

OS DANOS QUE O SISTEMA PENAL CAUSA ÁS PERSOAS SOMETIDAS A PROCESO: A VICTIMIZACIÓN TERCIARIA.

Xulio Ferreiro Baamonde

I. CARACTERIZACIÓN DA VICTIMIZACIÓN TERCIARIA.

1. Introducción. Inmersión nunha sociedade victimizante.

Por victimización terciaria debe entenderse o conxunto de danos aos que é sometido quen previamente ten sido considerado como delinciente por parte do sistema, se ben, en sentido amplo, tamén se aplica a situacións patolóxicas do sistema legal nos seus diversos ámbitos (normativo, policial, xurisdiccional, penitenciario) que ocasionan grandes prexuízos aos cidadáns¹. Os fenómenos de victimización terciaria poden ter diversas causas, como máis adiante se explicará, e mesmo pode que a súa toma en consideración sexa susceptible de crítica, pero o certo é que, haxa ou non unha base obxectiva para iso, porcentaxes amplamente elevados de persoas sometidas a algunha medida de control social – a penas privativas de liberdade, fundamentalmente – vense a si mesmas como vítimas do sistema². Por iso, teña ou non unha base real tal sentimento, o certo é que a súa existencia ten sido constatada e, polo tanto, é importante dende o punto de vista das ciencias sociais. É por iso que se tentarán analizar neste artigo estes fenómenos de victimización, que posúen especificidades en relación coas chamadas victimización primaria e secundaria – aínda que en ocasións sexan equivalentes – prestando especial atención á victimización penitenciaria, pola súa especial incidencia na poboación desviada.

Ao falar de victimización terciaria ou institucional inclúense tanto fenómenos que tal vez sexan inherentes ao propio exercicio do poder, calquera que sexa a súa forma ou lexitimidade, que mesmo poden ser cualificados de delito polas normas positivas, como outros que gozan de amparo legal, pero que conlevan efectos devastadores para as persoas que os sofren. É obvio que as prácticas ilegais cometidas con impunidade dende o propio aparato do Estado, ou que vulneren os Dereitos humanos por parte de gobernos dictatoriais, constitúen supostos de victimización, non xa unicamente terciaria.

1 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: “El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programas de reparación del daño. La denominada “victimización terciaria” (el penado como víctima del sistema legal)”, en *La victimología*, CDJ, Madrid, 1993, p. 313

2 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: “Hacia una redefinición del rol de la víctima”, en *Libro homenaje al Profesor Fernández Albor*, Santiago de Compostela, 1989, p. 320, cifra nun 75% dos infractores os que comparten o sentimento de victimización pola sociedade ou polo sistema, tanto se se trata dunha vivencia sincera e merecida, como dunha técnica de autoxustificación.

ria, senón mesmo primaria, aínda que en ocasións reciban aparencia de legalidade³. Pero mesmo dentro dos Estados democráticos existen lexislacións ou se producen prácticas⁴ que son susceptibles de vulnerar dalgún xeito os dereitos das persoas sometidas a proceso ou a penas privativas de liberdade, ou producir neles efectos semellantes aos da victimización⁵. Isto é evidente, sobre todo cando se acode a “razóns de Estado”⁶ ou de “loita contra o delito” para xustificar a adopción de medidas de excepción que atopan acollida no seo da sociedade debido a situacións de alarma previamente criadas ou exacerbadas co obxectivo de permitir a admisión de tales disposicións.

Tal vez a primeira victimización á que se ven sometidos os individuos pertencentes aos sectores sociais que alimentan a poboación carceraria é a que provoca a mesma sociedade. A raíz última do delito común hai que buscarla nun sistema socioeconómico que insufla aos seus membros certos valores e obxectivos para despois negar a súa efectiva realización a certos suxeitos pola propia orientación do sistema⁷. É posible afirmar que a propia sociedade crea nos individuos certas necesidades que non pode satisfacer, polo que se ven abocados á comisión de feitos delictuosos a través dos que

3 A victimización institucional de tipo masivo non é propia dos sistemas políticos actuais, nas formas de xenocidios, torturas e desaparicións colectivas de cidadáns, que xa se teñen feito lamentablemente famosas. HERRERA MORENO, M.: *La hora de la Víctima*, Madrid, 1996, pp. 60-62, cita historicamente como a primeira victimización colectiva a persecución das bruxas no Medievo. Segundo sinala esta autora, “do inxente colectivo de reos de feiticaría, verdadeiras vítimas materiais, só unha reducida proporción dos colectivos era culpábel, sequera en sentido formal, de ter incorrido en prácticas prohibidas, sendo de todo punto inverosímil a posibilidade de que a feiticaría se tivese metido tan amplamente no cerne social como para afectar aos integros arrabaldes urbanos, ou completos hábitats rurais, esquilados pola saña persecutoria”.

4 A insuficiencia da lexislación para o mantemento de comportamentos públicos acordes co necesario respecto aos dereitos fundamentais ten sido demostrada en numerosas ocasións. NEUMAN, E.: *Victimología y control social. Las víctimas del sistema penal*, Buenos Aires, 1994, p. 110, ofrece o exemplo da victimización de menores cometida ou simplemente permitida polo Estado ou por forzas paraestatais (os tristemente célebres “escuadróns da morte”), cando os países onde se comete, como é o caso de Brasil, posúen avanzadísimas lexislacións de protección ao menor, cumprindo sobradamente as esixencias dos instrumentos internacionais na materia, como, neste caso, a Convención Internacional de Dereitos do Neno das Nacións Unidas.

5 Como afirma HERRERA MORENO, M., *La hora de la...*, op. cit., p. 62, flagrantes expoñentes das feblezas do sistema penal occidental “ofrecen á Victimoloxía base abondo para afirmar que o imperio xudicial público arrastra, dende o momento do seu necesario advenimento, un inescusábel lastre de disfuncións, desaxustes, que seguen constituíndo nos nosos días notábeis factores de victimización lexitimada”.

6 LANDROVE DÍAZ, G.: *La moderna victimología*, Valencia, 1998, p. 196. Un exemplo deste tipo de situacións ofréceo ARANDA OCAÑA, M.: “La política de dispersión de presos/as en el Estado español”, en *La cárcel en España en el fin del milenio (a propósito del vigésimo aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria)*, I. Rivera Beiras (coord.), Barcelona, 1999, pp. 121-151, para quen tal política supón unha clara ilustración de que tales razóns de Estado se sobrepoñen á legalidade vixente, neste caso, penitencial.

7 Vide NEUMAN, E.: *Victimología y control social...*, op. cit., pp. 16-24, y LANDROVE DÍAZ, G.: *La moderna victimología...*, op. cit., pp. 191-192. É especialmente ilustrativa unha pasaxe do propio NEUMAN, E.: *Victimología y control social...*, op. cit., p. 25, que amosa como se relaciona a victimización social sufrida polos sectores marxinais coa comisión de delitos por estes individuos e a conseqüente victimización polo sistema de control formal estatal: “Se é a sociedade a que conculcou ou rompeu o contrato, victimizando a unha grande cantidade de seres humanos que caeron pola borda, que quedaron fóra del, cabería falar das lexitimidades e as súas pantasma, pero tamén dunha segunda victimización que ocorre cando eses homes trasgreden a lei penal. Daquela pasarán a ser vítimas do sistema penal que, mediante a detención preventiva ou, acaso, a segregación por pena, non só os estigmatiza e etiqueta, senón que, ordinariamente, os volve a marxinar nun novo escenario preparado para a ocasión: o cárcere. Selección por unha banda e institucionalización pola outra. As tres victimizacións resultan sucesivas (aínda que ás veces semellan simultáneas). O incumprimento do contrato por parte da sociedade despraza a grande cantidade de homes á periferia, sen remisión. A isto súmase a victimización humana, que devén do feito de transgredir normas penais dunha sociedade que non lles deu un lugar (ou polo lugar que lles dá), e unha terceira – que en próximos capítulos se estudiará de xeito fenomenolóxico – na execución penal, unha nova victimización producida polos controis formais do poder criminalizador”.

evadirse da marxinação, ou simplemente sobrevivir⁸. O mesmo sistema posúe efectos criminóxenos. A creación de bolsas máis ou menos amplas de marxinação dentro da sociedade predispón ao delicto a estas partes da poboación, que non reciben outro trato por parte do sistema máis que o cárcere⁹. Ao mesmo tempo, o sistema actúa de xeito selectivo, castigando os xeitos de delincuencia propios da marxinalidade, pero diminuíndo a súa eficacia e severidade cando se trata dos xeitos de criminalidade propios dos sectores dominantes, no caso mesmo de que se teñan tipificado¹⁰.

2. A victimización institucional. Os danos causados polo proceso ás persoas a el sometidas.

A victimización institucional pode ser provocada de diversos xeitos. LANDROVE DÍAZ¹¹ diferencia catro niveis de victimización, no ámbito lexislativo, ao existir determinadas disfuncións nos procesos de creación da lei penal; no ámbito policial, ao pervivir prácticas pouco respectuosas cos Dereitos Humanos, a pesar da súa proscripción legal; na esfera xudicial, debido a problemas derivados dos erros xudiciais, as dilacións, etc.; por último, no plano da execución penal, a victimización penitencial, derivada da incongruencia que supón pretender habilitar para a liberdade a través da privación da mesma e, sobre todo, do indiscriminado recurso a sancións desta natureza con notorio desprezo de mecanismos substitutivos, infinitamente menos nocivos para a sociedade no seu conxunto, por non mencionar a vixencia da pena de morte en máis da metade dos ordenamentos penais do planeta¹².

Polo que se refire á victimización parlamentaria, é de sinalar a existencia de determinadas circunstancias que producen que a propia lei penal poida converterse nun factor de victimización. En primeiro lugar, debido aos fenómenos de expansión do Dereito penal¹³, que conlevan normas criminais cada vez máis abundantes, complexas e represivas que, polo tanto, someten ao sistema penal – e polo tanto victimizan – a un número maior de persoas, e de xeito máis severo. Estes fenómenos teñen a súa raizame na utilización do Dereito penal como un medio – inaxeitado neste caso – para a solu-

8 Tal como o expresa LANDROVE DÍAZ, G.: “La victimización del delincuente”, *Victimología*, A. Beristain Ipiña, dir., San Sebastián, 1990, p. 153, a marxinação social impide a estes sectores da poboación recorrer a medios lexítimos de emancipación e isto é resultado dun sistema que ten por finalidade asegurar a posición privilexiada de diversos grupos que manteñen a un sector ou sectores da poboación dun país en condicións de saúde, alimentación, educación, traballo e emprego, etc., en pugna cos máis fundamentais dereitos humanos. Atopámonos, en definitiva, ante as consecuencias dunha orde social patolóxica.

9 LANDROVE DÍAZ, G.: *La moderna victimología...*, *op. cit.*, pp. 191-192. O cárcere actuaría deste xeito como un instrumento máis de reprodución da marxinalidade que estes sectores de poboación deben sufrir no seo da sociedade. *Vide* NEUMAN, E.: “El sistema penal y sus víctimas”, *Estudios de Derecho penal en homenaje al Prof. Luis Jiménez de Asúa*, RFDUC, 1986, nº 11 monográfico, p. 496

10 Isto é particularmente patente cando se analiza o estrato social ao que pertence a poboación reclusa por norma xeral. Tal e como afirma RÍOS MARTÍN, J. C.: “La cárcel: descripción de una realidad”, *ICADE*, nº 42, 1997, pp. 307-308, o cárcere actúa selectivamente sobre os grupos sociais máis carenciais, aqueles que se atopan afastados duns niveis mínimos de calidade de vida e que son, polo tanto, máis vulnerábeis social e economicamente. Persoas non cualificadas laboralmente, con escasa ou nula bagaxe cultural ou escolar, alto nivel de desarraigo e desvinculación afectiva e familiar.

11 LANDROVE DÍAZ, G.: “La victimización del delincuente...”, *op. cit.*, p. 152

12 Con respecto aos efectos victimizantes da pena de morte, *vide* NEUMAN, E.: *Victimología y control social...*, *op. cit.*, pp. 33-62.

13 *Vide*, para unha análise pormenorizada da cuestión, SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La expansión del Derecho Penal*. Madrid, 1999. Un exemplo de victimización a través da tipificación de condutas é o de tenza ou consumo de drogas, con efectos devastadores para certos sectores da poboación. *Vide* NEUMAN, E.: *Victimología y control social...*, *op. cit.*, pp. 133-136.

ción de problemas sociais para os que serían precisas fórmulas máis custosas e complexas, que polo xeral o Estado non está en condicións de asumir – é o caso, p.ex., do consumo de drogas –¹⁴. A este factor hai que engadir, en ocasións, a antigüidade de certos códigos penais, que implica a pervivencia de tipos delictivos sen sentido nas sociedades contemporáneas, aparentemente inofensivos pola súa inaplicación práctica, pero que poden ser revividos en momentos puntuais con efectos catastróficos¹⁵. Outros supostos de victimización lexislativa inclúen a aquelas normas penais declaradas inconstitucionais, que producen o efecto da submisión a xuízo dalgunhas persoas – coa correspondente estigmatización provocada pola “pena de escano” –, ou mesmo o cumprimento efectivo de penas, en tanto non é declarada tal inconstitucionalidade polo órgano competente para iso¹⁶. Tamén é posíbel a existencia de normas ou doutrinas xurisprudenciais que, a pesar de ter recibido marchamo de constitucionalidade polo máximo intérprete da norma fundamental, posúan verdadeiros efectos victimizadores para quen sofre os seus efectos. Tal crítica ténselle realizado, por exemplo, á doutrina das relacións especiais de suxeición que unen aos internos en centros penitenciarios coa Administración e que ten sido reiteradamente censurada pola doutrina, como se poderá comprobar na segunda parte do artigo.

O paso polo proceso penal pode provocar no acusado efectos danosos, máis alá dos precisos para discernir se lle debe ser aplicada algunha pena, do mesmo xeito que ocasiona tales efectos na vítima. Como se ten sinalado, o sistema penal guiase por motivacións e parámetros diferentes das necesidades e intereses das partes presentes no proceso. Tal afirmación é tan válida con respecto ao imputado como á vítima. A pesar de que o proceso está deseñado como un mecanismo de garantía do imputado, as deformacións no funcionamento do mesmo, provocadas polos intereses dos membros do sistema, implican, en ocasións resultados prexudiciais para quen é sometido a xuízo.

O primeiro efecto que comporta o paso polo proceso penal é a chamada “pena de escano”. A persoa que é sometida a proceso penal sofre os efectos estigmatizadores deste, pois supón un paso cara diante no progreso da carreira criminalizadora. O proceso penal desenvolve un papel fundamental na chamada desviación secundaria¹⁷. A desviación primaria prodúcese coa propia comisión do delicto, á que se lle suma o etiquetamento producido pola actuación do sistema de control formal, para continuar o pro-

14 GIMÉNEZ SALINAS I COLOMER, E.: “La mediación en el sistema de justicia juvenil: una visión desde el Derecho comparado”, *EG*, 1996, nº 10, p. 194, critica expresamente a convicción de que o Dereito penal pode ser un medio axeitado para a solución dos problemas que xorden no seo da sociedade, idea que “*está moi arraigada, especialmente no pensamento máis conservador*”. Para esta autora tal crenza “*é propia dunha sociedade que ante os problemas non é quen de analizar a súa orixe. É máis propio dunha sociedade infantil, que desexaría que o mundo estivese dividido como nas películas do oeste: os bos e os malos*”.

15 Tal é o caso das leis que penalizan as relacións homosexuais libremente consentidas entre adultos nalgúns estados dos EE.UU., que son utilizadas en certos momentos de “moralización” da vida pública. Dende logo, máis acusada é aínda a victimización producida pola inclusión de tipos penais atentatorios contra os dereitos humanos, como pode ser a criminalización do adulterio, ou o da propagación de doutrinas relixiosas.

16 Tal posibilidade, representa, para POLAINO NAVARRETE, M.: “Victimología y criminalidad violenta en España”, *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*, Santiago de Compostela, 1989, pp. 571-587, unha significativa hipótese de risco para a xustiza penal, que por antonomasia emana da propia vontade popular e que, en todo caso, require a exacta previsión de medidas preparatorias e indemnizatorias das vítimas xeradas pola actividade parlamentaria que resulte errada, dende o punto de vista das esixencias constitucionais do Estado Social e Democrático de Dereito.

17 Os efectos estigmatizadores do proceso teñen sido salientados por RODRÍGUEZ MANZANERA, L.: *Victimología. Estudio de la víctima*, 5ª ed., México, 1999, p. 335, polas consecuencias psicolóxicas e sociais que posúen o feito de someter a un inocente a proceso, dende a publicidade por parte dos *mass media*, que produce unha seria estigmatización, o sufrimento de cerimonia degradantes, ata chegar á profecía autocumprida, segundo a cal o presunto criminal adopta o seu papel e se converte nun desviado secundario.

ceso de desviación. En tal desenvolvemento o sometemento a xuízo como acusado é un primeiro paso crucial, tanto na propia visión que o individuo ten de si mesmo, como na visión transmitida á sociedade, e iso é indiferente da posterior absolución ou declaración de inocencia, que sempre pode ser achacada polos axentes sociais a “formalismos legais”, “falla de probas”, etc.. O avance na carreira criminal que produce o contacto, sequera sexa tanxencial, co sistema penal, non debe ser desprezado cando se produce unha imputación ou acusación. Por outra banda, o sometemento a xuízo de persoas inocentes debería ser susceptíbel de resarcimento dalgún xeito, a través dos mecanismos de erro xudicial, ou de funcionamento anormal da Administración de Xustiza (arts. 121 CE, 292-297 LOPX)¹⁸.

Tamén a actuación dos axentes inmersos na actividade xurisdiccional pode ser causante de victimizacións. En primeiro lugar, polo trato desconsiderado cara os individuos sometidos a proceso. Non é preciso lembrar que quen foi acusado dun delicto conserva todos os seus dereitos fundamentais, en virtude da presunción de inocencia, sen prexuízo das medidas cautelares que se poidan decretar para asegurar a súa presenza no xuízo, misión principal, entre outras finalidades, que se lle asigna á prisión preventiva. Tal presunción de inocencia e, aínda máis, o respecto á súa dignidade humana, que non se perde evidentemente nin sequera coa imposición da pena, obrigan a un trato respectuoso cara o imputado que, lamentablemente, non sempre se observa. Tal desconsideración é máxima nos casos de tortura ou na aplicación de técnicas de investigación policial pouco acordes co respecto á dignidade humana¹⁹ que, a pesar de ter sido desterradas das posibilidades legais coas que contan as forzas de seguridade nos países democráticos, seguen pervivindo na práctica cotiá destes Estados e son toleradas en moitos outros²⁰.

18 Tal indemnización sería procedente xa que, de acordo con SANGRADOR, J. L.: “La victimología y el sistema jurídico penal”, en *Psicología social y sistema penal*, Madrid, 1986, p. 65, diversos estudos consideran que as persoas acusadas erroneamente sofren efectos semellantes a aqueles que padece unha vítima tradicional. A responsabilidade do Estado por erro xudicial adóitase apreciar unicamente nos casos de prisión preventiva do art. 294 LOPX, pero non cando existe unha simple imputación, a pesar de que poderían considerarse supostos que gardan certa analogía. Os criterios que manexa o Consello Xeral do Poder Xudicial ao respecto (Acordos do Pleno de 16 de abril de 1986 e 26 de febreiro de 1992), para a consideración de funcionamento erróneo da Administración de Xustiza esixen un verdadeiro funcionamento anormal, máis alá da revogación dunha resolución, que causase un dano valorábel economicamente e individualizado, o que podería ser aplicábel ao caso das falsas imputacións. Con respecto a estes conceptos *vide* GUZMAN FLUJA, V.C.: *El derecho de indemnización por el funcionamiento de la Administración de Justicia*, Valencia, 1994 e CEBREROS MENDAZONA, E.: *La responsabilidad del Estado derivada del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*, Madrid, 1998. Ademais, tal e como sinala POLAINO NAVARRETE, M.: “Victimología y criminalidad...”, *op. cit.*, pp. 571-587, se ben o ordenamento español prevé a posibilidade teórica da responsabilidade civil subsidiaria de xuíces e maxistrados por errónea decisión xurisdiccional (arts. 411-413 LOPX), a realidade xurisprudencial demostra a absoluta inaplicación práctica de tal responsabilidade, evidenciándose, segundo este autor, unha inxusta estimación legal pola propia xurisprudencia dos dereitos que asisten á vítima e aos prexudicados dende a óptica do recoñecemento constitucional da responsabilidade e a interdicción da arbitrariedade dos poderes públicos.

19 Como afirma LANDROVE DIAZ, G.: *La moderna victimología...*, *op. cit.*, p. 196, se a policía non acosuma a ser moi respectuosa coas vítimas, o trato que depara aos presuntos delinquentes reviste unha violencia desmesura, sobre todo cando estes pertence a determinados sectores sociais.

20 Neste sentido é ilustrativa unha cita de RIVACOBIA Y RIVACOBIA, M. de: “Crisis y pervivencia de la tortura”, en *Estudios penales. Libro homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, Salamanca, 1983, pp. 799 e ss., cando di que “*estigmatizada, suprimida nas leis, punido no seu uso, negada a súa aplicación, pervive nos feitos pola inercia e a comodidade que domina nos encargados de investigar e descubrir os delitos e para satisfacción da súa agresividade e sadismo*”. O feito de que a tortura segue sendo vista en moitos casos como unha ferramenta de traballo policial máis é sostida por NEUMAN, E.: *Victimología y control social...*, *op. cit.*, pp. 173-225, onde este autor se refire aos diversos xeitos de victimización que se levan a cabo polas forzas policiais.

Dentro dos mecanismos legais do proceso é obrigado tratar das secuelas que pode provocar a prisión preventiva²¹. O uso e abuso de tal medida cautelar é susceptible de multiplicar os efectos victimizantes do paso polo proceso²². A prisión preventiva supón o ingreso nun centro penitencial de quen aínda, dende un punto de vista legal, é considerado inocente, o que non impide que o trato que se lle dispensa nos establecementos penitenciais difira en pouco ou nada do que reciben as persoas xa condenadas²³. Polo tanto, pode provocar no suxeito sometido a tal medida todos os efectos perniciosos da pena privativa de liberdade que serán sinalados no seguinte epígrafe, sen ter sido legalmente demostrada a súa culpabilidade. Son de salientar, fundamentalmente, os efectos estigmatizadores da prisión preventiva. Quen xa “estivo no cárcere” é un delincuente baixo os ollos do entorno social. É indiferente que posteriormente non chegue a ser penado. Tal paso pola prisión profunda, ademais, a desviación secundaria, polas características criminóxenas dos establecementos penitenciais. As prisións teñen sido definidas como “universidades do crime”, por iso o contaxio criminal é común entre quen pasa polas súas instalacións²⁴. Tanto máis como que quen é preso preventivo goza polo cotiá de menos dereitos en prisión, xa que, por exemplo, non ten acceso aos instrumentos rehabilitadores. En certos países – isto é especialmente patente en Sudamérica²⁵ – a adopción de xeito practicamente automático e indiscriminado da prisión preventiva contribúe a aumentar as xa de por si penosas condicións de vida dos cárceres, xa que o altísimo número de presos preventivos provoca o hacinamento e as consecuencias nocivas para a convivencia no interior das institucións que este provoca²⁶. A LACrim española regula a prisión preventiva con certa tendencia ao automatismo, xa que segundo os arts. 503 e 504 é posíbel o seu decreto sobre a base exclusiva de terse imputado un delito de certa gravidade, que se cuantifica pola penalidade do tipo en abstracto, o que ten motivado que historicamente se aplicase a prisión provisional con xeneralidade. Esta tendencia xurisdiccional foi sen embargo, corrixida polo Tribunal Constitucional en múltiples resolucións, vinculando a adopción da prisión provisional ao cumprimento dos fins constitucionais da institución – art. 17 CE –, que se unen ao aseguramento da presenza do imputado no proceso, en virtude da súa natureza netamente cautelar e non a situacións de alarma social ou de correspondencia coa gravidade do delito imputado²⁷.

21 En canto aos efectos victimizadores da prisión preventiva, *vide* BOVINO, A.: “El encarceramiento preventivo en los tratados de derechos humanos”, en *Problemas del Derecho Procesal Penal contemporáneo*, Buenos Aires, 1998, pp. 121-167, sobre todo en relación á situación actual en América Latina.

22 LÓPEZ-REY Y ARROJO, M.: *Criminalidad y abuso de poder*, Madrid, 1983, pp. 139-140.

23 Así, a pesar de non existir aínda condena, é posíbel que unha vez en prisión os presos preventivos sexan internados nun establecemento de orden pechado e mesmo nun especial e sometido “*ao sarcasmo legal de converterse en suxeito de información documental, de observación e clasificación*”. *Vide* GIMÉNEZ PERICÁS, A.: “Victimización terciaria y necesidad de reforma”, *EG*, 1993, nº 7, p. 65.

24 LANDROVE DÍAZ, G.: *La moderna victimología...*, *op. cit.*, p. 199.

25 NEUMAN, E.: *Victimología y control social...*, *op. cit.*, pp. 227-228, refírese ás altas taxas de presos preventivos nos cárceres latinoamericanos. Así en Uruguai o 90% dos internos nas prisións non teñen sido xulgados aínda, cifra que fluctúa para outros países, pero que en ningún caso descende do 70% de Arxentina. É posíbel dicir, dende un punto de vista estritamente xurídico que, nestes casos, os cárceres están cheos de inocentes.

26 As críticas á prisión preventiva son resumidas por LANDROVE DÍAZ, G.: “La victimización del delincuente”, *Victimología*, A. Beristain Ipiña, dir., San Sebastián, 1990, p. 155, do seguinte xeito: “*non permite levar a cabo un labor resocializador, xa que dende o punto de vista xurídico está vedada calquera intervención sobre o suxeito aínda non condenado; ademais, supón un grave risco de contaxio criminal, habida conta que determina a convivencia do preventivo cos xa condenados; finalmente, a prisión preventiva incrementa innecesariamente a poboación reclusa, favorece o hacinamento nos cárceres, multiplica o custe das instalacións, existe a adicación dun maior número de funcionarios e, en definitiva, expón a un suxeito presuntamente inocente a todos os riscos inherentes ao medio carcerario, ao tempo que o desconecta do seu medio familiar, social e laboral*”.

27 Isto motivou que o Tribunal Constitucional se teña cuestionado mesmo a constitucionalidade dos arts. 503 e 504 LACrim, na STC 47/2000, de 17 de febreiro. En relación coa doutrina do Tribunal Constitucional sobre a prisión provisional, pode verse tamén a STC 44/1997, de 10 de marzo.

II. ESPECIAL GRAVIDADE DA VICTIMIZACIÓN PENITENCIARIA

1. O gran poder victimizador do cárcere: o abusivo recorte de dereitos que sofren os internos.

De todas as posíbeis victimizacións que o sistema penal pode provocar sobre os cidadáns, tal vez sexa a que se produce como consecuencia do internamento en centros penitenciais para o cumprimento das penas privativas de liberdade, aquela que posúe consecuencias máis funestas para quen as sofre. O mesmo recurso de acudir de xeito xeneralizado ás penas de prisión como resposta case única fronte ao delicto supón aceptar como solución exclusiva unha pena deshumanizadora en si mesma que se ten demostrado absolutamente ineficaz para a rehabilitación dos condenados, acadando tan só o seu castigo, o cal supón un obxectivo cando menos discutíbel do Dereito penal.

En certos países os dereitos dos reclusos son negados con reiteración. Existen numerosos exemplos onde os cárceres son simples depósitos de penados, sen posibilidade de tratamento e onde os internos malviven en condicións infrahumanas, sen ningún amparo legal que protexa os seus dereitos. Afortunadamente, este non é o panorama que se pode apreciar nos sistemas penitenciais do noso ámbito. No ordenamento xurídico español, tanto a LOXP como o Regulamento Penitencial que a desenvolve recoñecen aos reclusos unha serie de dereitos que garanten o efectivo cumprimento das penas privativas de liberdade de xeito acorde coa dignidade humana e co respecto aos dereitos fundamentais, así como ás orientacións rehabilitadoras, constitucionalmente recoñecidas. Sen embargo, a pesar disto pódese afirmar que tal panorama teórico non se corresponde coa realidade penitencial. No sistema carcerario español existe hoxe en día un incumprimento xeneralizado da lexislación reguladora²⁸ o que, unido a certos baleiros legais e doutrinas xurisprudenciais restrictivas dos dereitos dos internos²⁹, produce verdadeiros efectos victimizadores sobre as persoas a el sometidas.

Nos cárceres españois prodúcese unha diferenza abismal entre a práctica cotiá e as prescricións legais³⁰. A falla de medios e de persoal e a disposición das infraestruturas penitenciais de xeito absolutamente contrario ao espírito lexislativo provoca o imposible cumprimento da lei³¹. A aplicación da normativa penitencial sacrifica o fin da resocialización en favor da retención dos reclusos e da seguridade interna do centro

28 *Vide* RÍOS MARTÍN, J. C.: “La cárcel..., *op. cit.*, p. 303. Tal incumprimento da normativa legal provoca, segundo LANDROVE DÍAZ, G.: *La moderna victimología...*, *op. cit.*, p. 202, que o cárcere se asemelle a unha detención ilegal. Un exemplo é o do réxime de cumprimento en departamentos especiais e o sistema FIEs que, tal e como afirma BRANDARIZ GARCÍA, J.A.: “Notas sobre el régimen penitenciario para penados considerados extremadamente peligrosos: departamentos especiales y FIEs-1 (CD)”, *EPC*, 2001, nº 23, vulneran o principio de legalidade, ao deseñar un conxunto de restricións e medidas de control que conforman materialmente un novo réxime penitencial non previsto nin na LOXP nin no Regulamento Penitencial.

29 Poden verse numerosos exemplos de tales interpretacións xurisprudenciais en MONCLÚS MASÓ, M.: “Consideraciones acerca de algunas instituciones penitenciarias: análisis legal y jurisprudencial”, en *La cárcel en España en el fin del milenio (a propósito del vigésimo aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria)*, I. Rivera Beiras (coord.), Barcelona, 1999, pp. 81-119.

30 *Cfrt.* MUÑAGORRI LAGUÍA, I.: “La vigencia del principio de legalidad en el ámbito penitenciario”, en *Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción*, Barcelona, 2000, pp. 16-17.

31 LANDROVE DÍAZ, G.: “La victimización del delincuente..., *op. cit.*, p. 155, afirma que a normativa penitencial española simplemente nunca se ten aplicado, xa que tal cumprimento é imposible. A poboación reclusa soborda amplamente a capacidade dos establecementos, co que as limitacións legais en canto ao número de internos en cada centro non poden ser respectadas; non existe a posibilidade de incorporación dos internos á actividade laboral; nas celas pretendidamente individuais amoréanse os reclusos; a falla de persoal impide o tratamento axeitado; a relación entre o número de reclusos e de funcionarios supera todas as previsións, etc.

penitencial, o que se manifesta tanto na existencia de réximes, cando menos alegais, de máxima seguridade, pero tamén na crónica falla de medios materiais e humanos para o desenvolvemento do tratamento³². Un exemplo disto é a construción xeneralizada de macrocárceas. A súa disposición interior, absolutamente deshumanizante e a súa localización en lugares illados e afastados non son acordes co espírito rehabilitador das normas, e a grande cantidade de internos que se acugulan nelas imposibilitan un tratamento individualizado³³. Por outra banda, os mecanismos rehabilitadores e os beneficios penitenciais recollidos na LOXP son utilizados pola administración penitencial como medios para o mantemento da disciplina no interior das institucións e non para os seus fins orixinais, a través de sistemas de castigos e recompensas³⁴.

En xeral, pode afirmarse que na prisión existe un recorte de dereitos fundamentais que vai moito máis alá da estricte liberdade ambulatoria³⁵. A práctica penitencial común suma á perda de liberdade tamén a do dereito á intimidade, ao libre desenvolvemento da personalidade, á vida familiar, á liberdade de comunicacións, etc.³⁶. A con-

32 BRANDARIZ GARCÍA, J.A.: "Notas sobre el régimen penitenciario... *op. cit.*

33 Segundo RÍOS MARTÍN, J. C.: "La cárcel...", *op. cit.*, p. 310, os macrocárceas implican o illamento, pola súa configuración arquitectónica e emprazamento, e a través dos mecanismos de control e seguridade que incorporan tenden a incrementar a violencia e o grao de illamento e afastamento da sociedade.

34 En canto ao uso desviado dos instrumentos rehabilitadores, *vide* BERGALLI, R.: "Tratamiento y políticas penitenciarias (una quimera más de la reforma)", en *La cárcel en España en el fin del milenio (a propósito del vigésimo aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria)*, I. Rivera Beiras (coord.), Barcelona, 1999, pp. 65-80. Esta actuación é obvia no caso do establecemento do sistema FIES e dos departamentos especiais que, segundo BRANDARIZ GARCÍA, J.A.: "Notas sobre el régimen penitenciario... *op. cit.*", "non se establece en función das necesidades do tratamento ou reeducadoras dos reclusos nel incluídos, senón en función dos intereses de orde e seguridade do centro penitencial (...) aos efectos de garantir a retención dos reclusos". Pero estes non son os únicos exemplos dunha utilización torticeira das institucións de tratamento, xa que o propio BRANDARIZ GARCÍA contextualiza estes fenómenos no marco dun proceso de viraxe autoritaria de facto do sistema penitencial, dende un paradigma rehabilitador a obxectivos inocuidadores, que afecta á totalidade das institucións penitenciais que "no canto de ser interpretadas en virtude da orientación resocializadora da nosa normativa penitencial, como instrumentos para minimizar a desocialización do penado e sentar os presupostos da súa readaptación á vida en liberdade, son moitas veces xestionadas ante a presión mediática, como beneficios penitenciais, cunha concesión que pode xerar submisións funcionais ás fins de orde e seguridade do centro penitencial".

35 Como afirma SERRANO BUTRAGUEÑO, I.: "La pena de prisión a examen", *DLL*, 18 de novembro de 1998, nº 4674, "non só a liberdade persoal ou deambulatoria fica murcha, senón tamén a liberdade política e ata a liberdade intelectual. É dicir, o preso non pode ir onde queira, nin comer o que lle apeteza, nin deitarse ou erguerse cando lle conveña, nin tomar unha ducha se lle ven en gaña, ou reunirse coa súa familia ou os seus amigos en cada ocasión, nin ... outras tantas cousas. Pero, ademais, no cárcere, a súa liberdade económica fica maltrada debido á mingua case total dos ingresos polo traballo e, en consecuencia, tamén mingúan as posibles inversións e gastos dos presos. A súa liberdade política redúcese á nada, por canto dificilmente un recluso poderá desenvolver funcións ou cargos públicos, xa sexa por oposición, elección, designación ou nomeamento, ou por representación. (...) Pero mesmo a súa liberdade intelectual irase vendo minguada paulatinamente pola limitación de medios e polo sórdido mundo que o rodea e tamén porque a aflicción psíquica, como é sabido, diminúe case sempre a forza, a claridade e, porén, a liberdade de pensamento". Esta situación conduce a que LANDROVE DÍAZ, G.: *La moderna victimología*, Valencia, 1998, p. 201, afirme que cando se envía a alguén a prisión estáselle condenando a algo máis que a unha pena privativa de liberdade. Estase propiciando a súa victimización. Os dereitos fundamentais dos que gozan os internos están limitados pola súa condición de penados, pero noutros casos, como o respecto á personalidade humana, á non discriminación por razón de sexo, relixión ou crenzas, raza, credo político, condición social ou calquera outra circunstancia semellante (dereito á vida ou integridade física, p. ex.), as limitacións existentes non se xustifican. *Vide* CHIANG REBOLLEDO, M.E.: *Procedimiento ante el juzgado de vigilancia penitenciaria*, Barcelona, 2001, p. 17. Esta situación é, dende logo, contraria á dicción do art. 25.2 CE, que recoñece ao condenado a prisión o goce dos dereitos fundamentais e, en todo caso, ao desenvolvemento integral da súa personalidade.

36 Todo isto a pesar de que é a propia Administración penitencial a obrigada a garantir aos reclusos o goce dos seus dereitos. *Vide* RUIZ VADILLO, E.: "La sociedad y el mundo penitenciario (La protección de los derechos fundamentales en la cárcel)", *Estudios criminológico-victimológicos de Enrique Ruiz Vadillo*, EG, 1999, nº Extraordinario 13, p. 215

figuración como suxeitos de segunda categoría, no que se refire ao goce de Dereitos fundamentais, dos internos en centros penitenciarios tomou carta de natureza a través da doutrina das situacións especiais de suxeición que unen aos reclusos coa Administración ou a dos dereitos de aplicación progresiva³⁷. Segundo a doutrina das relacións especiais de suxeición, tal e como é enunciada na STC 2/1987, as persoas gozan dun “*estatus específico de individuos suxeitos a un poder público que non é o que existe sobre o común dos cidadáns*” e “*en virtude da efectividade que entraña ese sometemento singular ao poder público, o ius puniendi non é o xenérico do Estado e en tal medida a propia reserva de lei perde parte da súa fundamentación material*”, como consecuencia, o principio de legalidade “*non pode ter o mesmo alcance que na potestade sancionadora xeral da Administración, nin moito menos que respecto ás sancións penais (...). Esa base normativa legal tamén existiría cando a lei, neste caso a Lei Xeral Penitenciaria (art. 42 e ss) se remita na especificación e gradación das infraccións ao Regulamento. Isto permitiría recoñecer a existencia da necesaria cobertura da potestade sancionadora a unha norma de rango de Lei*”. Como consecuencia, a limitación dos Dereitos Fundamentais das persoas internas en centros penitenciarios pode levarse a cabo de acordo a criterios moito máis laxos que para o común dos cidadáns³⁸, sen que exista unha base legal para iso, pois dos artigos da LOXP non se desprende a existencia de tal relación especial de suxeición³⁹.

As prácticas da propia Administración penitenciar colaboran na creación dun xeito de vida victimizante dentro das prisións⁴⁰. É corrente o uso abusivo das sancións

37 Para RIVERA BEIRAS, I.: “Radiografía del reformismo penitenciario (veinte años de reforma penitenciaria en España)”, *La cárcel en España en el fin del milenio (a propósito del vigésimo aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria)*, 1999, pp. 39-40, ambas doutrinas veñen a tentar xustificar gravísimas restricións de dereitos fundamentais dos reclusos. Ambas “*acabaron por dar carta de natureza a determinadas situacións que semellaban superadas*”. O resultado foi, de acordo co manifestado por este autor, a construción xurídica dun cidadán de segunda categoría: constitucionalidade do traballo penitenciar, imposibilidade de asistencia letrada efectiva, imposibilidade de manter folgas de fame, extensión da práctica da censura e intervención da correspondencia, posibilidade de prohibición dos contactos íntimos para determinados reclusos, etc.. Para unha análise detida sobre as relacións de suxeición especial, *vide* o traballo do propio RIVERA BEIRAS, I.: “La doctrina de las relaciones de sujeción especial en el ámbito penitenciario (la zona del “no derecho”)”, en *Legalidad Constitucional y relaciones penitenciarias de sujeción*, Barcelona, 2000, pp. 65-118. Especialmente significativo é o parágrafo co que o autor remata este artigo: “*parece evidente que o discurso xurídico (tanto no intre da súa creación lexislativa canto no da súa interpretación e aplicación xurisprudencial), construíu un cidadán de segunda categoría, titular duns dereitos depreciados, que pon en entredito a vixencia efectiva da garantía executiva que se deriva do principio de legalidade e, con isto, evidencia a irracionalidade dun sistema penitenciar que continúa padecendo unha crise de lexitimación que se remonta ao seu propio nacemento*”.

38 Todo isto sobre a base da afirmación de que “*a disciplina da prisión – e, debe facerse notar, non a rehabilitación do penado como reflicte o art. 25 CE – é a base do sistema penitenciar*”. Para unha máis ampla exposición sobre a vixencia diminuída do principio de legalidade no referido ao cumprimento das condenas de penas privativas de liberdade, *vide* MUÑAGORRI LAGUÍA, I.: “La vigencia del principio de legalidad...”, *op. cit.*, pp. 22-23.

39 RIVERA BEIRAS, I.: “La doctrina de las relaciones...”, *op. cit.*, p. 91, ilustra as diferencias entre a situación española e a alemana, xa que en Alemaña foi o Tribunal Constitucional o que forzou a reforma da lei para afastar a doutrina das relacións especiais de suxeición do eido penitenciar, mentres que en España esta doutrina aplícase sen unha base legal para fácelo.

40 Tal victimización é especialmente aguda no caso dos chamados Internos de Especial Seguimento (FIES), que integran unha base de datos onde van sendo introducidos os reclusos máis conflictivos e/ou reivindicativos. A inclusión destes no Ficheiro supón o paso a unha drástica redución das súas condicións de vida: illamento celular constante, requisas e cacheos sistemáticos, prohibición de gozar de beneficios penitenciarios, censura da correspondencia, traslados dun centro penitenciar a outro, etc.. Os efectos que ata a data provocou semellante réxime constantemente denunciado como inhumano polas organizacións de apoio aos presos, consistiu na produción de perturbacións mentais, autolesións e suicidios dos reclusos afectados polo mesmo. *Cfrt.* RIVERA BEIRAS, I.: “Radiografía del reformismo penitenciario...”, *op. cit.*, p. 36. Para un estudio do réxime FIES, *vide* AYMERICH CANO, C.: “Réxime penitenciar fechado e cárceres de máxima seguraza. Unha reflexión dende o Dereito Administrativo”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 1997, nº 1, pp. 87-108; BRANDARIZ GARCÍA, J.A.: “Notas sobre el régimen penitenciario...”, *op. cit.*

por parte dos funcionarios e o recurso ao réxime de illamento, o sistema FIES ou os departamentos especiais, absolutamente destructivos da personalidade⁴¹. A falla de inversións nos establecementos carcerarios para garantir unhas instalacións dignas provoca que en moitas ocasións se produce un verdadeiro amoreamento nos módulos e celas⁴². O ocio forzoso ao que se ven condenados a maioría dos reclusos a quen, por carencia dos medios axeitados se lles priva do seu dereito a un traballo digno⁴³. Todo isto por non mencionar a tortura e os tratos inhumanos e degradantes que, desgraciadamente, seguen existindo nos cárceres españois⁴⁴.

2. A indefensión dos internos fronte á victimización penitenciaria.

Fronte a estas condicións de vida e ao padecemento de tales abusos, os reclusos atópanse absolutamente indefensos⁴⁵. En moitas ocasións descoñecen os seus propios dereitos, o cal non é estraño se se atende ao estrato sociocultural ao que pertence a maioría das persoas que se atopan recluídas nos cárceres. Aínda cando os coñezan, teñen múltiples problemas para facelos valer. En primeiro lugar, o analfabetismo está estendido entre a poboación carceraria ata un punto inimaxinábel para quen vive alieo a este mundo. Evidentemente, tal condición cultural non resulta unha axuda para o exercicio dos dereitos recoñecidos na lexislación e a reacción fronte ás súas denegacións arbitrarias. Tampouco a lexislación axuda á realización dos seus dereitos por parte de poboación carceraria. Durante o cumprimento da pena, os internos non teñen acceso a asistencia xurídica gratuita e a posibilidade de sufragarse un avogado é, dadas as cir-

41 En palabras de RÍOS MARTÍN, J. C.: “La cárcel..., *op. cit.*, pp. 311-314, o réxime de illamento “*supón unha tortura psicolóxica para calquera persoa, non desexábel para ninguén e, polo tanto, non necesaria para ningún cidadán*”. Os reclusos internados en departamentos especiais incluídos no FIES-1 sofren unhas condicións de vida dificilmente compatíbeis co respecto á dignidade humana. BRANDARIZ GARCÍA, J.A.: “Notas sobre el régimen ... *op. cit.*”, describe as circunstancias de cumprimento, entre as que se atopan a falla de respecto ao mínimo de tres horas diarias de patio, marcado pola LOXP, saída ao patio esposado; dobre porta nas celas, e en moitos casos substitucións das fiestras por pranchas metálicas con buracos, así como argolas nas paredes para facilitar o esposado do recluso á cama; patios cubertos por rellas metálicas que non permiten a visión do ceo; primacía en xeral da seguridade sobre o tratamento, que motiva que os profesionais non visiten estes módulos, o que dificulta a progresión de grao; acceso case nulo a actividades deportivas ou talleres, etc.

42 O hacinamento nos cárceres contribúe sobremaneira á victimización do delincente. Tal e como expón ROMERO COLOMA, A.M.: *La víctima frente al sistema jurídico-penal*, Barcelona, 1994, pp. 117-118, o incremento da poboación reclusa determina que a superpoboación das prisións españolas sexa total, que a maior parte dos centros se enfronte a un número de internos moi superior ao que realmente poden colocar, co incumprimento absoluto do establecido na lexislación penitencial. O hacinamento implica unha violación do dereito do interno á súa intimidade, dificulta a vida do centro e impide levar á práctica unha correcta clasificación dos internos, todo isto en detrimento do preso, que se converte nunha vítima do sistema penal. O hacinamento, ademais, contribúe á falla de hixiene, moi xeneralizada nos establecementos penitenciais, debida non só á insuficiencia das instalacións, senón tamén á falla de medios.

43 Vide NEUMAN, E.: *Victimología y control social...*, *op. cit.*, p. 270.

44 Vide RÍOS MARTÍN, J. C.: “La cárcel..., *op. cit.*, p. 318. algunhas prácticas ou medidas penitenciais cotiás como rexistros ou illamentos en celas son, segundo DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.: “Los delitos contra la integridad moral.”, *DLL*, 8 de xullo de 1998, nº 4579, p. 3, dificilmente compatíbeis coa prohibición de tratos inhumanos ou degradantes. Un exemplo de tratos inhumanos e degradantes é sinalado por BRANDARIZ GARCÍA, J.A.: “Notas sobre el régimen penitenciario... *op. cit.*”, para o tratamento cotiá que se lle ofrece aos reclusos internos en departamentos especiais, xa que resulta complicado admitir que medidas como os cacheos diarios con espido integral e flexións, as condicións arquitectónicas nas que se desenvolve o illamento celular, a case absoluta falla de contacto humano ou o peche de ata 22 horas diarias nunha cela practicamente baleira poidan superar o test de constitucionalidade do art. 15 CE. En canto á pervivencia da tortura, poden lerse testemuños sobrecolletores no dossier publicado pola COORDINADORA DE SOLIDARIDAD CON LAS PERSONAS PRESAS: *Denuncias por tortura en las prisiones españolas 1996/98*, Madrid, 1999.

45 RÍOS MARTÍN, J. C.: “La cárcel..., *op. cit.*, p. 329.

cunstances económicas do recluso medio, máis ben remota. Tal situación ten vido sendo paliada pola actuación voluntaria dos grupos de axuda a presos e de certos colectivos de avogados, que teñen organizado quendas de asistencia penitencial, aínda que se debe sinalar que na súa actuación estas organizacións non sempre atopan a total colaboración da Administración.

A actuación en defensa dos dereitos dos internos vese dificultada tamén pola propia estrutura dos Xulgados de Vixilancia penitenciaria, insuficientes para atender á poboación reclusa das súas circunscripcións, e á falla dun procedemento legal para a actuación no seo destes. Ademais, a falla de competencias reais provoca que en moitos casos unicamente aporten unha aparencia de control, proporcionando un manto xurisdiccional á actuación da Administración penitencial, que posúe inmensas posibilidades de limitar os dereitos dos presos sen unha intervención xudicial previa. Deste xeito, os Xulgados de Vixilancia Penitencial producen unicamente unha aparencia de xurisdiccionalidade de, cando menos, dubidosa efectividade para a protección dos dereitos fundamentais⁴⁶.

3. A existencia de condicións de vida victimizantes nas cadeas.

Pero máis alá das disposicións legais concretas, é a simple vida no seo dunha institución como a penitencial a que provoca verdadeiros efectos victimizantes⁴⁷; no seo do cárcere créase un ambiente violento que involucra tanto a internos como a funcionarios. O illamento da institución con respecto á sociedade afecta ás relacións persoais de quen permanece no seu interior. Os reclusos son vistos como meros obxectos de traballo por parte do funcionariado que, ademais, concentra todo o poder nas súas mans e sofre a frustración de que a imposibilidade de cumprir coa legalidade os reduza á condición de carcereiros⁴⁸. A absoluta regulamentación de todos os aspectos da vida dentro da prisión implica que os reclusos carezan de todo poder de autocontrol, xa que non poden tomar decisións sobre a súa propia vida. O poder total que recibe o persoal é susceptible de ser utilizado dun xeito abusivo, xa que tal actuación carece de sanción. Todos estes factores interactúan provocando no recluso un proceso de degradación psicosocial, xa que aprende a súa propia inferioridade e debilidade⁴⁹. Este ambiente de violencia latente fomenta a existencia dun verdadeiro submundo carcerario⁵⁰, que leva consigo a comisión de delitos dentro dos propios centros: agresións, coaccións, delitos sexuais, que permanecen

46 *Vide*, en referencia ás deficiencias dos Xulgados de Vixilancia Penitencial para desenvolver unha verdadeira defensa dos dereitos e liberdades dos reclusos, RIVERA BEIRAS, I.: "Radiografía del reformismo penitenciario...", *op. cit.*, pp. 41-44. En palabras deste autor, "o Xulgado de Vixilancia Penitencial só proporciona a aparencia dun control desenvolvendo en consecuencia unha función ideolóxica, que serve para subministrar á institución penitencial unha cobertura garantizadora".

47 Tales condicións de vida son aínda máis victimizantes cando se trata das mulleres internas. *Vide* BERISTAIN IPIÑA, A.: "La mujer víctima y protectora en la cárcel", *Estudios de Derecho Penal y Criminología*, 1989, Tomo I, pp. 116-117; BERISTAIN IPIÑA, A.: "¿La sociedad/judicatura atiende a 'sus' víctimas/testigos?", *Nueva Criminología desde el Derecho penal y la Victimología*, Valencia, 1994, p. 268, en especial cando estas mulleres conviven cos seus fillos e fillas no interior da prisión. Sobre este aspecto, *vide* NAREDO MOLERO, M.: "Reclusas con hijos en la cárcel. La punta del iniceberg de la "sinrazón" penitenciaria", EN *La cárcel en España en el fin del milenio (a propósito del vigésimo aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria)*, I. Rivera Beiras (coord.), Barcelona, 1999, pp. 197-221

48 LANDROVE DÍAZ, G.: "La victimización del delincuente", *Victimología*, A. Beristain Ipiña, dir., San Sebastián, 1990, p. 155.

49 SCHNEIDER, H.J.: "Temas principales y deficiencias en el actual pensamiento victimológico", *RDP/Crim*, 1994, nº 4, p. 854.

50 ROMERO COLOMA, A.M.: "El recluso y su victimización: nuevas perspectivas ante el recién aprobado Reglamento penitenciario", *AP*, 1996, nº 2, p. 737.

na maior parte dos casos na impiedade⁵¹, sendo sancionados ou solucionados polos medios específicos da subcultura ou, no caso de que as autoridades penitenciais teñan coñecemento de tales feitos, e desexen actuar, soluciónanse xeralmente a través da imposición de sancións ou mediante regresións de grao. Nin que dicir ten que cando tales feitos sexan cometidos por funcionarios, a impiedade está practicamente asegurada. É como se o interior do cárcere fose un territorio alleo á actuación do principio de legalidade e da xustiza penal para todo o que non sexa a propia función represora.

A este mundo de violencia hai que engadir diversos problemas que acentúan a ínfima calidade de vida no seo das prisións. En primeiro lugar, a droga. A súa circulación dentro das institucións penitenciais é innegábel, por moito que se arbitren controis ou se impongan medidas para a súa erradicación⁵². Tales controis e prohibicións levan a que o seu consumo sexa aínda máis danoso que o realizado en liberdade, xa que a clandestinidade aínda máis fonda dentro do cárcere fai diminuír as condicións sanitarias nas que se administran a droga os internos: reutilización de utensilios e intercambio de xeringas, que axudan á difusión de enfermidades, sobre todo da SIDA, cunha incidencia, ao igual que a da drogadicción, dentro dos cárceres infinitamente superior que á da media da sociedade⁵³. A propia esperanza de vida na prisión é menor que en liberdade⁵⁴. A morte é especialmente común nos establecementos penitenciais. Os suicidios son abundantes, e non diminúen coa construción de prisións dotadas de mellores instalacións; asasinatos, enfermidades, mala atención sanitaria, son moito máis frecuentes nos cárceres⁵⁵, e todo isto a pesar da expresa obriga da Administración penitencial de garantir a vida e a integridade física dos reclusos⁵⁶. Só se tentan disimular as estatísticas liberando a enfermos agonizantes, xa que aínda que a lei reconece a posibilidade de excarcerar ás persoas que sofren unha enfermidade grave e incurábel, moitas persoas seguen morrendo no cárcere porque esta posibilidade se atrasa incomprendiblemente⁵⁷.

51 Vide ROMERO COLOMA, A.M.: *La víctima frente al sistema...*, op. cit., pp. 117-118. Na prisión multiplícanse os tratos vexatorios, as agresións sexuais entre os reclusos son constantes, así como todo tipo de violencias e intimidacións, coaccións e ameazas, contribuíndo todo isto á mafia carceraria. Fronte a esta situación pódese afirmar que a grande maioría das infraccións penais cometidas nas prisións non resulta perseguidas, non se dá conta delas á autoridade xudicial, reprimíndose, no mellor dos casos, mediante sancións de tipo regulamentario e de orde interna.

52 É máis, o simple ingreso en prisión supón para moitas persoas unha interrupción nos tratamentos aos que se estaban sometendo. O cárcere, neste senso, supón un obstáculo para a rehabilitación. Vide RÍOS MARTÍN, J. C.: "La cárcel...", op. cit., p. 318.

53 A isto, evidentemente non é alleo o feito da existencia dunha verdadeira victimización lexislativa no relativo ao consumo, tenza e tráfico de drogas. Cfrt. *supra* nota 14. sobre a realidade da SIDA e a drogadicción na prisión e o trato que estes problemas reciben por parte da Administración penitencial, vide CALVET I BAROT, G.: "Toxicomanía y SIDA: la realidad de nuestras prisiones. Estrategias de intervención y legalidad vigente", en *La cárcel en España en el fin del milenio (a propósito del vigésimo aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria)*, I. Rivera Beiras (coord.), Barcelona, 1999, pp. 223-236.

54 NEUMAN, E.: *Victimología y control social...*, op. cit., p. 279.2 cifra nun 25% o aumento da probabilidade de morrer en prisión. Pola súa banda, ROMERO COLOMA, A.M.: *La víctima frente al sistema...*, op. cit., pp. 117-118, constata a insuficiencia de servizos médicos axeitados nas prisións para ofrecer alí onde a propia masificación aumenta considerabelmente o perigo de contaxio de determinadas enfermidades.

55 LANDROVE DÍAZ, G.: "La victimización del delincuente", *Victimología*, A. Beristain Ipiña, dir., San Sebastián, 1990, p. 156.

56 RIVERA BEIRAS, I.: "La doctrina de las relaciones...", op. cit., p. 91. Tal obriga foi expresamente declarada na STC 120/1990 de 27 de xuño.

57 Vide RÍOS MARTÍN, J. C.: "La cárcel...", op. cit., pp. 323-328.

4. Inutilidade da pena privativa de liberdade.

Polo demais, os efectos rehabilitadores da pena privativa de liberdade teñen sido postos en dúbida en infinidade de ocasións. Ninguén se atreve a manter aínda que tal rehabilitación para a liberdade poida ser posíbel no seo das cárceres actuais. Entre outras razóns, porque nunca teñen sido tomadas en serio as funcións rehabilitadoras da prisión. As autoridades penitenciarias subordinan esta ao mantemento da orde e a disciplina. Tampouco se ten dotado de medios aos equipos de tratamento, nin se ten podido realizar un seguimento individualizado dos internos. Todo isto unido á propia crise do paradigma rehabilitador e á posta en cuestión da lexitimidade dunha intrusión tal na intimidade e libre determinación do individuo, para a inoculación duns valores maioritarios, pero dunha xustiza que se pon en dúbida⁵⁸. Tal fracaso da rehabilitación vese acentuado polos efectos criminóxicos do paso por prisión. O cárcere non só non evita a reincidencia, senón que a multiplica⁵⁹. O contaxio criminal acentúase polo etiquetamento que supón o ter pasado polo cárcere – desviación secundaria – e polo sentimento de victimización que producen todas as circunstancias mencionadas e que medra no interior do individuo⁶⁰, que aumenta a tendencia deste a dirixir a súa vida fóra das pautas socialmente recomendadas e a incluírse en subculturas propias.

A situación non mellora substancialmente coa saída da prisión. A persoa que estivo presa fica marcada por tal estigma. É vista como un delincuente pola sociedade, etiqueta que en ocasións se asume e interioriza. A integración na vida en sociedade, cando de feito desexa realizarse, atópase con múltiples problemas. O entorno é xeralmente hostil⁶¹, o que dificulta unha adaptación normal. Isto é especialmente patente cando se tenta a reintegración na vida laboral. Os traballos dispoñíbeis para un ex-presidiario son habitualmente poucos e de baixa calidade e non é estraño que se tente evitar tal condición para impor condicións laborais leoninas⁶².

5. As posibilidades de reducir os efectos da victimización terciaria.

As posíbeis solucións á victimización carceraria deberían pasar por un sometemento real da poboación penitencial ao Estado de Dereito. O simple cumprimento da legalidade penitencial sería un cambio substancial neste eido. Polo demais, debería rematarse con certas prácticas penitenciais, como os illamentos, ou a construción de macrocárceles, o cal semella, sen embargo, de difícil realización, debido aos grandes desembolsos que foron realizados e acometer a mellora xeral das condicións de vida das persoas presas, tanto no referido ás instalacións carcerarias como a traslados, limitación

58 Como expón LANDROVE DÍAZ, G.: “La victimización del delincuente”, *Victimología*, A. Beristain Ipiña, dir., San Sebastián, 1990, p. 155, pódese discutir se a pena privativa de liberdade, calquera que sexan as condicións nas que se cumpra, sirva para reeducar e reinsertar socialmente aos internos e non, simplemente, para a súa domesticación. Por outra banda, no suposto de que sexa posíbel tal educación e reinserción, esta só tería sentido – segundo as posturas críticas co paradigma resocializador – se a sociedade na que se pretende integrar ao penado fose unha colectividade cunha orde social e xurídica xustas. Vide GIMÉNEZ PERICÁS, A.: “Victimización terciaria...”, *op. cit.*, p. 67.

59 Segundo ROMERO COLOMA, A.M.: *La víctima frente al sistema...*, *op. cit.*, pp. 114-115, un 30% da poboación reclusa é reincidente.

60 SANGRADOR, J. L.: “La victimología y el sistema...”, *op. cit.*, p. 66. No mesmo senso, HULSMAN, L.; BERNAT DE CELIS, J.: *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*. Barcelona, 1984., p. 60.

61 LANDROVE DÍAZ, G.: *La moderna victimología*, Valencia, 1998, pp. 206-207.

62 NEUMAN, E.: “El sistema penal y sus...”, *op. cit.*, pp. 496-497. LANDROVE DÍAZ, G.: “La victimización del delincuente”, *Victimología*, A. Beristain Ipiña, dir., San Sebastián, 1990, p. 157, define a posibilidade de que un ex-delincuente acceda a un posto de traballo como “aventura de dúbidoso éxito”.

das medidas coercitivas, desaparición do réxime FIES, etc.⁶³. A dotación dun papel verdadeiramente garantista aos Xulgados de Vixilancia Penitencial é primordial para tentar rematar cos abusos das autoridades penitenciais, polo que sería precisa a creación dun proceso para a actuación ante tales xulgados e a necesidade de que as actuacións limitadoras de dereitos da Administración penitencial se realizasen con autorización previa dos Xulgados de Vixilancia Penitencial. A execución das penas privativas de liberdade deben facerse cun carácter plenamente xurisdiccional, debendo, para iso, os xulgados encargados da súa aplicación transcender a simple vixilancia, para ser verdadeiros xulgados de execución⁶⁴.

Contra os efectos perniciosos do proceso e concretamente no que respecta a paliar os danos da submisión á prisión preventiva de persoas que posteriormente resulten absoltos, tense proposto acudir ao expediente do art. 121 CE, segundo o cal “*os danos causados por erro xudicial, así como os que sexan consecuencia do funcionamento anormal da Administración de Xustiza darán dereito a unha indemnización a cargo do Estado conforme á Lei*”⁶⁵. No proceso español existe tal posibilidade, xa que o art. 294 LOPX establece que teñen dereito a indemnización quen despois de ter sufrido prisión preventiva sexa absolto por inexistencia do feito imputado ou teña sido dictada por esta mesma causa auto de sobresemento libre, e sempre que se lle teñan irrogado prexuízos. Tal previsión é, sen embargo, limitada, xa que os supostos de sobresemento libre (art. 637 LACrim) inclúen tamén os de que o feito non sexa constitutivo de delicto e a exención de responsabilidade criminal do imputado. Nestes casos a prisión provisional pode ter sido tan inxusta como no primeiro e, polo tanto, merecedora de indemnización. O montante da indemnización será fixado atendendo ao tempo de privación de liberdade e ás consecuencias persoais e familiares que se producisen.

63 As medidas propostas por RÍOS MARTÍN, J. C.: “La cárcel..., *op. cit.*, pp. 330-332, son as seguintes: “*desaparición do primeiro grao e do réxime de illamento; sometemento da Dirección Xeral de Institucións Penitenciais á estricta legalidade, modificación do réxime de traslado, sobre todo no atinxinte ás características dos vehículos; potenciamento do réxime aberto; implantación de sistemas de xustiza gratuíta para as persoas presas; establecemento dun sistema de garantías que permita á persoa presa denunciar diante dos Xulgados de instrución os actos violentos e os abusos de poder realizados por funcionarios de prisións; maior intervención do Ministerio Fiscal na investigación dos malos tratos e abusos de poder; autorización xudicial previa e inescusábel antes de que a Administración penitencial aplique illamentos, medios coercitivos, cacheos, requisas de celas e intervención de comunicacións, por ser decisións que afectan a dereitos fundamentais establecidos na CE*”.

64 MUÑAGORRI LAGUÍA, I.: “La vigencia del principio de legalidad..., *op. cit.*, p. 32. Para unha exposición ampla desta perspectiva, *vide* PINTO DE MIRANDA RODRIGUES, A.M.: “Derechos de los reclusos y control jurisdiccional de la ejecución de la pena de prisión”, en *Legalidad Constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción*, Barcelona, 2000, principalmente pp. 57-63. Con respecto á configuración dos Xulgados de Vixilancia Penitencial como unha verdadeira instancia garantista, *vide* MARTÍN DÍZ, F.: *El juez de vigilancia penitenciaria: garante de los derechos de los reclusos*, Granada, 2002 (en prensa), fundamentalmente o Capítulo III, referido á protección dos dereitos fundamentais dos reclusos polo Xuíz de Vixilancia Penitencial.

65 En favor da recondución aos supostos de funcionamento anormal da Xustiza e de erro xudicial dos supostos de victimización terciaria amósase PEDRAZ PENALVA, E.: *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Principios de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 2000, p. 103. Sen embargo, LÓPEZ-REY Y ARROJO, M.: *Criminalidad y abuso de poder...*, *op. cit.*, pp. 139-140, cuestiona a efectividade de tal solución, dada a grande cantidade da poboación penal que se atopa en tal condición. Outras críticas que se teñen expresado cara a introdución de sistemas de indemnización ao inocente baséanse na suposta ineficacia da xustiza, en canto o temor de incorrer en responsabilidade ou de ter que compensar ás vítimas de erros con medios propios fará que os empregados e funcionarios se absteñan de cumprir co seu deber. Tales críticas son rexeitadas por RODRÍGUEZ MANZANERA, L.: *Victimología...*, *op. cit.*, p. 336, para quen a experiencia nos lugares onde existe tal compensación ao inocente non é negativa.