



EGUZKILORE

(Flor protectora contra las fuerzas negativas)

Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología.
San Sebastián, N.º 2 Extraordinario. Octubre 1989.

II Jornadas Penitenciarias Vasco-Navarras

• Enrique Múgica Herzog. "Conferencia de Apertura"	13
• Alfonso Aya Onsalo. "La defensa jurídica del interno en centro penitenciario"	19
• J. Antonio García Andrade. "Existen alternativas a la prisión"	29
• Santiago Mir Puig. "¿Qué queda en pie de la resocialización?"	35
• Heriberto Asencio Cantisan. "El sistema de sanciones en la Legislación penitenciaria"	43
• J. L. de la Cuesta Arzamendi. "La relación régimen penitenciario - resocialización"	59
• Luis Garrido Guzmán. "Los permisos de salida en el ordenamiento penitenciario"	65
• Lorenzo Morillas Cueva. "Algunas precisiones sobre el régimen penitenciario"	79
• Francisco Bueno Arús. "¿Tratamiento?"	89
• Borja Mapelli Caffarena. "La crisis de nuestro modelo legal de tratamiento penitenciario"	99
• Elena Pérez Fernández. "Intervención en los centros penitenciarios de Catalunya"	113
• Robert Cario. "Femmes et prison"	127
• Reynald Ottenhof. "Les femmes et la prison"	141
• "Acto de entrega del Libro Homenaje al Prof. Beristain"	145
• Antonio Beristain. "Aportación de los Institutos de Criminología a las Instituciones penitenciarias"	161
• Francisco Muñoz Conde. "La prisión en el estado social y democrático de derecho"	165
• Enrique Ruiz Vadillo. "Estado actual de la Justicia penal (Su necesaria y urgente reforma)"	173
• José Ignacio García Ramos. "Coordinación penitenciaria"	185
• Günter Blau. "Las competencias penitenciarias de los estados de la R. F. Alemana"	189
• Joaquín Giménez García. "Coordinación penitenciaria"	199
• J. J. Hernández Moreno. "La Coordinación entre las administraciones penitenciarias"	205
• Tony Peters. "Internamiento en prisión en Europa: Datos y comentarios a partir del ejemplo de la política penal y penitenciaria belga"	211
• Tony Peters. "Justicia penal y bienestar social en Bélgica"	221
• I. Murua, J. Ramón Guevara, T. Peters. "Acto solemne de clausura"	235
• A. Maeso Ventureira. "II. Eusko - Nafar Presondegi Ihardunaldiak"	243
• Christian Debuyst. "Perspectives cliniques en criminologie. Le choix d'une orientation"	251
• Luz Muñoz González. "La criminología radical, la nueva y la crítica"	267
• Andrzej Wasek. "Die Strafrechtsreform in Polen"	283

LAS COMPETENCIAS PENITENCIARIAS DE LOS ESTADOS DE LA R. F. A.

Límites de su autonomía y desarrollo de la ejecución penitenciaria a la luz de las “Reglas Mínimas” del Consejo de Europa¹

Günter BLAU

*Richter am Oberlandesgericht a. D.
 Frankfurt*

I

El tema que me he planteado, inicialmente, representaría pocas dificultades, desde un primer punto de vista de un “penólogo” alemán.

En primer lugar, porque no se trata de afrontar el desarrollo autonómico de los sistemas penitenciarios en ambos Estados Alemanes, es decir, la República Federal de Alemania y la República Democrática Alemana. El tiempo de que dispongo, no sería incluso suficiente para describir las formas autonómicas de manifestación de los sistemas penitenciarios que, tanto teórica como prácticamente podrían exponerse, debido a las correspondientes grandes diferencias existentes en que se basan ambas filosofías del Estado y del Derecho Penal, prescindiendo por completo de igual forma, de la incompatibilidad de algunas manifestaciones del sistema penitenciario en la República Democrática Alemana respecto de los “European Prison Rules”.

1.- En cuanto a la traducción del texto de mi ponencia quedo muy agradecido a mi amigo Prof. CASAS BARQUERO.

El segundo motivo de por qué parece relativamente fácil —o mejor dicho innecesario— contestar a la pregunta sobre el desarrollo autonómico de los Estados en materia penitenciaria, se debe, propiamente, a la *situación normativa* existente en la República Federal de Alemania.

En efecto, lo relativo al cumplimiento de penas es materia propia de los Ordenamientos de los Estados de la República Federal. Ha de tenerse presente, sin embargo, conforme a lo dispuesto por el artículo 74 de la Constitución, que se permite una competencia legislativa concurrente de los Estados miembros con la del Estado Federal. En tal sentido, está en vigor desde 1977 una ley penitenciaria Federal (Strafvollzugsgesetz), que regula los principios estructurales básicos así como la mayor parte de las peculiaridades sobre cumplimiento de penas, uniformes en todo el Estado.

Materia de regulación en ella es solo la relativa al cumplimiento de penas para *adultos*, si bien, se aplica de forma análoga al cumplimiento de penas para *jóvenes*, lo cual, sólo marginalmente es contemplado por el artículo 91 del “Código Penal de Menores”, y sin duda, ajustado a los vigentes Reglamentos administrativos de los Estados miembros, igualmente coincidentes en su regulación, los llamados “VV Jug” (Decretos Administrativos relativos al cumplimiento de penas privativas de libertad impuestas a los delincuentes jóvenes).

También sobre el cumplimiento de penas para *adultos*, los Estados Miembros han promulgado de acuerdo con la Ley penitenciaria Federal idénticos reglamentos orgánicos, los denominados “VV” y que son, por consiguiente, cumplidos por las Administraciones de Justicia de los Estados.

Me pregunto, pues, dónde radica el espacio de libertad para el desarrollo autonómico de los Estados de la República Federal de Alemania en el ámbito de su competencia individual.

II

Puede decirse, no obstante, que una ojeada superficial del tema induce a error.

La realidad penitenciaria en la República Federal de Alemania no es tan uniforme como se debería esperar en atención, esencialmente, a los imperativos de uniformidad de las normas contenidas en la “Ley penitenciaria Federal” y en las “VV”. Las diferencias regionales son, por el contrario, más bien considerables.

Si se hallase aquí un reincidente alemán experto en arrestos, podría fundamentar probablemente con todo detalle por qué, por ejemplo, preferiría ser recluido en Hamburgo o en Bremen en vez de en un establecimiento penitenciario de la baja Baviera o viceversa.

Sobre ello, pueden darse muchas razones, tanto normativas como reales, las cuales, al menos parcialmente, son interdependientes.

1) Respeto de las divergencias *normativas* entre los Estados ha de indicarse, que son de aplicación numerosos Reglamentos administrativos y Decretos Ministeriales específicos de los Estados —adicionales a los “VV”—, que de ningún modo vienen a regular asuntos de poca importancia, sino, por el contrario, de tal envergadura

dura como son los criterios para la admisión de presos en los establecimientos de régimen abierto (art. 10 Ley penitenciaria), las reglas para la puesta en libertad, el régimen de visitas, el trabajo en la prisión, la dotación de personal del establecimiento, la formación y el perfeccionamiento de los reclusos y del personal de servicio, la organización interna de los establecimientos, etc.

Es de extrañar que, hasta ahora, no haya ninguna sinopsis publicada de estas específicas normas de los Estados que se encuentran en la actualidad ampliamente diseminadas. En la doctrina científica esta temática fue investigada hasta ahora, como puede comprobarse, solo por *Dünkel/Rosner*, colaboradores del Instituto Max-Planck de Friburgo². Estos autores no sólo basan sus resultados en las estadísticas penitenciarias oficiales publicadas anualmente por la Oficina Federal de Estadística, sino también en investigaciones aún no publicadas. De estos estudios comparados de los Estados se deducen unas sorprendentes diferencias:

1.1. Así el porcentaje global de los reclusos con penas privativas de libertad en *establecimientos abiertos*, difiere considerablemente entre los singulares Estados miembros. Las cifras correspondientes al 30.6.1981 son las siguientes: Hamburgo: 39,1%, Renania del Norte-Westfalia: 26,4%; Schleswig-Holstein: 5,1%; Baviera: 3,2%. Calculado de otra forma, tenemos que en Baviera, de un total de 10.501 celdas existentes en instituciones cerradas, solo existen 413 en instituciones abiertas; en Schleswig-Holstein, a 1773 se corresponden solo 70; en Renania del Norte-Westfalia, de 13.816 celdas en instituciones cerradas, existen, por el contrario, 4162 en instituciones abiertas; en la Baja-Sajonia, con una capacidad de 4983 plazas en instituciones cerradas, hay 1306 en instituciones abiertas. En lo referente al sistema penitenciario para jóvenes, sólo los Estados de Hamburgo, Bremen y Baja-Sajonia mantienen un número considerable de instituciones abiertas, mientras que en los demás, los establecimientos abiertos para jóvenes son menos frecuentes que aquellos para adultos. Así, por ejemplo, en Renania del Norte-Westfalia, de cada tres adultos, uno al menos, llega a establecimientos abiertos, mientras sólo uno de siete, respecto de jóvenes condenados con penas para jóvenes ("Jugendstrafe").

Por otro lado, hasta cierto punto también se diferencia el régimen del sistema penitenciario abierto, de un Estado respecto de otro. En tal sentido, es de señalar por ejemplo, que en Renania del Norte-Westfalia la ejecución abierta se practica prioritariamente en campos y sólo una parte de los reclusos obtienen permiso de salida. De otra parte, Hessen —con su famoso "Gustav-Radbruch Haus", la primera institución abierta para adultos en territorio alemán³—, mantiene una ejecución

2.- Véase F. DÜNKEL / A. ROSNER, *Die Entwicklung des Strafvollzuges in der Bundesrepublik Deutschland seit 1970. Materialien und Analysen*, 2.ª edición, Freiburg/Br., 1982, y concierne al cumplimiento de penas para jóvenes: DÜNKEL / MEYER, "Jugendstrafe und Jugendstrafvollzug", *Teilband 1*, Freiburg/Br., 1986. Véase también: Alexander BÖHM, *Strafvollzug*, 2.ª edición, Frankfurt/M., 1986, p. 50 ss.

3.- Véase Albert KREBS, "Das Gustav-Radbruch-Haus" en: A. KAUFMANN (Ed.), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, Göttingen, 1968, p. 344 ss.; así como Hermann EIERMANN, "Der offene Vollzug am Beispiel des Gustav-Radbruch-Hauses" en H. D. SCHWIND / G. BLAU, (Eds.), *Strafvollzug in der Praxis*, 2.ª edición, Berlín-New York, 1988, p. 47 ss.

abierta graduada, que finaliza normalmente con permiso de salida. Para los condenados por el Derecho Penal de jóvenes, los cuales son internados en los llamados "Fliedener-Häuser", el régimen penitenciario abierto es idéntico con permiso de salida.

En función de que cada una de las instituciones abiertas se diferencian considerablemente entre sí, se hace preciso, consiguientemente determinar los diferentes *criterios de clasificación* de los reclusos. Así por ejemplo, un interno que en Renania del Norte - Westfalia y en Hessen consigue ser admitido rápidamente en un establecimiento abierto, en Baviera, por de pronto, ingresa en un establecimiento cerrado. No obstante, la tendencia general en favor del régimen abierto es, por cierto, ascendente, así como por demás, según la Ley penitenciaria Federal, éste debiera ser la regla general en el ámbito penitenciario. Es de señalar igualmente, que en general, se ha incrementado el número de celdas en instituciones abiertas, ya que desde 1977 a 1986, de 6.434 pasaron a ser 10.101⁴.

1.2. Considerando otros datos sobre la admisión del permiso de salida, correspondientes al año 1980, la proporción que se produce es la siguiente: en Renania del Norte - Westfalia 55 *licencias* por cada 100 reclusos; en Hamburgo 9 de 100. *Plantilla de funcionarios*: Año de muestra: 1980. *General*: un funcionario de servicio por cada 2,2 reclusos. *Psicólogos*: Baviera: 1:147; Berlín 1:39; Baja Sajonia: 1:54.

2) Con ello, sólo me he limitado a darles algunas cifras con la idea básica de no cansarles. Sin embargo, estos números les han debido causar a Vds. la impresión de las importantes divergencias existentes, las cuales, por demás, no vulneran el *principio de igualdad* constitucional, como en ocasiones se ha sostenido. Pudiera decirse sin embargo, que éstas han de considerarse normales en un Estado Federal que presenta pronunciadas diferencias de mentalidad entre norte y sur e incluso, quizás, son forzosas en un federalismo.

Cabe destacar igualmente que, parcialmente, estas diferencias son un reflejo de las *condiciones reales*.

Así, se ha de diferenciar por ejemplo, el trabajo penitenciario en zonas de gran concentración industrial frente a aquéllos efectuados en regiones agrícolas.

También estas diferencias, parcialmente, son el resultado de una específica *política penitenciaria* de cada uno de los singulares Ministerios de Justicia de los Estados miembros. A esta categoría pertenecen —prescindiendo de indudables tradiciones regionales— por ejemplo, la convocatoria de plazas para instituciones de régimen abierto y para centros de terapia social (artículos 123- 128 Ley penitenciaria Federal), o las plazas de plantilla para Asistentes Sociales y Psicólogos. (¡Ciertamente ha de ponerse de relieve, que los Ministros de Justicia son dependientes aquí también de las resoluciones de las Comisiones penitenciarias y presupuestarias de los Parlamentos de los Estados!).

4.- Véase *Impresos del Bundestag* 10/ 5828 del 07.07.1986, p. 7.

De vez en cuando, la tendencia política de los Gobiernos en cada uno de los Estados parece ser decisiva, como por ejemplo en Baviera. A pesar de ello, procede destacar de los Estados que favorecen la prisión abierta, a Renania del Norte-Westfalia gobernado por el Partido Socialista ("SPD") y a Baja-Sajonia gobernado por la Democracia Cristiana ("CDU")...

3) El favorecimiento de las instituciones abiertas y de los permisos de salida son, al menos, parcialmente, un indicador para la determinación de una precisa filosofía penitenciaria, lo que no puede decirse de los diferentes *modelos de organización* de los sistemas penitenciarios en cada uno de los concretos Estados.

3.1. En tal forma, mientras que hay *Centros de Clasificación*, cuya posibilidad prevé el art. 152 de la Ley penitenciaria Federal, en Renania del Norte-Westfalia, en Baja-Sajonia y Baden-Wurtemberg, para los condenados a penas largas para de allí a ser destinados conforme a criterios criminológicos y medidas de tratamiento a los diferentes centros penitenciarios —con programas de resocialización especiales y también naturalmente con diferentes grados de seguridad—⁵ en otros Estados alemanes, sobre todo en los más pequeños, se rige la distribución según principios de cumplimiento penitenciario más generales.

3.2. Por otro lado, la potestad inspectora sobre los centros penitenciarios se ejerce, en la mayoría de los Estados, directamente por las secciones de ejecución de penas de los Ministerios de Justicia de los Estados. Sólo en dos de ellos, Renania del Norte-Westfalia y en Baja-Sajonia, la estructura administrativa es tripartita en donde los llamados "Strafvollzugsämter" (Funcionarios de ejecución de penas) existentes en Hamm, Colonia y Celle, actúan como autoridad intermediaria.

III

En cualquier caso, estas divergencias de los sistemas penitenciarios de los Estados, no deberían infringir los *límites legales* determinados por el Estado Federal a través de la Ley penitenciaria Federal, por la Constitución y por el Convenio Europeo de Derechos Humanos vigente en Alemania.

Así, los anteriormente mencionados "VV" no pueden contravenir los preceptos de la Ley Penitenciaria, en cuanto éstos favorezcan al reo. En caso de colisión, ciertamente prevalece la Ley sobre los Reglamentos. Son los *tribunales* los que vigilan por su cumplimiento.

1) De esta *vigilancia jurídica* se encargan los "Strafvollstreckungskammern" (Tribunales de ejecución penitenciaria)⁶, sitos en los "Landgerichte" (tribunales de segunda instancia) y, caso de apelación, los superiores a ellos, los "Strafsenate der Oberlandesgerichte" (Salas penales de los Tribunales Supremos de los Estados miembros).

5.- Más detallado: Heinz MÜLLER-DIETZ, *Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems*, Heidelberg, 1979, p. 170-191.

6.- Véase Günter BLAU, "Die Strafvollstreckungskammer" en SCHWIND / BLAU, *loc. cit.*, p. 339 ss.

Estos Tribunales se organizan, precisamente, de forma similar a los “giudices di sorveglianza” italianos y a los “Juges d’Application des Peines” franceses, —pero, a diferencia de los modelos italiano y francés, las “Strafvollstreckungskammern” apenas tienen competencias de supervisión administrativa sobre los establecimientos penitenciarios. Esencialmente garantizan el estatuto jurídico de los reclusos (arts. 109 ss. Ley penitenciaria) y deciden sobre la libertad condicional, bien sea de la prisión, bien sea de un establecimiento de ejecución de medidas de seguridad privativas de libertad (arts. 57, 57a, 67 ss. Código penal).

2) En cuanto a la *libertad condicional*, también existen grandes diferencias regionales. No solo la práctica sancionadora de los jueces varía —lo que constituye un fenómeno importante para las estadísticas penitenciarias en función de que el número y duración de las penas privativas de libertad dependen de las sentencias dictadas—, sino que, también difieren bastante las decisiones judiciales sobre concesión de la libertad condicional. Esta se concede facultativamente, una vez se hayan cumplido los dos tercios de la condena y excepcionalmente puede darse cuando, al menos, se lleve cumplida la mitad de la pena impuesta (arts. 57 ss. Código penal).

Tenemos así, que Saarland desde hace años está a la cabeza de los Estados con 48% de concesiones de libertad condicional, seguida de Renania-Palatinado con 34%, mientras que los otros Estados se mantienen en el medio, entre un 27% y un 34%, en tanto que Berlín con solo aproximadamente el 15% se encuentra en el otro extremo de concesiones de libertad condicional a los reclusos⁷.

Estas divergencias, sin duda, tienen poco que ver con la autonomía penitenciaria de los Estados y son más bien consecuencia de la autonomía de las decisiones judiciales, que se producen independientemente de cuáles sean las fronteras de los Estados. Asimismo, se hace patente por investigaciones efectuadas sobre estas divergencias, que son el resultado entre otros, por ejemplo, de la capacidad del establecimiento y del tipo de institución (abierta, socioterapéutica, etc.) estando ello en correlación positiva con la frecuencia de excarcelaciones.

3) Se ha de destacar, que los límites de la autonomía de los Estados, en lo relativo al régimen penitenciario, son infranqueables y están explícitamente determinados por los *principios estructurales fundamentales* determinados en la Ley penitenciaria Federal.

Estos principios fundamentales tienen su origen en la jerarquía de valores jurídico-constitucionales, es decir, en los principios del *Estado de Derecho* y *Estado Social*, y se concretan en el artículo 2 de la Ley penitenciaria Federal, el cual define el fin del régimen penitenciario de la siguiente manera:

“El cumplimiento de la pena privativa de libertad debe hacer del preso una persona capaz para llevar en el futuro, con responsabilidad social, una vida sin delito”.

Igualmente se concretan en el art. 3, en donde se regulan los principios estructurales del régimen penitenciario. De ellos la Ciencia Penitenciaria ha puesto de relieve, en primer lugar, el “*principio de equiparación*” (“*Angleichungsgrundsatz*”)

7- El fenómeno es estudiado más a fondo por BÖHM / ERHARD, en *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 1984, p. 365 ss.

mediante el cual se trata de asemejar el régimen penitenciario a las condiciones normales de la vida exterior; en segundo lugar, el “*principio de contención*” (“*Gegensteuerungsgrundsatz*”) en virtud del cual se intentan eliminar los efectos perniciosos de la privación de libertad, y en tercer lugar el “*principio de integración*” (“*Integrationsgrundsatz*”), que entraña promover la necesaria ayuda para la posterior integración del interno en la sociedad⁸.

Estos principios nucleares del sistema penitenciario de la República Federal no pueden ser vulnerados por ninguno de los Estados miembros. No se permitiría, pues, que un Estado quisiera establecer un sistema meramente represivo inspirado en la sola idea de retribución o incluso un sistema de mera custodia. También el Tribunal Supremo Federal reconoce, que no pueden ser menoscabados los intereses del interno a la resocialización (cfr. Decisiones del Tribunal Constitucional Federal, Tomo 35, 235), es decir, su estatus de integración social.

Tanto más, se estima que tiene que ser respetada la *dignidad humana* de los reclusos (Decisiones del Tribunal Constitucional Federal, Tomos 45, 187 ss.; 64, 261 ss, 272). Así, el Tribunal Constitucional Federal ha considerado inconstitucional una Sentencia del Tribunal Supremo de Frankfurt/M., según la cual, fue denegado el permiso por vacaciones (art. 13 de la Ley Penitenciaria) a dos delincuentes violentos, nacional-socialistas, de edad avanzada, que cumplían condenas a cadena perpetua a causa de su grave culpabilidad en los delitos cuya imputación de los hechos asumieron. En la fundamentación de la sentencia se indica, que una ejecución de pena privativa de libertad conforme a la dignidad humana se daría, cuando el condenado tuviera una real posibilidad de excarcelación, aunque esta libertad pudiera conseguirse, no obstante, en fecha lejana. Por tanto, el permiso de vacaciones no podría ser negado exclusivamente a causa de la gravedad de la culpa. El respeto a la dignidad humana sería, pues, una infranqueable barrera para las decisiones en materia penitenciaria.

4) El Tribunal Constitucional en esta sentencia también reconoce que la *culpabilidad* siempre puede ser estimada como un elemento, entre otros, en las decisiones sobre ejecución de penas, no siendo ello inconstitucional.

Sobre este asunto se han desencadenado apasionantes controversias en orden a determinar, si la culpabilidad puede también *en general* ser estimada en las decisiones sobre la procedencia de permisos y concesiones durante la ejecución de penas, es decir, no sólo en caso de cadena perpetua, sino también para los supuestos de condenas a penas privativas de libertad temporales. Los adversarios de este tipo de concepción se remiten a lo establecido en los artículos 2, 10 y 13 de la Ley penitenciaria, sobre el fin del régimen penitenciario, consistente en la *prevención especial* y en la *resocialización* de los presos, lo que no permite tal tipo de interpretación⁹. Sin embargo dos Estados, Baviera y Baden-Wurtemberg, han pro-

8.- Por vía de ejemplo véase H. D. SCHWIND / A. BÖHM, *Strafvollzugsgesetz, Grosskommentar*, Berlín/New York, 1983, N^{os} 3-14 comentando § 3.

9.- Por ejemplo ésa es la opinión de Jürgen BAUMANN y Hans DE WITH en SCHWIND / STEINHILPER / BÖHM (Eds.), *Zehn Jahre Strafvollzugsgesetz - Resozialisierung als einziges Vollzugsziel?*, Heidelberg, 1988, p. 39 ss, 69 ss.

mulgado Reglamentos en aplicación de la Ley penitenciaria Federal o Decretos Ministeriales que hacen estimar la grave culpabilidad, como elemento para la procedencia o no de permisos y concesiones en el ámbito penitenciario. Es discutible, no obstante, si en este punto se han rebasado los límites de la autonomía de los Estados. Ello se produciría y sería improcedente, si esos Decretos se exceden rectificando el contenido del art. 2 de la Ley penitenciaria Federal.

IV

Superior, respecto de la autonomía de los Estados en el ámbito de la ejecución de penas privativas de libertad, es aquélla referente al campo de la ejecución de las *medidas de seguridad* privativas de libertad de corrección y de aseguramiento, entre otras, las de custodia de seguridad ("Sicherheitsverwahrung", Art. 66 Código penal), y —primordialmente— la hospitalización judicial en psiquiátricos (arts. 63,64 Código penal). Para la aplicación de estas medidas de seguridad y de corrección contiene la Ley penitenciaria Federal sólo algunos insuficientes preceptos básicos (art. 136-138) y remite por lo demás a la legislación de los Estados.

Solo durante los últimos años los Estados han hecho uso de la competencia legislativa (véase Art. 74 de la Constitución). En especial fue objeto de regulación la medida del art. 63 Código penal, esto es, *internamiento judicial en hospital psiquiátrico*¹⁰.

Sobre ello, los Estados o han promulgado nuevas leyes, o han completado las que tenían. Asimismo, estas leyes presentan grandes diferencias entre sí, como, por ejemplo, en lo relativo a las atenuaciones del internamiento, la determinación de las exigencias jurídicas del tratamiento y obligaciones del interno, o en lo referente al tratamiento médico y social-terapéutico que ha de soportar. En tal sentido, sólo tres Estados, Bremen, Renania del Norte-Westfalia y Berlín, hacen depender tal tratamiento médico y social-terapéutico del consentimiento del interno¹¹.

V

Permanece aún sin respuesta la pregunta de si el sistema penitenciario alemán expuesto, se corresponde con lo establecido en los *Convenios Europeos*.

1) Previamente se ha indicado que el *Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales* de 4.11.1950 es derecho vigente en Alemania.

2) También fue ratificado en la República Federal de Alemania el *Convenio N.º 29 de la Organización Internacional del Trabajo* (OIT), sobre abolición del trabajo

10.- He estudiado más de cerca estas cuestiones en *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, Berlín 1985, p. 1020 ss, y en G. BLAU / H. KAMMEIER (Eds.), *Straftäter in der Psychiatrie*, Stuttgart 1984, p. 1 ss.

11.- Más detallado: Heinz KAMMEIER, en BLAU / KAMMEIER, *loc. cit.*, 192 ss., y en SCHWIND / BLAU, *loc. cit.*, p. 103 ss.

forzado y obligatorio. Según la doctrina dominante, sólo se contiene aquí una recomendación al legislador y no se trata de derecho obligatorio. Por consiguiente no vulnera este Convenio lo dispuesto por el art. 41 de la Ley penitenciaria Federal, según la cual los presos están esencialmente obligados al trabajo. También la categoría de valor positivo del trabajo es, justamente, en todo programa de resocialización internacionalmente indiscutible. Conforme a ello, en la Constitución de la República Federal (Art. 12) se proclama expresamente como lícito el “trabajo forzado” (término sin duda desafortunado) en caso de privación de libertad. También las “*European Prison Rules*” consideran al trabajo como un elemento positivo del régimen penitenciario (Nr. 71-1). Recomiendan un máximo acercamiento posible a las condiciones de trabajo en libertad (Nr. 72-1) —en el mismo sentido que nuestro “principio de equiparación” del art. 3 de la Ley penitenciaria Federal—, y declaran como alternativa válida, contratos de trabajo con empresarios privados (Nr. 73-6).

Controvertida aparece, por cierto, la pregunta de si el empleo en una empresa privada requiere o no el consentimiento de los internos. Considerando que el Convenio Nr. 9 de la Organización Internacional del Trabajo, se pronuncia por la primera interpretación afirmativa, se ha añadido en el Art. 41 de la Ley penitenciaria Federal un párrafo 3.º, el cual sostiene la necesidad de tal consentimiento. Sin embargo, este párrafo aún no ha entrado en vigor (véase art. 198 de la Ley penitenciaria).

Prescindiendo de este problemático caso, en los demás supuestos no se produce discordancia entre la Ley penitenciaria Federal y el “Convenio OIT”.

3) Y asimismo tampoco se producen divergencias con la “*European Prison Rules*”, en virtud de lo cual no constato ningún notable distanciamiento entre el Código penitenciario y su práctica, respecto de los Convenios y Recomendaciones Europeas.

No obstante lo dicho, se plantean ciertos defectos, a modo de excepción que son censurables en el ámbito del alojamiento individual de los presos por la noche (Nr. 14-1 “*Prison Rules*”).

Según las Disposiciones Transitorias de la Ley penitenciaria Federal (art. 201), podrían ser alojados los presos en celdas comunes incluso durante la noche, si bien sólo en los establecimientos existentes hasta 1972, no en los de nueva construcción, y en tanto lo exijan las condiciones de espacio del establecimiento. Estas reglas del art. 201 de la Ley penitenciaria Federal, diferentes de las generales contenidas en el art. 18 de la misma Ley, son igualmente discordantes con lo establecido en el N.º 14-1 de las “*Prison Rules*”.

Se ha de poner en duda, por tanto, que las condiciones de alojamiento en los Establecimientos viejos se adecúen a lo que se establece en las “Reglas Mínimas” del Consejo de Europa. Sobre ello, mi amigo el Profesor Alexander Böhm observa muy perspicazmente¹² “que, el recluso no tiene la oportunidad de recogerse en lugar privado, ya que durante mucho tiempo, tanto de día como de noche tiene que convivir junto con otros reclusos que no han sido elegidos por él, que “vive” en

12. A. BÖHM en BÖHM / LÜDERSSEN / ZIEGLER, *Festgabe für Wolfgang Preiser*, Baden-Baden, 1983, p. 183 ss. (188).

una celda en la que se encuentra incorporado un WC, que está expuesto a ser observado en cualquier momento por un tercero y sometido a la posible inspección, sin que previamente pueda preverla, —siendo todo ello modelo internacional y considerado adecuado a Derecho por los jueces alemanes—. ¿No debiera, pues, evitarse la lesión de la dignidad humana de los presos a través de tal tratamiento y actuar conforme a lo dispuesto por el art. 1 de la Constitución de la República Federal? Se indica por último (concluyendo la cita) que al Gobierno Federal no se le ocurre, que la praxis descrita pueda estar en contradicción con el N.º 58 de las Reglas Mínimas del Consejo de Europa”.

He de manifestar, asimismo, que por fin, hace pocos meses, se tradujeron al alemán las “Prison Rules” del Consejo de Europa de febrero de 1987. No sé si, consiguientemente, el Gobierno Federal ha distribuido la traducción a los Ministerios de Justicia de los Estados miembros para que procedan conforme a ellas.

Puesto que la masificación de los establecimientos penitenciarios en los últimos años —contrariamente al fenómeno que se desarrolla en el resto de Europa— progresivamente va en descenso, esperemos que pronto sean adoptadas las correspondientes soluciones en la mayor parte de los Estados de la República Federal.

Por lo demás, otras Recomendaciones del Consejo de Europa son plenamente satisfechas, como la clasificación de las diferentes categorías de internos conforme al tipo de detención (detención preventiva, prisión, privación de libertad para jóvenes), o bien, según las características criminológicas (Nr. 11 PR). Son igualmente atendidos los contactos con el exterior (Nr. 43). Los presos extranjeros —sobre todo en mi Estado Hessen tienen especial relevancia— reciben una asistencia que posiblemente supere el tenor de lo establecido por el N.º 43 de las PR¹³. También se garantiza a los internos la asistencia religiosa.

Las manifestaciones de que el sistema penitenciario en la República Federal de Alemania, en conjunto, no defraudan las recomendaciones dadas por el Consejo de Europa, no deben ser consideradas vanidosas. En torno a ello, el mismo Consejo de Europa indica en su Preámbulo (lit. d), cómo muchos sistemas penitenciarios europeos responden ya a sus postulados o se acercan cada vez más. En todo caso, se trata solo de postulados *Mínimos*. Sería pernicioso que pudiera desvincularse nuestra práctica penitenciaria de estas “Reglas Mínimas”.

Aun cuando infinidad de cosas se hacen y otras se continúan haciendo en el ámbito penitenciario, incluso para que la privación de libertad aparezca, conforme al saber criminológico actual, esencialmente como la “última ratio” y para conseguir un sistema penitenciario más humano y eficaz —es decir, que prevenga la reincidencia— esto es ya, al menos algo en lo que en la República Federal de Alemania, tanto teóricos como prácticos están de acuerdo.

13.- Véase Guido NEU en SCHWIND / BLAU, *loc. cit.*, p. 329 ss.