben cumplirse tanto para la definición de un delito como para la pena que este implica (§ 91). La ausencia de una interpretación jurisprudencial accesible y razonablemente previsible puede incluso conducir a una constatación de violación del art. 7 respecto de un acusado; si fuese de otra forma, no se atendería al objeto y el objetivo de esta disposición, que pretende que nadie sea sometido a actuaciones judiciales, condenas o sanciones arbitrarias (§ 93).

A juicio del TEDH, la aplicación de nuevas modalidades de cálculo de redenciones de pena por trabajo derivadas del cambio jurisprudencial operado por la denominada “doctrina Parot” [en alusión a un reo por múltiples delitos de terrorismo], sentada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo español a partir de la Sentencia de 28 de febrero de 2006, no puede considerarse como una medida que afecte exclusivamente a la ejecución de la pena impuesta a la demandante, sino que también lleva a una redefinición del alcance de la pena impuesta. Como consecuencia de esa “doctrina”, la pena máxima de treinta años de cárcel ha perdido su carácter de pena autónoma sobre la cual se debían calcular las redenciones de pena por trabajo, para convertirse en una pena de treinta años de cárcel que, en realidad, no eran susceptibles de ninguna redención de pena de este tipo (§ 109). En el momento en que se dictaron las condenas de la demandante y en el que la misma recibió la notificación de la resolución de la acumulación y límite máximo de cumplimiento, nada indicaba la existencia de una tendencia perceptible en la evolución de la jurisprudencia que fuera en el sentido de la citada Sentencia del Tribunal Supremo. La demandante no podía por tanto esperar el giro efectuado por el Tribunal Supremo ni, en consecuencia, que la Audiencia Nacional [tribunal sentenciador en única instancia y competente para la ejecución] computara las redenciones de pena concedidas, pero ya no sobre la pena máxima de treinta años –como antes del cambio jurisprudencial–, sino sucesivamente sobre cada una de las penas dictadas. Este giro jurisprudencial ha tenido como efecto la modificación, de forma desfavorable para la demandante, del alcance de la pena impuesta (§ 117), de donde se desprende que ha habido violación del art. 7 CEDH (§ 118).

Con esta Sentencia el TEDH sienta jurisprudencia, vinculante para todos los Estados parte del CEDH, sobre el derecho a la legalidad penal de los condenados a pena de prisión, en su vertiente de derecho a conocer con carácter previo a la ejecución de la pena cuál va a ser el marco jurídico en el que se va a desarrollar.

SEMINARIO IBEROAMERICANO SOBRE “DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD”

28-30 de septiembre, La Antigua.

Ricardo Antonio González Soto

CUESTIONARIO

El presente cuestionario tiene por objeto abrir un foro de reflexión, debate e intercambio a partir de la situación actual, interna e internacional, de cada uno de los países participantes en el seminario, con la finalidad de elaborar un documento de conclusiones sobre los diferentes aspectos que se plantean en orden a la regulación de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad.

El contenido del cuestionario será objeto de exposición y debate en el seminario, si bien sería conveniente aportarlo con antelación como documentación del seminario en la página web de la actividad.

1. ¿Existe en los diferentes textos constitucionales de los países participantes alguna referencia expresa a los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad?

En el caso de Guatemala, el artículo 19 de la Constitución Política de la República prevé una serie de normas o derechos mínimos de las personas privadas de libertad.

2. ¿Qué alcance tiene la regulación constitucional de los diferentes supuestos de privación de libertad? Regulación de la privación de libertad policial y judicial: procedimiento y garantías.

Los artículos 6, 7 y 13 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establecen los derechos mínimos de los detenidos, que deben ser puestos a disposición de juez competente inmediatamente (policial); por otra parte, establece los motivos para dictar auto de prisión provisional (judicial); por su parte, el artículo 19 constitucional regula todo lo referente al sistema penitenciario y los derechos de las personas privadas de libertad.

3. ¿Cuáles son las garantías establecidas en la Constitución frente a las privaciones de libertad acordadas sin una resolución o control judicial?

En el artículo 263 constitucional se establece el derecho a la exhibición personal que goza toda persona que se encuentre ilegalmente presa, detenida o limitada de cualquier modo en el goce de su libertad individual, amenazada de la pérdida de ella o si sufre vejámenes o malos tratos aún cuando su prisión o detención sea legal; la exhibición personal tiene como finalidad que la persona sea exhibida ante los tribunales de justicia a efecto de que se le restituya o garantice su libertad, cesen los vejámenes o se ponga fin a la coacción de la que sea objeto.

4. ¿Está recogido en el texto constitucional la reinserción social como un derecho o principio constitucional?

En el artículo 19 constitucional, se establecen los fines del sistema penitenciario, dentro de los cuales se establece la readaptación social y la reeducación de las personas privadas de libertad, es decir que consiste en un principio constitucional.

5. En relación con el derecho a la defensa, ¿está regulado constitucionalmente ese derecho? ¿Cómo se tutela por los Poderes públicos la actuación de los abogados que atienden a los presos?

Sí está regulado en el artículo 12 de la Constitución Política de la República. En cuanto a la tutela de la actuación de los abogados, el Código Procesal Penal contiene ciertos lineamientos que facilitan el nombramiento de los abogados defensores, pudiendo actuar inmediatamente y se garantiza que podrán pedir, proponer e intervenir en el proceso sin limitación alguna, según la forma que establece la ley; además, se garantiza la defensa técnica durante la ejecución de la pena; todo ello sin perjuicio de los derechos inherentes a la calidad de abogado que establece la Ley del Organismo Judicial.

6. ¿Cómo se regula la posible modulación de las penas privativas de libertad? Agravantes y atenuantes en la ejecución de una pena privativa de libertad.

Las penas (incluidas las privativas de libertad) se gradúan de acuerdo con los parámetros que establece el artículo 65 del Código Penal, dentro de ellos se prevén las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran en el hecho ilícito. Ahora bien, una vez fijada la sanción esta únicamente podría disminuirse por medio de la aplicación de los beneficios

penitenciarios que establece la ley, ya no podría aumentarse, salvo que la persona cometa un nuevo delito que amerite una nueva sanción que posteriormente se acumule a la anterior.

7. ¿Qué alcance tiene en la doctrina constitucional el derecho a la intimidad de los presos en relación con la posibilidad de ser cacheado, registrada su celda o intervenidas sus comunicaciones?

Concretamente sobre esos asuntos no ha existido pronunciamiento de la Corte de Constitucionalidad; sin embargo, conforme la jurisprudencia internacional debe considerarse que el derecho a la intimidad debe ser preservado a todas las personas, incluidas las privadas de libertad y, por ello, el cacheo y registro de la celdas debe efectuarse respetando la dignidad de la persona y no puede ser un medio para causar sufrimiento o malos tratos. Ahora, en cuanto a la intervención de sus comunicaciones debe tomarse en cuenta que la Constitución garantiza en el artículo 24 la inviolabilidad de la correspondencia, documentos, libros y de las comunicaciones, las cuales solo podrán revisarse o incautarse con orden de juez competente y con las formalidades de ley; incluso ese mismo precepto prevé que los documentos e información obtenidos con violación de ese derecho no producen fe ni hacen prueba en juicio; de ahí que la intervención de las comunicaciones deberá evaluarse a la luz de esa norma constitucional.

8. ¿Cómo está regulado el régimen disciplinario penitenciario? ¿Qué garantías formales y materiales se regulan para garantizar los derechos de los reclusos?

En atención al artículo 19 constitucional, se creó la Ley del Régimen Penitenciario, que regula todo lo referente a los derechos, obligaciones y prohibiciones de los reclusos y de las autoridades penitenciarias, así como el régimen disciplinario penitenciario; ello sin perjuicio de los derechos mínimos que establece el artículo 19 citado.

9. Dentro de la regulación de extranjería, ¿está prevista alguna medida que lleve aparejada la privación de libertad dentro del procedimiento de expulsión de extranjeros irregulares?

Sí, podría existir alguna detención temporal dentro del trámite del procedimiento de expulsión, mientras la persona es custodiada por la policía hasta que la expulsión se haga efectiva.

10. ¿Cómo se regula en los diferentes ordenamientos la posibilidad de suspender la ejecución de una pena privativa de libertad, o incluso su perdón a través de un indulto?

En la Ley del Régimen Penitenciario se prevén como beneficios penitenciarios la prelibertad de los reclusos, la libertad controlada y la redención de penas. Por su parte, el Código Penal regula todo lo relativo a la rebaja de la pena por buena conducta, la suspensión condicional de la pena, la libertad condicional, el perdón judicial y el indulto.

11. ¿Cómo se determinan los límites de cumplimiento de las condenas? Régimen jurídico de la refundición y liquidación de condenas.

En el caso de Guatemala, los jueces de ejecución son los encargados de velar por la ejecución de las penas y todo lo que con ellas se relacione y, de esa cuenta, estos son los que aprueban el cómputo y determina las fechas en que finalizan las condenas y, en su caso, las fechas en las que podrían gozarse de los beneficios penitenciarios, pudiendo, incluso, de oficio, instar los incidentes correspondientes para tales beneficios; de igual forma, el juez de ejecución controla el cumplimiento adecuado del régimen penitenciario, realizando inspecciones en los centros de privación de libertad.

SEMINARIO IBEROAMERICANO SOBRE “DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD”

28-30 de septiembre, La Antigua.

CUESTIONARIO

El presente cuestionario tiene por objeto abrir un foro de reflexión, debate e intercambio a partir de la situación actual, interna e internacional, de cada uno de los países participantes en el seminario, con la finalidad de elaborar un documento de conclusiones sobre los diferentes aspectos que se plantean en orden a la regulación de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad.

El contenido del cuestionario será objeto de exposición y debate en el seminario, si bien sería conveniente aportarlo con antelación como documentación del seminario en la página web de la actividad.

1. ¿Existe en los diferentes textos constitucionales de los países participantes alguna referencia expresa a los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad?

Si, en el caso de Guatemala, existe la regulación correspondiente en la Constitución Política de la República, en los artículos del 6 al 20, pero especialmente en el artículo 19 se establece una serie de normas o derechos mínimos de las personas privadas de libertad.

2. ¿Qué alcance tiene la regulación constitucional de los diferentes supuestos de privación de libertad? Regulación de la privación de libertad policial y judicial: procedimiento y garantías.

El artículo 13 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece los motivos para dictar auto de prisión, confiriendo al juez contralor del proceso la posibilidad de aplicar dos tipos de privación de libertad (excepciones al derecho de libre locomoción), la primera conlleva la privación de la libertad de una persona, ya sea al comienzo del proceso por medio de la aprehensión, o durante su desarrollo hasta antes de que se dicte sentencia -prisión preventiva-, y la segunda que deviene de la condena a una pena privativa de libertad emitida contra el sindicado en observancia del debido proceso. La aprehensión se encuentra regulada

en los artículos 257 y 258; la prisión preventiva en los artículos 259 y 260; el auto de procesamiento en los artículos 320, 321 y 322; y lo relativo a la sentencia en los artículos 388, 389, 390, 391 y 392, todos del Código Procesal Penal.

3. ¿Cuáles son las garantías establecidas en la Constitución frente a las privaciones de libertad acordadas sin una resolución o control judicial?

La Constitución Política de la República de Guatemala, en su artículo 263 establece el derecho a la exhibición personal, el cual resguarda a toda persona que se encuentre ilegalmente presa, detenida o limitada de cualquier modo en el goce de su libertad individual, amenazada de la pérdida de ella o si sufre vejámenes o malos tratos aún cuando su prisión o detención sea legal; la exhibición personal tiene como finalidad que la persona sea exhibida ante los tribunales de justicia a efecto de que se le restituya o garantice su libertad, cesen los vejámenes o se ponga fin a la coacción de la que sea objeto.

4. ¿Está recogido en el texto constitucional la reinserción social como un derecho o principio constitucional?

Está regulado en el artículo 19 constitucional, dentro de los fines del sistema penitenciario, el cual tiende a garantizar la readaptación social y la reeducación de las personas privadas de libertad.

5. En relación con el derecho a la defensa, ¿está regulado constitucionalmente ese derecho? ¿Cómo se tutela por los Poderes públicos la actuación de los abogados que atienden a los presos?

El derecho de defensa sí está regulado en el artículo 12 de la Constitución Política de la República y guarda estrecha relación con el principio jurídico del debido proceso. La tutela respecto a la actuación de los abogados, está contenida en el Código Procesal Penal, pues este cuerpo legal contiene los lineamientos que facilitan el nombramiento de los abogados defensores (ya sea públicos o particulares), los profesionales aludidos pueden actuar inmediatamente en el proceso, se garantiza que podrán pedir, proponer e intervenir en este sin limitación alguna; también, se garantiza la defensa técnica durante la ejecución de la pena; todo ello sin perjuicio de los derechos inherentes a la calidad de abogado que establece la Ley del Organismo Judicial.

6. ¿Cómo se regula la posible modulación de las penas privativas de libertad? Agravantes y atenuantes en la ejecución de una pena privativa de libertad.

Las penas se fijan de conformidad con los supuestos establecidos en el artículo 65 del Código Penal. Para ello se toman en cuenta, entre otras, las circunstancias atenuantes establecidas en el artículo 26 y las agravantes dispuestas en el artículo 27 del citado cuerpo legal, cada una de estas se desarrolla en el Título IV, de las Circunstancias que Modifican la Responsabilidad Penal de la ley *ibídem*.

7. ¿Qué alcance tiene en la doctrina constitucional el derecho a la intimidad de los presos en relación con la posibilidad de ser cacheado, registrada su celda o intervenidas sus comunicaciones?

Respecto al derecho a la intimidad de los presos, no existen precedentes en los que la Corte de Constitucionalidad haya emitido pronunciamiento alguno. No obstante lo anterior, se tiene conocimiento de la jurisprudencia internacional, conforme a la cual debe considerarse que el derecho a la intimidad tiene que ser preservado a todas las personas, incluidas las privadas de libertad y, por ello, el cacheo y registro de la celdas debe efectuarse respetando la dignidad humana de la persona y no puede ser un medio para causar sufrimiento, malos tratos o vejámenes. En cuanto a la intervención de las comunicaciones de los presos debe tomarse en cuenta que la Constitución Política de la República establece en el artículo 24 la inviolabilidad de la correspondencia, documentos, libros y de las comunicaciones, las cuales solo podrán revisarse o incautarse con orden de juez competente y con las formalidades de ley; el precepto legal aludido, prevé incluso que los documentos e información obtenidos con violación de ese derecho no producen fe ni hacen prueba en juicio; de ahí que la intervención de las comunicaciones deberá evaluarse conforme a lo dispuesto en esa norma constitucional.

8. ¿Cómo está regulado el régimen disciplinario penitenciario? ¿Qué garantías formales y materiales se regulan para garantizar los derechos de los reclusos?

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 19 constitucional, se emitió la Ley del Régimen Penitenciario, Decreto 33-2006 del Congreso de la República, cuerpo legal que norma lo relativo a los derechos, obligaciones y prohibiciones de los reclusos, así como todo lo referente al sistema penitenciario, a los centros de prisión preventiva y los centro de

cumplimiento de condena para la ejecución de las penas y el régimen disciplinario aplicable en los centros penitenciarios.

9. Dentro de la regulación de extranjería, ¿está prevista alguna medida que lleve aparejada la privación de libertad dentro del procedimiento de expulsión de extranjeros irregulares?

Sí, podría existir alguna detención temporal dentro del trámite del procedimiento de expulsión, mientras la persona es custodiada por la policía hasta que la expulsión se haga efectiva.

10. ¿Cómo se regula en los diferentes ordenamientos la posibilidad de suspender la ejecución de una pena privativa de libertad, o incluso su perdón a través de un indulto?

En la Ley del Régimen Penitenciario, Decreto 33-2006 del Congreso de la República, se establece el procedimiento relativo a la prelibertad de los reclusos, la libertad controlada y la redención de penas (artículos 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73 y 74). El Código Penal en los artículos 78, 79, 80, 81 y 82 establece lo relativo a la libertad condicional. El citado cuerpo legal en los artículos 83 fija las condiciones del perdón judicial y en el 105 lo relativo al indulto.

11. ¿Cómo se determinan los límites de cumplimiento de las condenas? Régimen jurídico de la refundición y liquidación de condenas.

En el caso de Guatemala, el cumplimiento de las penas corresponde a los jueces de ejecución, pues estos se encargan de velar por la ejecución de las penas, así como de todo lo relativo a ellas, de esa cuenta, estos son los que realizan y aprueban el cómputo de estas, determinan las fechas en que finalizan las condenas y, en su caso, cuando el delito por el que se condenó a la persona lo permita, establecen las fechas en las que podrían gozarse de los beneficios penitenciarios, pudiendo, incluso, de oficio, instar los incidentes correspondientes para tales efectos; además, los jueces de ejecución controlan el cumplimiento adecuado del régimen penitenciario, realizando inspecciones en los centros de privación de libertad.

SEMINARIO IBEROAMERICANO SOBRE “DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD”

28-30 de septiembre, La Antigua.

CUESTIONARIO

El presente cuestionario tiene por objeto abrir un foro de reflexión, debate e intercambio a partir de la situación actual, interna e internacional, de cada uno de los países participantes en el seminario, con la finalidad de elaborar un documento de conclusiones sobre los diferentes aspectos que se plantean en orden a la regulación de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad.

El contenido del cuestionario será objeto de exposición y debate en el seminario, si bien sería conveniente aportarlo con antelación como documentación del seminario en la página web de la actividad.

1. ¿Existe en los diferentes textos constitucionales de los países participantes alguna referencia expresa a los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad?

Si, la Constitución Política de la República de Guatemala, en el artículo 19 referente al Sistema Penitenciario, establece algunos derechos mínimos de los privados de libertad, tales como que deben ser tratados como seres humanos; no deben ser discriminados por motivo alguno, ni podrán infligírseles tratos crueles, torturas físicas, morales, psíquicas, coacciones o molestias, trabajos incompatibles con su estado físico, acciones denigrantes a su dignidad, o hacerles víctimas de exacciones, ni ser sometidos a experimentos científicos. Asimismo, deben cumplir las penas en los lugares destinados para el efecto y tienen derecho a comunicarse, cuando lo soliciten, con sus familiares, abogado defensor, asistente religioso o médico, y en su caso, con el representante diplomático o consular de su nacionalidad.

Ahora bien, respecto a los detenidos por la presunta comisión de un hecho delictivo, el artículo 8 del Texto Fundamental prevé que **estos** deberán ser informados inmediatamente de sus derechos en forma que les sean comprensibles, especialmente que se les pueda proveer de un

defensor, el cual podrá estar presente en todas las diligencias policiales y judiciales, no podrán ser obligados a declarar sino ante autoridad judicial competente.

2. ¿Qué alcance tiene la regulación constitucional de los diferentes supuestos de privación de libertad? Regulación de la privación de libertad policial y judicial: procedimiento y garantías.

Con relación a la privación de libertad policial, la Ley Fundamental (art. 6) dispone que ninguna persona puede ser detenida o presa, sino por causa de delito o falta y en virtud de orden librada con apego a la ley por autoridad judicial competente, exceptuándose los casos de flagrante delito o falta. Los detenidos deben ser notificados del motivo de su detención y puestos a disposición de la autoridad judicial competente en un plazo que no exceda de seis horas, y no podrán quedar sujetos a ninguna otra autoridad. Desde el momento de su detención, los privados ostentan los derechos mínimos citados en la respuesta anterior, contenidos en el artículo 8 constitucional. Asimismo, no pueden ser interrogados, sino por juez competente (art. 9) y, en caso de serlo, el interrogatorio carece de valor probatorio. Finalmente, las personas aprehendidas por la autoridad policial no podrán ser conducidas a lugares de detención, arresto o prisión diferentes a los que están legal y públicamente destinados para el efecto, estos centros deben ser diferentes a los centros de condena.

En cuanto a la privación de libertad judicial, el artículo 13 fundamental prevé que no podrá dictarse auto de prisión, sin que preceda información de haberse cometido un delito y sin que concurren motivos racionales suficientes para creer que la persona detenida lo ha cometido o participado en él, el privado se presume inocente (art. 14) y no puede ser obligado a declarar contra sí o parientes (art. 16). Además, tiene los derechos previstos en el artículo 19 constitucional relacionados en la respuesta anterior.

3. ¿Cuáles son las garantías establecidas en la Constitución frente a las privaciones de libertad acordadas sin una resolución o control judicial?

La garantía constitucional de protección a la libertad de las personas es la exhibición Personal establecida en el artículo 263 de la Constitución, el cual prevé: “Quien se encuentre ilegalmente preso, detenido o cohibido de cualquier otro modo del goce de su libertad individual, amenazado de la pérdida de ella, o sufre vejámenes, aún cuando su prisión o detención fuere fundada en ley, tiene derecho a pedir su inmediata exhibición ante los

tribunales de justicia, ya sea con el fin de que se le restituya o garantice su libertad, se hagan cesar los vejámenes o termine la coacción a que estuviera sujeto”.

4. ¿Está recogido en el texto constitucional la reinserción social como un derecho o principio constitucional?

Si, el artículo 19 del Texto Supremo, al regular lo relativo al sistema penitenciario, en forma muy general preceptúa que este “debe tender a la readaptación social y a la reeducación de los reclusos”.

5. En relación con el derecho a la defensa, ¿está regulado constitucionalmente ese derecho? ¿Cómo se tutela por los Poderes públicos la actuación de los abogados que atienden a los presos?

El derecho de defensa se encuentra regulado en el artículo 12 de la Constitución, el cual ha sido desarrollado ampliamente por la Corte de Constitucionalidad, mediante doctrina legal absolutamente concordante con la sentada por la CIDH.

Ahora bien, en atención a lo dispuesto en el artículo 6 fundamental, dentro del sistema de administración de justicia, ha sido creado el Instituto de la Defensa Pública Penal, el cual ofrece el servicio gratuito de defensores públicos para los presos que así lo deseen.

6. ¿Cómo se regula la posible modulación de las penas privativas de libertad? Agravantes y atenuantes en la ejecución de una pena privativa de libertad-

Todo lo relativo a las circunstancias agravantes y atenuantes para la imposición de una pena se encuentran reguladas en el Código Penal, en el cual también se establecen los beneficios penitenciarios para los privados de libertad que están cumpliendo condena.

7. ¿Qué alcance tiene en la doctrina constitucional el derecho a la intimidad de los presos en relación con la posibilidad de ser cacheado, registrada su celda o intervenidas sus comunicaciones?

La Corte de Constitucionalidad no ha desarrollado doctrina legal alguna al respecto.

8. ¿Cómo está regulado el régimen disciplinario penitenciario? ¿Qué garantías formales y materiales se regulan para garantizar los derechos de los reclusos?

El referido régimen se encuentra regulado en la Ley del Régimen Penitenciario y diversos reglamentos creados para desarrollarla.

9. Dentro de la regulación de extranjería, ¿está prevista alguna medida que lleve aparejada la privación de libertad dentro del procedimiento de expulsión de extranjeros irregulares?

Tal situación se encuentra prevista en la Ley de Migración, quedando los extranjeros irregulares detenidos mientras se resuelve su deportación.

10. ¿Cómo se regula en los diferentes ordenamientos la posibilidad de suspender la ejecución de una pena privativa de libertad, o incluso su perdón a través de un indulto?

El indulto no se encuentra regulado en la legislación guatemalteca.

11. ¿Cómo se determinan los límites de cumplimiento de las condenas? Régimen jurídico de la refundición y liquidación de condenas.

El citado régimen se encuentra regulado en el apartado respectivo del Código Procesal Penal.

SEMINARIO IBEROAMERICANO SOBRE “DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD”

28-30 de septiembre, La Antigua.

CUESTIONARIO de CHILE

El presente cuestionario tiene por objeto abrir un foro de reflexión, debate e intercambio a partir de la situación actual, interna e internacional, de cada uno de los países participantes en el seminario, con la finalidad de elaborar un documento de conclusiones sobre los diferentes aspectos que se plantean en orden a la regulación de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad.

El contenido del cuestionario será objeto de exposición y debate en el seminario, si bien sería conveniente aportarlo con antelación como documentación del seminario en la página web de la actividad.

- 1. ¿Existe en los diferentes textos constitucionales de los países participantes alguna referencia expresa a los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad?**

La Constitución de la República de Chile no contiene una referencia expresa a los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad.

- 2. ¿Qué alcance tiene la regulación constitucional de los diferentes supuestos de privación de libertad? Regulación de la privación de libertad policial y judicial: procedimiento y garantías.**

La Constitución Política en su artículo 19, numeral 7°, establece:

“La Constitución asegura a todas las personas:

...

7°.- El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual.

En consecuencia:

...

b) Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes;

c) Nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario público facultado por la ley y después de que dicha orden le sea intimada en forma legal. Sin embargo, podrá ser detenido el que fuere sorprendido en delito flagrante, con el solo objeto de ser puesto a disposición del juez competente dentro de las veinticuatro horas siguientes.

Si la autoridad hiciere arrestar o detener a alguna persona, deberá, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, dar aviso al juez competente, poniendo a su disposición al afectado. El juez podrá, por resolución fundada, ampliar este plazo hasta por cinco días, y hasta por diez días, en el caso que se investigaren hechos calificados por la ley como conductas terroristas”

El Tribunal Constitucional ha señalado que entre las garantías mínimas de la persona que fuere afectada en su libertad personal, se encuentran el que deba ser puesto a disposición del juez dentro de un plazo determinado, para la obtención de una determinada conducta; que la privación de libertad deba materializarse en la casa del arrestado o en lugares públicos destinados al efecto; y que su aplicación no puede implicar la privación de determinados derechos, respetándose a su vez los derechos legítimos de terceros.

Con todo, el artículo 21 de la Constitución Política establece el Recurso de Amparo (Habeas Corpus), que reza de la siguiente forma:

Artículo 21.- Todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, podrá ocurrir por sí, o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley, a fin de que ésta ordene se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Esa magistratura podrá ordenar que el individuo sea traído a su presencia y su decreto será precisamente obedecido por todos los encargados de las cárceles o lugares de detención. Instruida de los antecedentes, decretará su libertad inmediata o hará que se reparen los defectos legales o pondrá al individuo a disposición del juez competente, procediendo en todo breve y sumariamente, y corrigiendo por sí esos defectos o dando cuenta a quien corresponda para que los corrija.

El mismo recurso, y en igual forma, podrá ser deducido en favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual. La respectiva magistratura dictará en tal caso las medidas indicadas en los incisos anteriores que estime conducentes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Los agentes de policía deben identificarse debidamente como tales al momento de la detención de las personas afectadas, deben velar por la vida e integridad física y psíquica de los detenidos como su

honor y dignidad, dando lugar con la debida diligencia a los trámites, plazos y requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico.

Practicada la detención policial y comunicados al detenido sus derechos, debe identificarse adecuadamente al detenido y tomarle la primera declaración, centrándose en la averiguación de los hechos delictivos y en la participación en ellos del inculpado y las demás personas que hubieren ayudado a ejecutarlo o encubrirlo, utilizando preguntas adecuadas y evitando todo tipo de coacción o apremio ilegítimos, trato cruel o degradante.

El detenido tiene derecho a negarse a declarar, puede hacer declaraciones sobre algunos aspectos consultados solamente y tiene derecho a la presencia de su abogado en las declaraciones indagatorias practicadas ante la policía. Ello se deduce del derecho de defensa que asiste al inculpado, como el derecho a la igualdad de armas que debe tener la defensa frente a la acusación en el proceso, lo que consagra el Código Procesal Penal.

3. ¿Cuáles son las garantías establecidas en la Constitución frente a las privaciones de libertad acordadas sin una resolución o control judicial?

Al respecto cabe tener presente lo dispuesto en el artículo 19, numeral 7°, de la Constitución Política, que señala:

Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

...

7°.- El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual.

En consecuencia:

...

c) Nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario público facultado por la ley y después de que dicha orden le sea intimada en forma legal. Sin embargo, podrá ser detenido el que fuere sorprendido en delito flagrante, con el solo objeto de ser puesto a disposición del juez competente dentro de las veinticuatro horas siguientes.

Si la autoridad hiciere arrestar o detener a alguna persona, deberá, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, dar aviso al juez competente, poniendo a su disposición al afectado. El juez podrá, por resolución fundada, ampliar este plazo hasta por cinco días, y hasta por diez días, en el caso que se investigaren hechos calificados por la ley como conductas terroristas;

d) Nadie puede ser arrestado o detenido, sujeto a prisión preventiva o preso, sino en su casa o en lugares públicos destinados a este objeto.

Los encargados de las prisiones no pueden recibir en ellas a nadie en calidad de arrestado o detenido, procesado o preso, sin dejar constancia de la orden correspondiente, emanada de autoridad que tenga facultad legal, en un registro que será público.

Ninguna incomunicación puede impedir que el funcionario encargado de la casa de detención visite al arrestado o detenido, procesado o preso, que se encuentre en ella. Este funcionario está obligado, siempre que el arrestado o detenido lo requiera, a transmitir al juez competente la copia de la orden de detención, o a reclamar para que se le dé dicha copia, o a dar él mismo un certificado de hallarse detenido aquel individuo, si al tiempo de su detención se hubiere omitido este requisito;

Sin perjuicio a lo anterior, cabe señalar algunas regulaciones especiales respecto a las detenciones realizadas por funcionarios públicos, cuando no existe resolución judicial.

La detención preventiva puede conceptualizarse como aquella que tiene su causa en la realización de un hecho punible, concretándose para poner el detenido a disposición de la autoridad judicial.

Cabe señalar las reglas especiales de la flagrancia, que es una excepción constitucional para las reglas de la detención. Esto se encuentra regulado en el Código Procesal Penal, en cuyos artículos pertinentes se indica lo siguiente:

Artículo 129.- *Detención en caso de flagrancia. Cualquier persona podrá detener a quien sorprendiere en delito flagrante, debiendo entregar inmediatamente al aprehendido a la policía, al ministerio público o a la autoridad judicial más próxima. Los agentes policiales estarán obligados a detener a quienes sorprendieren in fraganti en la comisión de un delito. No obstará a la detención la circunstancia de que la persecución penal requiriere instancia particular previa, si el delito flagrante fuere de aquellos previstos y sancionados en los artículos 361 a 366 quater del Código Penal. La policía deberá, asimismo, detener al sentenciado a penas privativas de libertad que hubiere quebrantado su condena, al que se fugare estando detenido, al que tuviere orden de detención pendiente, a quien fuere sorprendido en violación flagrante de las medidas cautelares personales que se le hubieren impuesto, al que fuere sorprendido infringiendo las condiciones impuestas en virtud de las letras a), b), c) y d) del artículo 17 ter de la ley N° 18.216 y al que violare la condición del artículo 238, letra b), que le hubiere sido impuesta para la protección de otras personas. En los casos de que trata este artículo, la policía podrá ingresar a un lugar cerrado, mueble o inmueble, cuando se encontrare en actual persecución del individuo a quien debiere detener, para el solo efecto de practicar la respectiva detención.*

Artículo 130.- *Situación de flagrancia. Se entenderá que se encuentra en situación de flagrancia:*

- a) El que actualmente se encontrare cometiendo el delito;*
- b) El que acabare de cometerlo;*
- c) El que huyere del lugar de comisión del delito y fuere designado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice;*

d) El que, en un tiempo inmediato a la perpetración de un delito, fuere encontrado con objetos procedentes de aquél o con señales, en sí mismo o en sus vestidos, que permitieren sospechar su participación en él, o con las armas o instrumentos que hubieren sido empleados para cometerlo, y

e) El que las víctimas de un delito que reclamen auxilio, o testigos presenciales, señalaren como autor o cómplice de un delito que se hubiere cometido en un tiempo inmediato.

Para los efectos de lo establecido en las letras d) y e) se entenderá por tiempo inmediato todo aquel que transcurra entre la comisión del hecho y la captura del imputado, siempre que no hubieren transcurrido más de doce horas.

Artículo 131.- Plazos de la detención. Cuando la detención se practicare en cumplimiento de una orden judicial, los agentes policiales que la hubieren realizado o el encargado del recinto de detención conducirán inmediatamente al detenido a presencia del juez que hubiere expedido la orden. Si ello no fuere posible por no ser hora de despacho, el detenido podrá permanecer en el recinto policial o de detención hasta el momento de la primera audiencia judicial, por un período que en caso alguno excederá las veinticuatro horas. Cuando la detención se practicare en virtud de los artículos 129 y 130, el agente policial que la hubiere realizado o el encargado del recinto de detención deberán informar de ella al ministerio público dentro de un plazo máximo de doce horas. El fiscal podrá dejar sin efecto la detención u ordenar que el detenido sea conducido ante el juez dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas, contado desde que la detención se hubiere practicado. Si el fiscal nada manifestare, la policía deberá presentar el detenido ante la autoridad judicial en el plazo indicado. Cuando el fiscal ordene poner al detenido a disposición del juez, deberá, en el mismo acto, dar conocimiento de esta situación al abogado de confianza de aquél o a la Defensoría Penal Pública. Para los efectos de poner a disposición del juez al detenido, las policías cumplirán con su obligación legal dejándolo bajo la custodia de Gendarmería del respectivo tribunal.

Si la detención preventiva espontánea fuere legal en todo su proceso hasta la entrega del detenido a la policía, pero se hubieren infringido aspectos de forma, como otorgar un trato degradante al detenido, haber hecho uso abusivo de la fuerza, trato cruel, tortura, etc., el responsable de la detención será autor del delito específico que delimita el ordenamiento jurídico, en el Código Penal, artículo 150 A y B.

La detención preventiva policial

La detención preventiva policial debe estar siempre basada en motivos racionales de suficiente intensidad que la legitimen, existiendo siempre el derecho del detenido de acudir de amparo, contemplado en el artículo 21 de la Constitución, cuando considere vulnerado su derecho de libertad personal en forma ilegal o arbitraria.

La policía debe regir su actuación por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance, principios que debieran consagrarse legalmente.

El Código Procesal Penal, su artículo 83 precisa las actuaciones policiales que no requieren orden previa ni instrucciones particulares de los fiscales, ellas son las siguientes:

- “a) Prestar auxilio a la víctima;*
- b) Practicar la detención en los casos de flagrancia, conforme a la ley;*
- c) Resguardar el sitio del suceso.*
- d) Identificar a los testigos y consignar las declaraciones que éstos prestaren voluntariamente, tratándose de los casos que se aluden en las letras b) y c) precedentes,*
- e) Recibir las denuncias del público, y*
- f) Efectuar las demás actuaciones que dispusieren otros cuerpos legales”.*

Con todo, cabe hacer mención especial al control de identidad establecido en el Código Procesal Penal, que autoriza a los funcionarios policiales solicitar la identificación de cualquier persona si hubiera fundamentos para estimar que ellos habrían cometido o intentado cometer un delito. El referido artículo 85 señala lo siguiente:

Artículo 85.- Control de identidad. Los funcionarios policiales señalados en el artículo 83 deberán, además, sin orden previa de los fiscales, solicitar la identificación de cualquier persona en los casos fundados, en que, según las circunstancias, estimaren que existen indicios de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; de que se dispusiere a cometerlo; de que pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta; o en el caso de la persona que se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad. La identificación se realizará en el lugar en que la persona se encontrare, por medio de documentos de identificación expedidos por la autoridad pública, como cédula de identidad, licencia de conducir o pasaporte. El funcionario policial deberá otorgar a la persona facilidades para encontrar y exhibir estos instrumentos.

Durante este procedimiento, sin necesidad de nuevos indicios, la policía podrá proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla, y cotejar la existencia de las órdenes de detención que pudieren afectarle. La policía procederá a la detención, sin necesidad de orden judicial y en conformidad a lo dispuesto en el artículo 129, de quienes se sorprenda, a propósito del registro, en alguna de las hipótesis del artículo 130, así como de quienes al momento del cotejo registren orden de detención pendiente.

En caso de negativa de una persona a acreditar su identidad, o si habiendo recibido las facilidades del caso no le fuere posible hacerlo, la policía la conducirá a la unidad policial más cercana para fines de identificación. En dicha unidad se le darán facilidades para procurar una identificación satisfactoria por otros medios distintos de los ya mencionados, dejándola en libertad en caso de obtenerse dicho resultado, previo cotejo de la existencia de órdenes de detención que pudieren afectarle. Si no resultare posible acreditar su identidad, se le tomarán huellas digitales, las que sólo podrán ser usadas para fines de identificación y, cumplido dicho propósito, serán destruidas.

El conjunto de procedimientos detallados en los incisos precedentes no deberá extenderse por un plazo superior a ocho horas, transcurridas las cuales la persona que ha estado sujeta a ellos deberá ser puesta en libertad, salvo que existan indicios de que ha ocultado su verdadera identidad o ha proporcionado una falsa, caso en el cual se estará a lo dispuesto en el inciso siguiente.

Si la persona se niega a acreditar su identidad o se encuentra en la situación indicada en el inciso anterior, se procederá a su detención como autora de la falta prevista y sancionada en el N° 5 del artículo 496 del Código Penal. El agente policial deberá informar, de inmediato, de la detención al fiscal, quien podrá dejarla sin efecto u ordenar que el detenido sea conducido ante el juez dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas, contado desde que la detención se hubiere practicado. Si el fiscal nada manifestare, la policía deberá presentar al detenido ante la autoridad judicial en el plazo indicado.

Los procedimientos dirigidos a obtener la identidad de una persona en conformidad a los incisos precedentes, deberán realizarse en la forma más expedita posible, y el abuso en su ejercicio podrá ser constitutivo del delito previsto y sancionado en el artículo 255 del Código Penal.

Con todo, como garantía de no existir detenciones ilegales, el código Procesal Penal señala lo siguiente:

Artículo 133.- Ingreso de personas detenidas. Los encargados de los establecimientos penitenciarios no podrán aceptar el ingreso de personas sino en virtud de órdenes judiciales.

4. ¿Está recogido en el texto constitucional la reinserción social como un derecho o principio constitucional?

En Chile, la norma constitucional no se refiere a la reinserción social, como sucede en otros países de la región. Sin embargo, diversas disposiciones infraconstitucionales hacen mención a este tópico.

Así, la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia, Decreto Ley N° 3.346, en su artículo 2° señala que al Ministerio de Justicia corresponde, entre otras, las siguientes funciones:

*“c) Formular políticas, planes y programas sectoriales, en especial respecto de la defensa judicial de los intereses del Estado; del tratamiento penitenciario y **la rehabilitación del reo;***

...

*l) Crear establecimientos penales y de tratamiento y **rehabilitación penitenciarios;**”*

Por su parte la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile, Decreto Ley N° 2.859, señala en su artículo 1°:

*“Gendarmería de Chile es un Servicio Público dependiente del Ministerio de Justicia, que tiene por finalidad atender, vigilar y **contribuir a la reinserción social de las personas** que por resolución de autoridades competentes, fueren detenidas o privadas de libertad y cumplir las demás funciones que le señale la ley.”*

Especificándose en el artículo 3°, letra f), que es función de Gendarmería:

f) Contribuir a la reinserción social de las personas privadas de libertad, mediante la ejecución de acciones tendientes a eliminar su peligrosidad y lograr su reintegración al grupo social;

Y agregándose en el artículo 8º, inciso primero, que la Subdirección Técnica de Gendarmería:

“...estará encargada de desarrollar los programas y proyectos institucionales tendientes a la reinserción social de las personas atendidas en los distintos sistemas, velando por el mejoramiento permanente del régimen penitenciario.”

Finalmente, cabe señalar que el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, aprobado mediante Decreto N° 518 de 22 de Mayo de 1998, establece en su artículo 1º:

“La actividad penitenciaria se regirá por las normas establecidas en el presente Reglamento y tendrá como fin primordial tanto la atención, custodia y asistencia de detenidos, sujetos a prisión preventiva y condenados, como la acción educativa necesaria para la reinserción social de los sentenciados a penas privativas de libertad o sustitutivas de ellas.”

Estableciéndose un capítulo especial en dicho reglamento sobre la reinserción social (Título Quinto. De las actividades y acciones para la reinserción social.)

5. En relación con el derecho a la defensa, ¿está regulado constitucionalmente ese derecho? ¿Cómo se tutela por los Poderes públicos la actuación de los abogados que atienden a los presos?

El artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República declara lo siguiente:

“La Constitución asegura a todas las personas:

...3º La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerza Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos.

La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos. La ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes.

Toda persona imputada de delito tiene derecho irrenunciable a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si no nombrare uno en la oportunidad establecida por la ley.”

A su vez, el artículo 8° del Código Procesal Penal determina que *“el imputado tendrá derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra”*. A su vez, el artículo 7° inciso 2° precisa que *“se entenderá como primera actuación del procedimiento cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el ministerio público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible”*.

En virtud del mismo numeral 3° del artículo 19 precitado se consagra el derecho a la defensa jurídica y además el derecho irrenunciable a ser asistido por un abogado defensor proporcionado por el Estado, en el caso que no se exprese la voluntad de una asesoría particular. Para dar cumplimiento a este derecho constitucional de la asesoría jurídica gratuita, se creó mediante la Ley N° 19.718 la Defensoría Pública.

El artículo 1° de la Ley 19.718 establece:

“Créase un servicio público, descentralizado funcionalmente y desconcentrado territorialmente, denominado Defensoría Penal Pública, en adelante "la Defensoría" o "el Servicio", dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Justicia.”

Por su parte el artículo 2° de la misma ley indica:

“La Defensoría tiene por finalidad proporcionar defensa penal a los imputados o acusados por un crimen, simple delito o falta que sea de competencia de un juzgado de garantía o de un tribunal de juicio oral en lo penal y de las respectivas Cortes, en su caso, y que carezcan de abogado.”

La Defensoría Pública es un órgano de la Administración, por lo que su personal se encuentra sujeto a las disposiciones del Estatuto Administrativo, pudiendo incurrir en responsabilidades administrativas.

Sin perjuicio de lo anterior, existe en la Ley 19.718 un mecanismo de licitación que permite a las personas jurídicas o abogados particulares para que presente defensa penal pública. El artículo 44 de la Ley establece quienes pueden participar de tales licitaciones:

“a) Las personas naturales que cuenten con el título de abogado y cumplan con los demás requisitos para el ejercicio profesional, y

b) Las personas jurídicas, públicas o privadas, con o sin fines de lucro, que cuenten con profesionales que cumplan los requisitos para el ejercicio profesional de abogado.

Los postulantes a la licitación deberán señalar específicamente el porcentaje del total de casos al que postulan y el precio de sus servicios.”

La misma Ley contempla un sistema de control, reclamaciones y sanciones a las personas que presten servicios de defensa penal pública. El artículo 56 señala que:

“El desempeño de los defensores locales y de los abogados que presten defensa penal pública será controlado a través de las siguientes modalidades:

- a) Inspecciones;*
- b) Auditorías externas;*
- c) Informes, que serán semestrales y final, y*
- d) Reclamaciones.”*

Las inspecciones de las defensorías locales, de los abogados y de las personas jurídicas que presten defensa penal pública se llevarán a cabo sin aviso previo. Durante la inspección, se podrán examinar las actuaciones de la defensa, según la metodología que determine el reglamento.

Para estos efectos, se podrán revisar las instalaciones en que se desarrollen las tareas, verificar los procedimientos administrativos del prestador del servicio, entrevistar a los beneficiarios del servicio y a los jueces que hayan intervenido en los procedimientos respectivos, asistir a las actuaciones de cualquier procedimiento en el que la persona jurídica o el abogado que esté siendo objeto de inspección se encuentre prestando defensa y, en general, recabar todos los antecedentes que permitan formarse una impresión precisa acerca de las actividades objeto de la inspección.

Las auditorías externas tendrán lugar aleatoriamente, de acuerdo con las normas que se establezcan en el reglamento.

Serán realizadas por empresas auditoras independientes y tendrán por objeto controlar la calidad de la atención prestada y la observancia de los estándares básicos, previamente fijados por el Defensor Nacional, que deben cumplir en el procedimiento penal quienes presten servicios de defensa penal pública.

Los informes, por su parte deberán ser obligatoriamente emitidos por las personas que presten defensa penal pública. Estos informes son semestrales y deben contener a lo menos:

- a) Las materias, casos y número de personas atendidas;
- b) El tipo y cantidad de las actuaciones realizadas;
- c) Las condiciones y plazos en los que se hubiere prestado el servicio, y
- d) Los inconvenientes que se hubieren producido en la tramitación de los casos.

6. ¿Cómo se regula la posible modulación de las penas privativas de libertad? Agravantes y atenuantes en la ejecución de una pena privativa de libertad.

La ejecución de las penas privativas de libertad es la que tiene una de las reglamentaciones más minuciosas en el Código Penal y en otras disposiciones legales, como la Ley 18.216, sobre la regulación de las sustituciones de las penas de libertad, el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, etc.

Una de las instituciones más utilizadas para el reemplazo de la pena privativa de libertad es la llamada condena condicional. En Chile, esta institución se encuentra principalmente reglamentada en la Ley 18.216, sobre Medidas Alternativas a la Penas Privativas o Restrictivas de Libertad, bajo la forma de “**remisión condicional de la pena**” y de “**libertad vigilada**”, pero también hay disposiciones semejantes en el propio Código Penal.

La Remisión condicional de la pena (establecida en el artículo 3° de la Ley 18.216) consiste en la suspensión del cumplimiento de la pena y en “la discreta observación y asistencia del condenado por la autoridad administrativa durante cierto tiempo”. El otorgamiento de este beneficio es facultativo, pero no arbitrario, y el tribunal debe fundamentar su resolución, al menos en determinados aspectos. Los requisitos para que la remisión pueda otorgarse son:

- a) La sentencia debe imponer una pena privativa o restrictiva de libertad no superior a tres años de duración.
- b) El reo no debe haber sido condenado antes por crimen o simple delito.
- c) Los antecedentes personales del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible, y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito deben ser tales que permitan presumir que no volverá a delinquir.
- d) Las circunstancias indicadas en b) y c) deben mostrar que es innecesario un tratamiento o la ejecución efectiva de la pena.

Este beneficio puede concederse de parte o de oficio por el tribunal. Conforme al artículo 24 de la ley, tanto al otorgarlo como al denegarlo deberá expresar los fundamentos de la decisión y los antecedentes en que se apoya. El artículo 25 de la misma permite, si la sentencia de primera instancia ha denegado el beneficio, apelar del fallo únicamente en lo que se refiere a esta negativa, y en tal caso el tribunal superior solo se pronunciará sobre este punto.

Cuando el tribunal otorgue la remisión condicional, deberá fijar un plazo de observación que no será inferior al de la duración de la pena, y en ningún caso inferior a un año, y no será superior a tres años, e impondrá las siguientes obligaciones:

- Residir en un lugar determinado, que podrá ser propuesto por el condenado.
- Sujeción al control administrativo y asistencia a la sección correspondiente de Gendarmería de Chile, la que requerirá anualmente la presentación de un certificado de antecedentes prontuarios.
- Ejercer una profesión, oficio, empleo, arte, industria o comercio, si el condenado carece de medios conocidos y honestos de subsistencia y no posee la calidad de estudiante.
- Satisfacer las indemnizaciones civiles, costas y multas impuestas por la sentencia.

La revocación del beneficio puede producirse de dos maneras:

- Por el quebrantamiento, dentro del período de observación, de algunas de las obligaciones ya referidas;
- Si durante el período de cumplimiento el beneficiado cometiere un nuevo crimen o simple delito. En este caso, la revocación se produce por el solo ministerio de la ley, y su efecto es el de obligar al cumplimiento efectivo del total de la pena inicialmente impuesta, o si procediere, “de una medida alternativa equivalente a toda su duración”.

La libertad vigilada se asimila a la de remisión condicional de la pena, tendiendo como diferencias esenciales en que puede otorgarse para condenas a penas más largas y en que las obligaciones impuestas al régimen de observación son más estrictas.

Los requisitos para su otorgamiento son:

- a. La sentencia debe imponer una pena privativa o restrictiva de libertad superior a dos años y que no exceda de cinco
- b. El beneficiado no debe haber sido condenado antes por crimen o simple delito.
- c. Los informes sobre antecedentes sociales y características de personalidad del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito deben permitir concluir que un tratamiento en libertad aparece como eficaz y necesario, en el caso específico, para una efectiva readaptación y resocialización del beneficiado.

Sobre las atenuantes y agravantes:

En la normativa penal chilena las circunstancias modificatorias pueden ser atenuantes, agravantes o mixtas. Las primeras, que disminuyen la responsabilidad penal son reguladas en el artículo 11 del Código Penal, las segundas, que la aumenta, se encuentran establecidas en su artículo 12. Las mixtas, que pueden causar uno u otro efecto según la naturaleza y accidentes del delito, se encuentran establecidas en el artículo 13. En estos tres artículos se encuentra taxativamente enumerados los casos de modificación de la pena. Así los referidos artículos del Código Penal señalan lo siguiente:

Art. 11. Son **circunstancias atenuantes**:

1a. Las expresadas en el artículo anterior¹, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.

2a. Derogada.

3a. La de haber precedido inmediatamente de parte del ofendido, provocación o amenaza proporcionada al delito.

4a. La de haberse ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor, a su cónyuge, o su conviviente, a sus parientes legítimos por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, a sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos.

5a. La de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebato y obcecación.

6a. Si la conducta anterior del delincuente ha sido irreprochable.

7a. Si ha procurado con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias.

8a. Si pudiendo eludir la acción de la justicia por medio de la fuga u ocultándose, se ha denunciado y confesado el delito.

9a. Si se ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos.

10a. El haber obrado por celo de la justicia.

¹ El artículo anterior (art. 10) está reservado a las circunstancias eximentes de responsabilidad. De esta manera, la falta de algún requisito para eximir de responsabilidad puede transformar dicha circunstancia, merced a lo previsto por el N°1 del artículo 11.

Art. 12. Son **circunstancias agravantes**:

1a. Cometer el delito contra las personas con alevosía, entendiéndose que la hay cuando se obra a traición o sobre seguro.

2a. Cometerlo mediante precio, recompensa o promesa.

3a. Ejecutar el delito por medio de inundación, incendio, veneno u otro artificio que pueda ocasionar grandes estragos o dañar a otras personas.

4a. Aumentar deliberadamente el mal del delito causando otros males innecesarios para su ejecución.

5a. En los delitos contra las personas, obrar con premeditación conocida o emplear astucia, fraude o disfraz.

6a. Abusar el delincuente de la superioridad de su sexo o de sus fuerzas , en términos que el ofendido no pudiera defenderse con probabilidades de repeler la ofensa.

7a. Cometer el delito con abuso de confianza.

8a. Prevalerse del carácter público que tenga el culpable.

9a. Emplear medios o hacer que concurran circunstancias que añadan la ignominia a los efectos propios del hecho.

10a. Cometer el delito con ocasión de incendio, naufragio, sedición, tumulto o conmoción popular u otra calamidad o desgracia.

11a. Ejecutarlo con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad.

12a. Ejecutarlo de noche o en despoblado.

El tribunal tomará o no en consideración esta circunstancia, según la naturaleza y accidentes del delito.

13a. Ejecutarlo en desprecio o con ofensa de la autoridad pública o en el lugar en que se halle ejerciendo sus funciones.

14a. Cometer el delito mientras cumple una condena o después de haberla quebrantado y dentro del plazo en que puede ser castigado por el quebrantamiento.

15a. Haber sido condenado el culpable anteriormente por delitos a que la ley señale igual o mayor pena.

16a. Haber sido condenado el culpable anteriormente por delito de la misma especie.

17a. Cometer el delito en lugar destinado al ejercicio de un culto permitido en la República.

18a. Ejecutar el hecho con ofensa o desprecio del respeto que por la dignidad, autoridad, edad o sexo mereciere el ofendido, o en su morada, cuando él no haya provocado el suceso.

19a. Ejecutarlo por medio de fractura o escalamiento de lugar cerrado.

20.^a Ejecutarlo portando armas de aquellas referidas en el artículo 132.

21.^a Cometer el delito o participar en él motivado por la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca.

Art. 13. Es **circunstancia atenuante o agravante**, según la naturaleza y accidentes del delito:
Ser el agraviado cónyuge, pariente legítimo por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, padre o hijo natural o ilegítimo reconocido del ofensor.

7. ¿Qué alcance tiene en la doctrina constitucional el derecho a la intimidad de los presos en relación con la posibilidad de ser cacheado, registrada su celda o intervenidas sus comunicaciones?

Al respecto cabe tener presente lo señalado en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, Decreto N° 518 de 1998, del Ministerio de Justicia, que señala que el interno se encuentra en una relación de derecho público con el Estado, de manera que fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres.

En este sentido, los internos no pierden el libre ejercicio de sus derechos fundamentales, sin perjuicio de las limitaciones de los mismos, por razones propias del régimen de encierro. Así, el mismo reglamento señala que la actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, las leyes y sus reglamentos y las sentencias judiciales.

En concreto vale la pena tener presente lo señalado en el artículo 6° del Reglamento, que dispone lo siguiente:

Ningún interno será sometido a torturas, a tratos crueles, inhumanos o degradantes, de palabra u obra, ni será objeto de un rigor innecesario en la aplicación de las normas del presente Reglamento.

Se garantiza la libertad ideológica y religiosa de los internos, su derecho al honor, a ser designados por su propio nombre, **a la intimidad personal**, a la información, a la educación y el acceso a la cultura, procurando el desarrollo integral de su personalidad, y a elevar peticiones a las autoridades, en las condiciones legalmente establecidas.

La Administración Penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos y permitirá el ejercicio de los derechos compatibles con su situación procesal.

De esta forma, el reglamento reitera el principio constitucional del respeto a los derechos fundamentales garantizados a todas las personas. En tal sentido, y siguiendo la doctrina constitucional sobre la materia, la limitación de los derechos no pueden afectarlos en su esencia.

Con todo, respecto de la intervención de las comunicaciones y la intimidad de los reclusos, bien vale tener presente las siguientes disposiciones del Reglamento:

Artículo 40.- Los internos tendrán derecho a la información, el que se ejercerá mediante la libre lectura de libros, diarios, periódicos, revistas, y a través de aparatos de radio y televisión del establecimiento o de los internos, cuyo ingreso haya autorizado el Alcaide.

Este derecho se ejercerá de manera que no perturbe la seguridad o las actividades normales del establecimiento y el derecho de los demás internos al descanso y a vivir en un ambiente tranquilo. El ejercicio de este derecho podrá limitarse mediante una Resolución fundada del Jefe del Establecimiento, del Director Regional respectivo o del Director Nacional, que restrinja la circulación de los medios de comunicación social cuando se refieran a temas que pudieren afectar gravemente la seguridad o las actividades normales del establecimiento.

Artículo 41.- Los internos condenados podrán comunicarse en forma escrita, en su propio idioma, con sus familiares, amigos, representantes de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria y en general, con las personas que ellos deseen.

Estas comunicaciones **se efectuarán de manera que se respete al máximo la privacidad** y, en todo caso se regularán por el procedimiento establecido en los artículos siguientes.

Los detenidos y sujetos a prisión preventiva, se registrarán por lo que al respecto disponen las leyes procesales pertinentes.

Artículo 43.- De toda **correspondencia enviada por los internos o recibida por éstos se llevará un control estricto con el fin de detectar cualquier irregularidad** de la cual el funcionario encargado deberá dar cuenta en su caso al Jefe del Establecimiento.

La obligación de comunicar las irregularidades se refiere en particular, a la presencia de claves o a la referencia a temas delictivos o que propendan a la alteración del orden interno del establecimiento o de la sociedad, relacionados con conductas terroristas, subversivas, de narcotráfico o crimen organizado.

Ahora bien, en relación a los registros corporales, cabe tener presente lo dispuesto en el artículo 27 bis del Reglamento que dispone:

Artículo 27 bis.- La administración penitenciaria, como medida de seguridad, y con el objeto de detectar la tenencia de elementos declarados prohibidos por la autoridad, podrá disponer la realización de registros corporales a los internos, que consistirán en una revisión visual y táctil exhaustiva de la vestimenta y especies que éstos porten. Dichas actuaciones se realizarán por funcionarios del mismo sexo de la persona a quien se registra, en espacios previamente determinados y de conformidad a los procedimientos establecidos por resolución del Director Nacional.

Con todo, **en la realización de los registros corporales, quedará prohibido el desprendimiento integral de la vestimenta de los internos, la ejecución de registros intrusivos, la realización de ejercicios físicos y, en general, cualquier otra actividad que menoscabe la dignidad de éstos.** Para tales efectos, la administración penitenciaria propenderá a la utilización de elementos tecnológicos.

Cuando existan antecedentes que hagan presumir que un interno oculta en su cuerpo algún elemento prohibido, susceptible de causar daño a la salud o integridad física de éste, o de otras personas, o de alterar la seguridad del establecimiento, el interno será derivado a la respectiva unidad médica para la realización del procedimiento correspondiente.

8. ¿Cómo está regulado el régimen disciplinario penitenciario? ¿Qué garantías formales y materiales se regulan para garantizar los derechos de los reclusos?

La autoridad que detenta la potestad disciplinaria es el Jefe del Establecimiento o Alcaide. A él corresponde determinar la sanción que será aplicada (art. 82 del Reglamento de establecimientos penitenciarios).

En el ejercicio de dicha potestad, el Alcaide deberá tener a la vista el parte de rigor y la declaración del interno, de los testigos y del afectado, si lo hubiere, así como también, si existe, la recomendación del Consejo Técnico y deberá dejar constancia sucintamente en la resolución de todos esos antecedentes.

Sólo en el caso que se trate de una conducta sancionada con falta grave, el jefe del penal está obligado a oír al interno, más no en el caso de faltas menos graves o leves.

Asimismo, sólo en caso de faltas graves, deberá remitirse una copia de la resolución que aplica la sanción al Director Regional, quien podrá eventualmente anularla o modificarla por razones fundadas.

Para cualquier sanción disciplinaria, el Jefe del establecimiento deberá considerar, además de la gravedad de la falta, la conducta del recluso durante el transcurso del año (art. 98 del Reglamento de establecimientos penitenciarios). Así, en caso de reincidencia, se podrá aplicar hasta el máximo de la sanción y en caso de internos primerizos podrá imponerse el mínimo de ella.

Como requisito de validez del acto administrativo, el art. 87 del Reglamento indica que la repetición de toda medida disciplinaria deberá comunicarse al Juez del lugar de reclusión antes de su aplicación, quien sólo podrá autorizarla por resolución fundada y adoptando las medidas para resguardar la seguridad e integridad del interno. Dicho Juez, por las normas de competencia del Código Orgánico de Tribunales (art. 14, letra f), es el Juez de Garantía en cuyo territorio jurisdiccional se encuentre recluido el condenado.

Si se trata de imputados sujetos a prisión preventiva, la aplicación de cualquiera de las medidas disciplinarias, deberá ser informada inmediatamente al tribunal que conoce de la causa.

9. Dentro de la regulación de extranjería, ¿está prevista alguna medida que lleve aparejada la privación de libertad dentro del procedimiento de expulsión de extranjeros irregulares?

El internamiento de extranjeros de carácter preventivo, previo a su expulsión, tiene diferencias fundamentales con las detenciones preventivas de carácter penal, tanto por las condiciones físicas de su ejecución como en función del papel que cumple la administración en uno u otro caso. En el caso del extranjero en proceso de expulsión, la decisión final corresponde a la administración y no al juez como en la detención penal, el órgano administrativo ya no opera como mero auxiliar de la justicia sino que tiene un interés directo como policía de extranjeros.

La detención de un extranjero para determinar su posible expulsión del territorio nacional no puede sustraerse al plazo máximo de detención preventiva de 48 horas, sin ser puesto a disposición judicial, aunque no es una detención preventiva de carácter penal o criminal, ya que en el caso penal la decisión sobre la suerte del detenido la determina el juez, mientras la expulsión, posterior a la detención, es de resorte de la autoridad gubernativa, actuando en un interés específico estatal y no como mero auxiliar de la justicia.

Ahora, como la detención constituye una privación de libertad, la decisión de su legalidad o arbitrariedad tiene un carácter jurisdiccional, incluyendo el derecho a la acción de habeas corpus.

La disponibilidad sobre la pérdida de libertad tiene un carácter judicial, sin perjuicio del carácter administrativo de la decisión de expulsión y de ejecución de la misma. Así el régimen de internamiento preventivo de extranjeros debe asimilarse a la prisión preventiva, por lo cual tiene un carácter cautelar excepcional, debiendo ser motivada y racional.

10. ¿Cómo se regula en los diferentes ordenamientos la posibilidad de suspender la ejecución de una pena privativa de libertad, o incluso su perdón a través de un indulto?

La Constitución Política en el numeral 14 del artículo 32 establece como atribución especial del Presidente de la República:

“Otorgar indultos particulares en los casos y formas que determine la ley.”

De esta forma, la misma Constitución se encarga de establecer la posibilidad de otorgar un indulto particular. La misma Constitución establece dos limitaciones a esta facultad. En primer lugar, para otorgarse el indulto deberá haberse dictado una sentencia ejecutoriada en el respectivo proceso. En segundo lugar, respecto de los funcionarios acusados por la Cámara de Diputados y condenados por el Senado, sólo pueden ser indultados por el Congreso.

La regulación legal del indulto se encuentra consagrada en la Ley 18.050, que establece las normas generales para conceder indultos particulares.

El artículo 1° de dicha ley establece el campo de aplicación de estas normas, señalando que todas las personas condenadas pueden solicitar un indulto particular, exceptuándose a aquellas personas que fueran condenadas por delitos terroristas. Así, en su expresión textual, el artículo 1° señala:

“Toda persona que se encuentre condenada podrá solicitar al Presidente de la República que le otorgue la gracia del indulto, siempre que cumpla con los requisitos establecidos en esta ley y en su reglamento.

No obstante, el indulto no procederá respecto de los condenados por conductas terroristas calificadas como tales por una ley dictada de acuerdo al artículo 9° de la Constitución Política del Estado.”

Ahora bien, el artículo 3° del mismo cuerpo legal señala que el indulto sólo puede impetrarse por el condenado una vez que se haya dictado sentencia ejecutoriada en el respectivo proceso, reiterándose así la norma constitucional.

Por su parte, el artículo 4° de la Ley señala los casos en que no se concederán los indultos, lo que ocurre en los siguientes casos:

- a) *Cuando no se encontraren cumpliendo sus condenas en el respectivo establecimiento, si estuvieren condenados a prisión, presidio o reclusión; o en la localidad que se le señaló en la sentencia, si ésta hubiere impuesto pena de relegación;*
- b) *Cuando fueren formuladas antes de haber transcurrido un año desde la fecha del decreto que haya resuelto una solicitud anterior;*
- c) *Cuando se tratare de delinquentes habituales o de condenados que hubieren obtenido indulto anteriormente;*
- d) *Cuando no hubieren cumplido a lo menos la mitad de la pena, en los casos de condenados como autores por los delitos de malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales, crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y la integridad sexual, crímenes y simples delitos contra las personas, robo con violencia o intimidación en las personas, robo con fuerza en las cosas, estafas y de incendio.*

No quedarán afectos a esta última exigencia, los condenados por delitos a que la ley asigna una pena no

superior a las de presidio, reclusión, confinamiento y extrañamiento y relegación menores o destierro, en su grado mínimo.

- e) Cuando no hubieren cumplido a lo menos, dos tercios de la pena en los casos de reincidentes, de condenados por dos o más delitos que merezcan pena aflictiva y por los delitos de parricidio, homicidio calificado, infanticidio, robo con homicidio, explotación sexual y elaboración o tráfico de estupefacientes, y*
- f) Cuando habiendo obtenido la libertad condicional, se les hubiere revocado este beneficio y no fueren acreedores al indulto según el Tribunal de Conducta del respectivo establecimiento el cual deberá, para este fin, conocer los antecedentes e informar sobre la petición.*

Cabe señalar que en los casos de las letra d) y e), el solicitante no podrá pedir consideración del indulto antes de haberse cumplido, a lo menos, cinco años de su condena.

Con todo, todo condenado que le falte cumplir menos de tres meses de su condena podrá solicitar el indulto, sin más requisitos que los contemplados en el artículos 1° y 3° de la Ley.

Finalmente, el artículo 6° de la Ley sobre normas generales de indultos particulares faculta al Presidente de la República en casos calificados y mediante decreto supremo fundado, prescindir de los requisitos establecidos en la ley, siempre que el beneficiado está condenado por sentencia ejecutoriada y no haya sido condenado por delitos terroristas calificados.

11. ¿Cómo se determinan los límites de cumplimiento de las condenas? Régimen jurídico de la refundición y liquidación de condenas.

La determinación de las penas es una tarea compleja, por la combinación de reglas contenidas en la parte general y en la parte especial del Código Penal, aparte de las que aparecen en las leyes especiales, y por la minuciosidad de estas reglas, consecuencia del afán del legislador de reducir a un mínimo el arbitrio judicial y de precisar hasta el máximo la pena aplicable en cada caso, tratando de prever el mayor número de situaciones posibles.

El juez parte de la determinación legal, toma por base la pena señalada en el respectivo tipo penal. El legislador contempla un marco penal, es decir, un margen de pena que tiene un mínimo y un máximo. Por ejemplo: presidio menor en grado medio a presidio mayor en grado mínimo; presidio mayor en grado máximo a presidio perpetuo; reclusión menor en sus grados mínimos a medio. También puede señalarse un solo grado que también supone un marco, pues todo grado tiene una extensión entre un mínimo y un máximo. Por ejemplo: presidio mayor en grado mínimo (artículo 341, 1°) va de 5 años y 1 día a 10 años: presidio menor en grado

máximo (artículo 342, 2º) va de 3 años y 1 día a 5 años; presidio menor en grado medio (artículo 342, 3º) va de 541 días a 3 años.

La determinación legal parte de una sanción general para el autor de un delito consumado (artículo 50), por eso tal sanción resulta ser una base general que va a cambiar según el grado de participación del sujeto (autor, cómplice o encubridor) y el grado de desarrollo del delito (tentativa, frustración o consumación), sin perjuicio de las circunstancias concurrentes en cada caso que puedan exigir un aumento (agravante) o una disminución (atenuante) de pena.

Respecto de la refundición y liquidación de delitos, cabe señalar que el Código Penal establece reglas acerca del concurso de delitos. Estos suponen la realización de varios delitos, ya sean varias conductas que configuren cada una un delito (concurso real) o exista un solo comportamiento que suponga varios delitos (concurso ideal). Existen reglas especiales para concursos de delitos que modifican la determinación legal del ilícito. Las reglas de los concursos se excluyen cuando el legislador trata las conductas de otra manera, como en los delitos complejos donde un mismo tipo penal describe en forma conjunta dos o más delitos que sanciona con una misma pena.

Reglas especiales.

En el caso del concurso real, la suma de conductas que configuran varios delitos lleva a la aplicación de una regla de acumulación material de penas, según el artículo 74. Esta norma dispone que han de imponerse “todas las penas correspondientes”, siempre que fuera posible (si, por ejemplo, son de distinta naturaleza. Si no fuera posible cumplirlas simultáneamente, se cumplirán en forma sucesiva.

Si una conducta constituye varios delitos o se trata de distintas conductas que configuran delitos relacionado medialmente, pues uno es el medio para la comisión de otro, la regla cambia y se aplica un principio de absorción: procede imponer la “pena mayor asignada al delito más grave” (artículo 75). En general se entiende que esta regla pretende beneficiar al condenado por el menor disvalor que supone la realización de una sola conducta o por la relación entre las conductas ejecutadas.

**SEMINARIO IBEROAMERICANO SOBRE “DERECHOS FUNDAMENTALES DE
LAS PERSONAS
PRIVADAS DE LIBERTAD”**

28-30 de septiembre, La Antigua, Guatemala

CUESTIONARIO

Tribunal Constitucional de Portugal

Inês Horta Pinto, Gabinete do Presidente

- 1. ¿Existe en los diferentes textos constitucionales de los países participantes alguna referencia expresa a los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad?**

Sim.

A Constituição da República Portuguesa (CRP), de 1976, ocupa-se expressamente da posição jurídica das pessoas privadas de liberdade, no n.º 5 do artigo 30.º (norma aditada pela revisão constitucional de 1989), cuja redacção é a seguinte:

«Os condenados a quem sejam aplicadas pena ou medida de segurança privativa da liberdade mantêm a titularidade dos direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da execução».

Assim, o *princípio geral* é o de que o preso mantém *todos* os direitos fundamentais e com *o mesmo âmbito normativo* que os dos demais cidadãos; admitem-se somente as limitações *que sejam inerentes à própria privação da liberdade* (impossibilidade de deslocação para fora do estabelecimento prisional; impossibilidade de emigrar; etc.) *ou que sejam justificadas por exigências próprias da execução* da pena ou medida (por exemplo, compressões à liberdade de reunião e manifestação, ou outras restrições implicadas pela necessidade de manutenção da ordem e segurança no estabelecimento prisional). As restrições devem estar previstas na lei (princípio da legalidade) e devem observar os princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade (artigo 18.º da Constituição). Rejeita-se, deste modo, constitucionalmente, a sujeição dos reclusos a uma “relação especial de poder”.

O Tribunal Constitucional português já recorreu à norma constitucional citada para basear julgamentos de inconstitucionalidade.

Nomeadamente, no Acórdão n.º 20/2012, o Tribunal julgou inconstitucional uma norma da legislação penitenciária (artigo 200.º do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade), quando interpretada no sentido de o recluso não ter o direito de impugnar judicialmente a decisão administrativa de manutenção em regime de segurança, por violação dos artigos 20.º, n.º 1 («A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos»), e 30.º, n.º 5, da Constituição. Na fundamentação da decisão, o Tribunal deixou claro que a norma contida no n.º 5 do artigo 30.º da CRP não deve ser entendida como restritiva para efeitos de tutela judicial dos direitos dos reclusos. Sobre esta norma constitucional, o Acórdão faz a seguinte interpretação:

«Desta norma constitucional extraem-se três consequências: *i*) o recluso permanece titular de todos os seus direitos fundamentais; *ii*) a restrição destes direitos fundamentais pressupõe sempre uma lei, que obedecerá aos princípios estabelecidos no artigo 18.º da Constituição; e *iii*) a restrição tem que ter por fundamento o sentido da condenação e as exigências próprias da execução (assim, Damião da Cunha *in* Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, 2.ª ed., Coimbra, 2010, 690).

«Ou seja, o princípio geral é o de que o preso mantém todos os direitos e com um âmbito normativo de proteção idêntico ao dos outros cidadãos, salvo, evidentemente, as limitações inerentes à própria pena de prisão (v. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4.ª ed., Coimbra, 2007, 505).

«Mas às limitações inerentes à privação da liberdade (*maxime* a impossibilidade de deslocação) podem acrescer outras limitações, desde que justificadas pela própria execução da pena (v.g., limites à liberdade de correspondência ou de reunião).

«Estas imposições ou restrições têm que estar justificadas em função do “sentido da condenação” e das “exigências próprias da respetiva execução” (n.º 5 do artigo 30.º). Ou seja, estão subordinadas a um princípio de legalidade (exigem previsão legal) e de proporcionalidade (adequação e necessidade).

«É unânime o entendimento de que está constitucionalmente negado conceber a relação presidiária (e a posição jurídica do recluso nessa relação) como uma “relação especial de poder” (cfr. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *ob. cit.*, 505; e Damião da Cunha, *ob. cit.*, 690). Essa “relação de poder” foi substituída por «relações jurídicas com recíprocos direitos e deveres», em que o recluso não é mais “objeto” mas passou a ser «sujeito da execução» (Anabela Rodrigues, *Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária*, 2.ª ed., Coimbra, 2002, 69).

«Sobre o estatuto jurídico do recluso estabelece o artigo 6.º do CEPMPL [Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade] que o recluso «mantém a titularidade dos direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da sentença condenatória ou da decisão de aplicação de medida privativa da liberdade e as impostas, nos termos e limites do presente Código, por razões de ordem e de segurança do estabelecimento prisional». Mantém-se, assim, atual, a afirmação de Figueiredo Dias (*Direito Penal Português, Parte Geral - II, As Consequências Jurídicas do Crime*, Lisboa, 1993, 111-112) – emitida a propósito do correspondente artigo 4.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 265/79 – segundo a qual a visão do recluso «é agora a de uma pessoa sujeita a um mero “estatuto especial”, jurídico-constitucionalmente credenciado (CRP, art. 27.º-2) e que deixa permanecer naquela a titularidade de todos os direitos fundamentais, à exceção daqueles que seja indispensável sacrificar ou limitar (e só na medida em que o seja) para realização das finalidades em nome das quais a ordem jurídico-constitucional credenciou o estatuto especial respetivo».

O mesmo Acórdão afirma ainda, relativamente ao direito do recluso à tutela judicial:

«Pode dizer-se que o direito do recluso à tutela judicial – na vertente de garantia de impugnação judicial de quaisquer atos administrativos que o lesem – decorre do artigo 268.º, n.º 4, da Constituição, na medida em que o recluso, pelo simples facto de o ser, não perde a sua posição de administrado, mantendo-a, em princípio, com um “âmbito normativo idêntico ao dos outros cidadãos” [...].

«Pode também perspetivar-se a intervenção do poder jurisdicional na execução como decorrência da garantia constitucional do direito de acesso ao direito e aos tribunais, estabelecido no artigo 20.º da Constituição [...].

«Mas a razão decisiva para o problema em apreciação decorre do próprio estatuto constitucional do recluso.

«Embora o citado n.º 5 do artigo 30.º da Constituição não se refira expressamente à tutela judicial, pode dizer-se que «tal tutela estará sempre pressuposta em todo o seu conteúdo» (assim Damião da Cunha, *ob. cit.*, 691). Na verdade, o direito de acesso ao tribunal não é mais do que a garantia adjetiva necessária à efetivação dos direitos fundamentais do recluso e, por isso, é necessariamente um dos direitos cuja titularidade o recluso mantém. »

Refira-se ainda o Acórdão n.º 748/93, pelo qual o Tribunal Constitucional declarou inconstitucionais, com força obrigatória geral, normas de direito eleitoral, na parte em que

estabeleciam a incapacidade eleitoral activa das pessoas definitivamente condenadas em pena de prisão por crime doloso, enquanto não houvessem expiado a respectiva pena. Neste caso, o Tribunal baseou a sua decisão na violação da proibição constitucional da perda de quaisquer direitos políticos enquanto efeito necessário da pena (artigo 30.º, n.º 4, da CRP: «Nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos»), não tendo ponderado autonomamente o n.º 5 do artigo 30.º.

Hoje, o direito de sufrágio está expressamente consagrado na lei penitenciária, integrando o estatuto jurídico do recluso (artigo 7.º, n.º 1, *b*) do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade).

2. ¿Qué alcance tiene la regulación constitucional de los diferentes supuestos de privación de libertad? Regulación de la privación de libertad policial y judicial: procedimiento y garantías.

Nos termos do artigo 27.º da CRP, “todos têm direito à liberdade e à segurança” (n.º 1) e “ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de **sentença judicial condenatória** pela prática de **acto punido por lei com pena de prisão** ou de **aplicação judicial de medida de segurança**” (n.º 2).

Quanto à condenação judicial, “ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de **lei anterior** que declare punível a acção ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior” (princípio da legalidade criminal) – artigo 29.º, n.º 1 – e “não podem ser aplicadas penas ou medidas de segurança que não estejam expressamente cominadas em **lei anterior**” – artigo 29.º, n.º 3. “Ninguém pode sofrer pena ou medida de segurança mais graves do que as previstas no momento da correspondente conduta ou da verificação dos respectivos pressupostos, aplicando-se retroactivamente as leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido” (artigo 29.º, n.º 4).

Quanto aos limites das penas e das medidas de segurança, a Constituição estabelece a **proibição** de penas ou medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade com **carácter perpétuo** ou de **duração ilimitada ou indefinida** (artigo 30.º, n.º 1), embora admitindo, no caso das medidas de segurança, a possibilidade de sucessivas prorrogações judiciais em caso de perigosidade baseada em grave anomalia psíquica e na impossibilidade de terapêutica em meio aberto, enquanto tal estado de perigosidade se mantiver (artigo 30.º, n.º 2).

Relativamente ao processo penal, a CRP prevê a exigência de o processo penal assegurar todas as garantias de defesa, incluindo o direito ao recurso (artigo 32.º, n.º 1); a garantia da presunção de inocência do arguido até ao trânsito em julgado da sentença de condenação (artigo 32.º, n.º 2, primeira parte); o dever de o arguido ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa (artigo 32.º, n.º 2, parte final); o direito de escolher defensor e ser por ele assistido em todos os actos do processo, especificando a lei os casos e fases em que a assistência por advogado é obrigatória (artigo 32.º, n.º 3); a competência reservada do juiz para a prática dos actos instrutórios que se prendam directamente com os direitos fundamentais (artigo 32.º, n.º 4); a estruturação do processo segundo o modelo acusatório (artigo 32.º, n.º 5); a submissão da audiência de julgamento e dos actos instrutórios que a lei determinar ao princípio do contraditório (artigo 32.º, n.º 5).

As **excepções** ao princípio de que ninguém pode ser privado da liberdade senão por sentença judicial condenatória são as seguintes (previstas no n.º 3 do artigo 27.º):

- a) Detenção em flagrante delito;
- b) Detenção ou prisão preventiva por fortes indícios de prática de crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos;
- c) Prisão, detenção ou outra medida coactiva sujeita a controlo judicial, de pessoa que tenha penetrado ou permaneça irregularmente no território nacional ou contra a qual esteja em curso processo de extradição ou de expulsão;
- d) Prisão disciplinar imposta a militares, com garantia de recurso para o tribunal competente;
- e) Sujeição de um menor a medidas de protecção, assistência ou educação em estabelecimento adequado, decretadas pelo tribunal judicial competente;
- f) Detenção por decisão judicial em virtude de desobediência a decisão tomada por um tribunal ou para assegurar a comparência perante autoridade judiciária competente;
- g) Detenção de suspeitos, para efeitos de identificação, nos casos e pelo tempo estritamente necessários;
- h) Internamento de portador de anomalia psíquica em estabelecimento terapêutico adequado, decretado ou confirmado por autoridade judicial competente.

As condições e a duração destes casos de privação da liberdade têm de ser determinadas por lei. Porém, vários princípios e normas constitucionais conformam o seu regime.

Nomeadamente, a **detenção efectuada por autoridades não judiciais** é obrigatoriamente submetida a apreciação do juiz no prazo máximo de 48 horas, para restituição à liberdade ou para aplicação judicial de medida de coacção, devendo o juiz conhecer das

causas que determinaram a detenção e comunicá-las ao detido, interrogá-lo e dar-lhe oportunidade de defesa (artigo 28.º, n.º 1).

Especificamente quanto à **prisão preventiva**, estabelece-se a natureza excepcional desta medida de coacção, que deverá estar sujeita aos prazos estabelecidos na lei (artigos 27.º, n.º 1, alíneas b) e c), e 28.º, n.ºs 2 e 4), bem como o dever de comunicação, a parente ou a pessoa da confiança do detido, da decisão judicial que ordene ou mantenha uma medida de privação da liberdade (artigo 28.º, n.º 3).

Garante-se o direito de toda a pessoa privada da sua liberdade a ser informada, “imediatamente e de forma compreensível”, das razões da sua prisão ou detenção e dos seus direitos (artigo 27.º, n.º 4).

O Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 416/2003, julgou inconstitucional o n.º 4 do artigo 141.º do Código do Processo Penal, interpretado no sentido de que, no decurso do interrogatório do arguido detido, a “exposição dos factos que lhe são imputados” pode consistir na formulação de perguntas gerais e abstractas, sem concretização das circunstâncias de tempo, modo e lugar em que ocorreram os factos que integram a prática desses crimes, nem comunicação ao arguido dos elementos de prova que sustentam aquelas imputações e na ausência da apreciação em concreto da existência de inconveniente grave naquela concretização e na comunicação dos específicos elementos probatórios em causa, por violação do direito de defesa do arguido (artigos 28.º, n.º 1, e 32º, n.º 1, da Constituição).

Na sequência desse julgamento do Tribunal Constitucional, o legislador introduziu, em 2007, alterações no Código de Processo Penal, dispondo agora o artigo 141.º, n.º 4, que, no decurso do primeiro interrogatório de arguido detido, o juiz informa o arguido dos motivos da detenção, dos factos que lhe são concretamente imputados, incluindo, sempre que forem conhecidas, as circunstâncias de tempo, lugar e modo e dos elementos do processo que indiciam os factos imputados, sempre que a sua comunicação não puser em causa a investigação, não dificultar a descoberta da verdade nem criar perigo para a vida, a integridade física ou psíquica ou a liberdade dos participantes processuais ou das vítimas do crime, ficando as informações a constar do auto de interrogatório. Por seu turno, no n.º 1 do artigo 61.º do Código foi acrescentado ao elenco dos direitos processuais do arguido o direito de ser informado dos factos que lhe são imputados antes de prestar declarações perante qualquer entidade, em qualquer fase do processo. Também o artigo 194.º, n.º 5, alíneas a) e b) do Código passaram a prever que a fundamentação do despacho que aplicar qualquer medida de coacção (incluindo a prisão preventiva) contém, sob pena de nulidade, a descrição dos factos concretamente imputados ao arguido, incluindo, sempre que forem conhecidas, as

circunstâncias de tempo, lugar e modo, bem como a enunciação dos elementos do processo que indiciam os factos imputados, desde que a sua comunicação não ponha gravemente em causa a investigação, impossibilite a descoberta da verdade ou crie perigo para a vida, a integridade física ou psíquica ou a liberdade dos participantes processuais ou das vítimas.

Refira-se ainda que a CRP estabelece o dever do Estado de indemnizar a pessoa que sofra privação da liberdade contra o disposto na Constituição e na lei (artigo 27.º, n.º 5). Estabelece ainda que os cidadãos injustamente condenados têm direito à revisão da sentença e à indemnização pelos danos sofridos, nas condições que a lei prescrever (artigo 29.º, n.º 6).

3. ¿Cuáles son las garantías establecidas en la Constitución frente a las privaciones de libertad acordadas sin una resolución o control judicial?

Como já foi referido, a Constituição (artigo 27.º, n.º 3) apenas admite a privação da liberdade sem prévia decisão judicial, “pelo tempo e nas condições que a lei determinar”, nos casos seguintes:

- a) Detenção em flagrante delito;
- b) Detenção (...) por fortes indícios de prática de crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos;
- c) Prisão, detenção ou outra medida coactiva sujeita a controlo judicial, de pessoa que tenha penetrado ou permaneça irregularmente no território nacional ou contra a qual esteja em curso processo de extradição ou de expulsão;
- d) Prisão disciplinar imposta a militares, com garantia de recurso para o tribunal competente;
- g) Detenção de suspeitos, para efeitos de identificação, nos casos e pelo tempo estritamente necessários;
- h) Internamento de portador de anomalia psíquica em estabelecimento terapêutico adequado, decretado ou confirmado por autoridade judicial competente.

A detenção é “submetida, no prazo máximo de quarenta e oito horas, a apreciação judicial, para restituição à liberdade ou imposição de medida de coacção adequada, devendo o juiz conhecer das causas que a determinaram e comunicá-las ao detido, interrogá-lo e dar-lhe oportunidade de defesa” (artigo 28.º, n.º 1).

A toda a pessoa privada da liberdade é assegurado o direito a ser informada, “imediatamente e de forma compreensível”, das razões da sua detenção ou prisão e dos seus direitos (artigo 27.º, n.º 4).

Como protecção contra prisão ou detenção ilegal, a Constituição consagra a providência de *habeas corpus*, um mecanismo expedito de libertação imediata em caso de abuso de poder, que pode ser requerido pelo próprio ou por qualquer cidadão e que é decidido no prazo de 8 dias por juiz, em audiência contraditória (artigo 31.º). Este mecanismo é regulado pelo Código de Processo Penal (artigos 222.º a 224.º), onde se estabelece que a petição de *habeas corpus* deve fundar-se em ilegalidade da prisão por uma das seguintes razões: «ter sido efectuada ou ordenada por entidade incompetente»; «ser motivada por facto pelo qual a lei a não permite»; ou «manter-se para além dos prazos fixados na lei ou por decisão judicial». A petição é apresentada ao Presidente do Supremo Tribunal de Justiça e é decidida pela secção criminal deste Supremo Tribunal.

A privação da liberdade contra o disposto na Constituição e na lei constitui o Estado no dever de indemnizar o lesado, nos termos que a lei estabelecer (artigo 27.º, n.º 5).

4. ¿Está recogido en el texto constitucional la reinserción social como un derecho o principio constitucional?

O princípio da socialização dos condenados não está previsto de forma expressa no texto constitucional.

Porém, a **jurisprudência constitucional** autonomiza esse princípio a partir do princípio da dignidade da pessoa humana (artigos 1.º e 25.º, n.º 1) e de outras normas constitucionais escritas (artigos 2.º, 9.º d), 18.º e 26.º, n.º 1), concluindo que incumbe ao Estado a tarefa de proporcionar ao condenado as condições necessárias para a sua reintegração na sociedade.

Dispõe o artigo 1.º da Constituição:

«Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária».

Tanto a **dignidade da pessoa humana** como a dimensão de **solidariedade** social em que a República Portuguesa, nos termos da disposição citada, se baseia exigem que cada cidadão tenha um lugar na sociedade, devendo o Estado não só não obstar mas também garantir condições dignas de existência para todos os cidadãos.

O artigo 2.º da Constituição caracteriza a República Portuguesa como um «Estado de direito democrático» que visa a realização da democracia social.

Como afirma Figueiredo Dias, esta «vertente social» do Estado de Direito conduz à aceitação de um «princípio da socialidade ou da solidariedade». «Segundo este princípio (que assumirá dignidade jurídico-constitucional em toda a parte onde vigore a cláusula do Estado de

Direito social), ao Estado que faz uso do seu *ius puniendi* incumbe, em compensação, um **dever de ajuda e de solidariedade para com o condenado**, proporcionando-lhe o máximo de condições para prevenir a reincidência e prosseguir a vida no futuro sem cometer crimes» (Figueiredo Dias, *Direito Penal Português. As consequências jurídicas do crime*, Lisboa, Ed. Notícias, 1993, p. 74).

A proibição constitucional da pena de morte e das penas perpétuas (artigos 24.º, n.º 2, e 30.º, n.º 1, respectivamente) são – não só, mas também – manifestação do princípio da socialização.

A preocupação com a ressocialização e com a não estigmatização dos condenados manifesta-se ainda na proibição dos efeitos automáticos das penas em matéria de perda de direitos civis, profissionais ou políticos, assim como na garantia de que os condenados em pena ou medida privativa da liberdade mantêm a titularidade dos direitos fundamentais, salvas as limitações derivadas do sentido da condenação ou das exigências da execução (n.ºs 4 e 5 do artigo 30.º).

Exemplificativos da leitura do texto constitucional como estabelecendo um princípio de socialização são os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 1/2001, 336/2008 ou 427/2009.

No plano infra-constitucional, refira-se que a lei penal afirma expressamente a ressocialização como finalidade das penas e das medidas de segurança (artigo 40.º, n.º 1, do Código Penal: «A aplicação de penas e de medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade»). É essa também a finalidade primordial da *execução* das penas e medidas privativas da liberdade (artigo 43.º, n.º 1, do Código Penal: «A execução da pena de prisão, servindo a defesa da sociedade e prevenindo a prática de crimes, deve orientar-se no sentido da reintegração social do recluso, preparando-o para conduzir a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes»; no mesmo sentido o artigo 2.º do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade.

Saliente-se que também o regime de registo criminal assegura o cancelamento do registo passado um determinado número de anos, dependendo da duração da pena aplicada (artigo 11.º da Lei n.º 37/2015, de 5 de Maio).

5. En relación con el derecho a la defensa, ¿está regulado constitucionalmente ese derecho? ¿Cómo se tutela por los Poderes públicos la actuación de los abogados que atienden a los presos?

A Constituição assegura o acesso ao direito e aos tribunais, o direito ao patrocínio judiciário e as garantias de defesa em processo criminal.

No plano das **garantias de defesa em processo criminal** (o que, para o presente Questionário, tem relevância para os presos preventivos), o artigo 32.º assegura, entre outras garantias de defesa, que «O arguido tem direito a escolher defensor e a ser por ele assistido em todos os actos do processo, especificando a lei os casos e as fases em que a assistência por advogado é obrigatória» (n.º 3).

No artigo 20.º («acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva»), estabelece-se que «A todos é assegurado o **acesso ao direito e aos tribunais** para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos» (n.º 1) e que «Todos têm **direito**, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao **patrocínio judiciário** e a **fazer-se acompanhar por advogado** perante qualquer autoridade» (n.º 2).

No artigo 208.º («patrocínio forense»), inserido no Título relativo aos Tribunais, prevê-se que «A lei assegura aos advogados as imunidades necessárias ao exercício do mandato e regula o **patrocínio forense** como **elemento essencial à administração da justiça**».

Também perante a Administração é assegurada aos cidadãos a tutela jurisdicional: nos termos do artigo 268.º, relativo aos «direitos e garantias dos administrados», «É garantido aos administrados **tutela jurisdicional efectiva** dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, (...) a **impugnação de quaisquer actos administrativos que os lesem**» (n.º 4).

Todos estes direitos são necessariamente mantidos pelas pessoas condenadas em pena ou medida privativa da liberdade, por força do já mencionado n.º 5 do artigo 30.º da CRP, segundo o qual estes cidadãos «mantêm a titularidade dos direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da execução».

O Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 20/2012, julgou inconstitucional uma norma do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade (artigo 200.º), interpretada no sentido de o recluso não ter o direito de impugnar judicialmente uma decisão da Administração Prisional que o manteve em regime de segurança. O Tribunal fundamentou a sua decisão na violação dos artigos 20.º, n.º 1, e 30.º, n.º 5, da Constituição. Na fundamentação da decisão, o Tribunal afirmou:

«Pode dizer-se que o direito do recluso à tutela judicial – na vertente de garantia de impugnação judicial de quaisquer atos administrativos que o lesem – decorre do artigo 268.º, n.º 4, da Constituição, na medida em que o recluso, pelo simples facto de o ser, não perde a sua

posição de administrado, mantendo-a, em princípio, com um “âmbito normativo idêntico ao dos outros cidadãos” (...).

«Pode também perspetivar-se a intervenção do poder jurisdicional na execução como decorrência da garantia constitucional do direito de acesso ao direito e aos tribunais, estabelecido no artigo 20.º da Constituição (em defesa do reforço daquela intervenção, com fundamento nesta garantia constitucional, v. Anabela Rodrigues, “Da afirmação de direito à proteção de direitos dos reclusos: a jurisdicionalização da execução da pena de prisão”, *Direito e Justiça*, Vol. Especial, 2004, FDUCP, 183-195, 195).

«Mas a razão decisiva para o problema em apreciação decorre do próprio estatuto constitucional do recluso.

«Embora o citado n.º 5 do artigo 30.º da Constituição não se refira expressamente à tutela judicial, pode dizer-se que «tal tutela estará sempre pressuposta em todo o seu conteúdo» (assim Damião da Cunha, *ob. cit.*, 691). Na verdade, o direito de acesso ao tribunal não é mais do que a garantia adjetiva necessária à efetivação dos direitos fundamentais do recluso e, por isso, é necessariamente um dos direitos cuja titularidade o recluso mantém.»

Na legislação infra-constitucional, estão previstas normas especiais para a assistência por advogado às pessoas privadas de liberdade.

O estatuto jurídico do recluso incorpora expressamente o direito “à informação, consulta e aconselhamento jurídico por parte de advogado” (artigo 7.º, al. *n*), do CEPMPL).

Integra ainda outros direitos a informação jurídica, bem como direitos de petição, reclamação e impugnação, em cuja concretização o advogado pode ter um papel relevante: é o caso dos direitos a «ser pessoalmente informado, no momento da entrada no estabelecimento prisional, e esclarecido, sempre que necessário, sobre os seus direitos e deveres e normas em vigor»; a «ter acesso ao seu processo individual e a ser informado sobre a sua situação processual e sobre a evolução e avaliação da execução da pena ou medida privativa da liberdade»; e a ser ouvido, a apresentar pedidos, reclamações, queixas e recursos e a impugnar perante o Tribunal de Execução das Penas a legalidade de decisões dos Serviços Prisionais (artigo 7.º, alíneas *j*), *l*), *m*)).

Quando um recluso ingressa num estabelecimento prisional, é-lhe imediatamente garantido o direito de contactar familiar, pessoa da sua confiança e advogado (artigo 16.º, n.º 2).

As visitas do advogado ao recluso têm um regime próprio, previsto no artigo 61.º, cuja redacção é a seguinte:

«Visitas de advogados, notários, conservadores e solicitadores

1 - O recluso tem direito a receber a visita de advogado, notário, conservador ou solicitador, em horário próprio fixado em articulação com as respectivas entidades representativas da profissão e adequado à resolução de assuntos jurídicos a ele respeitantes, sem prejuízo da autorização de visitas urgentes.

2 - O controlo dos visitantes realiza-se através de equipamentos de detecção e por exibição do interior da pasta ou objecto similar de que se façam acompanhar.

3 - Durante a visita é assegurada a confidencialidade das conversas.

4 - Durante a visita apenas pode ser trocada com o recluso documentação necessária ao tratamento de assuntos jurídicos a ele respeitantes, não podendo o seu conteúdo ser controlado.»

Prevê-se expressamente o direito do recluso a ser assistido por advogado no procedimento disciplinar (artigo 110.º, n.º 2).

Mesmo quando se encontra em cumprimento de uma medida disciplinar que implique isolamento, o recluso mantém o direito ao contacto com o advogado (artigos 107.º e 108.º).

O Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, aprovado em 2009, alargou significativamente o acesso dos reclusos aos Tribunais de Execução das Penas para impugnam decisões da Administração Prisional. Contudo, para a efectivação prática dessas garantias, o papel do advogado é fundamental.

O Código estabelece, como regra geral, quanto à intervenção de advogado nos Tribunais de Execução das Penas, que esta «é permitida (...), nos termos gerais de direito» (n.º 1 do artigo 147.º). Porém, nos termos do n.º 2 do artigo 147.º, a assistência por advogado só é obrigatória “nos casos especialmente previstos na lei ou quando estejam em causa questões de direito”.

Suscita-se, portanto, a questão de saber como se efectiva o direito à assistência por advogado no caso de cidadãos privados de liberdade que não tenham recursos financeiros para pagar honorários de advogado (tanto mais quanto a generalidade das pessoas privadas da liberdade sofre de carências financeiras). Fora dos casos especiais em que a lei estabelece obrigatoriedade de assistência por advogado (nestes casos, é inquestionável que, se o recluso ou internado não tiver advogado constituído, o tribunal terá que assegurar a nomeação de advogado), o direito a ser assistido por advogado não deve ser esvaziado de sentido por razões de insuficiência económica.

A lei que regula o acesso ao direito e aos tribunais (Lei n.º 34/2004, de 29 de julho, na redação dada pela Lei n.º 47/2007, de 28 de agosto) parece assegurar o direito à proteção jurídica dos reclusos em caso de insuficiência económica. Com efeito, «o sistema de acesso ao direito e aos tribunais destina-se a assegurar que a ninguém seja dificultado ou impedido, em razão da sua condição social ou cultural, ou por insuficiência de meios económicos, o conhecimento, o exercício ou a defesa dos seus direitos» (artigo 1.º). Quanto ao âmbito pessoal da proteção jurídica, «têm direito a proteção jurídica, nos termos da presente lei, os cidadãos nacionais e da União Europeia, bem como os estrangeiros e os apátridas com título de residência válido num Estado membro da União Europeia, que demonstrem estar em situação de insuficiência económica» (artigo 7.º) e, quanto ao âmbito material, «a proteção jurídica é concedida para questões ou causas judiciais concretas ou suscetíveis de concretização em que o utente tenha um interesse próprio e que versem sobre direitos diretamente lesados ou ameaçados de lesão» (artigo 6.º, n.º 2). Nos termos do artigo 17.º, «o regime de apoio judiciário aplica-se em todos os tribunais, qualquer que seja a forma do processo».

Assim, parece que o regime de proteção jurídica se aplicará aos processos nos Tribunais de Execução das Penas, permitindo aos reclusos que o pretendam beneficiar de assistência por advogado nestes processos, mesmo que não disponham de recursos económicos para tal.

Contudo, na prática, não parece estar a verificar-se um acréscimo significativo da representação por advogados nos processos de execução das penas. Tal deve-se, possivelmente, seja a algum desconhecimento dos direitos, seja às dificuldades que a própria situação de reclusão impõe à obtenção dos documentos necessários à instrução do pedido de apoio judiciário junto da Segurança Social.

6. ¿Cómo se regula la posible modulación de las penas privativas de libertad?

Agravantes y atenuantes en la ejecución de una pena privativa de libertad.

Não se trata de matéria especificamente regulada pela Constituição. O que não significa, naturalmente, que a sua conformação legal não esteja vinculada pelos princípios e normas constitucionais.

Nos termos do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, a execução baseia-se nos princípios da especialização e da **individualização** do tratamento prisional, devendo este apoiar-se na avaliação das necessidades e riscos próprios de cada recluso (artigos 3.º, n.º 4, e 5.º). O tratamento prisional é programado e, sempre que a duração da pena exceda 1 ano, é elaborado um “**plano individual de readaptação**”, que “visa a preparação para a liberdade, estabelecendo as medidas e atividades adequadas ao tratamento prisional do recluso,

bem como a sua duração e faseamento, nomeadamente nas áreas de ensino, formação, trabalho, saúde, actividades sócio-culturais e contactos com o exterior” (artigo 5.º, n.º 3, e 21.º).

A execução da pena de prisão pode decorrer em três regimes distintos: **regime comum, regime aberto ou regime de segurança**. O regime aberto comporta duas modalidades: no interior e no exterior. Este último caracteriza-se pelo desenvolvimento de actividades de ensino, formação profissional, trabalho ou programas em meio livre, sem vigilância directa. A execução é individualizada – não é um sistema progressivo rígido –, pelo que deve aplicar-se o regime que “mais favoreça a reinserção social, salvaguardados os riscos para o recluso e para a comunidade e as necessidades de ordem e segurança” (artigo 12.º).

O Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 20/2012, julgou inconstitucional a norma do artigo 200.º do Código da Execução das Penas, interpretada no sentido de o recluso não poder impugnar junto do tribunal uma decisão administrativa que o manteve em regime de segurança, por violação do disposto nos artigos 20.º, n.º 1, e 30.º, n.º 5, da Constituição.

O Código prevê também a concessão de **licenças de saída** do estabelecimento. As saídas têm como objectivo “a manutenção e promoção dos laços familiares e sociais e a preparação para a vida em liberdade” (artigo 76.º, n.º 2).

A **liberdade condicional** pode ser concedida, pelo Tribunal de Execução das Penas, depois de cumprida metade da pena, desde que o Tribunal considere que é de esperar que o condenado conduzirá a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes, e que a libertação é compatível com a defesa da ordem e da paz social. A partir do cumprimento de 2/3 da pena, basta que o Tribunal conclua que o condenado conduzirá a vida sem cometimento de crimes. No caso de penas longas, superiores a 6 anos de prisão, é obrigatória a libertação condicional quando se atingem os 5/6 da pena, por se entender que é precisamente nas penas mais longas que é mais necessário assegurar um período de transição acompanhada entre a prisão e a liberdade (artigo 61.º do Código Penal).

O Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 734/2005, julgou inconstitucional a norma do artigo 127.º do Decreto-lei n.º 783/1976, na parte em que não admitia o recurso das decisões que recusem a concessão de liberdade condicional, por violação do princípio do Estado de Direito (artigo 2.º da CRP), do direito à liberdade (artigo 27.º, n.º 1, da CRP), do direito de acesso aos tribunais (artigo 20.º da CRP) e das garantias de defesa, incluindo recurso (artigo 32.º, n.º 1).

A liberdade condicional pode ser antecipada por 1 ano, pelo tribunal, em regime de **permanência na habitação**, com fiscalização por meios técnicos de controlo à distância (artigo 62.º do Código Penal).

Está ainda previsto um regime de **modificação da execução** da pena para reclusos com doença grave, evolutiva e irreversível, com deficiência grave e permanente ou de idade superior a 70 anos (artigo 118.º e seguintes do CEPMPL). A modificação tem duas modalidades: internamento em estabelecimento de saúde ou de acolhimento; ou permanência obrigatória na habitação.

7. ¿Qué alcance tiene en la doctrina constitucional el derecho a la intimidad de los presos en relación con la posibilidad de ser cacheado, registrada su celda o intervenidas sus comunicaciones?

A Constituição consagra expressamente o **direito à integridade pessoal** (artigo 25.º) e o **direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar** (artigo 26.º):

Artigo 25º

(Direito à integridade pessoal)

1. A integridade moral e física das pessoas é inviolável.
2. Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos.

Artigo 26º

(Outros direitos pessoais)

1. A todos são reconhecidos os direitos à (...) reserva da intimidade da vida privada e familiar (...).

Existem também normas constitucionais específicas respeitantes à **protecção do domicílio e das comunicações**:

Artigo 34º

(Inviolabilidade do domicílio e da correspondência)

1. O domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis.
2. A entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstos na lei.
3. Ninguém pode entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento, salvo em situação de flagrante delito ou mediante autorização judicial em casos

de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, incluindo o terrorismo e o tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes, nos termos previstos na lei.

4. É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.

No âmbito das garantias do processo criminal (artigo 32.º), prevê-se ainda:

8. São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.

As pessoas privadas da liberdade não perdem a titularidade do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, de acordo com o já citado n.º 5 do artigo 30.º da Constituição (segundo o qual os condenados em pena ou medida privativa da liberdade *mantêm a titularidade dos direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da execução*).

Assim, se o *sentido da condenação* não abrange a afectação deste direito, só serão admitidas as restrições tornadas necessárias pelas *exigências próprias da execução*.

É à luz deste quadro constitucional que devem ser analisadas as disposições do CEPMPL que possam contender com a intimidade da vida privada.

O Código procura dar cumprimento a esse quadro, não só na vertente *negativa* (de abstenção de interferência no direito para além do necessário) mas também numa vertente *positiva* (de promoção do direito).

Assim, naquela vertente negativa, a constitucionalidade exigirá que o direito à reserva da intimidade da vida privada não seja limitado mais que o implicado pelas exigências próprias da execução. Especialmente relevante serão aqui os **requisitos legais das revistas e buscas**: o artigo 89.º do CEPMPL estabelece um critério de subsidiariedade para o recurso à revista pessoal; ordena que esta, quando ocorra, seja levada a cabo por pessoa do mesmo sexo e com respeito pelo sentimento de pudor; estabelece exigências acrescidas para a revista por desnudamento (esta é obrigatória quando o recluso ingressa no estabelecimento ou é transferido, ou após uma visita íntima; nos demais casos, só pode ser feita com autorização do director do estabelecimento prisional, quando existam suspeitas de que o recluso traz consigo objetos não permitidos; decorre em local reservado, de forma a respeitar a privacidade do

recluso, é realizada por dois funcionários do mesmo sexo do recluso e é registada em documento escrito, com indicação da data, hora e identidade dos funcionários que a realizaram, bem como dos seus resultados – artigo 5.º do Regulamento Geral); só é admitida a intrusão corporal, com vista a extracção de objectos, mediante autorização do tribunal de execução das penas, a requerimento do director do estabelecimento, sendo a intrusão sempre executada sob orientação médica; estabelece ainda requisitos legais para as buscas na cela de alojamento (é efectuada com respeito pelos objectos pessoais do recluso e, sempre que possível, na presença deste; o artigo 153.º do Regulamento Geral especifica que a busca depende de ordem ou autorização do director do estabelecimento, salvo em situações que exijam actuação imediata; é sempre feito um registo da data, hora, local, motivo e resultado da busca).

Quanto ao **controlo da correspondência e das comunicações**, o Código estabelece (artigos 68.º e 71.º) que a correspondência e encomendas do recluso são verificadas por razões de ordem e segurança do estabelecimento prisional e para detecção de objectos proibidos; a leitura de correspondência pode ser ordenada, por despacho fundamentado do director do estabelecimento, quando a correspondência possa pôr em perigo as finalidades da execução, quando exista fundada suspeita da prática de crime ou por justificadas razões de protecção da vítima do crime ou de ordem e segurança. Quanto aos contactos telefónicos, podem ser objecto de controlo presencial, por despacho fundamentado do director, quando coloquem em perigo as finalidades da execução, quando exista fundada suspeita da prática de crime ou por justificadas razões de protecção da vítima do crime ou de ordem e segurança. O recluso é informado da decisão de leitura de correspondência ou de controlo de contactos telefónicos, salvo em caso de receio de prejuízo grave para os valores que com aqueles controlos se pretende acautelar. Os contactos com advogados ou outros profissionais jurídicos, entidades diplomáticas ou consulares, órgãos de soberania, magistrados, organizações internacionais com atribuições em matéria de protecção dos direitos dos reclusos nunca podem ser objecto de qualquer controlo.

Outro aspecto importante é a protecção de dados pessoais do recluso, concretizada no regime de sigilo profissional e de acesso restrito ao processo individual do recluso (artigo 18.º, n.º 4 do CEP, bem como decreto-lei que regula o sistema informático de informação prisional) e na exigência legal de consentimento do recluso para, por exemplo, a transmissão do processo médico a autoridades de saúde não prisionais ou a recolha e divulgação da imagem ou entrevista do recluso por parte da comunicação social.

Mas o Código vai além do dever de abstenção, expressando também uma visão de que o Estado deve, num sentido *activo*, agir para preservar e mesmo promover a reserva. Esta preocupação *positiva* com a preservação da reserva e da vida privada e familiar exprime-se desde logo no

artigo 7.º sobre os direitos do recluso: a alínea *f*) prevê o direito do recluso à *protecção* da vida privada, sem prejuízo das limitações decorrentes de razões de ordem e segurança e de prevenção da prática de crimes. Exemplos concretos desta perspectiva encontram-se, por exemplo: na previsão de que o ingresso inicial do recluso deve ocorrer em condições de privacidade (artigo 16.º); na preocupação com que as condições de alojamento preservem, na medida do possível, a privacidade (cela individual como alojamento-regra – artigo 26.º; higiene pessoal – artigo 27.º); na possibilidade de o recluso manter consigo objectos pessoais (artigo 26.º, n.º 6); na previsão expressa do direito às visitas íntimas; na promoção dos laços familiares e sociais e dos contactos com o mundo exterior; na previsão de que, nas licenças de saída, o recluso não use vestuário que o identifique como tal (artigo 30.º, n.º 4); ou na proibição de que dos diplomas escolares obtidos durante a execução da pena conste menção da condição de recluso (artigo 38.º, n.º 6).

Apesar de todas as cautelas legais, num sistema como o prisional serão constantes, na prática, as situações susceptíveis de ofender a reserva da intimidade da vida privada. As situações subsistentes de partilha de celas, o uso de instalações comuns, o problema da sobrelotação, a vigilância dos guardas, a videovigilância em alguns locais (embora nunca permitida nas celas) desafiam permanentemente o respeito pela privacidade, num espaço fechado de vida em comum em que a segurança – interna e externa - é uma preocupação constante da administração prisional.

Porém, e apesar da rica jurisprudência do Tribunal Constitucional em matéria de revistas, buscas e interceptação de comunicações no âmbito do processo criminal, não existem decisões deste Tribunal especificamente no âmbito penitenciário.

Nomeadamente, a especial protecção que a Constituição dispensa ao domicílio originou jurisprudência abundante, onde se intenta delimitar/definir o conceito constitucional de “domicílio” (cf., por exemplo, os Acórdãos n.ºs 452/89, 507/94, 364/2006, 216/2012, 126/2013). Contudo, não foram proferidas decisões em que o Tribunal se tenha debruçado sobre a questão de saber qual a protecção conferida à cela de alojamento de uma pessoa privada da liberdade.

8. ¿Cómo está regulado el régimen disciplinario penitenciario? ¿Qué garantías formales y materiales se regulan para garantizar los derechos de los reclusos?

A Constituição não se ocupa especificamente dos processos disciplinares. Porém, o artigo 32.º, relativo às «garantias do processo criminal», prevê, no seu n.º 10, que: «Nos

processos de contra-ordenação, bem como **em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa**».

Assim, se bem que não se aplicam ao processo disciplinar as garantias do processo penal, na sua totalidade nem com a mesma intensidade, a Constituição exige, pelo menos, que se assegure o direito de defesa e o direito a ser ouvido.

O Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, de 2009, introduziu garantias acrescidas no processo disciplinar, face à legislação penitenciária anterior, que datava de 1979.

O Código adoptou novos princípios e regras, como: a proibição da analogia para qualificar um facto como infracção; a proibição da dupla punição pelo mesmo facto; a definição de reincidência disciplinar, de concurso de infracções e de infracção disciplinar continuada; a enumeração legal das infracções disciplinares (classificadas em dois escalões de gravidade); a possibilidade de suspensão da execução da medida disciplinar; a estatuição de regras sobre prescrição e suspensão do procedimento disciplinar; e a possibilidade expressa de o recluso apresentar provas para sua defesa.

A matéria está prevista nos artigos 98.º a 115.º do CEPMPL, sendo ainda regulamentada pelos artigos 162.º a 176.º do Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais.

A aplicação de medida disciplinar compete ao director do estabelecimento prisional. Se a infracção disciplinar tiver sido praticada contra o director, a aplicação de medida disciplinar competirá ao Director-Geral dos Serviços Prisionais.

A aplicação de medida disciplinar é precedida de procedimento escrito ou gravado, salvo tratando-se de mera sanção de repreensão escrita.

Ao determinar a abertura do procedimento disciplinar, o director nomeia um instrutor, preferencialmente um jurista, e sempre que possível um funcionário pertencente a grupo profissional diverso daquele a que pertence o funcionário que reportou a infracção.

Iniciado o procedimento, o recluso é informado dos factos que lhe são imputados, sendo-lhe garantidos os direitos de ser ouvido e de apresentar provas para sua defesa.

Prevê-se expressamente o direito do recluso a ser assistido por advogado no procedimento disciplinar.

O recluso tem o direito de, por si ou por intermédio do seu advogado, consultar o processo disciplinar.

A instrução do processo é concluída com um relatório, que é transmitido ao director, no qual se descrevem resumidamente as diligências realizadas e o seu resultado, os factos

provados e a sua relevância disciplinar e se elabora proposta final fundamentada, propondo o arquivamento do processo ou a aplicação de medida disciplinar.

São aplicáveis as seguintes medidas disciplinares:

- a) Repreensão escrita;
- b) Privação do uso e posse de objectos pessoais não indispensáveis, por período não superior a 60 dias;
- c) Proibição de utilização do fundo para despesas de uso pessoal, por período não superior a 60 dias;
- d) Restrição ou privação de actividades sócio-culturais, desportivas ou de ocupação de tempo livre, por período não superior a 60 dias;
- e) Diminuição do tempo livre diário de permanência a céu aberto, por período não superior a 30 dias, salvaguardado sempre o limite mínimo diário estabelecido no Código (1 hora por dia);
- f) Permanência obrigatória no alojamento até 30 dias;
- g) Internamento em cela disciplinar até 21 dias.

A medida referida na alínea g) só é aplicável às infracções graves.

A escolha e a determinação da duração da medida disciplinar são feitas em função da natureza da infracção, da gravidade da conduta e das suas consequências, do grau de culpa do recluso, dos seus antecedentes disciplinares, das exigências de prevenção da prática de outras infracções disciplinares e da vontade de reparar o dano causado.

O recluso pode impugnar a decisão de aplicação das medidas disciplinares mais graves (a de permanência obrigatória no alojamento e a de internamento em cela disciplinar) junto do Tribunal de Execução das Penas. A impugnação tem efeito suspensivo.

Refiram-se ainda alguns aspectos relativos à **execução** das medidas disciplinares.

Mesmo quando se encontra em cumprimento de uma medida disciplinar que implique confinamento, o recluso mantém o direito à correspondência e a contactos com o seu advogado e com o assistente religioso.

O recluso que se encontra a cumprir as medidas disciplinares que impliquem confinamento fica sob vigilância clínica, sendo observado com a frequência necessária pelo médico, que se pronuncia por escrito sempre que considere necessário interromper ou alterar a execução da medida disciplinar. O médico do estabelecimento prisional é ouvido antes da aplicação de medida disciplinar a recluso que se encontra em tratamento médico psiquiátrico ou que revele ideação suicida ou, no caso de gravidez, puerpério ou após interrupção de gravidez.

Em ocasiões de particular significado humano ou religioso, o director do estabelecimento prisional pode interromper o cumprimento das medidas disciplinares mais graves, pelo período máximo de vinte e quatro horas.

A cela disciplinar deve reunir as indispensáveis condições de habitabilidade, no que respeita às dimensões, ventilação e luz natural, bem como luz artificial, estando dotada de sistema de alarme e comunicação que permita, a todo o tempo, entrar em contacto com o pessoal.

9. Dentro de la regulación de extranjería, ¿está prevista alguna medida que lleve aparejada la privación de libertad dentro del procedimiento de expulsión de extranjeros irregulares?

Como já foi referido na Questão 2, uma das exceções admitidas pela Constituição ao princípio de que ninguém pode ser privado da liberdade senão por sentença judicial condenatória é a seguinte (alínea c) do n.º 3 do artigo 27.º da CRP):

« c) Prisão, detenção ou outra medida coactiva sujeita a controlo judicial, de pessoa que tenha penetrado ou permaneça irregularmente no território nacional ou contra a qual esteja em curso processo de extradição ou de expulsão».

Apesar desta permissão constitucional, a Lei relativa à entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros (Lei n.º 29/2012, de 9 de agosto) exclui a possibilidade de prisão preventiva, recorrendo a medidas menos gravosas para a liberdade da pessoa. Com efeito, nos termos da referida Lei:

« O cidadão estrangeiro que entre ou permaneça ilegalmente em território nacional é **detido** por autoridade policial e, sempre que possível, entregue ao SEF [Serviço de Estrangeiros e Fronteiras], acompanhado do respetivo auto, devendo o mesmo ser **presente, no prazo máximo de 48 horas a contar da detenção, ao juiz (...)**, para validação e eventual aplicação de medidas de coação» (artigo 146.º, n.º 1).

«No âmbito de processos de expulsão, para além das **medidas de coação** enumeradas no Código de Processo Penal, com **exceção da prisão preventiva**, o juiz pode, havendo perigo de fuga, ainda determinar as seguintes:

- a) Apresentação periódica no SEF;
- b) Obrigação de permanência na habitação com utilização de meios de vigilância eletrónica, nos termos da lei;
- c) Colocação do expulsando em centro de instalação temporária ou em espaço equiparado, nos termos da lei» (artigo 142.º).

«A colocação [em centro de instalação temporária] não pode prolongar-se por mais tempo do que o necessário para permitir a execução da decisão de afastamento coercivo, **sem que possa exceder 60 dias**» (artigo 146.º, n.º 3).

10. ¿Cómo se regula en los diferentes ordenamientos la posibilidad de suspender la ejecución de una pena privativa de libertad, o incluso su perdón a través de un indulto?

O Código da Execução das Penas prevê um mecanismo de «**modificação da execução da pena de prisão de reclusos portadores de doença grave, evolutiva e irreversível ou de deficiência grave e permanente ou de idade avançada**».

A modificação pode ser aplicada, desde que não se oponham fortes exigências de prevenção ou de ordem e paz social, a reclusos que se encontrem em uma das seguintes circunstâncias (artigo 118.º do CEPMPL):

- a) Se encontre **gravemente doente** com patologia evolutiva e irreversível e já não responda às terapêuticas disponíveis;
- b) Seja portador de **grave deficiência** ou doença irreversível que, de modo permanente, obrigue à dependência de terceira pessoa e se mostre incompatível com a normal manutenção em meio prisional; ou
- c) Tenha idade **igual ou superior a 70 anos** e o seu estado de saúde, física ou psíquica, ou de autonomia se mostre incompatível com a normal manutenção em meio prisional ou afecte a sua capacidade para entender o sentido da execução da pena.

A modificação tem duas modalidades (artigo 120.º):

- a) Internamento em estabelecimentos de saúde ou de acolhimento adequados; ou
- b) Regime de permanência na habitação,
com ou sem fiscalização por meios técnicos de controlo à distância.

O tempo de duração do internamento ou do regime de permanência em habitação é considerado tempo de execução da pena, nomeadamente para efeitos de liberdade condicional.

A decisão é da competência do Tribunal de Execução das Penas. A decisão deste tribunal é passível de recurso.

O mecanismo de modificação da execução foi criado em 1996, pela Lei n.º 36/96, de 29 de Agosto; nessa altura, a medida dirigia-se apenas a condenados que padecessem de doença grave e irreversível **em fase terminal**. O contexto da criação desta medida, nos anos 90, foi a epidemia da SIDA, verificando-se um elevado número de presos com esta doença, tendo o

legislador considerado que razões de humanidade impunham que os doentes terminais pudessem terminar a sua vida fora da prisão.

Durante a vigência da Lei n.º 36/96, o Tribunal Constitucional apreciou um recurso de constitucionalidade apresentado por uma reclusa, com 79 anos de idade e padecendo de doença grave, a quem o Tribunal de Execução das Penas tinha recusado a modificação da execução da pena, por não preencher o requisito legal “em fase terminal”. A recorrente invocava, nomeadamente, violação do princípio da dignidade da pessoa humana, do princípio da igualdade e do direito social à protecção da terceira idade. O Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 493/1999, não julgou inconstitucional a norma que previa os requisitos da modificação. Considerou o Tribunal, quando ao princípio da dignidade da pessoa humana, que: « a previsão de modificação da execução da pena em tais circunstâncias *visa justamente tutelar* a dignidade da pessoa humana, inscrita como valor em que se baseia a República Portuguesa logo no pórtico da Constituição. E que a utilização de um conceito amplo para exprimir a irreversibilidade e fatalidade da patologia – sem restrição a um tipo especial de doença e com remissão da determinação do conceito para critérios técnico-científicos – se determina justamente pela tutela dessa dignidade, com salvaguarda do princípio da igualdade».

E, quanto ao princípio da igualdade:

« há que reconhecer que no plano legislativo em face do sentido do conceito "fase terminal", só por si, *não há discriminação alguma*: a situação dos portadores de doença grave e irreversível *em fase terminal* não é idêntica à dos portadores de idêntica doença grave e irreversível que se encontre ainda *em fase não terminal* – e, em verdade, a requerente também não o alega, defendendo antes que a sua situação concreta *devia ter sido assimilada* à de doença grave e irreversível *em fase terminal*, e que este conceito é inconstitucional por indeterminado».

Quanto à protecção da terceira idade:

«Finalmente, também o invocado artigo 72º da Constituição (sobre a protecção da terceira idade) não permite concluir por qualquer inconstitucionalidade de uma solução normativa que concedeu relevância à fase terminal da vida por razão de doença grave e irreversível, sem a estender à fase terminal da vida por razão de idade.

Na verdade, não pode dizer-se que da consagração do direito social à protecção da terceira idade (designadamente, do direito à segurança económica e a condições de habitação e convívio familiar e comunitário que respeitem a sua autonomia pessoal e evitem e superem o isolamento ou a marginalização social) resulte a obrigação de estender uma norma determinada por razões de tutela de reclusos que, por razões de *enfermidade* irreversível, se encontrem próximos de um desfecho fatal, a todas as pessoas idosas – ou mesmo apenas a pessoas com

uma certa idade avançada –, que não padeçam de doença irreversível e terminal. Sendo a hipótese normativa determinada para situações de *doença* – e qualquer opção geral e abstracta, determinada por opções de política criminal (a qual, aliás, recorde-se, residiu na atenção para a situação dos reclusos com SIDA, que constitui a *occasio* da presente lei), implica uma definição dos sujeitos abrangidos e excluídos da possibilidade de modificação da pena –, não se pode, aliás, dizer que a exclusão da possibilidade de modificação da pena de um recluso idoso, mesmo que se encontre próximo da (ou até que já tenha ultrapassado a) esperança de vida média do cidadão português, deixe de ter um fundamento *razoável*, relevante quer para o princípio da igualdade – a diferença entre cidadãos de idade avançada e doentes em fase terminal afigura-se *evidente*, uma vez que aqueles não são vítimas de qualquer *patologia* –, quer para a tutela da dignidade da pessoa humana – em vista, justamente, da *desfecho fatal próximo* da enfermidade».

De qualquer forma, o legislador, em 2009, aquando da aprovação do Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, decidiu alargar o âmbito de aplicação deste instituto, por razões de humanidade. O legislador justificou esta opção do seguinte modo, na Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 252-X:

«A presente proposta de lei visa ainda incorporar no Código o instituto da modificação da execução da pena de prisão – previsto actualmente na Lei n.º 36/96, de 29 de Agosto – e alargar o seu âmbito de aplicação aos condenados afectados por doença grave, evolutiva e irreversível que já não respondam às terapêuticas disponíveis; aos condenados portadores de deficiência permanente grave, que obrigue à dependência de terceiro e seja incompatível com a normal manutenção em meio prisional; e aos condenados de idade avançada, quando o seu estado de saúde, física ou psíquica, ou de autonomia se mostre incompatível com a normal manutenção em meio prisional ou afecte a sua capacidade para entender o sentido da execução da pena. Com efeito, por um lado, o regime da Lei n.º 36/96, de 29 de Agosto, – aplicável a condenados afectados por doença grave e irreversível em fase terminal – acabou por ter escassa aplicação, em parte devido aos termos estritos em que foi definido o seu âmbito de aplicação. Por outro lado, é sabido que, no caso de reclusos de idade avançada ou portadores de deficiências graves, a reclusão traz problemas para que os serviços prisionais não estão vocacionados: de facto, para além do acompanhamento médico necessário, existe geralmente uma perda de autonomia nas actividades básicas do dia-a-dia, como a locomoção, a alimentação ou a higiene pessoal, a exigir cuidados individualizados e especializados, nem sempre compatíveis com a situação de

reclusão. O alargamento proposto parece assim justificado, por razões de humanidade, sempre que a tal se não oponham exigências de prevenção ou de ordem e paz social.»

Existe também a possibilidade de **perdão** individual de pena (**indulto**). A Constituição atribui tal poder ao Presidente da República (artigo 134.º, al. f) da CRP):

«Compete ao Presidente da República (...): indultar e comutar penas, ouvido o Governo».

A audição prévia do Governo é, portanto, o único limite constitucionalmente estabelecido para esta prerrogativa do Presidente da República.

O indulto pode ser total ou parcial (perdoando toda a pena ou parte dela) e pode incidir sobre qualquer espécie de pena. Na prática, os indultos incidem, naturalmente, sobretudo, sobre penas de prisão, mas também têm sido concedidos indultos a penas de expulsão do território nacional.

O procedimento para a instrução e apreciação dos pedidos de indulto é estabelecido no Código da Execução das Penas (artigos 223.º e seguintes). De acordo com essa regulamentação, o indulto pode ser pedido pelo próprio condenado ou seu representante legal ou por familiar, ou ser proposto pelo director do estabelecimento prisional.

O processo de indulto não está sujeito ao pagamento de custas.

O pedido é depois instruído com os seguintes elementos:

- a) Informações constantes do processo individual do recluso;
- b) Relatório dos serviços prisionais contendo avaliação da evolução da personalidade do recluso durante a execução da pena, das competências adquiridas nesse período, do seu comportamento prisional e da sua relação com o crime cometido;
- c) Parecer do director do estabelecimento prisional;
- d) Relatório dos serviços de reinserção social, contendo avaliação das necessidades subsistentes de reinserção social, das perspectivas de enquadramento familiar, social e profissional do condenado e da necessidade de protecção da vítima;
- e) Sempre que o pedido ou proposta se baseie em razões de saúde, informação sobre o estado de saúde e o modo como este se compatibiliza com a execução da pena;
- f) Registo criminal actualizado do condenado;
- g) Cópia da sentença ou acórdão condenatório;
- h) Cômputo da pena, homologado pela autoridade judiciária competente.

Após a instrução do processo, o Ministério Público e o Juiz do Tribunal de Execução das Penas emitem parecer. O Ministro da Justiça leva os pedidos à decisão do Presidente da República,

dando também o seu parecer. A decisão sobre os pedidos de indulto é anual, ocorrendo no período de Natal.

11. ¿Cómo se determinan los límites de cumplimiento de las condenas? Régimen jurídico de la refundición y liquidación de condenas.

No direito penal português, em caso de concurso de crimes (condenação pela prática de vários crimes), não é feita a acumulação material das penas, mas sim um **cúmulo jurídico**, aplicando-se uma única pena (artigos 77.º e 78.º do Código Penal). A determinação da medida da **pena única** faz-se do seguinte modo: determina-se primeiramente a pena concreta para cada crime; o limite mínimo da pena única é a mais elevada das penas concretamente aplicadas aos vários crimes; o limite máximo será a soma das penas aplicadas aos vários crimes, sem nunca ultrapassar 25 anos; dentro desses limites mínimo e máximo, a pena única é determinada considerando, conjuntamente, os crimes praticados e a personalidade do agente.

Diferente é o caso de **execução sucessiva de várias penas** (artigo 63.º do Código Penal). Nesse caso, para efeitos de decisão quanto à liberdade condicional, a execução da pena que é cumprida em primeiro lugar interrompe-se quando estiver cumprida metade da pena, iniciando-se o cumprimento da seguinte, e assim sucessivamente. O tribunal decide sobre a liberdade condicional no momento em que possa fazê-lo, simultaneamente, quanto à totalidade das penas. Se a soma das penas exceder 6 anos de prisão, o tribunal coloca o condenado em liberdade condicional, obrigatoriamente, quando estiverem cumpridos 5/6 (se não tiver sido libertado anteriormente).

O **cômputo** (ou **liquidação**) da pena consiste na indicação das datas calculadas para o termo da pena e para a decisão sobre a liberdade condicional. O cômputo é indicado pelo Ministério Público e homologado pelo juiz, sendo comunicado ao condenado e ao seu advogado (artigo 477.º do Código de Processo Penal).

A **contagem do tempo de prisão** realiza-se nos termos do artigo 479.º, n.º 1, do Código de Processo Penal:

«Na contagem do tempo de prisão, os anos, meses e dias são computados segundo os critérios seguintes:

- a) A prisão fixada em anos termina no dia correspondente, dentro do último ano, ao do início da contagem e, se não existir dia correspondente, no último dia do mês;
- b) A prisão fixada em meses é contada considerando-se cada mês um período que termina no dia correspondente do mês seguinte ou, não o havendo, no último dia do mês;

c) A prisão fixada em dias é contada considerando-se cada dia um período de vinte e quatro horas, sem prejuízo do que no artigo 481.º se dispõe quanto ao momento da libertação».

Bibliografia

Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.^a edição revista, Coimbra Editora, 2007 (em especial, anotação VI ao artigo 30.º, p. 505).

Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.^a edição, 2010 (em especial, anotação XVII ao artigo 30.º, da autoria de Damião da Cunha, pp. 690-1).

Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal Português. As consequências jurídicas do crime*, Lisboa: Editorial Notícias, 1993.

Anabela Miranda Rodrigues, *Novo olhar sobre a questão penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão*, Coimbra Editora, 2000 (2.^a ed., 2002).

Anabela Miranda Rodrigues, «Da afirmação de direitos à protecção de direitos dos reclusos: a jurisdicionalização da execução da pena de prisão», *Direito e Justiça*, n.º especial, 2004, pp. 185-195.

Maria João Antunes, «A Constituição e os princípios penais», relatório apresentado à XIII Conferência Trilateral entre os Tribunais Constitucionais de Portugal, Espanha e Itália, Madrid, Outubro de 2011, disponível em http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/conferencias/ctri_13_2011_madrid.pdf.

Inês Horta Pinto, «Tutela judicial efectiva na execução da pena privativa da liberdade. Impugnabilidade pelo recluso da aplicação do regime de segurança. Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 20/2012», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* n.º 22, 2.º fasc., 2012, pp. 321-356.

Siglas

CRP – Constituição da República Portuguesa

CEPMPL – Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade

Nota: todos os Acórdãos do Tribunal Constitucional estão disponíveis em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos>

SEMINARIO IBEROAMERICANO SOBRE “DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD”

28-30 de septiembre, La Antigua.

CUESTIONARIO

Cuestionario respondido por el Magistrado del Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Dr. Wilson Gómez Ramírez

El presente cuestionario tiene por objeto abrir un foro de reflexión, debate e intercambio a partir de la situación actual, interna e internacional, de cada uno de los países participantes en el seminario, con la finalidad de elaborar un documento de conclusiones sobre los diferentes aspectos que se plantean en orden a la regulación de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad.

El contenido del cuestionario será objeto de exposición y debate en el seminario, si bien sería conveniente aportarlo con antelación como documentación del seminario en la página web de la actividad.

Pregunta: ¿Existe en los diferentes textos constitucionales de los países participantes alguna referencia expresa a los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad?

Respuesta: Sí, nuestra Constitución aborda de forma expresa los derechos fundamentales de las personas que se encuentran coartados de su libertad. Este texto supremo trata en su artículo 40, numerales 1, 2, 3, 4, 5, al 14 y el 16, lo concerniente a las garantías procesales y la seguridad personal que tiene una persona que haya sido privada de su libertad.

Algunos derechos como el de ciudadanía o derechos políticos (elegir y ser elegido), siempre que recaiga sobre los mismos una sentencia con carácter irrevocable que conlleven penas criminales. Estos derechos están establecidos en los artículos 23 y 24 de la Constitución.

Pregunta: ¿Qué alcance tiene la regulación constitucional de los diferentes supuestos de privación de libertad?

Respuesta: El alcance de la regulación queda expresado en nuestro caso en el artículo 6 del texto constitucional que establece: *“Supremacía de la Constitución. Todas las personas y los órganos que ejercen potestades públicas están sujetos a la Constitución, norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico del Estado. Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución”*.

El Código Procesal Penal dominicano contiene una serie de principios y garantías que van de la mano con la Constitución. En esta el artículo 40 establece las garantías policiales y judiciales que acompañan a cualquier ciudadano sometido a la acción de la justicia, concordadas con los artículos 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 95, 222 al 231 del Código Procesal Penal dominicano.

Pregunta: ¿Cuáles son las garantías establecidas en la Constitución frente a las privaciones de libertad acordadas sin una resolución o control judicial?

Respuesta: En principio, nadie puede ser reducido a prisión o cohibido de su libertad sin orden motivada y escrita de juez competente, salvo flagrante delito, de acuerdo con el artículo 40, numeral 1, de la Constitución.

En interés de garantizar la libertad sin cumplir este requisito existe la acción de habeas corpus consagrada en el artículo 71 de la Constitución.

De igual forma el propia texto supremo establece que en caso de ser privado de su libertad, la persona debe ser sometida, dentro del plazo de las 48 horas, conforme el artículo 40, numeral 5, guardando en todo momento las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 69, numerales 1, 2, 3, 4, y 10 de la propia Constitución.

Pregunta: ¿Está recogido en el texto constitucional la reinserción social como un derecho o principio constitucional?

Respuesta: Sí, de manera expresa en su artículo 40, numeral 16, se reconoce que las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social de la persona condenada.

Pregunta: En relación con el derecho a la defensa, ¿Está regulado constitucionalmente ese derecho? ¿Cómo se tutela por los poderes públicos la actuación de los abogados que atienden a los presos?

Respuesta: Sí, el derecho a la defensa esta instituido en el artículo 69 que establece que toda persona, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, tiene derecho a obtener la tutela judicial efectiva, con respeto del debido proceso conformado con una serie de garantías mínimas establecidas en la Constitución.

De igual forma se establece el servicio de Defensa Pública proporcionado por el Estado, regulado en la Constitución, la cual reserva el capítulo VI, que comprende los artículos 176 y 177.

La Ley núm. 277-04, de la Defensa Pública, instituye la Oficina Nacional de la Defensa Pública, y esta trata lo atinente al derecho de defensa de los imputados.

En cualquier caso, el juez velará por el respeto de los derechos de todas las personas, toda vez que el Código Procesal Penal establece la igualdad de parte en su artículo 12, cuestión que

El Código Procesal Penal le permite al juez, ante una inadecuada defensa, adoptar medidas, declarar el abandono, proveerle la asistencia de un abogado calificado de la Defensoría Pública.

Pregunta: ¿Cómo se regula la posible modulación de las penas privativas de libertad? Agravantes y atenuantes en la ejecución de una pena privativa de libertad.

Respuesta: En nuestra Constitución no se establece modulación de las penas, pero tanto el Código Penal, como el Código Procesal Penal de nuestro país establecen con precisión la forma de modular las penas privativas de libertad. El CPP establece en su artículo 339, que los jueces cuando vayan a imponer una pena deben tomar en cuenta ciertas condiciones y circunstancias en las cuales se cometió el ilícito; por tanto, podrán apreciar si existen elementos a favor del agravamiento o atenuación de la pena.

Pregunta: ¿Qué alcance tiene en la doctrina constitucional del derecho a la intimidad de los presos en relación con la posibilidad de ser cacheado, registrada su celda o intervenidas sus comunicaciones?

Respuesta: Los internos tienen derecho a su intimidad o privacidad, indudablemente la reglamentación del sistema penitenciario regula los casos por motivos de seguridad en que debe hacerse requisa en los recintos penitenciarios.

El tribunal Constitucional dominicano en su Sentencia TC/0233/13, de fecha 19 de noviembre de 2013, estableció de forma puntual que el derecho a la intimidad de los internos no era absoluto y que por motivos de seguridad debía restringirse, pues al momento de ser condenados este derecho se veía mermado por cuestiones de seguridad del propio recinto y de su persona.

Pregunta: ¿Cómo está regulado el régimen disciplinario penitenciario? ¿Qué garantías formales y materiales se regulan para garantizar los derechos de los reclusos?

Respuesta: Contamos con una disposición que regula todo el sistema penitenciario, la Ley núm. 224, y esta aunada a lo establecido en los artículos 28 y 436 al 447 del Código Procesal Penal, así como a la Resolución núm. 296-2005, dictada por nuestra Suprema Corte de Justicia, que crea el Reglamento del Juez de la Ejecución de la Pena, que establece el proceso que garantiza la forma en la cual los reclusos deben proceder en caso de que se le viole algún derecho.

Pregunta: Dentro de la regulación de extranjería, ¿está prevista alguna medida que lleve aparejada la privación de libertad dentro del procedimiento de expulsión de extranjeros irregulares?

Respuesta: Se establece en la Ley General de Migración núm. 285-04 y su Reglamento que la detención para los casos de violación de normas migratorias de carácter administrativo, no es una privación de libertad que responda al carácter punitivo, de ahí que estas personas estarán separadas físicamente de las personas que se encuentren bajo detención penal o que hayan sido condenadas como resultado de un proceso penal.

Pregunta: ¿Cómo se regula en los diferentes ordenamientos la posibilidad de suspender la ejecución de una pena privativa de libertad, o incluso su perdón a través de un indulto?

Respuesta: Nuestro sistema consagra todo un sistema en el CPP sobre la ejecución de las penas, para esos fines se instauró un juez de ejecución de las penas que valora los requerimientos exigidos en el código para obstar como por una suspensión de la penas. Aunque el juez de fondo tiene la facultad para suspender las penas en determinados casos. La Ley núm. 164, sobre Libertad Condicional explica cuándo procede suspender o no, una vez que agote el cumplimiento de la mitad de la condena impuesta. El CPP de forma expresa crea diversas formas de suspensión de la ejecución de la pena. En el artículo 340 el CPP establece el Perdón Judicial y cómo y cuándo procede. En el 341 del mismo

Código se establece la Suspensión Condicional de la Pena, estableciendo los supuestos de cómo y cuándo procede. En el 342 se establece Condiciones Especiales de Cumplimiento de la Pena, esto atendiendo a circunstancias como la edad de la persona (70 años), enfermedades terminales, embarazadas o lactancia y adicciones.

De igual forma existe suspensión del proceso para someter al ciudadano a medidas de seguridad, ver 40,41 y 447 del CPP.

Con relación al indulto es una facultad que le concede la Constitución dominicana al Presidente de la República, en el artículo 127, letra j.

Pregunta: ¿Cómo se determinan los límites de cumplimiento de las condenas? Régimen jurídico de la refundición y liquidación de condenas.

Respuesta: En República Dominicana, los límites de cumplimiento de las condenas vienen dados en la reglamentación sustantiva y en la procesal penal, *la primera*, en la fijación de la pena, por la aplicación del principio del no cúmulo de penas, que establece que una persona autora de varias infracciones concurrentes debe ser condenada a la pena más grave, y *la segunda*, por las reglas generales para la ejecución de la pena.

Para la imposición de la pena, el citado principio de no cúmulo encuentra limitantes en los casos de concurrencia de delitos y contravenciones, en delitos de tipo fiscal, en casos de porte ilegal de arma blanca, así como en materia de la ley de inmigración. Especies estas en las que la acumulación está permitida.

Por mandato del artículo 338 del Código Procesal Penal, la sentencia condenatoria debe resolver sobre la unificación de las condenas o las penas cuando corresponda. Asimismo, debe contemplar la necesidad de ordenar el cumplimiento de la pena bajo un régimen especial, atendiendo a condiciones particulares del imputado que así lo haga recomendable (edad sobre los 70 años, condiciones de salud física o mental, gestación o lactancia, adicciones). En esos casos el tribunal puede decidir que el cumplimiento de la pena se verifique parcial o totalmente en el domicilio del imputado, en un centro de salud mental, geriátrico, clínico o de desintoxicación. También puede condicionar el descuento parcial o total de la pena al cumplimiento satisfactorio de programa de desintoxicación por parte del imputado.

El funcionario encargado de controlar el cumplimiento adecuado de las sentencias condenatorias y resolver todas las cuestiones que se susciten durante la ejecución, es el Juez de la Ejecución de la Pena, de conformidad con el artículo 437 del Código Procesal Penal, quien preserva que al condenado no se le apliquen mayores restricciones que las que expresamente dispone la sentencia irrevocable y la ley.

Dentro de sus atribuciones, se encuentra la de unificar las penas o condenas según los casos previstos en el Código Penal, pudiendo modificar la cuantía, monto o régimen de cumplimiento de la pena. (Artículo 441 del C.P.P.)

Por Resolución núm. 296-2005, dictada por la Suprema Corte de Justicia, la unificación de la pena única imponible al condenado es determinada por el Juez de la Ejecución, partiendo del principio del no cúmulo de penas y de las diversas penas a que ha sido condenado el imputado en diversos procesos por hechos distintos.

La misma resolución indica que, de conformidad con el artículo 440 del C.P.P., para el cómputo definitivo de la pena, el Juez de la Ejecución tomará en cuenta: a) La privación de libertad sufrida por el condenado desde el día de su arresto o bajo arresto domiciliario; b) El tiempo transcurrido en libertad por el condenado durante el proceso, ya sea por el disfrute de la libertad provisional bajo fianza; o por la presentación de garantía económica u otra medida de coerción, en que estuviese en libertad el condenado; c) Tiempo en libertad del condenado durante la libertad condicional hasta su revocación; y, d) Cualquier otra circunstancia que pueda influir en el cálculo de la duración de la pena. La finalidad del cómputo es para determinar con precisión: La fecha de finalización de la condena; por tanto, la fecha a partir de la cual el condenado o condenada puede solicitar su libertad condicional; o solicitar su rehabilitación.

Artículo 338. Condenatoria. Se dicta sentencia condenatoria cuando la prueba aportada sea suficiente para establecer con certeza la responsabilidad penal del imputado. La sentencia fija con precisión las penas que correspondan y, en su caso, determina el perdón judicial, la suspensión condicional de la pena y las obligaciones que deba cumplir el condenado. Se unifican las condenas o las penas cuando corresponda. La sentencia decide también sobre las costas con cargo a la parte vencida y sobre la entrega de los objetos secuestrados a quien tenga mejor derecho para poseerlos, sin perjuicio de los reclamos que correspondan ante los tribunales civiles. Decide, además, sobre el decomiso y la destrucción, previstos en la ley.

SEMINARIO IBEROAMERICANO SOBRE “DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD”.

28-30 de septiembre, La Antigua.

CUESTIONARIO DE HONDURAS.

El presente cuestionario tiene por objeto abrir un foro de reflexión, debate e intercambio a partir de la situación actual, interna e internacional, de cada uno de los países participantes en el seminario, con la finalidad de elaborar un documento de conclusiones sobre los diferentes aspectos que se plantean en orden a la regulación de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad.

El contenido del cuestionario será objeto de exposición y debate en el seminario, si bien sería conveniente aportarlo con antelación como documentación del seminario en la página web de la actividad.

1. ¿Existe en los diferentes textos constitucionales de los países participantes alguna referencia expresa a los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad?

R. En Honduras existen diversas referencias expresas a los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, las que se encuentran en el articulado del Capítulo II de la Constitución, referente a los derechos individuales así: Artículo 66. Se prohíbe la pena de muerte. Artículo 68. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, síquica y moral. Nadie debe ser sometido a torturas, ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

Artículo 69. La libertad personal es inviolable y sólo con arreglo a las leyes podrá ser restringida o suspendida temporalmente. Artículo 71. Ninguna persona puede ser detenida ni incomunicada por más de veinticuatro horas posteriores a su detención, sin ser puesta en libertad o a la orden de autoridad competente para su juzgamiento. Excepcionalmente este plazo lo extenderá la autoridad competente hasta cuarenta y ocho (48) horas, cuando se trate de delitos de investigación compleja, o a causa de la multiplicidad de los hechos relacionados, dificultad de la obtención de pruebas o por el elevado número de imputados o víctimas. La detención judicial para inquirir no podrá exceder de seis días contados desde el momento que se produzca la misma. Artículo 82. El derecho de defensa es inviolable. Los habitantes de la República tienen libre acceso a los tribunales para ejercitar sus acciones en la forma que

señalan las leyes. Artículo 83. Corresponde al Estado nombrar procuradores para la defensa de los pobres y para que velen por las personas e intereses de los menores e incapaces. Darán a ellos asistencia legal y los representarán judicialmente en la defensa de su libertad individual y demás derechos. Artículo 84. Nadie podrá ser arrestado o detenido sino en virtud de mandato escrito de autoridad competente, expedido con las formalidades legales y por motivo previamente establecido en la ley. No obstante, el delincuente in-fraganti puede ser aprehendido por cualquier persona para el único efecto de entregarlo a la autoridad. El arrestado o detenido debe ser informado en el acto y con toda claridad de sus derechos y de los hechos que se le imputan; y además, la autoridad debe permitirle comunicar su detención a un pariente o persona de su elección. Artículo 85. Ninguna persona puede ser detenida o presa sino en los lugares que determine la Ley.

Artículo 86. Toda persona sometida a juicio, que se encuentre detenida, tiene derecho a permanecer separada de quienes hubieren sido condenados por sentencia judicial. Artículo 87. Las cárceles son establecimientos de seguridad y defensa social. Se procurará en ellas la rehabilitación del recluso y su preparación para el trabajo. Artículo 88. No se ejercerá violencia ni coacción de ninguna clase sobre las personas para forzarlas a declarar. Nadie puede ser obligado en asunto-penal, disciplinario o de policía, a declarar contra si mismo, contra su cónyuge o compañero de hogar, ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Sólo hará prueba la declaración rendida ante juez competente. Toda declaración obtenida con infracción de cualesquiera de estas disposiciones, es nula y los responsables incurrirán en las penas que establezca la ley. Artículo 89. Toda persona es inocente mientras no se haya declarado su responsabilidad por autoridad competente. Artículo 90. Nadie puede ser juzgado sino por juez o tribunal competente con las formalidades, derechos y garantías que la Ley establece. Artículo 92. No podrá proveerse auto de prisión sin que proceda plena prueba de haberse cometido un crimen o simple delito que merezca la pena de privación de la libertad, y sin que resulte indicio racional de quién sea su autor Artículo 93. Aún con auto de prisión, ninguna persona puede ser llevada a la cárcel ni detenida en ella, si otorga caución suficiente, de conformidad con la Ley. Artículo 94. A nadie se impondrá pena alguna sin haber sido oído y vencido en juicio, y sin que le haya sido impuesta por resolución ejecutoriada de Juez o autoridad competente.

Artículo 95. Ninguna persona será sancionada con penas no establecidas previamente en la Ley, ni podrá ser juzgada otra vez por los mismos hechos punibles que motivaron anteriores enjuiciamientos. Artículo 96. La Ley no tiene efecto retroactivo, excepto en materia penal

cuando la nueva ley favorezca al delincuente o procesado. Artículo 97. Nadie podrá ser condenado a penas perpetuas, infamantes, proscritivas o confiscatorias. Las penas restrictivas de la libertad no podrán exceder de veinte años y de treinta años las acumuladas por varios delitos. Artículo 98. Ninguna persona podrá ser detenida, arrestada o presa por obligaciones que no provengan de delito o falta.

Se ha aprobado además, partiendo de los principios constitucionales, legislación complementaria que regulan situaciones específicas y derechos de los privados de libertad, entre las que podemos citar: La Ley Especial para Persona Privadas de Libertad con Enfermedades en Fase Terminal y Enfermedades Degenerativas del Sistema Nervioso Ley del Sistema Penitenciario Nacional Ley Para la Prevención, Rehabilitación y Reinserción Social de Personas Integrantes de Pandillas o Maras Ley de Indultos y Conmutas

2. ¿Qué alcance tiene la regulación constitucional de los diferentes supuestos de privación de libertad? Regulación de la privación de libertad policial y judicial: procedimiento y garantías.

R. La Constitución parte del principio de inviolabilidad de la libertad personal estableciendo que sólo con arreglo a las leyes podrá la misma ser restringida o suspendida temporalmente (Art.69).

Los presupuestos legitimadores constitucionales reguladores de la prisión provisional o preventiva están establecidos en el Artículo 92; la Restricción de la prisión provisional (Arts. 85, 86 y 93); c) Garantías de la privación cautelar de la libertad (Arts.91, 93)

Por otra parte, como podemos observar, el Artículo 71 Constitucional dispone que ninguna persona puede ser detenida ni incomunicada por más de veinticuatro horas, sin ser puesta en libertad o a la orden de autoridad competente para su juzgamiento.

Se establece la posibilidad de extender este plazo por parte de la autoridad competente, hasta cuarenta y ocho (48) horas, cuando se trate de delitos de investigación compleja, o a causa de la multiplicidad de los hechos relacionados, dificultad de la obtención de pruebas o por el elevado número de imputados o víctimas. La norma constitucional dispone que esta medida de excepcionalidad debe ser desarrollada en el Código Procesal Penal.

La detención judicial, que puede ser decretada por el Juez ante quien ha sido llevada la persona a quien se le ha imputado delito, no podrá exceder de seis días. La Constitución de 1982 la categoriza como detención judicial para inquirir, según el Artículo 71 ya citado.

3. ¿Cuáles son las garantías establecidas en la Constitución frente a las privaciones de libertad acordadas sin una resolución o control judicial?

R. Dentro de las garantías constitucionales se establece la del habeas corpus o exhibición personal reconocida en el Artículo 182, que puede hacerse valer ante una privación de libertad ilegal o cuando se ejercen sobre el detenido o preso cualquier tipo de tortura o vejamen:

Artículo 182. El Estado reconoce la garantía de Hábeas Corpus o de Exhibición Personal. En consecuencia, toda persona agraviada o cualquier otra en nombre de ésta tiene derecho a promoverla:

1. Cuando se encuentre ilegalmente presa, detenida o cohibida de cualquier modo en el goce de su libertad individual; y,
2. Cuando en su detención o prisión legal, se apliquen al detenido o preso, tormentos, torturas, vejámenes, exacción ilegal y toda coacción, restricción o molestia innecesaria para su seguridad individual o para el orden de la prisión.

La acción de Habeas Corpus se caracteriza por su informalidad, estableciendo el Artículo 182: La acción de Hábeas Corpus se ejercerá sin necesidad de poder ni de formalidad alguna, verbalmente o por escrito, utilizando cualquier medio de comunicación, en horas o días hábiles o inhábiles y libre de costas.

Un elemento importante de la regulación constitucional del Habeas Corpus es que la misma no puede ser desechada y la norma constitucional impone la obligación ineludible de su conocimiento:

(Art.182) Los jueces o magistrados no podrán desechar la acción de Hábeas Corpus y tienen la obligación ineludible de proceder de inmediato para hacer cesar la violación a la libertad o a la seguridad personales.

Referente al tema de las detenciones ilegales, el texto constitucional en su Artículo 69 dispone como ya vimos que sólo con arreglo a las leyes podrá la libertad ser restringida o suspendida temporalmente, con lo cual evidentemente que cualquier acción de privación de la libertad acordada fuera de los parámetros legales se estimaría contraria a ley. Por su parte, la Ley Sobre Justicia Constitucional, que se encarga de regular las acciones constitucionales como el Habeas Corpus, el Amparo y la Revisión, entre otros, dispone en su Artículo 24 una conceptualización de las privaciones de libertad ilegales o arbitrarias, partiendo de las estipulaciones constitucionales, indicando que es ilegal y arbitraria:

1) Toda orden verbal de prisión o arresto, salvo si tiene como finalidad impedir la inminente comisión de un delito, la fuga de quienes hayan participado en aquél o evitar daños graves a las personas o a la propiedad;

2) Toda orden de prisión o arresto que no emane de autoridad competente o que haya sido expedida sin las formalidades legales o por motivos que no hayan sido previamente establecidos en la ley; y,

3) Toda detención o arresto que no se cumpla en los centros destinados para el efecto por el Estado.

4. ¿Está recogido en el texto constitucional la reinserción social como un derecho o principio constitucional?

R. En forma específica, la reinserción social no se encuentra per se establecido en el texto constitucional como un derecho o principio, no obstante, sí se define que en los establecimientos penales debe procurarse la rehabilitación del recluso, así:

Artículo 87. Las cárceles son establecimientos de seguridad y defensa social. Se procurará en ellas la rehabilitación del recluso y su preparación para el trabajo.

Por otra parte, como ya se dijo, se han aprobado leyes complementarias inspiradas en el texto constitucional que establecen la rehabilitación y reinserción social como principios rectores del derecho penitenciario: Ley del Sistema Penitenciario Nacional Ley Para la Prevención, Rehabilitación y Reinserción Social de Personas Integrantes de Pandillas o Maras

La reinserción social es un fin primordial del Sistema Penitenciario Nacional, ello de conformidad a lo establecido en su artículo primero:

ARTÍCULO 1. La presente Ley regula la organización y el funcionamiento del Sistema Penitenciario Nacional. El Sistema Penitenciario Nacional tiene como fines primordiales la reeducación y la reinserción social de las personas condenadas a penas y medidas de seguridad privativas de libertad, así como la retención y custodia de toda persona detenida, en prisión preventiva o cumpliendo condena privativa de libertad.

5. En relación con el derecho a la defensa, ¿está regulado constitucionalmente ese derecho? ¿Cómo se tutela por los Poderes públicos la actuación de los abogados que atienden a los presos?

R. El derecho de defensa está establecido en la Constitución en su Artículo 82: Artículo 82. El derecho de defensa es inviolable. Los habitantes de la República tienen libre acceso a los tribunales para ejercitar sus acciones en la forma que señalan las leyes.

Se impone además en el texto constitucional el deber del Estado de nombrar procuradores para la defensa de personas en condición de vulnerabilidad: Artículo 83. Corresponde al Estado nombrar procuradores para la defensa de los pobres y para que velen por las personas e intereses de los menores e incapaces. Darán a ellos asistencia legal y los representarán judicialmente en la defensa de su libertad individual y demás derechos.

En la legislación secundaria se prevén sanciones para aquellos Abogados que abandonen la defensa de un imputado sin causa justificada, pudiendo ser suspendido en el ejercicio profesional por parte del Juez o Tribunal. De igual forma el Código Penal tipifica como delito sancionado con reclusión y pena de inhabilitación al notario, abogado, licenciado en ciencias jurídicas y sociales o procurador que por abuso en el desempeño de su mandato o por negligencia o ignorancia inexcusable perjudique a su cliente o descubre secretos del mismo que ha conocido debido al ejercicio de su profesión.

6. ¿Cómo se regula la posible modulación de las penas privativas de libertad? Agravantes y atenuantes en la ejecución de una pena privativa de libertad.

R. Se establece el principio de legalidad penal *nullum crimen, nulla poena, sine (previa) lege*, recogido en nuestra Constitución (Art.95) y en el Código Penal en su artículo primero:

Artículo 1. Nadie podrá ser penado por infracciones que no estén determinadas en una Ley anterior a la perpetración de un delito

La primer regulación o modulación de las penas que establece el Código Penal es la declaración de que la mismas, además del principio ya citado, sólo se impondrán cuando sean necesarias y en forma proporcional a la gravedad del hecho realizado. (Art.2-D)

Adicionalmente la norma dispone que en ningún caso podrá imponerse una medida de seguridad si no es como consecuencia de una acción u omisión descrita como delito por la ley penal

En cuanto a la modulación de las penas, la ley atribuye al Juez esta potestad así:

(Código Penal) Artículo 69. El Juez determinará en la sentencia la pena aplicable al indiciado dentro del máximo y el mínimo señalado por la Ley para cada delito y las circunstancias en que el mismo se haya cometido. Para ello tendrá en cuenta sus antecedentes personales, su mayor o menor peligrosidad, las circunstancias atenuantes y agravantes que hayan concurrido en el hecho apreciadas tanto por su número como, sobre todo, por su magnitud e importancia, y la mayor o menor extensión de los males producidos por el delito, en particular los de naturaleza económica.

En la motivación de la sentencia el Juez consignará expresamente las circunstancias señaladas en el párrafo anterior que ha tenido en cuenta para determinar la extensión de la pena.

7. ¿Qué alcance tiene en la doctrina constitucional el derecho a la intimidad de los presos en relación con la posibilidad de ser cacheado, registrada su celda o intervenidas sus comunicaciones?

De acuerdo con la ya antes citada ley del Sistema Penitenciario, en lo referente a los REGISTROS Y REQUISAS, el Artículo 114 regula la forma en la que deben hacerse los mismos, facultando al Juez de Ejecución para velar por el cumplimiento de esta disposición, lo cual cae dentro de la esfera de su competencia, así:

ARTÍCULO 114. Todos los registros y requisas que se realicen para preservar la seguridad general en los establecimientos penitenciarios y que se practiquen en las personas de los internos, sus pertenencias y locales que ocupen, deberán ser efectuados con respeto a la dignidad humana y estricto apego a la Ley y las disposiciones reglamentarias que se establezcan.

Los jueces de ejecución velarán por el fiel cumplimiento de lo dispuesto en este artículo.

Por su parte el Código Procesal Penal ha estipulado ya la manera en la que se deben hacer los registros personales:

ARTÍCULO 206.- Registros Personales. Cuando existan motivos que hagan presumir que dentro de sus ropas o pertenencias, una persona oculta, esconde o lleva adheridos a su cuerpo, objetos, señales o vestigios relacionados con un delito, se le practicarán registros incautándosele las cosas encontradas. En tal caso, podrá ordenarse su conducción en forma coactiva a las oficinas competentes.

Antes de proceder al registro se advertirá a la persona sobre la sospecha que se tenga y se le invitará a que muestre o exhiba lo que lleva consigo y si la entrega voluntariamente, no se procederá al registro, salvo que haya motivos fundados para creer que aún oculta alguna cosa relacionada con el delito.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se hará, de ser posible, en presencia de dos testigos hábiles, si pidieran ser habidos sin demora, quienes preferiblemente deberán ser vecinos del sitio en que tuvieron lugar los hechos investigados, dejando constancia en el acta de lo actuado.

Los agentes de la Policía Nacional no podrán llevar a cabo registros personales, sobre zonas corporales que afecten el pudor de las personas registradas. Salvo el caso en que existan motivos muy fundados para temer una agresión inminente por parte de dicha persona, su registro se hará por otra del mismo sexo.

Las inspecciones corporales que afecten a zonas anatómicas íntimas, sólo podrán llevarse a cabo en virtud de mandato judicial, a petición fundada de parte, por médico o, en su defecto, por personal sanitario. El Juez, al tomar su decisión, por auto motivado, ponderará la utilidad, proporcionalidad e insustituibilidad por otros procedimientos de examen, de la inspección corporal.

Cuando el examen corporal no pueda demorarse el tiempo necesario para obtener la autorización judicial, y exista grave peligro de frustración del resultado de la medida, podrá ser autorizado por el Ministerio Público, quien dará inmediata y razonada cuenta al Juez, el cual, por auto motivado, convalidará el registro o examen o lo dejará sin efecto.

En cuanto a la forma de practicarlos se establece:

ARTÍCULO 207.- Forma de Practicar los Registros Personales. Los registros a que se refiere el Artículo anterior, se practicarán individualmente y con respeto absoluto para la dignidad, el pudor, la integridad corporal y la salud de las personas. El registro de personas será efectuado por agentes del mismo sexo y, de no haberlas, por dos (2) personas también del mismo sexo, designadas para el efecto. En ningún caso se empleará violencia para practicar el examen corporal y si éste afectare las zonas corporales íntimas, deberá ser hecho por un médico, y de no haberlo, por personal sanitario. La persona examinada tendrá derecho a requerir que, durante el examen, esté presente una persona de su confianza, siempre que pueda localizarse sin tardanza que implique riesgo de frustración de la finalidad perseguida por la medida. Los resultados del registro se harán constar en acta, que firmarán los agentes de investigación que lo

hayan practicado y además, la persona registrada. Si ésta no quiere o no puede firmar, se dejará constancia de este hecho en dicha acta.

Finalmente con relación a la intervención de las comunicaciones, en forma general la Constitución establece su inviolabilidad, autorizando la misma cuando así sea dispuesto por juez, al tratarse de la afectación de un derecho fundamental.

Artículo 100. Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad y al secreto de las comunicaciones, en especial de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

En forma específica a la intervención de las comunicaciones de los privados de libertad, la Ley Especial Sobre Intervención de las Comunicaciones Privadas prohíbe la intervención de las comunicaciones entre el imputado investigado y su abogado defensor legalmente constituido en el proceso penal, cuando lo hagan en ejercicio del derecho de defensa.

8. ¿Cómo está regulado el régimen disciplinario penitenciario? ¿Qué garantías formales y materiales se regulan para garantizar los derechos de los reclusos?

La Ley del Sistema Penitenciario Nacional establece en su Artículo 4º que no se aplicará a las personas privadas de libertad ninguna pena que no haya sido impuesta por autoridad jurisdiccional ni sanción o medida disciplinaria que no esté expresamente establecida en esta Ley.

La ley dispone que se prohíbe someter a las personas privadas de libertad a torturas y a cualquier trato cruel, inhumano o degradante u otro lesivo a su dignidad, así como el empleo de medio de coerción que no sean permitidos por la Ley. Quienes ejecuten, ordenen o toleren dichas actuaciones estarán sujetos a las sanciones previstas en el Código Penal.

El régimen disciplinario de los establecimientos penitenciarios, según la ley, se orientará a garantizar la seguridad y al logro de una convivencia ordenada. Estableciendo que los requerimientos disciplinarios del establecimiento penitenciario no deberán menoscabar el desarrollo de las actividades destinadas a lograr la reinserción social de la persona interna.

Por su parte el Artículo 72 estipula que:

La potestad disciplinaria es atribución exclusiva de los (las) Directores(as) de los Establecimientos Penitenciarios, por recomendación de los respectivos Consejos Disciplinarios,

conforme lo establece esta Ley y sus Reglamentos. Ninguna persona interna podrá ostentarla ni ejercerla.

En cuanto a las garantías que tienen las personas privadas de libertad para hacer valer sus derechos, ya referimos que la Acción de Habeas Corpus es reconocido por la Constitución como una garantía constitucional que puede ser invocada cuando una persona se encuentre ilegalmente presa, detenida o cohibida de cualquier modo en el goce de su libertad individual; y, cuando en su detención o prisión legal, se apliquen al detenido o preso, tormentos, torturas, vejámenes, exacción ilegal y toda coacción, restricción o molestia innecesaria para su seguridad individual o para el orden de la prisión.

Sin perjuicio de ello, también el Código Procesal Penal establece la competencia de los Jueces de Ejecución la de velar por el cumplimiento de la finalidades de la pena y la defensa de los derechos de los condenados; su conocimiento abarca además a todos los incidentes que se produzcan durante la etapa de ejecución de las penas y medidas de seguridad.

La Ley del Sistema Penitenciario Nacional además determina que sin menoscabo del derecho a dirigirse al Juez de Ejecución, las personas internas deberán ser oídas por los Inspectores de los servicios penitenciarios en sus visitas y por el Director del Establecimiento o un funcionario en quien delegue o cualquier autoridad superior, cuando así lo soliciten, para presentar peticiones o formular quejas, que deberán ser expuestas en la forma que los reglamentos autoricen. (Art.78)

La ley manda que El Director Nacional del Instituto Penitenciario tiene la facultad de revisar las sanciones impuestas a los(las) internos(as) por infracciones al régimen disciplinario, de acuerdo con las resoluciones giradas por el Departamento Técnico y que el Director establecimiento penal tiene la facultad de velar por el orden, seguridad, disciplina, higiene y salubridad de los centros bajo su responsabilidad.

El Artículo 47 de la ley dispone que en cada Centro Penitenciario funcionará un Consejo Técnico Interdisciplinario, organizado por el Departamento Técnico del Instituto Nacional Penitenciario y bajo la coordinación del Director del Establecimiento, el cual será un órgano colegiado e integrado por profesionales médicos, psiquiatras, psicólogos, jurídicos, trabajadores sociales y otros profesionales que se consideren necesarios, los cuales estarán sujetos a las políticas establecidas por el Consejo Directivo del Instituto y las disposiciones reglamentarias que al efecto se emitan disposiciones reglamentarias.

Es potestad del Consejo Disciplinario conocer de las denuncias por faltas disciplinarias cometidas por las personas privadas de libertad, la investigación de las mismas, la recomendación de las sanciones que pudieran imponerse según el caso, así como la vigilancia de su estricto cumplimiento, de conformidad con la presente Ley y demás disposiciones reglamentarias.

Del Habeas Corpus Correctivo

Como ya se dijo, de conformidad a lo previsto actualmente por nuestra Constitución² y la Ley Sobre Justicia Constitucional³, “El Estado reconoce la garantía de Hábeas Corpus de Exhibición Personal. En consecuencia, toda persona agraviada o cualquier otra en nombre de ésta tiene derecho a promoverla: 1. Cuando se encuentre ilegalmente presa, detenida o cohibida de cualquier modo en el goce de su libertad individual; y, 2. Cuando en su detención o prisión legal, se apliquen al detenido o preso, tormentos, torturas, vejámenes, exacción ilegal y toda coacción, restricción o molestia innecesaria para su seguridad individual o para el orden de la prisión.”.

En nuestra legislación, además de la tutela individual expresamente prevista tanto por nuestra Constitución, como por la Ley Sobre Justicia Constitucional, no existe una norma adjetiva expresa referida al carácter colectivo de la acción correctiva, y que en consecuencia persiga examinar las condiciones en que se cumple la detención o prisión, no obstante la Sala de lo Constitucional ha considerado jurisprudencialmente⁴ como un remedio judicial que garantiza la protección judicial prevista por el artículo 25 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos; y en tal sentido la Sala de lo Constitucional entiende que con esta acción⁵, se persigue un efecto reparador, que viene a ampliar el espectro de tutela que brinda la acción ordinaria de acción del habeas corpus dirigida al individuo, pues esta al ser dirigida comúnmente en forma colectiva, por su carácter correctivo, persigue un efecto reparador general y se dirige a la tutela de los derechos de una pluralidad de privados de libertad, esto implica, que puede, como sucede por lo general, ser interpuesta cuando ya se han consumado las lesiones a los derechos fundamentales de esta colectividad.

Entonces encontramos en primer término, que el Habeas Corpus Correctivo es utilizado para evitar un mal mayor al que ya afecta a un grupo de reclusos o en su caso a la totalidad de la comunidad penitenciaria en un centro de detención o reclusión determinado. Encontramos pues, que la naturaleza de la acción correctiva persigue directamente examinar las condiciones en que se cumple la detención o prisión, en este caso para un grupo determinado, garantizando

a estos grupos los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal, a no ser objeto de torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, a su salud, a que se respete su dignidad humana, que se les brinde un debido proceso tanto a lo externo como a lo interno del centro de detención o prisión, a no ser objeto de discriminación de cualquier clase, a ser libres de cualquier forma de esclavitud, a su libertad de conciencia, pensamiento y religión; asimismo, a que con las restricciones del caso se les respete su derecho a la familia y se les garantice su desarrollo individual, dentro de las limitaciones que les son aplicables.

Es así, como la Sala de lo Constitucional en su jurisprudencia⁶, ha recogido en lo pertinente al Habeas Corpus Correctivo, conceptos fundamentales contenidos en los párrafos 92 y 96 de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y durante la tramitación de los mismos se han dispuesto por parte de la Sala, decisiones en torno al mejoramiento de las condiciones en los centros penitenciarios y la vigencia de los derechos de las personas privadas de libertad.

9. Dentro de la regulación de extranjería, ¿está prevista alguna medida que lleve aparejada la privación de libertad dentro del procedimiento de expulsión de extranjeros irregulares?

La Ley de Migración y Extranjería define la expulsión como el acto legal de extrañar del territorio nacional a los extranjeros que se encuentren en cualquiera de las circunstancias establecidas en el Artículo 897 de esta Ley, previa resolución de la autoridad estatal competente.

ARTÍCULO 89. CASOS EN QUE PROCEDE LA EXPULSIÓN. La Secretaría de Estado en los Despachos de Gobernación y Justicia ordenará la expulsión de los extranjeros, cuando se hallen comprendidos en los casos siguientes: 1) Los condenados por delitos, después de cumplida la condena o de haber obtenido indulto; 2) Los que se dediquen a actividades ilícitas o actividades no autorizadas en su permiso de ingreso o residencia; 3) Los que atenten contra la salud, la economía, el medio ambiente, la paz internacional y las buenas relaciones internacionales de Honduras con otros países amigos; 4) Los que tomen parte en movimientos de cualquier naturaleza que utilicen o estimulen la violencia para el logro de sus objetivos, en motines, en reuniones disociadoras o favorezcan o impulsen de cualquier modo conflictos armados de carácter nacional e internacional, inestabilidad social, ingobernabilidad, incumplimiento de la ley o agitación social o política; 5) Cuando hayan

Se considera irregular según la ley, el ingreso o la permanencia de los extranjeros cuando se encuentren en alguna de las situaciones siguientes: 1) Haber ingresado por puerto de entrada no habilitado oficialmente; 2) Cuando no se haya cumplido cualquiera de las normas que regulan el ingreso y la permanencia de extranjeros en Honduras; y, 3) Extralimitarse en el tiempo de permanencia autorizado.

La Ley hace referencia a la existencia de “centros especiales de asistencia” que se encargan de custodiar a los extranjeros mientras se decide su situación migratoria o mientras son deportados o expulsados del país, estos centros están bajo la custodia de la Dirección General de Migración y Extranjería. (Art.8 no.16 Ley de Migración y Extranjería).

10. ¿Cómo se regula en los diferentes ordenamientos la posibilidad de suspender la ejecución de una pena privativa de libertad, o incluso su perdón a través de un indulto?

El Código Penal de Honduras establece la posibilidad de suspender la ejecución de una pena privativa de libertad bajo ciertos parámetros y condiciones:

Artículo 70. En la sentencia condenatoria podrán los Tribunales suspender la ejecución de la pena, por un período de prueba de cinco (5) años, tratándose de delitos, y de dos (2) años en el caso de faltas, si concurrieren los siguientes requisitos: 1) Que la condena consista en privación de la libertad que no exceda de tres (3) años; 2) Que el procesado no haya sido condenado anteriormente por delito o falta; 3) Que la naturaleza o modalidades del hecho criminoso imputado, el carácter o los antecedentes del reo y los móviles que lo impulsaron a delinquir debidamente investigados, lleven al Juez a la convicción de que el agente no es peligroso y pueda presumir en consecuencia, que no volverá a delinquir.

Por otra parte, en la legislación especial complementaria, se prevé la posibilidad del “desinternamiento”, como lo cataloga la Ley Especial para Persona Privadas de Libertad con Enfermedades en Fase Terminal y Enfermedades Degenerativas del Sistema Nervioso, que se bien se equipara a un cumplimiento anticipado, digamos, de la pena en casos especiales para aquellas personas privadas de libertad que adolecen de enfermedades incurables en fase terminal.

Además del cumplimiento de la pena y la muerte del condenado, el Código Penal incluye como causas de extinción de la responsabilidad penal las siguientes:

La amnistía, la cual extingue la pena y por completo todos sus efectos jurídicos, salvo lo dispuesto en el Artículo 103.

El indulto, el cual sólo extingue la pena principal cuando no comprende las accesorias; pero no favorece al indultado en cuanto a la reincidencia y demás efectos de las penas que las leyes determinan expresamente. El indultado no podrá habitar, sin el consentimiento del ofendido, en el domicilio en que éste viva o, en su defecto, su cónyuge, ascendientes, descendientes, y hermanos. Esta prohibición durará por todo el tiempo que, de no haber sido indultado debiera durar la condena.

El perdón expreso del ofendido o de quien tenga su representación legal en los delitos que sólo son perseguibles en virtud de querrela o denuncia de agraviado. Lo dispuesto en este párrafo no será aplicable a los responsables del delito de violación ni a los responsables de delitos o faltas cometidos en perjuicio de niños o niñas; En los delitos o faltas cometidos contra personas incapaces no comprendidas en la última parte del párrafo anterior, los jueces o tribunales rechazarán la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquellos si existen motivos racionales para pensar que fue otorgado atendiendo intereses pecuniarios o personales directos del respectivo representante. En tal caso, ordenarán la continuación del procedimiento con intervención del Ministerio Público o el cumplimiento de la condena. Para rechazar el perdón a que se refiere el párrafo anterior, el juez o tribunal deberá oír al representante del incapaz; La prescripción de la acción penal; y, La prescripción de la pena.

No obstante, lo dispuesto en los numerales 6) y 7), son imprescriptibles la acción penal y la pena en aquellos delitos que le sea aplicable la privación de la libertad de por vida o que se consigne ésta como su límite máximo.

11. ¿Cómo se determinan los límites de cumplimiento de las condenas? Régimen jurídico de la refundición y liquidación de condenas.

Según el Código Penal, las penas de reclusión y de prisión empezarán a contarse desde el día en que el reo fuere aprehendido, descontándose el tiempo que permanezca excarcelado.

Las penas se dividen en principales y accesorias: Son penas principales: La reclusión, la prisión, la multa, la inhabilitación absoluta y la inhabilitación especial.

Para los efectos de ley, los días se contarán de veinticuatro horas (24) consecutivas, y los meses y años de fecha a fecha.

Concurso de delitos.

Dispone la ley que al culpable de dos (2) o más delitos se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones. El sentenciado cumplirá sus condenas simultáneamente, si fuere posible. Cuando no lo fuere, o si de ello resulta ilusoria alguna de las penas, las cumplirá sucesivamente, principiando por las mayores, o sean las señaladas para los delitos más graves.

Sin embargo, la duración de las penas acumuladas por varios delitos no excederá de treinta (30) años.

Es necesario acotar que en Honduras se ha establecido la pena de privación de la libertad a perpetuidad, según reforma al Artículo 97 Constitucional, el cual dispone que la ley penal determinará su aplicación.

Sobre las conmutas.

Según el Código Penal, solamente serán conmutables de derecho:

- 1) La prisión, a razón de cinco Lempiras (L. 5.00) por cada día; y,
- 2) La reclusión hasta de cinco (5) años, a razón de diez Lempiras (L.10.00) por día.

Las conmutas se pagarán en efectivo en la Tesorería General de la República o en la Institución del Sistema Financiero Nacional que la Secretaría de Estado en el Despacho de Finanzas haya autorizado para el efecto.

Si el imputado o condenado carece de medios económicos para conmutar la prisión o reclusión, Ésta se conmutará por trabajo a favor de la comunidad. Las condiciones y plazos se fijarán en los mismos términos establecidos en el Artículo 53 del Código Penal.

Lo dispuesto en el Código no será aplicable a quien haya sido condenado anteriormente por delito doloso; cuando así lo disponga una ley especial, o cuando apreciadas las condiciones especiales del condenado, los móviles de su conducta y las circunstancias del hecho, se establezca motivadamente, a juicio del Juez su no procedencia.