

## **La esterilización química y otras medidas de control por la comisión de delitos sexuales**

*Chemical sterilization and other control measures for the commission of sexual crimes*

**Tomás Cristóbal Alonso Sandoval**<sup>1</sup>

*Universidad Internacional de la Rioja (España)*

**Sumario:** Introducción. I. Desarrollo histórico y estado actual de los conocimientos científicos. 1.1 Delitos sexuales en el ordenamiento español. 1.2 Unión Europea. 1.3 En instrumentos internacionales II. Principales argumentos en contra de la esterilización. 2.1 Derecho a la reproducción y la esterilización judicial. 2.2 Consentimiento del privado de libertad ante los tratamientos médicos en prisión. 2.3 Principio de trato humano y no discriminación. 2.4 Crítica al principio de legalidad penitenciaria. 2.4.1 Principio de legalidad en la normativa española. 2.4.2 El principio de legalidad en la ejecución de las penas privativas de libertad. 2.4.3 El principio de legalidad y Tribunal Constitucional Español: su jurisprudencia. 2.4.4 El principio de legalidad y la teoría de las relaciones especiales de sujeción en España. 2.5 La rehabilitación del privado de libertad como derecho en España. III. La pena de esterilización y otras medidas en el derecho internacional y nacional. 3.1 El estudio de la pena de esterilización desde el derecho interno en América. 3.1.1 El tratamiento de los delincuentes sexuales en Estados Unidos y las penas de esterilización. 3.1.2 México y Colombia ante la esterilización química. 3.1.3 La esterilización en Argentina y Perú. 3.2 La pena de la esterilización vista desde el derecho interno en Europa. 3.2.1 La aplicación de la esterilización en Inglaterra y Gales. 3.2.2 La aplicación de esterilización en Francia y Bélgica. 3.2.3 El caso de Alemania ante la esterilización como castigo. 3.2.4 Las leyes de esterilización de Dinamarca y Suecia. 3.2.5 Polonia, Estonia y Rusia ante la esterilización. 3.3 La esterilización en Asia, Corea del Sur, Indonesia e India. 3.4 La esterilización en Australia. Conclusiones. Bibliografía.

**Resumen:** Un tema que vuelve a la actualidad, las discusiones en materia de las sanciones penales aplicables a los delincuentes que cometen delitos sexuales, es el de la esterilización química o quirúrgica. Este tema ha generado fuertes discusiones en el pasado y sus cuestionamientos no parecen haber sido satisfactoriamente resueltos. ¿Es un retorno a las penas crueles e inhumanas? ¿Puede considerarse una mutilación? ¿Constituyen una violación a los derechos humanos de los privados de libertad? Ante estas preguntas y sus posibles consecuencias por la aplicación de esta sanción penal, es necesario encontrar una solución jurídica, tomando en consideración la doctrina, la legislación tanto nacional como internacional y, sobre

---

<sup>1</sup> Postdoctorado en Derecho Público por la Universidad de Santiago de Compostela (USC). Doctor en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III (UC3M). Máster en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III (UC3M). Máster Universitario en Estudios Avanzados en Derechos Humanos (UC3M). Máster en Derecho Constitucional Universidad Internacional Menéndez Pelayo (UIMP) y por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), Máster propio Internacional en prevención y represión del blanqueo de dinero, fraude fiscal y compliance por la Universidad de Santiago de Compostela (USC), Master Global Rule of Law & Constitutional Democracy por la Università Degli Studi di Genova (UniGe). Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá. Docente en la Facultad de Derecho de la Universidad Internacional de la Rioja.

todo, la jurisprudencia, aunque escasa, que nos brinda luces sobre su posible aplicación.

**Palabras claves:** derechos humanos, delitos sexuales, esterilización química, derecho penal, derechos fundamentales.

**Abstract:** A subject that reverts to the current debate on criminal penalties for offenders who commit sex crimes is chemical or surgical sterilization. This issue has generated strong discussions in the past and its questioning does not seem to have been satisfactorily resolved. Is it a return to cruel and inhuman punishment? Can it be considered a mutilation? Are they a violation of the human rights of those deprived of liberty? To these questions and their possible consequences, of the application of this penal sanction, it is necessary to find a legal solution, taking into consideration the doctrine, the legislation both national and international and, above all, the jurisprudence, although Scarce, which will provide us with lights on its possible application.

**Keywords:** human rights, sexual offences, chemical sterilization, penal law, fundamental rights.

## Introducción

Esta investigación tiene como finalidad proporcionar y argumentar futuras garantías y herramientas legales en torno al uso de medidas y penas dirigidas a los delincuentes sexuales, así como el impacto en sus derechos humanos. Nosotros nos enfocaremos, especialmente, en el uso de la esterilización química o quirúrgica en forma coercitiva en los infractores de estos delitos, si puede aplicarse con o sin su consentimiento y enfocar la investigación en el sentido de que si pueda constituirse en un castigo inhumano, cruel o degradante. Y, en caso de que exista evidencia de que el uso de la esterilización química atenta contra los derechos humanos, reducirla a los casos de violencia sexual contra niños, así como investigar otras medidas alternativas que puedan ser utilizadas para sancionar a los infractores de estas acciones delictivas y evitar su reincidencia. En el presente trabajo analizaremos brevemente cómo se aplican dichos tratamientos, su posible enfrentamiento con los derechos humanos, su regulación en el derecho comparado y algunas propuestas para su aplicación. El abuso sexual es un delito grave que debe ser regulado y sancionado para disminuir los casos en la sociedad, especialmente la violencia sexual contra menores de edad, -considerado uno de los crímenes más horribles-, y que a falta de sistemas eficaces ha aumentado dramáticamente en la actualidad. Por este motivo han surgido nuevos debates en torno a las sanciones que deben aplicarse a estos delincuentes y si se les debe o no castigar con la castración química o quirúrgica.

La castración química es un tratamiento por medio del cual se suministra mensualmente una inyección de medicamentos al individuo, para bloquear su producción de testosterona e inhibir su deseo sexual para evitar la reincidencia en delitos de abuso sexual, principalmente contra menores. Tradicionalmente se ha hablado del uso de la terapia por hormonas, esterilización forzada, la emasculación, castración química, etc., como penas aplicables a los delincuentes condenados por la comisión de delitos sexuales o afines y como requisito indispensable para obtener su libertad, una libertad que puede ser condicional o no, o pasar el resto de su condena en un centro hospitalario. En lo que se refiere a los compuestos de la inyección inhibidora del deseo o impulso sexual, -generalmente contiene Dietilestilbestrol, acetato de medroxiprogesterona u hormona liberadora de hormonaluteinizante, se vende en España con diversos nombres comerciales y se utiliza de forma cotidiana en el tratamiento del cáncer de próstata. Otra de sus

consecuencias es la infertilidad, aumento de problemas cardíacos, osteoporosis y el crecimiento de las glándulas mamarias. Es un tratamiento transitorio y reversible. Es decir, sus efectos cesan cuando se deja de aplicar, de manera que cabría preguntarse si el Estado continuaría aplicándola a partir de la excarcelación o cuando la persona ya ha cumplido su tiempo de condena<sup>2</sup>. Estos medicamentos actúan en el cerebro y bloquean la liberación de hormonas y transmisores que intervienen en la excitación y el deseo sexuales. La castración química o la intervención quirúrgica se suelen considerar como unas alternativas más accesibles a la prisión perpetua o a la pena de muerte, ya que permiten la liberación de los delincuentes sexuales al tiempo que reduce o elimina la posibilidad de que reincidan. A diferencia de la castración quirúrgica (cuando se eliminan de forma permanente los testículos), en la castración química no se ocasiona un cambio físico permanente en el cuerpo, ya que es una forma de esterilización temporal, con la que se administran diferentes medicamentos. Este fármaco disminuye la conducta sexual de los delincuentes sexuales, por medio de la reducción de los niveles de testosterona en los hombres al disminuir los niveles de andrógenos en el torrente sanguíneo. La castración química ha sido propuesta como una elección reversible y con menos efectos que la castración quirúrgica.

Pero ¿es una alternativa ética de tratamiento? Lo cierto es que los argumentos en contra de la aplicación de estas sanciones coinciden en dos aspectos: la aplicación de estas medidas a condenados por delitos sexuales sería contraria a la Constitución, de un lado y del otro, es preciso abordarlo desde una perspectiva legislativa, médica y, por supuesto, social. Los jueces españoles no pueden imponer esta medida porque lo impide la Constitución, ya que colisiona con la protección a la integridad física y moral del individuo, consagrada en la Carta Magna en su artículo 15: "Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes..." y, desde este punto de vista, el castigo pierde su vocación resocializadora. Ante la comisión de este tipo de delitos, que afectan gravemente a la comunidad, se buscan medidas que modifiquen el Código Penal español, pero en este sentido, una reforma legal no sería suficiente, ya que debería darse a través un cambio constitucional, porque afecta los derechos fundamentales, la dignidad de las personas, va en contra de las medidas resocializadoras y de la reeducación, invade la integridad física de la persona y, además, podría suponer la aplicación de una pena degradante, cruel o inhumana. Los tipos de castración química y quirúrgica, como métodos sancionadores, han sido y son muy debatidos, debido al reclamo público de reducir las agresiones y delitos sexuales.

La metodología que utilizaremos para la elaboración del trabajo de investigación es la lectura de textos de los principales autores que han escrito sobre la materia, de los tratados pertinentes y de las fuentes sobre las penas y los castigos dirigidos a los penados por delitos sexuales, tanto a nivel nacional como internacional. Además, será de gran ayuda la lectura de obras y manuales acerca, tanto de la libertad personal en general, como del concepto de la dignidad humana, de los límites, garantía y protección de los derechos fundamentales.

El presente trabajo tiene como finalidad, explorar y describir, a partir de la doctrina, la implementación de la esterilización como una pena y los límites constitucionales en su aplicación, considerando el pensamiento de algunos autores que influyeron en la construcción de dicha concepción; y, en segundo lugar, analizar los elementos que conforman la idea del castigo como rehabilitación del delincuente, la sujeción especial que surge entre el privado de libertad y el Estado, los conflictos irresolubles que se manifestaran por la imposición de la misma. Por lo tanto, en un intento por alcanzar dichos objetivos, el trabajo se estructura con una

---

<sup>2</sup> El primer uso de la castración química ocurrió en 1944, cuando se usó dietilestilbestrol, con el propósito de reducir la testosterona de los hombres. El benperidol se utiliza a veces para disminuir los impulsos sexuales en las personas que muestran un comportamiento sexual inapropiado. Pero el benperidol no afecta a la testosterona y por lo tanto no es un agente de castración.

primera parte, referida a algunos presupuestos básicos del derecho penal internacional, donde se desarrollarán los antecedentes de su aplicación, otras medidas y la influencia de diversos autores, así como los antecedentes en su aplicación y las repercusiones en ejercicio de los derechos humanos.

El plan de trabajo consistió en hacer un estudio comparado a sabiendas de la futura implementación de leyes contra delitos sexuales mucho más estrictas, en los ordenamientos jurídicos europeos, valiéndonos del uso de la perspectiva de la filosofía del derecho y de la jurisprudencia internacional, por lo que, según el cronograma orientativo, estaríamos considerando tener la investigación concluida en un plazo establecido. Los objetivos de la presente investigación son los siguientes: objetivo general: examinar las justificaciones para la imposición de la esterilización y otras medidas y modificaciones que se han introducido en las distintas jurisdicciones en respuesta a las críticas por su imposición y ejecución. Y el objetivo específico: desarrollar una crítica y actualizar los argumentos del uso de la esterilización como pena, considerando la aplicación de las normas de derechos humanos, que se han desarrollado en el derecho comparado para juzgar la aceptabilidad o el rechazo de dicho castigo.

El planteamiento del problema en esta investigación es que tenemos que reconocer que, en la actualidad, existe un debate en los Estados europeos, sobre el uso de la esterilización química como método que contribuya combatir o limitar los delitos sexuales. Pero también existe una confusión en torno al alcance del concepto, es decir, si estamos hablando que se trata de una pena, o si es un tratamiento o simplemente un castigo. Pareciera que existe una tendencia a legalizar su uso, -a pesar de que la mayoría de los Estados europeos parecen estar en contra del uso de la castración quirúrgica-, a lo largo de los años, cada vez más, un mayor número de naciones, han aprobado en su legislación la castración química de delincuentes sexuales. Asimismo, encontramos una preocupación ética relacionada con el tratamiento de los delincuentes sexuales, como, por ejemplo, de los efectos secundarios negativos, como la fatiga, hipersomnia, letargo, depresión, problemas con el aumento de peso. Por lo que nos preguntamos ¿Qué medidas deben tomar los países para evitar que estos delincuentes cometan nuevos delitos y disminuir la alarma social?

Dentro de la legislación es pertinente tener en cuenta el concepto de proporcionalidad en la sentencia. Clásicamente se ha considerado que, la proporcionalidad significa que el daño causado por el castigo no debe ser mayor al daño que el delincuente ha ocasionado a las víctimas. Este principio aún no está incluido en los instrumentos de las Naciones Unidas, pero sí en la Carta Europea de Derechos Fundamentales, cuyo artículo 49, 3 establece que "...la gravedad de las penas no debe ser desproporcionada con respecto al delito". Otra preocupación ética está relacionada con la disponibilidad de tratamientos: la cuestión de saber si la farmacoterapia, es decir, el tratamiento a través de la administración de drogas debería estar disponible para todos aquellos que lo necesiten o lo soliciten o sólo para aquellos que han sido condenados por un delito sexual. ¿Es el castigo inherentemente cruel o excesivo? ¿Es el castigo o condición proporcional al delito? ¿Puede el Estado lograr su objetivo a través de medios menos intrusivos?

La práctica de la castración quirúrgica plantea dudas médicas, éticas y jurídicas porque son temas que pueden afectar los derechos humanos de los delincuentes sexuales. El argumento más fuerte a favor de la castración quirúrgica es que, el procedimiento se lleva a cabo únicamente con carácter voluntario, con la aprobación de un comité especialista y después del consentimiento informado del infractor. Sin embargo, como se ha descrito anteriormente, el procedimiento legal que conduce a la castración no siempre se sigue como prescribe la ley. Esto plantea la consulta de si el procedimiento puede ser considerado como legalmente efectivo. La pregunta más difícil de responder es si el consentimiento del infractor es realmente voluntario. Si este no es el caso, ¿debe considerarse la castración quirúrgica como tratamiento o castigo? Se puede responder a esa pregunta, ¿es

realmente una diferencia, ya que en la ley se prohíbe el castigo cruel, inhumano o degradante? Como se mencionó anteriormente, en el proyecto de investigación, la respuesta sigue siendo inconsistente y hay opiniones contradictorias dentro de la comunidad médica, si la castración quirúrgica es más efectiva en el combate contra la comisión de nuevos delitos sexuales que vuelvan a ofender a la sociedad. Las consecuencias de la castración quirúrgica es que es irreversible, provoca cambios físicos permanentes y puede dar lugar a numerosos efectos secundarios adversos, por lo que surge la pregunta de si puede considerarse realmente proporcional. El acusado por la comisión de un delito sexual "no puede renunciar a la prohibición constitucional sobre castigos crueles e inusuales" y, por lo tanto, faculta al Estado a imponer un castigo que está prohibido y atenta contra los derechos humanos consagrados. En esta parte del trabajo se tratará de examinar la legitimidad y la constitucionalidad de los derechos voluntarios en torno a la castración o esterilización quirúrgica.

### **I. Desarrollo histórico y estado actual de los conocimientos científicos**

La castración química y quirúrgica son sanciones aplicadas como tratamientos hormonales modernos contra los delitos sexuales, que tiene sus inicios desde 1996 en Estados Unidos. Los antecedentes los tenemos en el psicólogo John Money fue el primer estadounidense en aplicar la castración química al recetar acetato de medroxiprogesterona, como tratamiento para los pacientes con inclinaciones pedófilas<sup>3</sup>. En la pasada campaña presidencial en Francia, el tema volvió a exponerse a la opinión pública, mientras que, en el caso español, es un debate que se presenta periódicamente pero que no se ha llegado a abordar por ningún gobierno. En España este tipo de medidas han sido completadas con un tratamiento psicológico, que ya reciben algunos presos condenados por delitos sexuales en las cárceles españolas (en centros penitenciarios de Barcelona)<sup>4</sup> y que, en algunos casos, incluye también el suministro de otros fármacos, sobre todo en el control de la ansiedad y en trastornos obsesivo-compulsivos, esquizofrenia, etc. Este tratamiento ha sido aplicado de varias formas, ya sea obligatoria -a través de una sentencia- o como una medida de seguridad, para que los delincuentes disminuyan su tiempo en prisión en países como; Polonia Estonia, Israel, Nueva Zelanda, Australia, Moldavia y Rusia. Al menos nueve estados en Estados Unidos (California, Florida, Georgia, Iowa, Luisiana, Montana, Oregón, Texas y Wisconsin) regulan modalidades de esterilización química en sus leyes. En México se han presentado iniciativas de ley para aplicarla, pero no han prosperado y de la misma manera lo encontramos en el caso colombiano. La castración química forzada es

---

<sup>3</sup> En Alabama un proyecto de ley que requería que los delincuentes sexuales mayores de 21 años cubrieran los gastos de su castración quirúrgica antes de ser liberados de la custodia estatal. El proyecto de ley limitaría el procedimiento a personas sentenciadas por determinados delitos sexuales contra víctimas de 12 años o menos.

<sup>4</sup> La decisión de emplear la castración química voluntaria en delincuentes reincidentes llegó a Cataluña en 2009. En la página web del Ministerio del Interior puede consultarse el Manual del Terapeuta empleado en las cárceles españolas y en el que se enseña a los trabajadores cómo tratar con este tipo de delincuentes. Uno de los apartados del citado manual está dedicado a prevenir la recaída del recluso y explica que el delincuente es informado "que no existe curación para sus desórdenes" y que aunque el tratamiento disminuirá las conductas sexuales de abuso, las fantasías volverán a presentarse. La prevención de la recaída es, según el Ministerio del Interior, un proceso de auto-control que lleva a adoptar un estilo de vida alejado de la agresión sexual y que permite manejar situaciones de alto riesgo. Supone un cambio en los pensamientos, emociones y comportamientos que permitirán al individuo evitar la recaída. En el manual no se contempla la castración química implantada en Cataluña como alternativa para evitar la reincidencia, sino que sólo mediante la terapia psicológica, psiquiátrica y la ayuda de los expertos, el recluso conseguirá controlar su impulso sexual.

calificada como un tratamiento inhumano por Amnistía Internacional<sup>5</sup>, es decir, este organismo considera que cualquier crimen debe ser castigado, pero de tal forma que no viole los derechos humanos de los condenados. Claramente, en caso de menores que sufren una violación, la opinión pública se inclina hacia sentencias y castigos más severos, pero para algunos juristas estas medidas se presentan como una estrategia política de carácter populista, especialmente en periodos electorales y que, si se aplica, puede constituir un castigo cruel, degradante o inhumano. En los países asiáticos, como en el caso de Indonesia a partir de este año, los jueces podrán ordenar que se someta a esterilización química a aquellos que cometan crímenes sexuales contra menores. De igual manera en el caso de la India, ante el incremento de casos de violación sexual, la Corte Suprema, pidió al Parlamento endurecer las penas para quienes las cometen. Asimismo, los criminales sexuales, cuya víctima sea mayor de 14 años, pueden solicitar la castración química voluntaria. Esto les permite acceder a la libertad condicional, si ya están cumpliendo condena o lograr una sentencia más indulgente, si aún están siendo juzgados. En Corea del Sur la ley de la castración obligatoria fue ratificada en julio de 2012, que permite el uso del tratamiento hormonal a los condenados por pederastia que sean mayores de 19 años y que los tribunales consideren proclives a reincidir.

Mientras que, en Rusia, el 4 de octubre de 2011, el Parlamento aprobó una ley contra la pederastia. Y estableció que, quienes sean culpables de cometer crímenes sexuales contra menores de 14 años se les aplicaría la castración química y los reincidentes la pena de cadena perpetua. La decisión la tomará el tribunal correspondiente, con base en un informe solicitado a un psiquiatra forense. A nivel europeo tenemos el caso de Polonia, en el que, el 25 de septiembre de 2009, la cámara baja del Parlamento polaco aprobó la enmienda al código penal que permite la castración química para los pederastas. Dicho ordenamiento entró en vigor en junio de 2010 y desde entonces cualquiera que sea culpable de violar a un menor de 15 años, puede ser forzado a someterse a una terapia química y psicológica para reducir su deseo sexual al terminar la pena de prisión. Se convirtió en el primer país de la Unión Europea en legislar sobre el tema. En Moldavia el Parlamento aprobó la castración química obligatoria para los pederastas el 6 de marzo de 2012, como consecuencia del incremento de abusos contra menores. De igual manera Estonia se sumó a la lista de países en aprobar la castración química obligatoria, para aquellos que hayan cometido abusos sexuales contra niños; de acuerdo con su legislación, los tribunales podrán imponer un tratamiento médico para reducir la libido por un máximo de tres años.

En el caso latinoamericano, en marzo de 2010, en Mendoza de Argentina, anunciaron que los condenados por violación podrían someterse a la castración química. Los violadores no están obligados a someterse a este programa, pero quienes se nieguen podrán pedir beneficios como una posibilidad para reducir sus condenas y obtener la libertad condicional. En Colombia por el abuso sexual y la cruel muerte en Bogotá de la niña Yuliana Samboní, el Congreso de la República abrió la posibilidad de tramitar dos normas que sancionarían a esos delincuentes: la cadena perpetua y la castración química para los violadores. La futura reforma

---

<sup>5</sup> Amnistía Internacional en su informe "Cuerpos rotos, mentes destrozadas. Tortura y malos tratos a mujeres", establece que con relación a las posibles soluciones al flagelo de la violencia sexual, algunos gobiernos han dado "respuestas legales inadecuadas promulgando leyes contra abusos que en la práctica han desembocado en nuevas violaciones a los derechos humanos. Destacan que "Según los informes, en mayo del año 2000 el gobierno de Suazilandia estaba terminando de redactar una ley para someter a castración química a los condenados por violación, como respuesta al aumento del 10 por ciento de las denuncias de este delito en el año anterior. El proyecto de ley no sólo podría vulnerar la prohibición de imponer castigos crueles, inhumanos y degradantes, sino que además trata la violación sólo desde el punto de vista de la gratificación sexual, cuando, en esencia, es una forma de ejercer el poder sobre otra persona".

colombiana establece que, además de la pena de prisión, se debe imponer la inhibición hormonal obligatoria del deseo sexual o castración química, por un término que corresponde al doble del tiempo de la pena impuesta. De ser aprobada la ley, el gobierno colombiano tendría seis meses para reglamentar los procedimientos destinados a cumplir las medidas de castración química para violadores, abusadores de menores y para el empadronamiento de personas con antecedentes por dichos delitos. En Argentina se encuentra en proceso de implementación un registro nacional de violadores y el 3 de julio de 2013 el Parlamento aprobó la creación de ese registro con datos genéticos vinculados a delitos contra la integridad sexual, en el que se almacenará y sistematiza la información genética y los datos de identidad de personas condenadas con sentencia firme por un crimen sexual. También habrá muestras genéticas de violadores no individualizados. En Uruguay, básicamente, se busca desincentivar la reincidencia de manera indirecta imponiendo penas más altas, con normas contenidas en el Código Penal. En estos casos, la reincidencia constituye un factor agravante del delito. El elemento preventivo en este caso es señalar que reincidir significa tener que sufrir consecuencias cada vez más graves.

En Panamá, el Pleno de la Asamblea Nacional aprobó en tercer y último debate el proyecto de Ley N° 51 de 2019<sup>6</sup>, que crea el Sistema Nacional de Registro Oficial de Agresores Sexuales de Menores de Edad, dicho registro esta bajo la responsabilidad de la Dirección de Investigación Judicial, que es la institución encargada de tener y mantener una base de datos actualizada, bajo condiciones de seguridad y confidencialidad de la información de todas aquellas personas que a partir de la vigencia de la ley señalada, realicen algún delito contra la libertad e integridad sexual en sus diversas modalidades, tráfico de personas menores de edad y trata de personas, con fines de explotación sexual en contra de menores de edad y sean condenadas mediante sentencia ejecutoriada. La base de datos, contendrá en entre otra información: nombre completo y apodo, fecha de nacimiento, nombre de los padres, lugar de nacimiento, número de cedula de identidad personal o número de pasaporte, domicilio, fotografías, huellas dactilares y la sentencia condenatoria ejecutoriada dictada y las resoluciones que emita el Juez de cumplimiento durante la ejecución de la sentencia y la fijación del cómputo de la pena, fijación de la fecha en que finalizará la condena, a partir de la cual la persona condenada pueda solicitar su libertad condicional o rehabilitación. Esa información puede ser solicitada según el artículo 11, por: los empleadores, instituciones públicas, centros de enseñanza oficiales o particulares, personas naturales o jurídicas legalmente constituidas no podrán contratar aspirantes para ejercer una profesión, cargo, empleo, oficio o voluntariado que involucren una relación directa con menores si se encuentran incluidos en el Sistema Nacional de Registro Oficial de Ofensores Sexuales, a fin de prevenir y proteger a los menores contra posibles agresiones sexuales. La Certificación de No Ofensor Sexual será un requisito indispensable para el desempeño laboral de los aspirantes en esos casos. Lo importante de esta ley es que establece que el Certificado de No Ofensor Sexual. Será expedido por la Dirección de Investigación Judicial, cuya finalidad es la verificación de la existencia o no de condenas relacionadas con delitos contra la libertad e integridad sexual en sus diversas modalidades, tráfico de personas menores de edad y trata de personas, con fines de explotación sexual. De igual manera también se contempla la solicitud de la cancelación de su inscripción en el Sistema Nacional de Registro Oficial de Ofensores Sexuales, una vez haya finalizado el término de vigencia del registro. El artículo 15, establece que la información que se brinde en los términos previsto en esta Ley por parte de la Dirección de

---

<sup>6</sup> Proyecto 51 de 2019 aprobado en tercer debate en el Palacio Justo Arosemena, ciudad de Panamá, a los quince días del mes de abril del año dos mil veintiuno. Que crea el sistema nacional de registro y consulta oficial de agresores sexuales de menores de edad.

Investigación Judicial es de uso personalísimo y exclusivo del solicitante. El compartir, usar o divulgar por cualquier medio la información brindada para fines distintos de los autorizados en esta Ley será sancionado con la multa máxima que puedan imponer los jueces de paz.

Referente al uso de la esterilización para delincuentes sexuales en Panamá, se ha discutido el tema ante la Asamblea Nacional, pero no se ha aprobado ninguna ley que la regule, por lo menos hasta el momento.

En España se aprobó una reforma del Código Penal que endurece las penas de prisión para los depredadores sexuales de menores de edad, y también las medidas posteriores para su excarcelación. Se consagra la cadena perpetua revisable para el caso de los violadores que, además, asesinen a sus víctimas. Otra de las novedades es que el tribunal sentenciador tendrá la potestad, no solo de condenar a prisión y a la inhabilitación, sino también a que, hasta en un plazo de 10 años, los condenados por violencia sexual contra los menores estén bajo vigilancia policial. También se contempla la futura creación de un registro de delincuentes sexuales y en la nueva regulación del agente encubierto, una figura que sería clave porque permitiría, sobre todo en las redes sociales, figurar con identidades ficticias y detectar a los delincuentes. En el Reino Unido cualquier persona procesada en cumplimiento de la Ley de Ofensas Sexuales del 2003 -desde la violación al abuso de menores- está obligada a registrarse en el Registro de Infractores Violentos y Sexuales (Visor) por un mínimo de dos años. Una sentencia de seis meses o menos equivale a figurar durante siete años en el registro y a recibir visitas de inspección para confirmar la veracidad de los datos. Los condenados de 6 a 30 meses estarán registrados por diez años y cualquier persona sentenciada a más de 30 meses figura de por vida en el Visor, al que tienen acceso no sólo la policía sino varias compañías privadas de seguridad. Los condenados deben dar sus datos completos, cuenta corriente, pasaporte y comunicar cualquier cambio de domicilio o de trabajo. Con una semana de antelación deben informar también de sus viajes al extranjero y comunicar la estación de salida y entrada, así como estancias superiores a los siete días dentro del territorio nacional. También están obligados a notificar si en la casa en la que viven reside algún menor de 18 años.

Desde 2004 Francia ha modificado seis veces la legislación para luchar contra la reincidencia criminal. En 2007, durante el mandato de Nicolás Sarkozy, el Gobierno presentó un paquete de medidas para evitar que violadores o pedófilos pudieran volver a delinquir una vez fuera de la cárcel. Esta ley contemplaba el encierro en hospitales para estos criminales que, ya en libertad, seguían constituyendo un peligro. Ahora, los condenados a más de 10 años de cárcel, son vigilados por la policía tras su salida de prisión, siempre y cuando un informe psiquiátrico constata el riesgo de reincidencia, mientras que, los condenados a más de cinco años deben llevar brazaletes electrónicos. En 2010 se reforzaron las leyes legislativas y se aprobó una disposición que autoriza la castración química de un delincuente sexual si éste lo solicita. Por norma general, en el caso de Grecia, en los casos de agresión sexual y otros crímenes violentos, se ordena la publicación de los datos personales del acusado aún antes de que su culpabilidad haya quedado demostrada. El objetivo de difundir nombre, fecha de nacimiento, lugar de residencia y ocupación del presunto agresor contribuiría a proteger al total de la sociedad, posibilitando que otras víctimas eventuales o testigos lo reconozcan y puedan acudir a las autoridades. Esta práctica, sin embargo, no está exenta de polémica. Algunos medios de comunicación denuncian la divulgación de este tipo de fotografías, al considerar que se trata de una violación de la presunción de inocencia, aunque la mayoría se apresta a difundir los datos del agresor con el mayor detalle posible. En el caso italiano la ley contra la pederastia fue modificada en 2006, para endurecer las penas contra quienes cometen actos sexuales a cambio de dinero o de otros bienes con menores de 18 años -anteriormente la edad fijada era de 16 años-. Además, Italia no sólo castiga con la cárcel la prostitución

de menores o la pornografía infantil cometidos en su territorio y con el fin de frenar el turismo sexual, sino que también persigue los delitos de ese tipo que sus ciudadanos puedan cometer en terceros países. La ley italiana prohíbe que las personas sentenciadas por pederastia o posesión pornográfica infantil trabajen en escuelas, instituciones, servicios, frecuentados por niños. Las personas sentenciadas por estos delitos no se pueden beneficiar de acuerdos judiciales. En Alemania se aplica la "custodia de seguridad", una especie de privación voluntaria de la libertad, para evitar que las tendencias pedófilas de una persona terminen convertidas en casos de abusos a menores. En Dinamarca existe, desde 1997, un tratamiento que depende de la duración de las penas de cárcel a que hayan sido condenados los pederastas. Si son de hasta cuatro años pueden recibir tratamiento psiquiátrico durante su reclusión; si son inferiores a 18 meses tienen la opción de elegir tratamiento de un mínimo de dos años, en vez de ingresar en prisión. El objetivo es cambiar su conducta por medio de una combinación de psicoterapia y resocialización. Si el pederasta no muestra signos de mejoría, el tratamiento puede suplirse con inhibidores de la libido, como anti-hormonas y antidepresivos. La legislación belga prevé medidas especiales para los violadores o acosadores reincidentes, como la prohibición de ocupar cargos públicos, sean parte de un jurado o sean guardianes o parte de un consejo familiar para guiar a menores y según lo defina un juez en cada caso. Según una ley de 1995 un condenado por el delito de violación sexual, contra una persona menor de 16 años, puede estar vetado hasta 20 años de cualquier institución pública o privada que se encargue de la educación de niños, así como de cualquier organización cuyo principal objetivo esté relacionado con menores. La ley también incluye un control terapéutico de los reincidentes que estén en libertad condicional. El condenado tiene que estar de acuerdo con el tratamiento y seguimiento, a cargo de centros médicos especializados en violadores y acosadores. En Portugal los padres de niños hasta los 16 años podrán acceder a información sobre pedófilos condenados si se aprueba la propuesta de ley y que en breve será presentada en el Parlamento. El Ministerio de Justicia trabaja en una plataforma en línea en la que se incluirá el nombre, edad y dirección de pederastas que hayan cumplido pena o estén en libertad condicional. Según la propuesta de ley, a esta lista podrán acceder los magistrados judiciales y del Ministerio Público, la Dirección General de Reinserción de los Servicios de Prisiones y también quien ejerza responsabilidades parentales sobre un menor hasta los 16 años. Ésta es una de las medidas de protección de menores y prevención de la reincidencia, junto con otros cambios del Código Penal relativos al delito de abuso sexual y pornografía infantil que el gobierno de Lisboa quiere penalizar más.

La pederastia es, como otros tantos asuntos relacionados con la moral, un tabú en la sociedad egipcia. El país más poblado del mundo árabe no ha logrado erradicar el drama del matrimonio infantil, vigente aún en las zonas rurales y entre las clases más humildes. Aunque en 2008 la edad legal para casarse se elevó hasta los 18 años, la práctica pervive, por lo que han aprobado una nueva ley que castiga a los agresores con hasta cinco años de prisión o multas. La norma, por ejemplo, reserva las mayores penas en el caso de que el acosador reincida o posea un puesto de autoridad escolar, familiar o laboral sobre la víctima. En estos supuestos la condena asciende a cinco años de prisión y una multa. En Turquía, con el entonces Primer Ministro Recep Tayyip Erdogan, se reinstaura la pena capital contra los abusadores de niños. En la arena pública se había debatido, meses antes, la castración química a los condenados por crímenes sexuales; finalmente, el vice primer ministro Bülent Arinç descartó dichas medidas. En mayo de este año la Gran Asamblea Nacional aprobó una ley que aumenta la duración de las penas a los agresores sexuales, en la que se introducen órdenes de alejamiento para los condenados y prohibición de residencia en la misma localidad que las víctimas. A los condenados por abuso de menores se les puede prohibir de por vida el trabajo en empleos dedicados a la infancia.

La pena como sanción no es novedosa e inclusive se ha llegado aplicar no sólo para delitos de índole sexual, sino también para delitos que afectan bienes jurídicos tutelados de libertad y seguridad sexual, bien de manera distinta a la que hoy prevén algunas legislaciones y cuya concepción incluso como pena ha sido discutida por la doctrina jurídica, estimando que pudiera hablarse al respecto, con mejor técnica de una medida de seguridad jurídica. Lo cierto es que, al hablar de delitos de índole sexual, hablamos de infracciones con un alto índice de comisión y reincidencia, que no parece inhibirse por el incremento de la penalidad establecida, ni el encuadramiento de estos tipos penales, en su mayoría como delitos graves, el sujeto activo no podrá obtener su libertad. Nos llama la atención que tales medidas disuasivas carezcan de efectividad y, por ello, desde hace algunos años se han buscado otras opciones igualmente disuasorias, o que pretenden serlo, a efecto de paliar estas conductas antijurídicas y reducir los índices de criminalidad en este tipo de delitos, cuya perpetración ofende y vulnera a nuestra sociedad de manera sensible. En este sentido, se hace necesaria, primero una limitación exacta, desde el punto de vista médico y legal, de la esterilización y definir su naturaleza, ya que se considera que en realidad no es una pena, sino más bien un mecanismo preventivo de carácter especial, que ayuda a evitar la reincidencia del penado, una vez que salga de prisión.

Uno de los aspectos esenciales en la imposición de esta pena, aunque no son los únicos, es definir si su aplicación puede configurar una mutilación y que aplicarla dentro de un centro penitenciario constituirá, por lo mismo, un delito. De ahí que lo primero que habría que plantearse es una modificación de la Ley General Penitenciaria, incluso aunque fuera el mismo privado de libertad que la pidiera. En el caso español, con la ley y el reglamento penitenciarios actual, es imposible aplicar la esterilización química. Tampoco existen estadísticas sobre cuántos posibles candidatos pueden haberla pedido o someterse a la misma de forma voluntaria. Otro aspecto necesario de analizar, si la aplicación de dicha pena entra dentro de la objeción de conciencia, que podrían ejercer algunos médicos en caso de imponerse la medida. Resulta incontrovertible, que, en el caso de inocuidad, estamos eligiendo una vía distinta a la que parece marcar nuestro legislador en la Constitución, toda vez que en ella no podemos hablar de que su finalidad sea la reinserción, sino únicamente pretendemos que el sujeto activo del delito se torne inofensivo, dejándole en un estado de incapacidad para causar daño a su víctima. Al integrarnos a esta corriente, estaríamos por consecuencia dejando de lado la búsqueda de otras formas de prevención y de alguna manera retomando soluciones del pasado, que en su momento nos parecieron, no sólo inadecuadas por considerar los derechos humanos, sino incluso infamantes, dada su esencia. La figura de la esterilización química ha sido muy debatida, desde una perspectiva social y sigue existiendo una indefinición en referencia a su naturaleza jurídica.

### 1.1 Delitos sexuales en el ordenamiento español

En este apartado aparecen consagrados los delitos de agresiones sexuales (artículo 178); a quien utiliza violencia o intimidación, con el fin de atentar contra la libertad de otra persona, será sancionado con pena de prisión de uno a cinco años, la condena sube de seis a doce años cuando la agresión sexual consista en acceso carnal "por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías" (artículo 179); este delito aumenta su pena de prisión (artículo 180): "cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio". Cuando se cometan por actuación conjunta de dos o más personas, la víctima sea especialmente vulnerable, por su edad, enfermedad, discapacidad, -salvo lo dispuesto en el artículo 183-, cuando para la ejecución del delito el responsable se haya aprovechado de la relación de superioridad o parentesco, ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción con la víctima, cuando el autor haga uso de

armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por muerte o lesiones causadas, si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias. El delito de abuso sexual (artículo 181), consiste en que sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, se realizan actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona y será castigado como responsable de abuso sexual. Se entiende como abuso sexual no consentido, el que se ejecute sobre personas privadas de sentido o sufran de trastorno, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química. Un aspecto importante, es cuando el delincuente hace uso de su posición "reconocida" señalada en el artículo 182 y realice actos de carácter sexual con persona mayor de dieciséis años y menor de dieciocho. La pena se impondrá en su mitad superior si concurriere la circunstancia 3.<sup>a</sup> o la 4.<sup>a</sup>, de las previstas en el artículo 180.1 de este Código. En el caso de los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años (artículo 183), el delincuente será castigado con la pena de prisión de dos a seis años y en los casos que se realice el delito haciendo uso de violencia o intimidación, el delincuente será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con pena de cinco a diez años de prisión y se aplicarán las mismas penas cuando mediante violencia o intimidación compeliere a un menor de dieciséis años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo. Se establecen agravantes en los casos que el ataque consista en acceso carnal o introducción de miembros corporales u objetos, la persona responsable se le impondrá una pena de prisión que va de ocho a doce años y de igual manera cuando la víctima tenga escaso desarrollo intelectual o físico, trastorno mental, situación de indefensión, sea menor de 4 años, cuando los delinquentes sean varias personas, sea violencia degradante y el delito se haya cometido por parte de una organización o grupo criminal, el culpable sea funcionario público (la pena de inhabilitación de seis a doce años), la pena aumentará. En casos en que se obligue a un menor de dieciséis años a participar o presenciar un acto sexual, aunque el autor no participe en ellos, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años<sup>7</sup>.

## 1.2 Unión Europea

A nivel europeo la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales<sup>8</sup>, establece en su artículo 4 que "ninguna persona podrá ser mantenida en esclavitud o servidumbre y que a nadie se le podrá exigir el desempeño de trabajo forzado". Y la Carta Social Europea<sup>9</sup> en la Parte I, 7 dispone: "los niños y los jóvenes tienen derecho a una protección especial contra los riesgos físicos y morales". Los Estados se comprometen a cumplir ciertas obligaciones (Parte II, Art. 7[10]): "asegurar una protección especial contra los riesgos físicos y morales a los que se ven expuestos niños y jóvenes, y particularmente contra los derivados... de su trabajo". De la misma forma la Carta Europea de los Derechos del Niño<sup>10</sup> establece: "...g. Todo niño deberá ser protegido contra toda forma de esclavitud, de violencia o explotación sexuales". A nivel del

---

<sup>7</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Jefatura del Estado «BOE» núm. 281, de 24 de noviembre de 1995 Referencia: BOE-A-1995-25444. Puede ser consultado en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>. Vista el día 10 de enero de 2021.

<sup>8</sup> Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Roma, 4. XI. 1950.

<sup>9</sup>La Carta Social Europea de 1961 es un texto aprobado en Turín el 18 de octubre de 1961, en el marco del Consejo de Europa.

<sup>10</sup> Carta Europea de los Derechos del Niño (DOCE no C 241, de 21 de septiembre de 1992).

Consejo de la Unión Europea tenemos la Acción Común 97/154/JAI<sup>11</sup>, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños y por "trata" se entenderá "cualquier conducta que facilite la entrada, tránsito, residencia o salida del territorio de un Estado miembro... y por "explotación sexual", con respecto a un menor cualquiera de las siguientes conductas: persuadir o coaccionar a un niño a participar en alguna actividad sexual ilícita, explotación, prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; la explotación de niños para material pornográfico, producción, venta y distribución. La lucha contra la pornografía infantil en Internet<sup>12</sup> tiene como fin ir más allá de prohibir la difusión de mensajes con contenidos ilícitos, con la respuesta comunitaria de que los Estados miembros comprueben que sus legislaciones penales sean acordes con la tecnología e informar a Europol de los presuntos casos de pornografía infantil. La obligación para las compañías que prestan el servicio de internet de retirar dicho material e informar a las autoridades competentes de la creación de filtros y otros dispositivos tecnológicos. La Unión Europea a través de la Decisión marco 2001/220/JAI<sup>13</sup>, abordó en la importancia del apoyo a las víctimas, su compensación y la respuesta de la Unión Europea de crear programas de asistencia a nivel nacional, tanto público como gubernamental, con independencia del Estados miembro: "(6) Por esta razón, las disposiciones de la presente Decisión no se limitan a atender a los intereses de la víctima en el marco del procedimiento penal. Engloban algunas medidas de asistencia a las víctimas, antes o después del proceso penal para paliar los efectos del delito", definición de víctima; "1...la persona física que haya sufrido un perjuicio, lesiones físicas o mentales, daño emocional o económico causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado miembro". Estableció que en caso de riesgo o peligro para la víctima: "3. Los Estados miembros adoptarán medidas necesarias para garantizar, al menos en el caso de que pueda existir un riesgo para la víctima, que, en el momento de la puesta en libertad de la persona inculpada o condenada por la infracción, se pueda decidir y en caso necesario informar a la víctima". La Unión Europea realizó el "Programa para el Internet más segura 2005-2008 (Safer Internet Plus)"<sup>14</sup>, porque en los países de la Unión Europea han aumentado los contenidos perjudiciales para los menores de edad y se brindó apoyo a las líneas telefónicas para ayudar a los niños que se enfrentaban con contenidos ilícitos y perjudiciales. En la misma línea tenemos el programa Daphne III<sup>15</sup>, que tiene como finalidad la lucha contra la violencia de niños, adolescentes y mujeres y para prevenir y combatir todas las formas de violencia física, sexual o psicológica en toda la Unión Europea.

### 1.3 En instrumentos internacionales

En la Organización de las Naciones Unidas son varios los tratados o convenios que versan sobre la materia, pero trataremos de hacer énfasis en los que

---

<sup>11</sup> 97/154/JAI: Acción común de 24 de febrero de 1997 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños. Diario Oficial nº L 063 de 04/03/1997.

<sup>12</sup> Decisión del Consejo de 29 de mayo de 2000, relativa a la lucha contra la pornografía infantil en Internet. Diario Oficial nº L 138 de 09/06/2000.

<sup>13</sup> 2001/220/JAI: Decisión marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal- Diario Oficial nº L 082 de 22/03/2001.

<sup>14</sup> Decisión nº 854/2005/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, por la que se crea un programa comunitario plurianual para el fomento de uso más seguro de Internet y de las nuevas tecnologías en línea.

<sup>15</sup> Decisión nº\_779/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2007 por la que se establece para el período 2007-2013, un programa específico para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre los niños, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo (programa Daphne III) integrado en el programa general Derechos fundamentales y justicia.

tratan principalmente sobre delincuentes sexuales cuyas víctimas son menores de edad y que siguen nuestra línea de investigación. Uno de los primeros Convenios sobre la materia es la Convención Sobre los Derechos del Niño<sup>16</sup>, que en su artículo 34 establece que los Estados parte de la presente Convención se comprometen a proteger y salvaguardar al niño de todas las formas de abuso y explotación sexual, con el fin de impedir la incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal, la explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales y la explotación del niño con espectáculos o materiales pornográficos. Esta Convención fue actualizada por el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía<sup>17</sup>, este Protocolo es importante porque define los delitos de: prostitución infantil, pornografía infantil, venta de niños, y a los Estados parte, los obliga a criminalizar y castigar, todas las actividades relacionadas con estos delitos en sus ordenamientos nacionales y que permiten la extradición de los delincuentes por estos delitos (artículo 5). De igual manera el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, este convenio tiene la finalidad de obligar a los Estados, a castigar a toda persona, que "para satisfacer las pasiones de otros consigue, induce o conduce a otra persona con fines de prostitución". Y de igual manera la Convención Complementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata y las Instituciones y Prácticas Similares a la Esclavitud<sup>18</sup>, que obliga a los Estados parte a tomar las medidas necesarias para la abolición total o el abandono de cualquier práctica de explotación de menores de edad. En este mismo sentido tenemos la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres<sup>19</sup> que tiene como objeto obligar a los Estados suscritos a "tomar todas las medidas pertinentes, comprendidas las legislativas, para eliminar todas las formas del tráfico, explotación y prostitución de mujeres". La Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos<sup>20</sup> en su artículo 5 prohíbe todas las formas de explotación y degradación, en particular la esclavitud y la trata.

La Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño<sup>21</sup> que en su artículo 16 regula la protección contra la tortura y el abuso infantil. La Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>22</sup> estipula en el artículo 5 que: "toda persona tiene derecho al respeto de su integridad física, mental y moral" y de igual manera nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. 3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente". El artículo 6 especifica que "nadie será sometido a esclavitud o a servidumbre, así como la trata y tráfico de mujeres". En su artículo 19 establece: "todo menor tiene

---

<sup>16</sup> Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 44/25).

<sup>17</sup> Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Asamblea General - Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000. Entrada en vigor: 18 de enero de 2002.

<sup>18</sup> Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud. Adoptada por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 608 (XXI), de 30 de abril de 1956. Hecha en Ginebra el 7 de septiembre de 1956. Entrada en vigor: 30 de abril de 1957.

<sup>19</sup> La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (también conocida por sus siglas en inglés CEDAW) es un tratado internacional de las Naciones Unidas, firmado en 1979.

<sup>20</sup> Aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenia. Fecha de entrada en vigor: 21 de octubre de 1986.

<sup>21</sup> Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del menor. OUA Doc. CAB/LEG/24.9/49 (1990), entró en vigor el 29 de noviembre de 1999.

<sup>22</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. Entrada en vigor: 18 de julio de 1978.

derecho a medidas de protección adecuadas a su edad, por parte de su familia, la sociedad y el Estado". En el mismo sentido la Convención Interamericana sobre el Tráfico Internacional de Menores<sup>23</sup>, tiene como fin la protección de los derechos fundamentales y el interés superior del menor, la prevención y sanción del tráfico internacional de menores.

## II. Principales argumentos en contra de la esterilización

La castración o emasculación como pena no es novedosa a nivel jurídico, ya que se ha aplicado con la finalidad de castigar y reprimir los delitos. En unos casos es una pena y medida de seguridad y en otros es un requisito penitenciario para la obtención de la libertad condicional. El punto controversial se basa, por un lado, en cómo se afectan los bienes jurídicos tutelados y, por otro lado, la libertad y la reproducción sexual de los reclusos, en el sentido en que la mayoría de las legislaciones consultadas consideran la pena de la esterilización como un requisito necesario para obtener beneficios penitenciarios y la libertad. Un aspecto que es necesario dar a conocer, es que la aplicación de este tipo de medidas o penas en delitos sexuales no ha constituido una medida disuasiva en los delitos de este tipo, que siguen en aumento, ni tampoco han reducido de forma significativa y real los índices de criminalidad. En la realización de delitos sexuales como la violación sexual, generalmente se considera la existencia de la libido o necesidad sexual por parte del delincuente, sin embargo, la motivación nace, predominantemente, por el deseo de control o dominio de la víctima. Ciani señala que aplicar medicamentos que disminuyan el deseo sexual ya que no es el origen del problema: "Los violadores en su mayoría son sociópatas, es decir, personas que sufren un trastorno en su personalidad, que les dificulta ceñirse a las reglas establecidas, por ello cuando violan una regla tienen plena conciencia de que está mal, pero aun así lo hacen. El impulso de un violador no obedece únicamente a un deseo sexual, sino a una necesidad de control y de la satisfacción de producir dolor y sufrimiento a su víctima"<sup>24</sup>. La aplicación de esta pena, si tuviera algún efecto disuasorio en la comisión de los delitos, varios autores opinan, en lo que respecta a su naturaleza jurídica, es una sanción penal y para otros un elemento para evitar la reincidencia, a través de la reeducación e inocuización. La finalidad de la pena es la rehabilitación y reinserción del delincuente, pero al aplicar este tipo de pena, la finalidad es que el sujeto físicamente no pueda cometer un delito de naturaleza sexual, dejándolo inofensivo. Pero, si aplicamos este tipo de pena sería contraria a los derechos humanos. El problema radica en su aplicación y la misma, constitucionalmente hablando, puede constituir una violación a los derechos fundamentales, por lo que, la mayoría de las legislaciones penales modernas, tienen un sentido negativo de la misma.

### 2.1 Derecho a la reproducción y la esterilización judicial

El derecho a la reproducción lleva consigo la decisión libre y responsable de tener hijos, a escoger parejas sexuales, alcanzar la salud y el bienestar sexual. Es decir, los derechos sexuales y reproductivos conllevan a la autonomía personal y al reconocimiento de la ley. Pero, en el caso del penado, decidir libremente sobre su vida privada y su sexualidad, se encuentra limitada por la relación jurídico-

<sup>23</sup> Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores. México, 18 de marzo de 1994.

<sup>24</sup> SOTOMAYOR, I. "Criminología mediática, castración química a violadores y política criminal: ¿eficientismo antigarantista?". Procuraduría General de Justicia del Estado de México, Año 5, vol. X enero-julio 2013. Consultado el 2 de enero de 2019, en: [https://www.academia.edu/12511147/Criminolog%C3%ADa\\_Medi%C3%A1tica\\_castraci%C3%ADn\\_qu%C3%ADmica\\_a\\_violadores\\_y\\_pol%C3%ADtica\\_criminal\\_Eficientismo\\_antigarantista\\_Mediatic\\_criminology\\_chemical\\_castration\\_to\\_rappers\\_and\\_criminal\\_policy](https://www.academia.edu/12511147/Criminolog%C3%ADa_Medi%C3%A1tica_castraci%C3%ADn_qu%C3%ADmica_a_violadores_y_pol%C3%ADtica_criminal_Eficientismo_antigarantista_Mediatic_criminology_chemical_castration_to_rappers_and_criminal_policy)

penitenciaria. Es por esta razón que algunas legislaciones preguntan al privado de libertad, si quiere ejercer este derecho (visitas de pareja)<sup>25</sup>. El artículo 45.4 del Reglamento Penitenciario establece: "4. Previa solicitud del interno, se concederá una comunicación íntima al mes como mínimo, cuya duración no será superior a tres horas ni inferior a una, salvo que razones de orden o de seguridad del establecimiento lo impidan) o en el caso de los delincuentes sexuales en que se contempla el uso de la esterilización como pena, si los mismos quieren aplicarse de forma voluntaria este tratamiento, sin embargo cuando dicha aplicación es obligatoria, estamos hablando que se vulnera de forma directa la autonomía y el control que tiene el privado de libertad con su cuerpo y debemos de tomar en cuenta el caso hipotético, de delincuentes sexuales que tienen vida de pareja y aun en cumplimiento de su condena, quieren ejercer ese derecho"<sup>26</sup>. Dentro del derecho a la reproducción encontramos derechos relacionados directamente como el derecho a libertad e integridad sexual, ante la castración quirúrgica por sentencia judicial y el derecho a no ser sometido a tortura, maltrato o cualquier tratamiento degradante. Si se aplican estas medidas a los delincuentes sexuales en prisión se limita su presente y futuro, sin embargo, al aplicar la castración quirúrgica, se evita que el privado de libertad pueda formar una familia y el derecho a ejercer su vida sexual si se ha rehabilitado, no ha vuelto a cometer delitos sexuales y se ha reinsertado de forma útil en la sociedad.

## 2.2 Consentimiento del privado de libertad ante los tratamientos médicos en prisión

Se entiende que cuando un paciente, libre y en forma consciente decide, después de ser informado de forma adecuada y real por el médico de beneficios y consecuencias de someterse a un tratamiento médico o psicológico, acepta participar en la prueba de un medicamento o de una operación quirúrgica. En el caso del privado de libertad este consentimiento está ligado a la relación jurídico-penitenciaria, siendo una decisión delimitada por la ley y por el centro penitenciario. En el caso español, los derechos fundamentales del privado de libertad se encuentran limitados y en algunas legislaciones suspendidos. La Constitución Española en su artículo 25.2: "Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados". El Estado aplica el castigo por el comportamiento punitivo, el tribunal constitucional ha señalado: "Es claro que el interno de un centro penitenciario está respecto a la Administración en una relación de sujeción especial"<sup>27</sup>. De igual manera en otra sentencia nos agrega que: "el interno se integra en una institución preexistente y que proyecta su «autoridad» sobre quienes, al margen de su condición común de ciudadanos, adquieren el estatus específico de individuos sujetos a un poder público, el *ius puniendi*. A estas relaciones de sujeción especial sigue siendo aplicable el art. 25.1, y, obviamente el principio de legalidad del art. 9.3 de la Constitución. Pero en este caso no tiene el mismo alcance que en la potestad sancionadora general ni mucho menos respecto a las sanciones penales"<sup>28</sup>.

Es decir que el consentimiento informado del privado de libertad no es igual al consentimiento que otorgan las personas libres. En el caso español, la legislación aplicable a nivel internacional, el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones

---

<sup>25</sup> Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario. Ministerio de Justicia e Interior «BOE» núm. 40, de 15 de febrero de 1996 Referencia: BOE-A-1996-3307.

<sup>26</sup> DE DIEGO ARIAS, J. *El derecho a la intimidad de las personas reclusas*, Primer Premio Nacional Victoria Kent Año 2015, Edita: Ministerio del Interior - Secretaría General Técnica, España 2015.

<sup>27</sup> STC 74/1985, de 18 de junio.

<sup>28</sup> STC 2/1987, de 21 de enero.

de la biología y la medicina<sup>29</sup>, que en su artículo 5, establece: "No podrá llevarse a cabo intervención alguna en una persona -en materia de salud- sin su consentimiento informado y libre... de sus consecuencias y riesgos". Este artículo en su numeral 3 señala que: "según la ley, un adulto no tenga capacidad para dar el consentimiento por un trastorno mental, enfermedad o por razones similares, sólo se podrá realizar la intervención con la autorización de su representante, autoridad, persona o instancia que la ley determine". A nivel nacional esto se manifestó con la Ley 41/2002, la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica<sup>30</sup>, en su artículo 2, sobre el consentimiento informado: "Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios." Sin embargo, en nuestro caso, en donde es sumamente necesario informarle al privado de libertad las consecuencias negativas del procedimiento de esterilización, la ley nos señala: "3. El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles" y sobre todo que puede negarse en cualquier momento a recibir finalmente el tratamiento: "4. Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito", recordemos los casos en que pueden negarse, pero ya no serán elegibles para un proceso de libertad condicional o acuerdo de suspensión de la pena.

La Ley orgánica penitenciaria 1/1979, no señala de forma concreta el uso del consentimiento informado del privado de libertad ante un mal llamado tratamiento médico impuesto por resolución judicial, sin embargo, en su artículo tercero dice: "la actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena". Ahora bien, el texto jurídico agrega que existe una limitación del ejercicio de derechos: "los internos podrán ejercitar los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, sin exclusión del derecho de sufragio". El artículo 40 garantiza la asistencia médica y sanitaria y en todo centro penitenciario debe de haber un médico general con conocimientos psiquiátricos, y el artículo 62 señala que el tratamiento penitenciario: "c) Será individualizado, consistiendo en la variable utilización de métodos médico-biológicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales, en relación a la personalidad del interno".

En una sentencia clásica del Tribunal Constitucional español sobre la legitimidad de alimentar forzosamente a detenidos que se niegan a comer por huelga de hambre, en este caso se estableció que era legítimo alimentarlos para garantizar su derecho a la vida, porque es obligación del Estado proteger la integridad de quien sea sometido a ellos. Que para efectuar dicha intervención se permita el empleo de medios coercitivos no es aquí determinante, pues, según se ha visto, no es la coercitividad de trato más allá de lo proporcionado, sino su desmedida severidad, su innecesario rigor y su carácter vejatorio lo que a los efectos de la prohibición constitucional resulta relevante". De igual manera la sentencia 137/1990<sup>31</sup> establece: "Es claro sin embargo que la aplicación de tratamiento médico y alimentario forzoso implica el uso de medidas coercitivas que inevitablemente han de comportar concretas restricciones a la libertad de movimiento o a la libertad física en alguna de sus manifestaciones. Pero tales restricciones, precisamos en nuestra anterior Sentencia, en cuanto inherentes a la intervención médica que acabamos de considerar no violadora de derechos

<sup>29</sup> Conocido también como Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina o Convenio de Oviedo. Puede ser consultado en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-20638>. Visto el día 21 de febrero de 2019.

<sup>30</sup> Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Puede ser consultado en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-22188>. Visto el día 18 de enero de 2021.

<sup>31</sup> STC 137/1990 de 19 de julio.

fundamentales, no constituyen lesión de aquellos mismos derechos a la integridad física, ni a los ahora examinados, sin olvidar que el art. 45.1. b) de la LOGP permite esas mismas medidas y es en este sentido la ley a la que se remite el art. 17.2 de la Constitución". De igual manera en la sentencia 11/1991<sup>32</sup>: "El derecho a la vida tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que intuya el derecho a la propia muerte. Ello no impide reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquélla fácticamente disponer sobre su propia muerte". Para García Guerrero estas sentencias del tribunal constitucional español son superadas, en el tratamiento de castración química de los privados de libertad no está en peligro su vida, así que el argumento restante es el peligro para las demás personas, especialmente en casos de reincidencia: "Los presos son las únicas personas en España a las que se puede imponer un tratamiento médico forzoso sin que haya lesión de intereses de terceros en caso de no tratamiento y sin un juicio previo sobre su capacidad para decidir...Estas posibilidades crean una nueva categoría de ciudadanos incompatible con el precepto constitucional de que todos somos iguales ante la ley"<sup>33</sup>.

### 2.3 Principio de trato humano y no discriminación

Cuando aplicamos una pena privativa de libertad o una pena de castración química bajo los límites del trato humano, estamos refiriéndonos a que, el privado de libertad pueda, en algún momento de su sentencia, tenga la posibilidad real y efectiva de solicitar la libertad condicional. Esta posibilidad va más allá de un perdón o indulto por parte de algún órgano ejecutivo. La ejecución de cualquiera pena privativa de libertad conlleva a que la misma se ejecute en condiciones dignas de detención, la prohibición absoluta de torturas, tratos degradantes, penas crueles corporales, etc., y lleva explícito, que el tiempo que las personas, culpables de un delito, pasen en prisión, lo hagan en un ambiente adecuado, con miras a su rehabilitación y reinserción en la sociedad. La protección del derecho a la integridad de la persona y el derecho a la vida toma una importancia mayor cuando hablamos de personas que se encuentran en un elevado nivel de vulnerabilidad y sujeción con respeto al Estado. La DUDH es clara en su artículo 5: "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Mientras que en su artículo 9 nos agrega que: "Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado". En este sentido se parte de la base de que los privados de libertad tienen derecho a que se les dé un trato humanitario. Fomentar la rehabilitación conlleva oportunidades no solo laborales, educativas, culturales y hasta religiosas. La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial<sup>34</sup> en su artículo 5 dice: "En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención los Estados parte se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico".

El principio de trato humano y no discriminación del privado de libertad ha tenido su importancia en el derecho internacional y se ha plasmado en numerosos instrumentos internacionales, como en los Principios Básicos para el Tratamiento de

---

<sup>32</sup> STC 11/1991 de 17 de enero.

<sup>33</sup> GARCÍA GUERRERO, J. "El consentimiento informado: algo no resuelto en el ámbito penitenciario", *Revista cuatrimestral de investigación, Cuadernos de Bioética*, número 96 Volumen XXIX, mayo-agosto Año 2018, p.134. Puede ser consultado en: <http://aebioetica.org/revistas/2018/29/96/125.pdf>. Visto el día 1 de febrero de 2019.

<sup>34</sup> Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Entrada en vigor: 4 de enero de 1969.

los Reclusos<sup>35</sup>, que en su artículo 1 señala: "todos los reclusos serán tratados con el respeto que se merecen su dignidad y valor inherente de seres humanos"; en su artículo número 2 nos añade: "No existirá discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opción política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento y otros factores", y se reconoce en su artículo 9: "que de igual manera los privados de libertad gozarán de los mismos servicios de salud que todas las demás personas, sin discriminación por su condición jurídica", en su artículo 5 reconoce: "A pesar de las limitaciones existentes y necesarias para el encarcelamiento, el privado de libertad, seguirá gozando de todos sus derechos humanos". El artículo 7 que prohíbe o restringe el uso de las celdas de confinamiento, aislamiento o celdas de castigo como sanción disciplinaria. Reconoce en el artículo 10 que se crearán las condiciones favorables para la reincorporación del privado de libertad a la sociedad. En este sentido el CEDH en su artículo 3 dice: "Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes". Las condiciones en la detención incluyen una estricta delimitación en la aplicación de las penas de muerte, la eliminación de las celdas de confinamiento solitario, la comunicación del privado de libertad con el mundo exterior debe tener a su disposición periódicos, radio, televisión etc., el respeto por su privacidad, un mínimo de salud aceptable, tanto psicológica como física, que se garanticen las visitas familiares. Estos aspectos pueden ser limitados por un determinado momento con miras a garantizar la seguridad de la prisión, pero esas limitaciones no pueden ser permanentes o aplicadas en periodos constantes de tiempo; en nuestra opinión, el trato humano en los reclusos debe dirigirse a la rehabilitación.

En este sentido el PIDCP reconoce en su artículo 10: "1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano". En la Observación General 21, Trato Humano de las Personas Privadas de Libertad<sup>36</sup>, comentando el artículo 10 PIDCP y complementando el artículo se dice que es aplicable a todos los privados de libertad, incluyendo hospitales psiquiátricos, campos de detención, instituciones correccionales. Deja claro que las personas privadas de libertad se encuentran en permanente estado de vulnerabilidad y es obligación positiva para los Estados contratantes la prohibición de la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes provistos en el artículo 7 del Pacto. Y, esta prohibición incluye, que no sean sometidas a experimentos médicos o científicos, ni tampoco a penurias y demás limitaciones que vayan más allá del sufrimiento intrínseco de la pena de prisión. En este aspecto se señala: "4. Tratar a toda persona privada de libertad con humanidad y respeto de su dignidad es una norma fundamental de aplicación universal". La Corte Penal Internacional (CPI)<sup>37</sup>, en su estatuto ha señalado de igual manera en su artículo 7 numeral 2: "e) Por "tortura" se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de

---

<sup>35</sup> Las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, tiene sus inicios desde 1926, con la Comisión Penitenciaria Internacional (que luego sería la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria), y continuó en revisión hasta 1932 y una actualización realizada por un Comité Especial de Expertos, en 1949. Antes de su disolución en 1951, la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria presentó un Proyecto de Reglas Revisado, que fue finalmente aprobado por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y tratamiento del delincuente, en 1955.

<sup>36</sup> Comisión de Derechos Humanos, OB Gral Número 21, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 10-Trato Humano de las Personas Privadas de Libertad, 44º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 176 (1992).

<sup>37</sup> Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional.

sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas". Por lo tanto, cuando hablamos de cadena perpetua sin libertad condicional, no es solo violatoria de la rehabilitación, sino que no se garanticen otros derechos. Las Reglas Penitenciarias Europeas<sup>38</sup>, en su primer artículo regula que el privado de libertad mantenga los mismos derechos que tenía antes de ingresar en prisión y es responsabilidad del Estado proteger los derechos humanos. De igual manera el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión<sup>39</sup> señala: "1. Toda persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano".

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos el artículo 2 dice: "Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna". Toda persona tiene derecho a un tratamiento humano durante la privación de su libertad". La Organización de los Estados Americanos (OEA) contiene un documento en específico sobre la materia, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas<sup>40</sup> que en su artículo 1 señala: "Toda persona privada de libertad que esté sujeta a la jurisdicción de cualquiera de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos será tratada humanamente, con irrestricto respeto a su dignidad inherente, a sus derechos y garantías fundamentales, y con estricto apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos". Mientras que en el Principio 2 señala: "Toda persona privada de libertad será igual ante la ley, y tendrá derecho a igual protección de la ley. Tendrá derecho, además, a conservar sus garantías fundamentales y ejercer sus derechos, a excepción de aquéllos cuyo ejercicio esté limitado o restringido temporalmente, por disposición de la ley, y por razones inherentes a su condición de personas privadas de libertad". La Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos<sup>41</sup> en artículo 5 nos señala: "Todo individuo tendrá derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano y al reconocimiento de su estatus legal". Los artículos constitucionales tienen su aplicación por medio de la Ley Orgánica General Penitenciaria, que en su artículo número 3 señala: "La actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena". En nuestra opinión la responsabilidad y la obligación por parte del Estado, a través de su régimen penitenciario, más que velar, es garantizar, proteger y custodiar dentro de un centro carcelario; la vida, la integridad personal y la salud de todos los privados de libertad. Tal como lo ha señalado la jurisprudencia del TEDH, la falta de medios económicos no es una excusa para que estos derechos dejen de ser aplicados, ya que se trata de garantizar la dignidad humana de toda persona, aun dentro de la prisión. Ahora, bien, el artículo 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria nos dice: "Ningún interno será sometido a malos tratos de palabra u obra". Derecho de los penados al tratamiento penitenciario y a las

---

<sup>38</sup> Reglas Penitenciarias Europeas, Consejo de Europa. Comité de ministros, Recomendación Rec (2006) del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas (adoptada por el Comité de Ministros el 11 de enero de 2006, a raíz de la 952 reunión de delegados de ministros). Documentos de trabajo Consejo de Europa Traducción realizada por el Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya. Abril de 2010.

<sup>39</sup> Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.

<sup>40</sup> El 31 de marzo de 2008 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobó por unanimidad el documento "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas" a través de la Resolución 01/08, adoptada durante el 13 período ordinario de sesiones.

<sup>41</sup> Carta africana sobre los derechos humanos y de los pueblos, (Carta de Banjul). Aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenia.

medidas que se les programen con el fin de asegurar el éxito del mismo". Según Rivera Beiras el uso de la sanción en celda de aislamiento dentro del ordenamiento español, está contemplada para los privados de libertad que muestran una constante agresividad y alteren la convivencia normal del centro carcelario. Rivera Beiras señala que es importante que la celda en que se realiza el castigo del aislamiento debe tener análogas características que las restantes<sup>42</sup>.

El Tribunal Constitucional da otros ejemplos además de la sentencia sobre la huelga de hambre de los GRAPO. Unas de estas sentencias es la STC 48/1996, de 25 de marzo. Se interpuso un recurso de amparo al negarse la progresión al tercer grado penitenciario, que es previo a la libertad condicional, a un privado de libertad gravemente enfermo de enfermedad coronaria, reconocidos por tres informes médicos, que es imposible la atención y cuidados médicos que necesita, sino que aumenta la gravedad por la privación de libertad." Además, se sostenía la violación del derecho a la vida y a la integridad física y a no padecer tratos inhumanos o degradantes, reconocidos en el artículo 15 de la Constitución española, al igual que el artículo 25.2 de la misma norma. Para el Tribunal Constitucional: "2. La Constitución proclama el derecho a la vida y a la integridad, en su doble dimensión física y moral (artículo 15 C.E.). Soporte existencial de cualesquiera otros derechos, quedando prohibidos los tratos inhumanos y degradantes, incluso los trabajos forzados." Esta sentencia reconoce el derecho del demandante a la vida e integridad personal y anula el auto que lo mantenía en prisión. En sentencia STC 25/2000 de 31 de enero<sup>43</sup> el Tribunal Constitucional resolvió un recurso de amparo en contra de la denegación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad del demandante, condenado a 6 años de prisión por homicidio frustrado y se le negó un indulto solicitado al Consejo de Ministro. El demandante, de igual manera, debido a su grave enfermedad y a los efectos negativos por su estancia en la prisión, solicitó su suspensión, basándose en distintos informes médicos. En este caso se trata de impugnar la denegación de la suspensión de la ejecución de la pena, como una violación a la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo número 24.1 de la Constitución y conforme a lo que se consagra en el artículo 15, que a la letra dice, "Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes." La negación de la libertad condicional, a sabiendas de que el privado de libertad padece una enfermedad grave e incurable, es responsabilidad y obligación del Estado, tal como señala la sentencia: "La finalidad de la institución es lograr un equilibrio entre el derecho a la vida e integridad física del penado y el derecho a la seguridad colectiva". En este caso el Tribunal Constitucional reconoció el derecho del demandante a la tutela judicial efectiva sin indefensión, así como la anulación de todos los demás actos que le negaron la libertad condicional, en el sentido de que los autos impugnados vulneran el derecho del demandante a obtener una resolución razonablemente fundada en Derecho.

En otra sentencia, STC 35/1996, de 11 de marzo<sup>44</sup>, el demandante sostenía que había existido una vulneración a su derecho a la integridad física como privado de libertad. Este argumento fue rechazado por el Tribunal Constitucional, en el sentido de que, no se pone en peligro la salud de los privados de libertad por el hecho de ser sometido a controles de rayos x, con la finalidad de mantener la seguridad del centro carcelario. En este caso, el demandante, sostenía que, al salir y regresar de juicio, era sometido a revisión de rayos x por parte del Juzgado de Vigilancia y que la misma podría tener efectos nocivos para su salud. Por su parte, el centro carcelario argumentó que el equipo se encontraba en perfecto estado y

---

<sup>42</sup> Cft. RIVERA BEIRAS, I. *Cárcel y derechos humanos Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*. Editorial: J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1992, p. 101.

<sup>43</sup> STC 25/2000 de 31 de enero.

<sup>44</sup> STC 25/2000 de 31 de enero.

que las radiaciones no eran un peligro alguno para la salud. En otra sentencia del Tribunal Constitucional en materia de registro corporal y la privación de comunicaciones de los privados de libertad, la STC 57/1994 de 28 de febrero<sup>45</sup>, sostuvo que no existía violación del derecho a la integridad física o moral del demandante, sino una violación a su derecho de intimidad, cuyo ámbito se ha visto innecesariamente restringido, más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiere, afectando así su dignidad personal, porque fue sancionado a tres fines de aislamiento en celda de confinamiento, debido a que se negó, en reiteradas ocasiones a realizar flexiones desnudo en su cacheo o registro y a una comunicación íntima, esto era un trato degradante y vejatorio prohibido por el artículo 15.

Dentro del régimen penitenciario conlleva a lo que el Tribunal Constitucional señala en la sentencia STC 89/1987, de 3 de junio<sup>46</sup>, en que se desestimó un recurso de amparo de garantías constitucionales, en relación a resoluciones especiales relativas a la comunicación de los reclusos con sus familiares. En este caso los demandantes solicitaron que los privados de libertad, sometidos al artículo 10 de la Ley Orgánica Penitenciaria, es decir, que eran privados de libertad, en régimen cerrado o en departamentos especiales, catalogados como altamente peligrosos o dirigidos a privados de libertad que no se adaptan al régimen abierto u ordinario. De igual manera se solicitaba la protección de los derechos fundamentales recogidos en los artículos 15 derechos a la vida. En la sentencia el Tribunal Constitucional señala: "Sin duda, una de las consecuencias más dolorosas de la pérdida de las libertades, la reducción de lo íntimo casi al ámbito de la vida interior, quedando, por el contrario, expuestas al público e incluso necesitadas de autorización muchas actuaciones que normalmente se consideran privadas e íntimas. La autorización para la comunicación íntima restaura circunstancialmente para el recluso un ámbito provisional de intimidad, siquiera sea al precio, seguramente doloroso, de verse en la dura necesidad de solicitarla, pero esa restauración episódica es resultado de una concesión del legislador, no un imperativo derivado del derecho fundamental a la intimidad".

En la sentencia del STC 195/1995 de 19 de diciembre<sup>47</sup>, se determinó que el tener en una misma celda a otro privado de libertad no es una violación del artículo número 18 de la Constitución, en el sentido que se reconoció que el alojamiento en una celda individual no es un derecho fundamental y de igual forma que el artículo 19, de la Ley Orgánica Penitenciaria tampoco manifiesta que sea un derecho, por lo tanto en este caso se aceptó parcialmente el amparo promovido por el demandante, pero reconoció su derecho a recibir una respuesta judicial motivada respecto de los medios de prueba por él solicitados en orden a su defensa. En este caso el demandante acusó de la comisión de dos faltas graves, debido a que se quejó de la distribución de las celdas y a que se le impuso la sanción de dos fines de semana en celdas de aislamiento, y por lo que se habían vulnerado sus derechos a la intimidad y a la tutela judicial efectiva; el Tribunal Constitucional dice: "Tal derecho tampoco puede extraerse directamente del artículo 18.1 de la Constitución, pues como ya ha tenido ocasión de declarar este Tribunal en referencia al concreto ámbito penitenciario, una de las consecuencias más dolorosas de la privación de libertad es la reducción de la intimidad de quienes la sufren, de tal manera que sólo podrán ser consideradas lesivas de la intimidad, aquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiera (SSTC 89/1987 y 57/1994), requisito que no concurre en el presente caso pues, como ya se ha puesto de manifiesto, la propia legislación penitenciaria prevé en determinados supuestos la posibilidad de celdas compartidas".

---

<sup>45</sup> STC 57/1994 de 28 de febrero.

<sup>46</sup> STC 89/1987, de 3 de junio.

<sup>47</sup> STC 195/1995 de 19 de diciembre.

## 2.4 Crítica al principio de legalidad penitenciaria

La cárcel, como institución represora y social y como las demás instituciones que existen en la sociedad, se maneja y se organiza por un sistema de recompensas y favores, con límites que son definidos por la propia institución penitenciaria. En la cárcel el privado de libertad atraviesa un proceso que, en la mayoría de los casos produce una sumisión psicológica muy fuerte, que se traslada a su estado físico, y donde, además, se trata de mantener un estado de orden y paz en un ambiente violento. Es ese el método con que cuenta la autoridad penitenciaria para imponerse ante los privados de libertad, creando así una especie de realidad alterna, cuyas prácticas específicas y reiteradas desarrollan la diferenciación entre los privados de libertad y los demás. Lo que a su vez motiva que la autoridad penitenciaria identifique a los privados de libertad que colaboran dentro del sistema y los que no y genere un conjunto de prácticas específicas, que varían dentro de una prisión a otra, con el fin de que el privado de libertad asimile un comportamiento adecuado para el buen funcionamiento del sistema penitenciario. En este aspecto, en nuestra opinión, la autoridad penitenciaria se aparta de la función prevista para ello por la ley y crea su propia forma nueva de la ley, lo que se constituye en una violación real del principio de legalidad penitenciaria y en la mayoría de los casos, son prácticas con las que se familiarizan los privados de libertad como mecanismos de sobrevivencia del sistema. Es decir, que estamos hablando de una nueva norma dentro de la cárcel que violenta las normas ya establecidas, pero con una constancia y reconocimiento informal que limita su contenido a la vida en prisión, ocasionando que no resulten útiles fuera de la misma. Estas prácticas penitenciarias lo único que logran crear es una vulneración del principio de legalidad penitenciaria, más evidente a lo interno de la cárcel en la sujeción especial, que se mantiene con la autoridad penitenciaria, entre los reclusos y la inseguridad jurídica. La mayoría de las leyes penitenciarias modernas afirman que el objetivo principal del sistema penitenciario es la reincorporación del privado de libertad a la sociedad. En realidad, son las necesidades relacionadas con el orden y la seguridad las que casi siempre prevalecen sobre el "tratamiento penitenciario". A partir de estas dos ideas, el orden y la seguridad, es la administración penitenciaria la que realmente crea su propia ley con carácter informal, que se deriva de las prácticas que se dan dentro de la prisión y las relaciones entre los distintos actores en el contexto penitenciario. Estas leyes informales a menudo entran en conflicto con la Constitución y los códigos penales, porque en todo caso no protegen ni cumplen con los derechos fundamentales de los privados de libertad, ya que la sujeción especial pareciera que no solo restringe y limita sus derechos, sino que los elimina una vez que la persona entra a formar parte del sistema penitenciario como privado de libertad. Dentro del sistema penitenciario actual, a pesar de que la administración está obligada y tiene como finalidad fundamental, en nombre y representación del Estado, proteger a todos los privados de libertad confinados por una decisión judicial, en régimen de custodia, se limita únicamente a la restricción de movimiento de libertad del individuo. Como ser humano que es, tiene el pleno derecho, tanto dentro y como fuera de la cárcel, a que se le respete y se le proteja su dignidad como persona; mientras que los recursos son destinados, en su mayoría, para evitar que la persona escape y mantener el orden y la seguridad, que en los últimos años ha resultado la finalidad del sistema penitenciario.

Los principios del derecho nacen con el fin de hacer frente al Estado, para que el mismo no se extralimite y vulnere el Estado de Derecho, que el principio de legalidad del sistema democrático tiene enfrenar la delincuencia y fortalecer la política criminal. En los últimos años se han acrecentado las sanciones de los delitos castigados con pena de prisión (lo que muchos autores llaman la supremacía del Estado penal) y ha tenido como consecuencia un incremento desmesurado de privados de libertad, una falta de políticas penitenciarias adecuadas que den

alternativas o mecanismos necesarios evitar la sobrepoblación penitenciaria y la violación al principio de legalidad. Otro problema con que nos identificamos es la vieja postura tradicional, de no reconocer la independencia existente entre el denominado derecho ejecutivo penal y el derecho penitenciario, en el sentido de establecer las reglas de ejecución de la pena iniciada a partir de la decisión judicial dictada por el juez. No se trata en este aspecto de ver el origen del delito ni los fenómenos que están relacionados con el mismo, en el sentido que dejemos nuevamente de juzgar al privado de libertad por lo que ya cometió, cuando ya la justicia penal lo ha hecho sobre su conducta. Lo que el principio de legalidad penitenciaria busca, es que el privado de libertad cumpla su pena y que se apliquen ciertas reglas que cumplan con valores objetivos. Es decir que, no solo se trata, por un lado, de modificar la jurisdicción y el sistema penitenciario, es necesario un cambio de decisión en materia jurisdiccional, en la aplicación de un derecho penal mínimo o de garantías y que a lo interno de la institución carcelaria existan jueces de legalidad penitenciaria o jueces de ejecución penal, que tengan, entre sus únicas funciones la de resolver los conflictos existentes entre el privado de libertad y la institución penitenciaria. Tres temas: (1) el otorgamiento de los beneficios que reducen el tiempo de la pena en prisión, pues el interno tiene el derecho de conocer con certeza los requerimientos de que depende dicho otorgamiento con exactitud y seguridad, si se comporta de una forma determinada para salir en una fecha estipulada; (2) los conflictos relacionados con todos los traslados de una institución penitenciaria a otra (traslado interinstitucional); y (3) la aplicación de sanciones administrativas, que la autoridad judicial pueda actuar con mecanismos revisorios de las decisiones que tomen las autoridades penitenciarias. El principio de legalidad penitenciaria a través de los años ha evolucionado y se ha separado del tradicional concepto de legalidad penal, para centrarse únicamente en el sistema de ejecución de las penas y las medidas privativas de seguridad, inclusive de todas aquellas sanciones alternativas, que las distintas legislaciones imponen como consecuencia jurídico punitiva, por la comisión de un hecho tipificado como delito o falta, hasta llegar a constituirse en un mecanismo de protección y respeto de los derechos fundamentales de los privados de libertad, como garantía en contra de los abusos y malas condiciones de la administración penitenciaria.

El principio de legalidad ha sido un tema importante en la doctrina constitucional y penal y en esta investigación hemos señalado algunos ejemplos jurisprudenciales. Pero hay que tomar en consideración que nuestra posición parte de la base de que, una interpretación extensiva de los efectos del principio de legalidad en materia penitenciaria, interviene de forma primordial el principio de la sujeción especial y la importancia de la responsabilidad social, que es, a todas luces, compartida entre otros fenómenos, como son las causas criminológicas que giran en torno a la realización del hecho punible y la valoración y el reproche como un elemento necesario y actual de la antijuridicidad penal; elementos que van más allá del concepto tradicional de entender el principio de legalidad, como el derecho que tiene toda persona de conocer con la debida anticipación y precisión qué conductas están prohibidas, se encuentran amenazadas con la imposición de una sanción y qué comportamientos son ilícitos. Mientras que, en el ámbito penitenciario, la discusión del principio de legalidad en materia penal y penitenciaria tenía como finalidad la de garantizar la seguridad jurídica, el discurso giraba en torno a que no existía ninguna oposición contra la remisión que realiza el legislador hacía normas de rango menor, como lo son los reglamentos, en el sentido de que se establecía que, de lo que estaba regulado penalmente simplemente se podría acudir a una norma extrapenal con carácter general. Lo que el principio de legalidad hace es cumplir con la doble garantía de legitimidad y seguridad, ya que el legislador no deja de realizar sus funciones sobre un tema tan sensitivo como son los efectos de la criminalización y cede al poder ejecutivo que legisle por medio de reglamentos, el monopolio de la ejecución penal a lo interno de la ejecución de la pena en el sistema penitenciario. Este aspecto se tiene como superado y se establece que la administración penitenciaria no puede regular o limitar derechos

fundamentales como si se tratase de faltas administrativas o disciplinarias, lo que produce violaciones a los derechos fundamentales de los privados de libertad. La regulación de sus derechos le corresponde únicamente a la ley apoyada en el texto constitucional y el reglamento de la institución penitenciaria debe solamente encargarse de organizar y administrar el aparato penitenciario de la cárcel, como institución jurídica, pero en ningún caso puede tomar decisiones que vayan más allá de sus atribuciones y funciones.

Y, al mismo tiempo, se debe exigir que la ley cumpla contenidos formales, para que las normas sean lo menos imprecisas o vagas posible y que prohíban, de forma real y lo más exacto posible, los tipos indeterminados de tipificación penal y las leyes no perjudiquen los derechos fundamentales de los penados u ocasionen perjuicios innecesarios al momento en que la pena privativa de libertad sea impuesta al imputado; es decir, que se castiga lo que la persona hace y no por lo que la persona es, es decir, se pena la conducta realizada, no la personalidad, carácter, temperamento, ideas personales, políticas o religiosas, hábitos de vida etc. En otras palabras; lo que se castiga, con la imposición de la pena de prisión, es la culpabilidad del sujeto al cometer un acto que produce una lesión jurídica, mediante un acto humano como decisión autónoma que la sociedad le reprocha por lo que ha cometido. Tal como hemos observado, el concepto de imponer una pena privativa de libertad obedece a que el individuo tenga los recursos disponibles que le brinden la posibilidad de alejarse de la conducta delictiva, es decir que, el objeto principal de la privación de libertad es la rehabilitación o reintegración de la persona a la sociedad, donde los derechos fundamentales de los reclusos sólo pueden ser limitados o restringidos en situaciones de fuerza mayor dentro del sistema penitenciario. Dentro de estas justificaciones entraría el mantenimiento de la seguridad en el centro o la prevención de graves amenazas en la prisión. Pero, en estos casos, entramos en el dilema jurídico y moral de definir exactamente los conceptos de orden y seguridad, dentro de la estructura penitenciaria. Conceptos que, en la mayoría de los casos, son definidos por la autoridad judicial y no por un juez, que haga énfasis en la protección de los reclusos y al mismo tiempo garantice la actuación de los funcionarios por motivos excepcionales; y, si existe una situación circunstancial o condiciones apremiantes en las cuales se tenga que intervenir inmediatamente, ese comportamiento debe de ser inmediatamente después de los hechos revisados por un juez a petición de la parte interesada sobre la validez de los mismos. Entre todos estos aspectos actuales de la práctica penitenciaria que abogan por un derecho penal mínimo o derecho de garantías, adquiere especial importancia el principio de legalidad, en el sentido de constituirse en una verdadera garantía del privado ante el ejercicio abusivo por parte de la administración penitenciaria en nombre del Estado. En definitiva, el principio de legalidad penitenciaria conlleva que los principios y valores básicos, desde una perspectiva político-criminal en un Estado democrático se cumplan las garantías de los privados de libertad para alcanzar un derecho penal mínimo más humano y menos represor.

#### 2.4.1 Principio de legalidad en la normativa española

El artículo 2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria en España dice: "La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la ley, los reglamentos y las sentencias judiciales". Está destinada a regular la ejecución de las penas privativas de libertad. La unión existente entre el principio de legalidad y los derechos y garantías fundamentales y otros valores imprescindibles en el ordenamiento jurídico, hace que sea necesario que esta materia tenga contenido con rango legal, como es la Ley General Penitenciaria<sup>48</sup>. El

---

<sup>48</sup> Cfr. RODRÍGUEZ ALONSO, A. *Lecciones de derecho penitenciario: adaptadas a la normativa legal vigente*. Editorial Comares, Granada, 1997, p. 5.

texto original del Proyecto de Ley de la Ley General Penitenciaria suprimió o eliminó la referencia a "humana", en relación a la personalidad, por considerarse que "de por sí, que los reclusos son humanos"<sup>49</sup>. El texto de este artículo dispone que los privados de libertad gocen de todos los derechos fundamentales y garantías de la Constitución Española. En su artículo 25.2 señala: "Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados". Los derechos y garantías que tiene el privado de libertad y que no pueden ser limitados o eliminados; pero que sí pueden ser limitados por su sentencia condenatoria como título jurídico imprescindible para ingresar a la institución penitenciaria. Escalante Castarroyo concluye que el principio de legalidad en materia de privación de libertad se expresa en dos vías: en los supuestos en que la ley permite la privación de libertad y en la forma en que la misma debe llevarse a cabo<sup>50</sup>. Lo cierto es que no debe haber ningún tipo de duda con referencia a que el ser condenado mediante una sentencia judicial a la privación de su libertad no significa, ni en lo más mínimo, la pérdida o eliminación de los derechos y garantías fundamentales, solo se están limitados o sujetos de forma estricta y en lo necesario para cumplir la pena.

Queda reflejado en la Ley Orgánica Penitenciaria, en su artículo 2, que da un amplio concepto del principio de legalidad en referencia a su alcance, ya que no solamente pone como ámbito de aplicación la presente ley, sino que al mismo tiempo incluye los reglamentos y sentencias judiciales, es decir, que permite el uso de otras fuentes jurídicas para regular la actividad penitenciaria, extiende lo que algunos autores han denominado bloque de legalidad penitenciaria, como la aplicación de la ley, sentencias judiciales y reglamentos, como modos de regular la actividad penitenciaria. Los reglamentos que forman parte de la regulación penitenciaria deben de cumplir con ciertas formalidades. Por un lado, que se respete y se cumpla la reserva de ley para todo lo relacionado con los derechos fundamentales y que este reglamento sea propiamente ejecutivo y que se cumpla con el principio de jerarquía normativa<sup>51</sup>.

La Ley de Ejecución en el Código Penal español en su artículo 3 señala: "1. No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez. 2. Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o la medida de seguridad se realizará bajo el control de Jueces y Tribunales competentes". Se reconoce que el principio de legalidad tiene su extensión dentro de la ley y en lo expresado en la sentencia condenatoria que priva de libertad al sentenciado. En su artículo 900, la Ley de Enjuiciamiento Criminal española dice: "Las penas se ejecutarán en la forma y tiempo prescritos en el Código Penal y en los reglamentos. Corresponde al Juez o Tribunal a quien el presente Código impone el deber de hacer ejecutar la sentencia." Este articulado amplía el concepto del principio de legalidad, ya que incluye la ley penal y los reglamentos, así como a las autoridades administrativas como medio para cumplir con las medidas necesarias para el ingreso en prisión del condenado y le da competencia primordial al Juez de hacer cumplir la sentencia. Aunque este articulado consagra el principio de legalidad, limita su ámbito de aplicación a la Constitución y la ley, sin tomar en consideración lo establecido en el artículo 2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria que incluye como parte del principio de legalidad a los reglamentos y sentencias judiciales: Art. 2. La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Ley, los reglamentos y las sentencias judiciales. Otros derechos en relación con el régimen penitenciario y el

<sup>49</sup> Cfr. MORENO SAINZ, F. *Ley General Penitenciaria, trabajos parlamentarios*, Cortes Generales. Servicio de estudios y Publicaciones, Madrid, 1980, p. 32.

<sup>50</sup> ESCALANTE CASTARROYO, J. *Constitución europea y Constitución española*. La Ley Editorial, Madrid, 2004, p. 323.

<sup>51</sup> Cfr. CERVELLÓ DONDERIS, V. *Derecho penitenciario*. II Edición, Tirant monografías, Número 194, Valencia, 2006, p. 28.

principio de legalidad son "Derecho a no ser sancionado, sino en los casos establecidos en el Reglamento y con las sanciones expresamente previstas en la Ley", artículos 42 y 44 LOGP y 231 RP<sup>52</sup>.

Otra normativa aplicable es la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, que en su articulado 127.3 reconoce relación entre la administración y los privados de libertad. Enfatiza que solo existe potestad disciplinaria respecto de quienes prestan servicios a la administración. En ninguna de esas dos situaciones se encuentran los privados de libertad por cumplimiento de una pena. "Las disposiciones de este título no son de aplicación al ejercicio por las administraciones públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual"<sup>53</sup>. El articulado 231 del Reglamento Penitenciario español en su numeral 2, el fundamento y el ámbito de aplicación, aduciendo que el régimen disciplinario se aplicará a todos los internos por igual, independientemente de la situación procesal o penitenciaria en que se encuentren, y se aplica tanto en los centros penitenciarios como durante los traslados, órdenes de conducción u otras salidas autorizadas, remite al artículo Número 188 para referirse a excepciones en que no se aplica a los privados de libertad que sufren algún tipo de enfermedad psiquiátrica o problemas de salud.

#### 2.4.2 El Principio de legalidad en la ejecución de las penas privativas de libertad

El principio de legalidad dentro del sistema de ejecución de las penas está estrechamente vinculado al tipo de delito y a la forma de ejecución de la pena. Las formas de ejecución están conformadas por las garantías criminal, jurisdiccional y de ejecución. Estas garantías no pueden cumplirse sin la existencia de una ley anterior que cumpla todos los requisitos y características determinadas. El principio de legalidad se manifiesta en los distintos poderes que competen al ejercicio de las funciones del Estado, en plena garantía de la libertad del ciudadano. Al proponerse evitar el monopolio del poder por parte del Estado en un ente político centralizado, cumple con la función de ser un contrapeso al mantener el equilibrio en los poderes del Estado; sin embargo, dentro de la propia administración penitenciaria, se produce una relación directa entre los tres poderes del Estado como mecanismo de control social mediante la intervención en la administración penitenciaria. Por un lado, el poder legislativo a través de la ley regula la forma y el modo de aplicación de las penas y su cumplimiento; el poder judicial cumple con la aplicación del sistema de forma real y física de un sistema diseñado por la ley, es decir, de acuerdo con los criterios constitucionales, jurídicos penitenciarios y penales, métodos de interpretación desarrollados y adoptados por la doctrina y sin hacer uso de leyes no escritas, analogía o retroactividad en su interpretación; mientras que el poder ejecutivo garantiza el cumplimiento de la pena de prisión acorde con el sistema jurídico de ejecución de las penas privativas de libertad.

#### 2.4.3 El principio de legalidad y Tribunal Constitucional Español: su jurisprudencia

El Tribunal Constitucional Español ha desarrollado el principio de legalidad estableciendo qué tipo de conductas, acciones u omisiones son constitutivas del delito. Como ejemplo, la sentencia 105/1988: "Es cierto asimismo que el

---

<sup>52</sup> GONZÁLEZ PALENZUELA, F, RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V. *Reglamento penitenciario comentado: análisis sistemático y recopilación de legislación*. Textos Legales, Colección Jurídica, III Edición, Editorial MAD, Sevilla, 2002, pp. 63-79.

<sup>53</sup> Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, p. 65.

cumplimiento del mandato del artículo 25 de la Constitución exige una descripción de las conductas, acciones u omisiones constitutivas de delito que cumpla las exigencias del principio de seguridad jurídica, lo que impide considerar comprendidos, dentro del citado precepto constitucional, los tipos formulados en forma tan abierta que su aplicación o inaplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria en el estricto sentido de la palabra, de los Jueces y Tribunales. Y ha de considerarse necesario, asimismo, que la restricción de la libertad individual que toda norma penal comporta se realice con la finalidad de dotar de la necesaria protección a valores, bienes o intereses, que sean constitucionalmente legítimos en un Estado social y democrático de Derecho<sup>54</sup>. La responsabilidad que tiene el legislador de expresar con la mayor claridad posible cuando determina qué conducta es delictiva o no es reconocida en otra sentencia del Tribunal Constitucional que señala: "Este Tribunal ha reconocido en anteriores sentencias que el principio de legalidad penal impone al legislador el deber de conformar los preceptos legales que condicionan la aplicación de sanciones, sobre todo cuando se trata de sanciones criminales, de tal manera que de ellos se desprenda con la máxima claridad posible cuál es la conducta prohibida o la acción ordenada, por lo que procede examinar si este motivo de amparo resulta fundamentado"<sup>55</sup>.

En otra de las sentencias se reconoce que el principio de legalidad es un elemento imprescindible e inseparable del Estado de derecho, no solo desde el punto de vista de la facultad que tiene el Estado de sancionador, sino que también incluye la protección que tiene que ejercer el Estado sobre los bienes jurídicos protegidos de sus ciudadanos: "El principio de legalidad penal, ha dicho este Tribunal (STC 133/1987, fundamento jurídico 4, entre otra muchas), es esencialmente una concreción de diversos aspectos del Estado de derecho en el ámbito del Derecho estatal sancionador. En este sentido, se vincula ante todo con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre los bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también con el derecho de los ciudadanos a la seguridad (STC 62/1982, fundamento jurídico 7), previsto en la Constitución como derecho fundamental de mayor alcance, así como la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los Tribunales que garantizan los artículos 24.2 y 117.1 de la Constitución, especialmente cuando éste declara que los Jueces y Magistrados están sometidos únicamente al imperio de la ley".

La sentencia en su parte más esencial expone los tres requisitos estrictamente necesarios para que la ley cumpla con el principio de legalidad, cuando dice: "De todo ello se deduce que el principio de legalidad en el ámbito del derecho sancionador estatal implica, por lo menos, estas tres exigencias: la existencia de una ley (*lex scripta*); que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex praevia*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*); lo que significa la prohibición de extensión analógica del derecho penal al resolver sobre los límites de la interpretación de los preceptos legales del Código Penal (SSTC 89/1983, 75/1984, 159/1986, 133/1987 y 199/1987, entre otras). Por otra parte, este Tribunal (SSTC 62/1982 y 53/1985, fundamento jurídico 10) ha considerado que la cuestión de la determinación estricta o precisa de la ley penal se encuentra vinculada con el alcance del principio de legalidad"<sup>56</sup>. Esta sentencia, en palabras de Mapelli Caffarena, señala que el Tribunal Constitucional no niega la vigencia o aplicabilidad del principio de legalidad dentro de las prisiones, sino que limita o establece el grado de aplicación que se tiene sobre la realidad carcelaria, en el sentido de que el Tribunal Constitucional es la protección de la seguridad, que

---

<sup>54</sup> STC 105/1988, de 8 de junio.

<sup>55</sup> STC 159/1986, de 16 de diciembre.

<sup>56</sup> STC 111/1993, de 25 de marzo.

tiene como base la exigencia de una norma con rango de ley, que sea previa, organice y oriente en la fase de ejecución de la pena<sup>57</sup>.

#### 2.4.4 El principio de legalidad y la teoría de las relaciones especiales de sujeción en España

La teoría de la relación especial de sujeción o supremacía especial tiene sus inicios en las teorías del positivismo alemán de finales del siglo XIX. El primero en utilizar el término fue Paul Laband en su obra *Grundlinien des allgemeinen staatsrechts* en 1845. Pero su máximo desarrollo se dio dentro de la ciencia administrativa con Otto Mayer, profesor de Leipzig. En su *Tratado sobre derecho administrativo* alude a este concepto ya en 1888 y señala: "en conexión con el acto administrativo, pero esencialmente diferente de él, se encuentra la instrucción que se da en la relación de sujeción. Se designa como relación de sujeción la dependencia jurídica, en su sentido más amplio, en la que se encuentra el súbdito frente al Estado. La relación especial de sujeción hace referencia a la acentuada dependencia que establece en favor de un determinado fin de la administración pública, para todos aquellos que entren en esa prevista estructura especial". Mayer identificaba el origen de la sujeción especial en que la relación entre el Estado y el súbdito tiene como base la desigualdad, debido a que por parte del Estado existe el poder público, que es la facultad jurídica de imponer su voluntad a otro y sobre otro. El poder público del Estado tiene su fundamentación en oponerse a los poderes del derecho privado, como un derivado del poder soberano<sup>58</sup>. Mayer aduce que esta relación es evidente ya que "considera que los deberes del funcionario para con el Estado tienen un efecto jurídico directo sobre las relaciones del funcionario con los terceros"<sup>59</sup>. Y sobre la responsabilidad de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones indica que "el Estado dirige a los funcionarios que utiliza en estos servicios en parte por las leyes y por ordenanzas, pero, principalmente, sus deberes están determinados por simples prescripciones administrativas, instrucciones, circulares, estatutos, que, en principio no tiene ningún efecto jurídico sobre aquellos sujetos que no estén comprendidos en el vínculo de sujeción particular<sup>60</sup>. E indica que el funcionario se torna responsable frente a terceros cuando por su culpa éste no cumple con su deber. Durante los años iniciales, el principal argumento de esta teoría fue que la actividad con carácter administrativo no formaba parte del derecho, es decir, que quedaban fuera del ámbito jurídico todas las actividades y funciones que derivan de la administración, como por ejemplo los reglamentos, órdenes de organización, las relaciones domésticas, los tribunales disciplinarios que se encargan de regular el comportamiento de sus distintos gremios (abogados, médicos, psicólogos, ingenieros, etc.); el contacto próximo o la inserción en la organización administrativa de trabajadores manuales que forman parte de un determinado gremio o sindicato obligatorio, las sociedades comerciales que se hallan sometidos a las decisiones de la junta directiva, las órdenes dadas en el servicio militar, la relación existente del poder paternal, (padres e hijos), la relación que ejerce la escuela con los estudiantes niños y, sobre todo, la relación existente entre la administración penitenciaria, sus funcionarios y los privados de libertad. La importancia de la doctrina alemana para el principio de legalidad y de la justiciabilidad es que determina que toda actuación o decisión administrativa debe de ser siempre previsible, controlable y corregible; así como la

<sup>57</sup> Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B. *Jornadas en Homenaje al XXV Aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria*. El Principio de legalidad y la ejecución de la pena privativa de libertad. Ministerio del Interior, Dirección General de Instituciones Penitenciarias, Madrid, 2004, p. 154.

<sup>58</sup> Cfr. MAYER, O. *Derecho Administrativo Alemán*. Tomo I, Parte general, Editorial DePalma, Buenos Aires, 1949, p. 89.

<sup>59</sup> *Idem.*, p. 304.

<sup>60</sup> *Idem.*, p. 306.

formalización de los actos de tipo administrativo en la realización de un monopolio en la creación o producción de normas por parte del poder legislativo (reserva de legalidad) y que estos actos administrativos estén sometidos a un control judicial<sup>61</sup>. Las relaciones especiales de sujeción en materia penitenciaria tienen ciertas características que permiten identificarlas como tales. Existe una relación con carácter personal de dependencia entre las cuales produce unas determinadas obligaciones. La persona hace uso de una libertad restringida o limitada. El privado de libertad tiene que obedecer y cumplir unas determinadas órdenes, las cuales no provienen directamente de la ley, pero emanan de un reglamento. Dicha relación tiene su justificación en la necesidad de orden, eficiencia y productividad de índole administrativa. "En este contexto en que se considera al recluso envuelto en sus relaciones con la administración se comprende perfectamente que el contenido y los límites de los derechos derivasen directamente del fin de la sujeción, concepto que de este modo llegaría a adquirir un lugar preponderante. Se trata así de rellenar una laguna como era la de la inexistencia de una ley: el fin de la ejecución sustituía a una ley de ejecución"<sup>62</sup>.

Lasagabaster Herrarte sostiene que las relaciones de sujeción especial tienen una disminución o debilitamiento de los derechos ciudadanos o de aquellos sistemas que institucionalmente deben garantizar el cumplimiento y protección de los mismos como producto de la relación calificada con los poderes del Estado, la cual tiene su origen en un mandato constitucional o mediante una normativa legislativa conforme la Constitución, acompañada del reconocimiento y manifestación de derechos especiales que recibe el ciudadano afectado por tal medida, lo restringe, porque las principales instituciones jurídicas afectadas por la implementación de esta sujeción son el principio de legalidad, la protección judicial y los derechos fundamentales<sup>63</sup>. Un ejemplo de la jurisprudencia sobre esta materia es la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 14 de marzo de 1972, que da un contenido moderno a la teoría de la relación especial de sujeción y que no es constitucional una limitación de los derechos fundamentales en una norma administrativa orientada a lograr los fines de la pena, y los del establecimiento penitenciario. La limitación de los derechos de los internos sólo es posible si está amparada por una ley<sup>64</sup>. García Macho sostiene que la importancia de esta sentencia es que se logra separar por primera vez la doctrina que se sostenía hasta entonces y se aplica estrictamente el principio de legalidad al orden penitenciario, constituyéndose en un gran avance en cuanto a que los derechos fundamentales de los privados de libertad únicamente pueden ser limitados o restringidos por una ley<sup>65</sup>. Una de las primeras sentencias constitucionales sobre esta materia, es la de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional Español número 74, del 18 de junio de 1985<sup>66</sup>. Tiene como base la solicitud de amparo de garantías constitucionales de un privado de libertad, fundamentada en que la administración penitenciaria negaba la defensa letrada, ante la Junta de Régimen y Administración del Centro Penitenciario de Detención de Bilbao y se violentaba su derecho a la defensa, su derecho a una tutela judicial efectiva, que un órgano judicial sea quien imponga las sanciones

---

<sup>61</sup> Cfr. HASSEMER, W, LÖSING, N, CASAL H., J. *La jurisdicción constitucional, democracia y Estado de derecho*. Universidad Católica Andrés Bello, Konrad Adenauer Stiftung, Publicaciones UCAB, Caracas, 2005, p. 58.

<sup>62</sup> Cfr. MUÑAGORRI LAGUÍA, I, DE MIRANDO RODRIGUES, A, RIVERA BEIRAS, I. *Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción*. Editorial Bosch, Barcelona, 2000, p. 45.

<sup>63</sup> Cfr. LASAGABASTER HERRARTE, I. *Las relaciones de sujeción especial*. Cívitas, Madrid, 1994, p. 25.

<sup>64</sup> Cfr. MAPELLÍ CAFFARENA, B. "El Sistema Penitenciario. Los Derechos Humanos y la Jurisprudencia Constitucional". En *Revista de Derechos y Libertades*, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, 1993, p. 428.

<sup>65</sup> Cfr. GARCÍA MACHO, R. *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*. Editorial Tecnos, Madrid, 1992, pp. 82-85.

<sup>66</sup> Cfr. STC 74/1985 de 18 de junio de 1985.

disciplinarias y la presunción de inocencia. El Tribunal Constitucional Español denegó el amparo solicitado, manteniendo la legitimidad constitucional de la potestad sancionadora propia de la administración penitenciaria. Pero, al momento de dar la sentencia no determinó ni definió los límites que tiene la sujeción especial y fundamentó la denegación del amparo en que, dentro de un proceso penal de asistencia letrada hubiera sido contraria a la ley. Pero, en este caso, el privado de libertad tuvo la posibilidad de asesorarse previamente a su solicitud a la Junta y, por tanto, no se violó su derecho de defensa. La sentencia dice: "Es claro que, el interno de un centro penitenciario está, respecto a la Administración, en una relación de sujeción especial, de la cual deriva para aquélla una potestad sancionatoria disciplinaria, cuyo ejercicio y límites se regulan en los artículos 104 y ss. Reglamento Penitenciario (RD 1201/1981, de 8 mayo y RD 787/1984 de 28 marzo, de reforma parcial de aquel)". El Tribunal Constitucional Español, a través de esta decisión, mantiene el *status quo* sancionador de la administración penitenciaria, cuya modificación de esta decisión hubiese producido cambios de gran importancia dentro de la administración de las prisiones. "En efecto, como el mismo recurrente reconoce en la demanda, la Junta no es un órgano jurisdiccional, sino administrativo, y es normal y aún necesario que cuando la Administración, en este caso la penitenciaria, actúa en ejercicio de su potestad disciplinaria, sean órganos administrativos los que la ejerzan, respecto a los cuales no es exigible esa neutralidad o imparcialidad en su composición que el recurrente reclama. La Junta en efecto no es un órgano imparcial, ni tampoco un Tribunal, como se lee en la demanda, y no siéndolo, no puede lesionar, a causa de su composición por funcionarios de la Administración penitenciaria, derechos del artículo 24.1 de la Constitución Española". Por lo tanto, declara que no todos los principios de la potestad sancionadora se relajan del mismo modo cuando la Administración pretende imponer una sanción administrativa o disciplinaria dentro de una estricta relación especial. Los principios de culpabilidad y el de presunción de inocencia que quedan inalterados en estos casos, mientras que los de legalidad y muy especialmente el *non bis in idem* son los que más se flexibilizan ante este tipo de situaciones<sup>67</sup>. El profesor Fernando Reviriego señala con referencia a esta sentencia: "Nuestro Tribunal Constitucional, ya desde sus primeros años (STC 74/1985), ha declarado que los internos en centros penitenciarios se integran en una institución preexistente que proyectaría su autoridad sobre aquellos, adquiriendo el estatus específico de individuos sujetos a un poder público...al tratarse de una relación de sujeción especial en la que acontecería una relativización de la reserva de ley"<sup>68</sup>.

Otra sentencia igual de importancia dada por el mismo Tribunal Constitucional Español es la número 2, del 21 de enero de 1987, que se basa en el principio de legalidad, al declarar que, en materia sancionadora, dentro de la prisión, la Junta de Régimen es el único órgano decisorio en el reglamento penitenciario y no en la Ley. También establece la prohibición de tratos inhumanos y degradantes, la finalidad de las penas, las garantías existentes dentro del procedimiento sancionador y lo más valioso es que consagró los principios de la sujeción especial y, a pesar que hizo énfasis en el uso y aplicabilidad del artículo 25.1 de la Constitución Española, sentenció una serie de consecuencias restrictivas y determinadas en la aplicación de las garantías constitucionales derivadas del mismo, con especial incidencia en el ámbito sancionador. Sobre la sujeción especial señala: "El interno se integra en una institución preexistente y que proyecta su

---

<sup>67</sup> Ministerio de Justicia. *Manual de derecho administrativo sancionador*. Parte general, Tomo I, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, p. 343.

<sup>68</sup> REVIRIEGO PICÓN, F. "Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales. Algunos apuntes sobre el derecho a la intimidad en los centros penitenciarios". En *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2004, p. 88.

autoridad sobre quienes, al margen de su condición común de ciudadanos, adquieren el estatus específico de individuos sujetos a un poder público<sup>69</sup>. Para Mapelli Caffarena el principio de legalidad es una garantía penal, la cual exige que ningún delito o falta sea castigado con una pena que no se encuentre establecida en una norma con carácter de ley, anterior a la realización de los hechos y es crítica que esta garantía no se encuentre en el articulado Número 25.1 de la Constitución española, al referirse solamente a la garantía criminal, lo que ha motivado que a través de la jurisprudencia constitucional, que la limitación de los derechos fundamentales de los reclusos en su fase penitenciaria esté determinada por la ley penitenciaria o una ley orgánica, debido a que la pena de prisión tiene un efecto claro y evidente de restringir los derechos del condenado<sup>70</sup>. Es decir, que siguen siendo aplicables los derechos fundamentales y las garantías de los ciudadanos que constituyen la característica principal del Estado de derecho, pero están limitados en referencia al ámbito de su aplicación dentro de la institución penitenciaria. Al respecto señala: "Ello se deduce también a contrario sensu del artículo 25.2 de la Constitución, que garantiza el goce de los derechos fundamentales, a excepción de los que se vean expresamente limitados por la Ley Penitenciaria. Está, sin embargo, no sólo no limita aquel derecho, sino que incluso lo reconoce y refuerza, no sólo a través de la intervención posterior del Juez de Vigilancia Penitenciaria que puede decidir la práctica de las pruebas que le hubieran sido denegadas en el anterior expediente disciplinario, sino que también dentro de dicho expediente se exige la motivación de la denegación, por no pertinencia o relevancia, de las pruebas propuestas (artículo 130.2 del Reglamento Penitenciario)".

En el debate sobre si la teoría de las relaciones especiales de sujeción es compatible con la teoría del propio Estado de derecho, teniendo como fuente de restricción los derechos fundamentales, surge el argumento de que donde exista una relación de sujeción especial, una simple instrucción puede producir una lesión de los derechos fundamentales. La Sala Primera del Tribunal Constitucional Español en la sentencia Número 47, de 20 de marzo de 1990, dice: "Las instrucciones o circulares administrativas son actuaciones jurídicas de la Administración sujetas al derecho administrativo y vinculadas también al respeto de los derechos fundamentales, tengan o no carácter normativo en sentido estricto." <sup>71</sup>.

Otra sentencia imprescindible en materia de sujeción especial es la Sentencia 120 de 2 de julio de 1990<sup>72</sup>, conocida como "huelga de hambre de los Grapo (Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre)", que determinó el concepto de la relación de sujeción especial: "No puede ponerse en duda que la reclusión en un centro penitenciario origina una relación jurídica de sujeción. Esta relación de especial sujeción, que debe ser siempre entendida en un sentido reductivo, compatible con el valor preferente que corresponde a los derechos fundamentales, origina un entramado de derechos y deberes recíprocos de la administración y el recluso, entre los que destaca el esencial deber de la primera de velar por la vida, integridad y salud del segundo, valores que vienen constitucionalmente consagrados y permiten, en determinadas situaciones, imponer limitaciones a los derechos fundamentales de internos que se colocan en peligro de muerte a consecuencia de una huelga de hambre reivindicativa." Esta sentencia, por primera vez, logra limitar el contenido jurídico que se tenía hasta entonces sobre las relaciones de especial sujeción". También explica la denegación del amparo: "La sentencia deniega el amparo por dos motivos principales: uno, la relación especial de sujeción en que se encuentran los reclusos, en virtud de la cual la administración penitenciaria tiene el deber de custodiarlos y de cuidar de su vida y salud; dos, la ilicitud de la huelga de hambre reivindicativa frente a las legítimas decisiones adoptadas por la administración penitenciaria en el uso de las potestades

<sup>69</sup> Cfr. STC 2/87 de 21 de enero.

<sup>70</sup> Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Civitas, Madrid, 1996, pp. 32-33.

<sup>71</sup> STC 47/1990, de 20 de marzo.

<sup>72</sup> STC 120/1990, de 4 de julio.

que la ley le otorga.” Llopis opina que el Estado tiene la obligación constitucional de proteger la vida humana, por lo tanto, en el caso de los reclusos, las instituciones penitenciarias deben velar por su vida, lo que concuerda con la decisión del Tribunal Constitucional Español que declaró procedente la orden de administrar forzosamente los alimentos a los huelguistas de hambre del GRAPO, pero esta orden estaba condicionada a ciertos requisitos para no lesionar sus derechos fundamentales y su dignidad<sup>73</sup>. Es el mismo argumento de Santaolalla López señala que dentro del derecho a la vida no se tiene el derecho a decidir sobre la propia muerte. Por lo tanto, es lícita la alimentación forzosa de los privados de libertad que se encontraban en huelga de hambre, porque es obligación del Estado proteger la vida. El autor se pregunta ¿qué responsabilidad tiene el Estado si se trata de personas que no se encuentran custodiadas o que tienen una relación dependiente con los mismos<sup>74</sup>. Fernández García considera importante esta sentencia, no solo porque limita el contenido de la sujeción especial, sino que le da un contenido al concepto de dignidad humana al reconocer judicialmente que equivale a un mínimo respeto por la vida y su integridad física, como un valor inherente a la persona<sup>75</sup>. Reviriego Picón señala: “Se declaró compatible con la Constitución y con los derechos fundamentales entonces invocados, que la alimentación forzosa tuviera lugar una vez que la vida de los reclusos en huelga de hambre corriera grave peligro, lo que habría de determinarse previo los oportunos informes médicos y en la forma que el Juez de Vigilancia Penitenciaria estableciera, no puede extraerse de esta declaración que la fijación del momento a partir del cual se permite la alimentación forzosa, hay de sujetarse necesariamente al mismo momento en todos los casos en que resulte el artículo 3.4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria”<sup>76</sup>.

Rodríguez Piñero, uno de los magistrados del Tribunal Constitucional, discrepa de la decisión mayoritaria expresada por el tribunal y concreta que la relación de sujeción especial justifica la restricción de los derechos fundamentales del privado de libertad. Para el magistrado discrepante, esta es una restricción adicional e injustificada, porque la obligación de la administración penitenciaria de ver por la vida y la salud de los internos no justifica un límite adicional de los derechos fundamentales del penado, y afirma que “goza de los mismos derechos y libertades que cualquier otro ciudadano y por ello ha de reconocerle el mismo grado de voluntariedad en relación a la asistencia médica y sanitaria”. Es fácil cerrar el razonamiento y concluir que, si la situación de sujeción especial es irrelevante a estos efectos y si el preso, como ciudadano que es, goza de sus mismos derechos y libertades, puede disponer como cualquier otro de su libertad, por lo que se considera inconstitucional la imposición de la alimentación forzada autorizada por este Tribunal”<sup>77</sup>. García señala que hasta 1991 el criterio o el contenido jurisprudencial consideraba que la relación que une al privado de libertad con la administración penitenciaria es de especial sujeción, determinaba que la vigencia del principio de legalidad fuera objeto de una cierta relajación no solo en los supuestos de normas sancionadoras preconstitucionales y normas legales en las que existía una remisión a las normas reglamentarias, sino fundamentalmente RSE”<sup>78</sup>. Para Rodríguez Alonso y Rodríguez Avilés la teoría de la sujeción especial

<sup>73</sup> Cfr. LLOPIS, C. *Los derechos humanos: educar para una nueva ciudadanía*. Narcea Ediciones, Madrid, 2001, pp. 143-145.

<sup>74</sup> Cfr. SANTAOLALLA LÓPEZ, F. *Derecho constitucional*. Editorial Dykinson, Madrid, 2004, p. 482.

<sup>75</sup> Cfr. FERNÁNDEZ GARCÍA, E. *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*. Editorial Dykinson, Madrid, 2001, pp. 26-27.

<sup>76</sup> REVIRIEGO PICÓN, F. *Los Derechos de los reclusos en la jurisprudencia constitucional*. Editorial Universitas, 2008, pp. 62-63.

<sup>77</sup> Cfr. VIDAL GIL, E. *Los conflictos de derechos en la legislación y jurisprudencia españolas: un análisis de algunos casos difíciles*. Universitat de Valencia, Valencia, 1999, pp. 235-236.

<sup>78</sup> Cfr. GARCÍA, F. *El régimen disciplinario en el ordenamiento penitenciario español: luces y sombras*. Publicaciones Universidad de Alicante, Monografías, Zaragoza, 2003, p. 48.

tiene como punto de origen la concepción del Estado, especialmente el poder punitivo, que se limita a evitar abusos y arbitrariedades, transformando las situaciones de poder en relaciones jurídicas con igualdad de derechos y deberes. Otro aspecto que se toma en cuenta es el cambio legislativo que se ha manifestado por la aceptación de la mayoría de los legisladores, de que el privado de libertad no se encuentra fuera de la sociedad, sino que continúa formando parte de ella aun cuando esté pagando su condena en prisión, porque el privado de libertad es sujeto de derecho y forma parte de la sociedad como persona. Pero, lo más importante es reconocer que el privado de libertad constituye un sujeto de derechos y que nunca puede perderlos a pesar de su condena<sup>79</sup>.

Cervelló Donderis señala que la relación de sujeción especial resultado de la relación penitenciaria con el recluso, es un argumento para su exclusión, ya que la ley penitenciaria genera excepciones producto de la sujeción de derechos y deberes que tiene la Administración con el privado de libertad; su competencia normativa se aplica por medio de la vía reglamentaria, garantías fundamentales que deberían tener una cobertura normativa enteramente no reglamentaria, sobre todo en los casos que tienen que ver con las sanciones de aislamiento, con el régimen penitenciario cerrado y el conjunto de infracciones disciplinarias, entre otros conceptos que atañen a la dignidad del recluso. Por este motivo, el criterio que compartimos sostiene que la relación de sujeción especial sólo tiene que limitarse a una relación de carácter administrativo, que conduce a la vulneración de derechos, y esa vulneración es injustificada<sup>80</sup>.

## 2.5 La rehabilitación del privado de libertad como derecho en España

El artículo 25.2 de la Constitución española de 1972 dice: “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria”. Este artículo, por un lado, cataloga la rehabilitación como un principio general de orientación de las penas privativas de libertad y de igual manera reafirma la protección de la titularidad de los derechos fundamentales de los reclusos: al trabajo, a recibir beneficios laborales producto de dicho trabajo y reconoce el derecho a la educación y a la cultura. Este artículo es difuso, ya que no da ninguna definición de rehabilitación y reinserción, lo que obliga a su interpretación y delimitación en el sentido que el constituyente quería dar a las penas de prisión orientadas a la reeducación y reinserción. En la minuta de los acuerdos de la ponencia de Constitución, en el Congreso de los Diputados, reunión del día 15 de septiembre de 1977 señala en su numeral 10: “Por el representante del grupo Socialista se propone un texto referente a los derechos del condenado: “el condenado gozará de todos los derechos fundamentales reconocidos por el título, con la única excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo y el sentido de la pena”<sup>81</sup>. Se señala que dicho texto no fue aprobado, aunque Peces Barba lo propone como voto particular. De igual manera, en la minuta de los acuerdos de la ponencia de Constitución, reunión del día 8 de noviembre de 1977 numeral 10 consagra: “Las penas privativas de libertad tendrán una finalidad de reeducación y de reinserción social y no podrán suponer en ningún

<sup>79</sup> Cfr. RODRÍGUEZ ALONSO, A, RODRÍGUEZ AVILÉS, J. *Lecciones de Derecho Penitenciario: adaptadas a la normativa legal vigente*. IV Edición. Editoriales Comares, Granada, 2011, pp. 35-36.

<sup>80</sup> Cfr. CERVELLÓ DONDERIS, V. “Revisión de legalidad penitenciaria en la regulación del régimen cerrado y los FIES”. En *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*. Número 72, Madrid, 2010, pp. 9-11.

<sup>81</sup> Actas de la Ponencia Constitucional. En *Revista de las Cortes Generales*. No. 2, 1984, p. 272.

caso trabajos forzados”<sup>82</sup>. Este artículo se mantuvo igual en su redacción en el anteproyecto de la Constitución como artículo 23, numeral 4.<sup>83</sup> Mientras que en el periodo de enmiendas, en la 62 se solicitaba la modificación al artículo 24 y proponía la siguiente redacción: “Las penas privativas de libertad no podrán consistir en trabajos forzados y estarán orientadas hacia la reeducación”, y agrega: “se justifica la supresión de la reinserción social por reiterativa y, sobre todo, porque ello equivaldría a la supresión de la cadena perpetua”<sup>84</sup>. Este detalle del constituyente es fundamental, ya que reconoce que la pena de cadena perpetua sería contraria a la Constitución, que violaría el principio de reinserción social de las penas. De igual manera en el mandato número 123, por parte del Grupo Parlamentario de la Minoría Catalana, al anteproyecto de la Constitución, con la finalidad de modificar el texto se propuso la siguiente redacción: “4. Las penas privativas de libertad tendrán una finalidad de reeducación y de reinserción social y no podrán suponer, en ningún caso, trabajos forzados. Los condenados a pena de prisión que anduvieren cumpliendo la misma, gozarán de todos los derechos fundamentales garantizados en este capítulo”. Y en su justificación señala: “por un lado, debe incorporarse a la redacción el reconocimiento de que la redención de penas por el trabajo comporta el derecho a la Seguridad Social, poniendo así punto final a una larga trayectoria limitativa que causaba y podría causar, de perpetuarse, graves perjuicios no únicamente a los reclusos, sino también a los terceros que conlleva la causa. Por otra parte, también es evidente que en un nuevo reglamento de régimen penitenciario el uso y disfrute de los derechos reconocidos en este capítulo sólo pueden limitarse en función de estrictas horas que permitan el funcionamiento de las instituciones penitenciarias, pero no alargarse, no extenderse gratuitamente a situaciones de represión que dificultan la reinserción social que la pena se propone”<sup>85</sup>.

La enmienda 253, por parte del Grupo Parlamentario Socialistes de Catalunya propuso el siguiente texto: “4. Las penas privativas de libertad tendrán una finalidad de reeducación y de reinserción y no podrán suponer, en ningún caso, trabajos forzados”<sup>86</sup>. De igual manera en la enmienda número 451, el Grupo Parlamentario Mixto propuso añadir al texto anterior: “Los establecimientos penitenciarios adecuarán su organización, estructura y funcionamiento al cumplimiento de las anteriores finalidades”, y en su motivación reconocen que la gran mayoría de los centros penitenciarios existentes en aquel entonces no reunían las condiciones para cumplir con los objetos de la pena<sup>87</sup>. Sin embargo, es la enmienda número 475 del Grupo Parlamentario Mixto que propone hacer modificaciones más relevantes: “7. El régimen penitenciario excluirá el principio retributivo de la pena, siendo su finalidad la de reeducación y reinserción social, debiendo salvaguardarse los derechos garantizados en este capítulo, con la única excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio y el sentido de la pena. En ningún caso podrá imponerse la pena de trabajos forzados”<sup>88</sup>. Finalmente, el texto aprobado para su discusión fue: “4. Las penas privativas de libertad no podrán consistir en trabajos forzados y estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo con la misma gozará de todos los derechos fundamentales garantizados en este capítulo, con la única excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de

---

<sup>82</sup> *Idem.*, p. 314.

<sup>83</sup> Boletín oficial de las Cortes. Número 4. Día 5 de enero de 1978, p. 673.

<sup>84</sup> Cortes. Congreso de los Diputados, Comisión de asuntos constitucionales y libertades públicas. Anteproyecto de Constitución, p. 45.

<sup>85</sup> *Idem.*, p. 82.

<sup>86</sup> *Idem.*, p. 129.

<sup>87</sup> *Idem.*, p. 194.

<sup>88</sup> *Idem.*, pp. 204-205.

la pena y las normas penitenciarias”<sup>89</sup>. Sin embargo, los principales argumentos en la imposición de la pena privativa de libertad, como alternativa a la pena de muerte, se dieron durante las sesiones del Congreso de los Diputados, en torno a la eliminación de la pena de muerte, en la Comisión de Asuntos Constitucionales y libertades públicas, en la que Peces Barba, tocando el tema de la extradición para delitos políticos y la pena de muerte, sostenía que se tenían que seguir las corrientes humanistas y democráticas en relación con la extradición, a pesar de la existencia de tratados sobre extradición. Sin embargo, sostenía: “en ningún caso por delitos políticos o para los que se pida la pena de muerte ni en favor de aquellos países que no reconozcan los principios penales y procesales admitidos por las naciones civilizadas”<sup>90</sup>. Al referirse a la extradición por delitos políticos se excluyen los delitos de terrorismo y señala que en los países en que se solicitaba la pena de muerte para el supuesto de extradición tenían que comprometerse a no aplicarla. Sin embargo, concluye si sería oportuno prohibir la extradición cuando exista la posibilidad de aplicar la pena de muerte, sino también incluir las penas punitivas que son consideradas como sanciones superiores o más duras que en el Código Penal español<sup>91</sup>. De igual manera llaman la atención los argumentos del Diputado Sole Barbera único indultado por la pena de muerte en España, en aquel entonces, que solicitaba la eliminación de la pena de muerte en su contenido total, dividiendo su argumentación en apartados, el porqué de la abolición y de la abolición total; contestando<sup>92</sup> la primera interrogante dice que, el argumento más racional en contra de la pena de muerte es que no existe ningún argumento racional en favor de su imposición: “entendemos que no hay eficacia intimidatoria en la pena de muerte. Se suele argumentar que si no existiera la pena de muerte el índice de criminalidad crecería vertiginosamente al desaparecer el temor a ser castigado con dicha pena. Semejante apreciación se ve, no obstante, desmentida por todas las estadísticas”<sup>93</sup> y se ataca el argumento de la defensa social, en el sentido: “El argumento de la defensa de la sociedad tampoco nos parece válido. Es un argumento comúnmente utilizado por los anti abolicionistas, el de que para la seguridad de los ciudadanos es necesario, en determinados casos, la eliminación del delincuente. Como indica Barbero “la ejecución de un delincuente fundamentada en la seguridad de la colectividad, significa no otra cosa que su castigo por un delito que aún no ha cometido...conduciría a que la pena capital dejara de ser pena para convertirse en medida de seguridad”<sup>94</sup>. Sin embargo, el constitucionalista en la discusión sobre la eliminación de la pena de muerte da el principal argumento en contra de este castigo al señalar la reeducación y reinserción como principios: “Pero es que, además, hoy es un principio unánimemente aceptado por los penalistas y el proyecto de la Constitución así lo recoge en su artículo 24.4 que la pena ha de estar orientada a la reeducación y reinserción social del condenado”<sup>95</sup>. Y concluye, el principal argumento en contra de los regímenes dictatoriales es la obligación que tienen el Estado y la sociedad de proteger la vida humana con la abolición de la pena de muerte. El Diputado Vizcaya Retana hace la referencia más fuerte al concepto de rehabilitación: “Cuando una persona comete un hecho punible se le condena por la sociedad y por el Estado a un castigo, normalmente la pena, bien pecuniaria o privativa de libertad. Pero esta sanción tiene una finalidad, o debe tenerla: la rehabilitación del condenado. Con la muerte, no hay oportunidad que valga”.<sup>96</sup> Mientras que para el diputado Vázquez Guiuen: “Efectivamente, la

---

<sup>89</sup> Boletín oficial de las Cortes. Número 82, Día 17 de abril de 1978, p. 1537.

<sup>90</sup> Cortes. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, Presidente: Don Emilio Attard Alonso, Sesión Número 8 celebrada el jueves, 18 de mayo de 1978. Número 69, 1978.

<sup>91</sup> *Idem.*, p. 2431.

<sup>92</sup> *Idem.*, p. 2400.

<sup>93</sup> *Idem.*, p. 2450.

<sup>94</sup> *Idem.*, p. 2451.

<sup>95</sup> *Idem.*, p. 2452.

<sup>96</sup> *Idem.*, p. 2453.

sociedad no queda desguarnecida ante la abolición de la pena de muerte. En ese proyecto de ley la pena de muerte se sustituye por una reclusión de cuarenta años, de los cuales en veinte será factible aplicar las medidas normales de beneficios penitenciarios de libertad condicional y redención de penas por el trabajo, quedando otros veinte años a los que no se podrán aplicar beneficios de ningún tipo. En definitiva, se trata de una sustitución de esta pena de muerte por otra de prisión, que pueda ser en el sentido regenerativo de que se hablaba en anteriores argumentaciones, en el sentido de reinserción social<sup>97</sup>.

Peces Barba, en el debate ante el Congreso de los Diputados señala: "entiende que la filosofía de la pena, de las penas en general, es absolutamente imprescindible. Desgraciadamente en las sociedades y en un Estado moderno no pueden prescindir ni del derecho penal ni de la pena, pero sí pueden prescindir de principios regresivos, de penas crueles, inhumanas y degradantes, como las llamaba la sexta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos"<sup>98</sup>. Un aspecto que es oportuno reconocer es la consideración, por parte de los constituyentes durante el debate, de los efectos de la pena como castigo. Vizcaya Retana señala: "El castigo a una persona siempre es negativo, en el aspecto de humillación, de violación o de atentado a su dignidad, pero está motivado por un hecho concreto...que se intente obtener la rehabilitación, la reeducación, la reinserción social de este hombre"<sup>99</sup>. También se solicitaba que se regulará el reconocimiento de otros derechos como la sexualidad. Letamendia Belzunce sostiene: "Señor Presidente, señoras y señores Diputados, la enmienda que se presentó consiste en añadir una frase al apartado 4: El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este capítulo y, en especial, del acceso a la cultura y el ejercicio libre y normal de la sexualidad...<sup>100</sup>. Por el contrario, si se persigue la rehabilitación, entonces sí es necesaria...las cárceles no están siendo un medio de rehabilitación, sino un fomento de la delincuencia"<sup>101</sup>.

Mientras que, en las sesiones de la Comisión de Constitución, Villar Arregui señala: "En el texto del Congreso y ésta es una objeción de índole puramente gramatical, se afirma que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad no podrán consistir en trabajos forzados y estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social"<sup>102</sup>. Mientras que, en los votos particulares, como el 102, el Grupo Parlamentario Progresistas y Socialistas Independientes proponía el siguiente texto: "las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la educación y rehabilitación del condenado y en ningún caso podrán consistir en trabajos forzados."<sup>103</sup>. El principal problema es que el Tribunal Constitucional ha señalado que la rehabilitación es solo un principio orientativo para el legislador y no es un derecho que pueda ser protegido a través de un recurso de amparo. En la STC 28/1988<sup>104</sup> nos señala: "este Tribunal se ha ocupado en numerosas ocasiones en interpretar el inciso del art. 25.2 de la Constitución invocado por el recurrente. En el ATC 15/1984 (Sección Tercera) ya dijimos que dicho precepto no contiene un derecho fundamental, sino un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos. La misma Sección Tercera, en su Auto de 10 de julio de 1985 (ATC 486/1985) dijo que lo que dispone el art. 25.2

<sup>97</sup> *Idem.*, pp. 2456 -2457.

<sup>98</sup> *Idem.*, p. 3938.

<sup>99</sup> *Idem.*, p. 3946.

<sup>100</sup> *Idem.*, p. 4013.

<sup>101</sup> Diario de sesiones del Congreso de los Diputados. Número 106, Año 1978, p. 4014.

<sup>102</sup> Cortes. Diario de sesiones del Senado. Comisión de Constitución Presidente: Don José Federico Carvajal. Pérez, Número 44 1902, Sesión Número 6 celebrada el viernes 25 de agosto de 1978.

<sup>103</sup> Boletín oficial de las Cortes. Número 157, p. 3462.

<sup>104</sup> STC 28/1988 de 23 de febrero.

es que en la dimensión penitenciaria de la pena se siga una orientación encaminada a la reeducación y a la reinserción social, más no que a los responsables de un delito al que se anuda una privación de libertad se les condone la pena en función de la conducta observada durante el periodo de libertad condicional". Tras estas resoluciones y tras los AATC 303 y 780 de 1986, en los que se reiteraron las afirmaciones contenidas en los antes transcritos, añadiéndose además que: "el art. 25.2 de la Constitución no establece que la reeducación y la reinserción social sea la única finalidad legítima de la pena privativa de libertad" (ATC 780/1986), esta Sala en su STC 2/1987, de 21 de enero volvió a insistir en que, aunque no se debe desconocer la importancia del principio constitucional en el contenido, el art. 25.2 no confiere como tal un derecho amparable que condicione la posibilidad y la existencia de la pena a esa orientación". De igual manera en la STC 81/1997 de 22 de abril<sup>105</sup>, en que se niega un recurso de amparo, debido a la anulación de un permiso de salida. Cid Moliné señala que la reeducación y la reinserción social son uno de los mayores problemas de su contenido constitucional, en el sentido de que el Tribunal Constitucional ha limitado la importancia de esos conceptos, ya que no son vistos como la única finalidad de las penas de prisión y de la cual no se derivan derechos subjetivos para el privado de libertad, sino más bien principios que orientan la actividad legislativa. Sin embargo, Cid Moliné sostiene que la reeducación y reinserción social supone una constitucionalización de los derechos fundamentales de los privados de libertad, es decir, los criterios constitucionales dados en contra de estos argumentos han sido producto de la negación de recursos de amparo en permisos de salida. Para Cid Moliné el artículo 25.2 de la Constitución no es una simple declaración sobre los fines de la pena, sino que contiene más bien un principio penal y enfatiza que se debe hacer una diferencia entre lo que se entiende como fines de la pena. Como ya hemos visto las teorías retribucionistas o mixtas tratan sobre cómo justificar el castigo inherente en la aplicación de la pena y las teorías que señalan que las penas sólo están justificadas en la medida que protegen a la sociedad de los hechos delictivos y que castiga al delincuente. Para Cid Moliné: "con ello ya tenemos una diferencia importante entre fines y principios. Los principios penales no pretenden responder de una manera definitiva a la cuestión de si la imposición de una pena está justificada, sino que su objetivo es determinar si satisface una de las diversas condiciones de justificación establecidas por las diversas doctrinas que satisfacen los fines que postulan"<sup>106</sup>. El autor señala que el artículo 25.2 no hace algún tipo de declaración del fin de la pena, sino que por estar establecido en la Constitución y en el apartado de derechos fundamentales adquiere carácter de principio constitucional. Cid Moliné señala que el artículo 25.2 CE contiene todas las características o elementos que propone Dworkin, de un principio constitucional, de un enunciado que tiene como fin un ideal de justicia, limitar el poder punitivo del Estado y sostenía el principio en sentido genérico, "como un conjunto de estándares que no son normas"<sup>107</sup>, que se diferencia de directrices políticas. Define como principio: "un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad"<sup>108</sup>. Añade otra diferencia entre principio y norma, en lo que se refiere a una distinción lógica, en el sentido de que las normas son aplicadas de forma forzosa y tienen consecuencias jurídicas por su no cumplimiento, sin embargo, en el caso de los principios, trae consigo la noción de que, entre un principio y otro se aplicará el que tenga más importancia. Otra característica para Dworkin, los principios justifican la adopción de una determinada norma y pueden ser obligatorios como el derecho, debiendo ser tomados en cuenta

<sup>105</sup> STC 81/1997 de 22 de abril.

<sup>106</sup> CID MOLINÉ, J. "Derecho a la reinserción social. (Consideraciones a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional en materia de permiso)". En *Jueces para la democracia*, Número 32, 1998 p. 37.

<sup>107</sup> DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1989, p. 72.

<sup>108</sup> *Ibid.* p. 72.

por los jueces en sus decisiones, ya que son vinculantes en el ordenamiento jurídico<sup>109</sup>. Es decir, y coincidimos con Cid Moliné en señalar que el artículo 25.2 de la Constitución española contiene un principio constitucional, si nos basamos en la definición de Dworkin de lo que considera un principio. Ahora bien, Cid Moliné señala que el efecto que tiene el artículo 25.2 de la Constitución española es el ideal de justicia como limitante del derecho penal, que responde a la tradición liberal de "causar daño a la persona condenada y que, en consecuencia, desatiende sus necesidades". Esto tiene como origen histórico hacerle frente a los regímenes autoritarios, en el sentido de usar el derecho como instrumento para hacer daño a los privados de libertad. Es en este enfrentamiento entre la razón y el castigo, en que se construyen las ideas de la reeducación y la reinserción social. La reeducación busca que durante el tiempo que la persona se encuentre privada de libertad pueda hacer frente a las carencias o necesidades que presenta, que lo motivan a delinquir, mientras que, con la reinserción, lleva consigo no solo la idea de que la persona obtenga su libertad, como lo señala Cid Moliné: "además, durante la ejecución de la pena la persona no deberá estar aislada del contexto social, sino que se garantizará el contacto con el mundo exterior. Y solo así puede, a mi juicio, entenderse la declaración del artículo 27 de la Constitución italiana de 1947 y la que contiene el primer inciso del artículo 25.2 de nuestra Constitución"<sup>110</sup>. Reconoce claramente la rehabilitación y la reinserción como principios constitucionales.

Ahora bien, si seguimos el sentido de Cid Moliné, que no estamos hablando de una declaración, sino de un principio constitucional, entraríamos a la discusión de si ese principio conlleva, contrario a lo que establece el Tribunal Constitucional derechos subjetivos de la persona condenada, derechos *prima facie*. Pero partimos de la base de que, a pesar de que tradicionalmente ambas nociones son vinculantes entre sí, son conceptos independientes el uno del otro. En el sentido de que, la reeducación lleva explícita la idea de que el recluso cuente de forma obligatoria con todos los instrumentos necesarios que le ayuden a no delinquir cuando salga de la prisión. Es decir que la reeducación tiene como base luchar o suprimir las causas, ya sean físicas, psicológicas, económicas y sociales, que motivaron a que la persona delinca. Ahora bien, la reinserción social no busca hacer frente a las causas que motivaron que la persona infringiere la ley, sino más bien, como lo expresa Cid Moliné, "busca cumplir con la exigencia humanitaria, que va unida a las atenuantes de la ejecución de la pena, en el sentido de que: obliga a que las penas no sean de una duración tan larga que cualquier perspectiva de integración de la persona en su mundo social sea ilusoria y, por otra, requiere que, durante la ejecución se mantenga por diversas vías la relación de la persona con el mundo exterior"<sup>111</sup>. Es decir que la reinserción no sólo es el principal argumento en contra de la pena de cadena perpetua, de las penas de larga duración, ya que excluye o disminuye lo más mínimo posible el contacto social del presidiario con el mundo exterior. Aunque, lo cierto es que el Tribunal Constitucional español ha señalado que, la reeducación y la reinserción social del recluso no es un derecho fundamental, tenemos el Auto 360/1990<sup>112</sup> señala: "Hay que recordar este respecto que según ha reiterado este Tribunal, las finalidades de reinserción y reeducación de la pena reconocidas por el artículo 25.2 de la Constitución no son las únicas finalidades de éstas (STC 19/1988 fundamento jurídico 9. y ATC 1112/1988); por otra parte, también se ha reiterado que en el citado artículo 25.2 C.E. no se consagran derechos fundamentales protegibles en amparo, por lo que a las citadas finalidades respecta, sino principios dirigidos a los poderes públicos a la hora de concretar la política penitenciaria en todas sus facetas (STC 2/1987 y AATC 15/1984, 739/1986

---

<sup>109</sup> *Idem*, p. 83.

<sup>110</sup> CID MOLINÉ, J. *Derecho...Op. Cit.*, p. 38.

<sup>111</sup> *Idem.*, p. 39.

<sup>112</sup> Acta del Tribunal Constitucional 360/1990, de 5 de octubre de 1990.

y 1112/1988). Dicho de otra forma, y en palabras de este propio Tribunal, lo que dispone el artículo 25.2 es que en la dimensión penitenciaria de la pena se siga una orientación encaminada a la reeducación y reinserción social, más no que a los responsables de un delito, al que se anuda una privación de libertad, se les condone la pena en función de la conducta observada durante el período de libertad provisional (ATC 486/1985)". De igual manera en el Auto 15/1984<sup>113</sup> señala: "Cabe afirmar que los recurrentes no basan su pretensión en la existencia de dos infracciones distintas de los artículos 24 y 25 de la Constitución, sino en una sola infracción, la del artículo 25.2 de la Constitución, producida por una dilación indebida en la administración de justicia, frente a la que no demandan remedio alguno. Esta compleja argumentación, de la que resulta la imprecisión que el Ministerio Fiscal denuncia, arranca de una premisa totalmente incorrecta, esto es, la de que, cuando en razón de circunstancias de tiempo, lugar o persona, cabe sospechar que una pena privativa de libertad no alcanzará a lograr la reeducación o la reinserción social del penado, se infringe un derecho fundamental de éste. La incorrección de tal premisa resulta de la indebida transformación en derecho fundamental de la persona de lo que no es sino un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos, aunque, como es obvio, pueda servir de parámetro para resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las Leyes penales"<sup>114</sup>.

Es decir que el principal argumento que Cid Moliné expone, es que el Tribunal Constitucional toma la reinserción y la reeducación como principios constitucionales de los cuales no se derivan derechos subjetivos, en el sentido de que el criterio del Tribunal ha sido señalar estos enunciados como fines de la pena de prisión, según lo consagrado en el artículo 25.2 constitucional, que no hace referencia a la finalidad de la pena, sino que establece un principio constitucional que tiene como fin limitar la ejecución de las penas privativas de libertad, "a través de la exigencia de posibilitar la reeducación y la reinserción de las personas condenadas"<sup>115</sup>. Y, una vez que se examina que el artículo es un principio constitucional, se reconocen los derechos a las personas. Otro aspecto que hay que tener en cuenta de dicho artículo se encuentra en el apartado "Los derechos fundamentales y las libertades públicas", lo que quiere decir, a nuestro entender, siguiendo el mismo sentido que Cid Moliné, que de esta disposición emanan derechos fundamentales que limitan la pena privativa de libertad. Aunque el Tribunal Constitucional ha señalado varias veces lo contrario, como es el caso STC 112/1996<sup>116</sup>, en que nos dice: "(...) Este Tribunal ha reiterado en varias ocasiones que el artículo 25.2 de la Constitución no contiene un derecho fundamental, sino un mandato al legislador para orientar la política penal y penitenciaria; (ATC 15/1984, 486/1985, 303/1986 y 780/1996 y STC 2/1987 y 28/1988). Pero que este principio constitucional no constituya un derecho fundamental no significa que pueda desconocerse en la aplicación de las leyes, y menos aún cuando el legislador ha establecido, cumpliendo el mandato de la Constitución, diversos mecanismos e instituciones en la legislación penitenciaria que garanticen dicha orientación resocializadora, o al menos, no resocializadora". Aunque se reconoce que el derecho a la reinserción social y la reeducación son derechos cuya aplicación práctica dentro de la prisión está determinada o limitada con la regulación de la seguridad y el orden dentro del centro penitenciario, el cumplimiento de la pena y, sobre todo, con la comisión de nuevos hechos delictivos por parte del condenado. El Código Penal en su artículo 35 señala: "son penas privativas de libertad la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa". Mientras que en el artículo 36.1 se consagra: "1. Su cumplimiento, así

---

<sup>113</sup> Acta del Tribunal Constitucional 15/1984, de 11 de enero de 1984.

<sup>114</sup> Acta del Tribunal Constitucional 15/1984, de 11 de enero de 1984.

<sup>115</sup> CID MOLINÉ, J. *Derecho...* Op. Cit., p. 38.

<sup>116</sup> STC 112/1996, de 24 de junio.

como los beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las leyes y en este Código. 2". El límite de 20 años, como pena de prisión, puede ser excepcionalmente ampliado por el mismo Código, lo que conduce a que se tengan penas de prisión de hasta 40 años.

Bueno Arus dice que las consecuencias jurídicas del delito no tienen su fin con la imposición de la pena que trae consigo efectos jurídicos que, en muchas ocasiones, van más allá del ordenamiento penal, ya que repercuten en el orden administrativo, privado y en el ámbito social. Es ahí en donde nace el concepto de rehabilitación, que consiste en darle educación al recluso y las herramientas para integrarse a la sociedad con posibilidades de ejercer un trabajo y evitar que vuelva a delinquir. Hablamos no solo de una rehabilitación jurídica, sino también de una rehabilitación moral, de la que Bueno Arus dice: "la institución se inserta, pues, en el contexto de un Derecho Penal preventivo, en el conjunto de medidas individualizadores que tienden a favorecer la finalidad resocializadora de la pena, si bien esta resocialización solamente puede plantearse en un plano superficial y negativo (no haber vuelto a delinquir), prescindiendo de una demostración imposible y quizá ilegítima, de la evolución en profundidad de la personalidad del delincuente". La Ley Orgánica 1/1979 General Penitenciaria en su artículo 1 dice: "las instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados". En nuestra opinión, a pesar de que se reconoce que la reinserción social y la reeducación son solo principios o políticas orientadoras, metas a alcanzar en la ejecución penal, que para el Tribunal constitucional no son un derecho. No estamos de acuerdo y tampoco se deriva a favor del recluso el derecho a la proporcionalidad de las penas, tarea que le corresponde únicamente al legislador. En la sentencia STC 136/1999 que resolvía un recurso de amparo dice: "el juicio de proporcionalidad respecto al tratamiento legislativo de los derechos fundamentales y, en concreto, en materia penal, respecto a la cantidad y calidad de la pena en relación con el tipo de comportamiento inculcado, debe partir en esta sede de la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penales protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporcionalidad entre las conductas de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las personas con las que intenta conseguirlo. En el ejercicio de dicha potestad el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que reviva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática". En la mayoría de los países europeos la esperanza de liberación está garantizada a los 15 años de cumplimiento efectivo de reclusión, pero cuando no se tiene un mecanismo real que asegure que su condena sea revisada cada cierto tiempo, no es posible garantizar su liberación, en palabras de Gallego Díaz; "es decir, que mientras en los países donde existe la pena de cadena perpetua no pasa de ser simbólica y formal en cuanto existen mecanismos de revisión que permiten su suspensión una vez cumplido un determinado tiempo de la condena, en España, donde formalmente no existe la cadena perpetua, se llega de hecho a situaciones reales de un riesgo y gravedad mayores"<sup>117</sup>. Por lo que no podemos hablar de una pena que pueda rehabilitar y reeducar para que, cuando el condenado salga de la cárcel, pueda ingresar a la sociedad en forma útil. Un aspecto que se debe tener en cuenta es que el artículo 15 de la Constitución Española establece: "todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte". Este artículo es importantísimo, no solo porque prohíbe la pena de muerte en España, sino porque añade la prohibición del sometimiento a

---

<sup>117</sup> GALLEGO DÍAZ, M. "El debate entorno a la pena de prisión y la cadena perpetua". En *Razón y fe: Revista hispanoamericana de cultura*. Tomo 260, Números 1329, 1330, 2009, p. 57.

trabajos forzados que constituyan un trato inhumano y degradante. En este sentido los reclusos tienen derecho al trabajo remunerado y que la oportunidad de trabajar surja dentro del centro penitenciario en forma equitativa. En este sentido el Tribunal Constitucional, al denegarse dos solicitudes de amparo en las SSTC 172/1989<sup>118</sup> dice: " El artículo 25.2 de la C.E. señala como orientación de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad la reeducación y la reinserción social, que el condenado goza de los derechos fundamentales, en la medida en que no se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley Penitenciaria. Y reconoce el acceso a la cultura y al desarrollo de la personalidad". Mientras que en la STC 17/1993<sup>119</sup> señala: "por consiguiente, solo cabría otorgar el amparo solicitado si existiera un puesto de trabajo adecuado, disponible en la prisión y al mismo tiempo tuviera derecho el solicitante de amparo dentro del orden de prelación establecido, para el caso de que no existan puestos de trabajo remunerados para todos. Por consiguiente, el recurrente no tiene un derecho a que este Tribunal pueda protegerle y garantizarle un puesto de trabajo. Por ello, procede desestimar el presente recurso de amparo".

### III. **La pena de esterilización y otras medidas en el derecho internacional y nacional**

En este apartado analizaremos a los principales países que han aplicado la pena de esterilización química o quirúrgica regulada en sus derechos nacionales y estudiaremos los principales proyectos de ley, que en la actualidad han tratado de imponer dicho castigo para los delincuentes sexuales. De igual manera señalaremos los diferentes mecanismos de control y otras medidas de protección y castigo al delincuente y expondremos las semejanzas y diferencias en la imposición de estas penas.

#### 3.1 El estudio de la pena de esterilización desde el derecho interno en América

En los siguientes apartados, estudiaremos los países en el continente americano que han tenido o mantienen propuestas por imponer la castración como mecanismo de castigo para los delincuentes sexuales.

##### 3.1.1 El tratamiento de los delincuentes sexuales en Estados Unidos y las penas de esterilización

En el caso estadounidense fue el Estado de California, el primero que implementó la castración química contra delincuentes sexuales, con aprobación del artículo 645 del Código Penal de California en 1996, en donde se establece que en el caso de violación sexual siendo la víctima de 13 años y el delincuente reincidente, la castración química es aplicada de forma obligatoria, sin tomar en cuenta la voluntad del privado de libertad de aceptarla o no y si la persona de forma voluntaria, acepta una operación quirúrgica permanente al tratamiento químico hormonal, no estará sujeta a la aplicación del artículo<sup>120</sup> y debe hacerse por un médico cirujano (con licencia de práctica médica). El Estado de Florida aplica este mismo procedimiento desde 1997. Sin embargo, no es necesario que el delincuente sea reincidente para que los tribunales puedan aplicar dichos tratamientos y la orden judicial que impone la medida debe de indicar la duración de inicio y fin del tratamiento o si va a aplicarse de por vida. El recluso puede solicitar que se aplique la intervención quirúrgica en vez del tratamiento químico y

---

<sup>118</sup> STC 179/1989 de 2 de noviembre.

<sup>119</sup> STC 17/1993 de 18 de enero.

<sup>120</sup> Cfr. El Código Penal de California, en su artículo 645, puede ser consultado en la página: <https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codesTOCSelected.xhtml?tocCode=PEN>, visto el día 11 de octubre de 2018, en idioma inglés.

la orden del tribunal está determinada por la opinión de un médico experto<sup>121</sup>. En el caso de Luisiana, son los jueces quienes deciden condenar a la castración química a los delincuentes sexuales contra menores de 12 años y deben de someterse a una evaluación de su salud mental, incluido un tratamiento, antes de ser elegibles a la libertad condicional o a la reducción de pena y si es reincidente no puede solicitar ninguna reducción de su tiempo en prisión. El médico debe de explicar al privado de libertad la opción de la castración quirúrgico en lugar del tratamiento químico y es obligatorio iniciar este tratamiento por lo menos 6 semanas antes de su liberación y no continuar con la aplicación del tratamiento conlleva la pérdida de su libertad condicional, los privados de libertad son responsables económicamente de los costos de su evaluación y tratamiento, dentro y fuera de la prisión. No puede realizar trabajo o voluntariado en el cual tenga contacto con menores de edad, ni comunicarse con la víctima<sup>122</sup>.

En Georgia, si el delincuente es condenado por violación sexual de un menor de edad de 16 años, está obligado a someterse a una evaluación psiquiátrica, en que se decidiera si el tratamiento de esterilización química sería eficaz para evitar la reincidencia. Si estima conveniente, el Tribunal puede establecer una condición para que obtenga su libertad condicional y debe de iniciar el tratamiento desde antes de su liberación, que debe de continuar cuando es liberado y hasta que se demuestra ante la Corte que el tratamiento ya no es necesario. El infractor debe ser informado de los efectos secundarios y dar su consentimiento por escrito<sup>123</sup>. En el Estado de Montana, los tribunales pueden condenar a un delincuente por violación sexual o incesto, si la víctima es un menor de 16 años y al menos tres años mayor que la víctima a realizar un programa de castración químico o cualquier otro tratamiento de drogas bajo la supervisión médica que reduce el deseo sexual, los delincuentes condenados por este tipo de delitos, pueden acceder a dicho tratamiento solamente de forma voluntaria, iniciando el tratamiento una semana antes de su liberación de prisión y debe de continuar con dicho tratamiento si es necesario y debe ser informados de sus efectos secundarios, si el tratamiento no es realizado por el delincuente una vez obtenido su libertad condicional, será castigado por incumplimiento de la sentencia, castigado con 10 a 100 años de prisión sin libertad condicional<sup>124</sup>. En el Estado de Oregón, es la Junta Estatal de Libertad Condicional y Supervisión Posterior a la Prisión, la que establece si el privado de libertad puede recibir algún tratamiento hormonal o anti andrógeno durante toda o parte de su de libertad condicional o tiempo de supervisión fuera de prisión como condición para su liberación definitiva y si durante su libertad condicional no coopera con el programa de tratamiento o toma otros medicamentos para contrarrestar el efecto de la esterilización química puede estar sujeto a sanciones<sup>125</sup>. Texas aplica la castración quirúrgica total o extirpación de los

---

<sup>121</sup> Cfr. Florida Statutes Title XLVI. Crimes § 794.0235. Administration of medroxyprogesterone acetate (MPA) to persons convicted of sexual battery. Puede ser consultado en la página: <https://codes.findlaw.com/fl/title-xlvi-crimes/fl-st-sect-794-0235.html>, visto el día 9 de diciembre de 2018, en idioma inglés.

<sup>122</sup> Cfr. 2011 Louisiana Laws Revised Statutes Title 15. Criminal procedure RS 15:538. Conditions of probation, parole, and suspension or diminution of sentence. Puede ser consultado en la página: <https://law.justia.com/codes/louisiana/2011/rs/title15/rs15-538/>, visto el día 9 de diciembre de 2018, en idioma inglés.

<sup>123</sup> Cfr. Georgia Code (Last Updated: August 20, 2013), Title 16. Crimes and offenses. Chapter 6. Sexual offenses. Puede ser consultado en la página: <http://ga.elaws.us/law/16-6>. Visto el día 8 de diciembre de 2018, en idioma inglés.

<sup>124</sup> Cfr. 4 5-5-512. Chemical treatment of sex offenders. Puede ser consultado en la página: [https://www.lawserver.com/law/state/montana/mt-code/montana\\_code\\_45-5-512](https://www.lawserver.com/law/state/montana/mt-code/montana_code_45-5-512). Visto el día 10 de diciembre de 2018, en idioma inglés.

<sup>125</sup> Cfr. 2007 ORS 144.625. Hormone or antiandrogen pilot treatment program <https://www.oregonlaws.org/ors/2007/144.625>. Visto el día 1 de diciembre de 2018, en idioma inglés.

testículos y la persona que elige este método debe de tener 21 años, la solicitud por escrito, ser reincidente, hacer una declaración señalando que cometió el delito por el cual paga la sentencia de privación de libertad, y consultar con un especialista o tutor que tenga experiencia en salud mental, ética y derecho<sup>126</sup>. Y en Wisconsin, los delincuentes condenados, solo pueden acceder a una libertad condicional si han cumplido dos tercios de su condena y la misma puede ser negada si el mismo se niega a participar en algún tratamiento químico que reduzca sus niveles de reincidencia<sup>127</sup>.

### 3.1.2 México y Colombia ante la esterilización química

México ha presentado diversas iniciativas legislativas a nivel federal para incluir este tipo de sanción. El Congreso de Chihuahua propuso reformar el Código Penal del Estado para que se aplique la castración química como medida de prevención a los violadores sexuales reincidentes de menores de 14 años, pero aún no ha sido aprobado por su posible inconstitucionalidad<sup>128</sup>. Los primeros intentos de proyectos de ley en el ordenamiento jurídico colombiano se dieron a partir de 2012, que proponían que, en los casos en los que la víctima fuera un menor, los delincuentes fueran sometidos a la castración química con la finalidad de prevenir su reincidencia. Fue hasta 2016 que se aprobó un proyecto de ley para crear la pena de "inhibición hormonal del deseo sexual obligatoria o castración química" para violadores de niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, este proyecto de ley no fue aprobado. Un intento más reciente de proyecto de ley fue aprobado por la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, que propone implementar la castración química en violadores de niños menores de 14 años. En este proyecto de ley la castración química es complementaria a las sanciones penales sobre abuso sexual infantil, siendo obligatorio, incluso a victimarios menores de 18 años. Uno de los argumentos en contra de esta medida es que el proceso de castración química puede revertirse con fármacos que en Colombia son de venta libre. En la exposición de motivos del proyecto de ley se: "busca fortalecer los instrumentos disponibles de tal modo que garanticen el uso pleno y el goce efectivo de los derechos de que son titulares niños, niñas y adolescentes en Colombia, especialmente los relacionados con la protección su integridad, la libertad y la formación sexual de estos sujetos de especial protección e intereses prevalentes"<sup>129</sup>. En el proyecto de ley se establece en su artículo 2: "Artículo 205<sup>a</sup>. El que realice acceso carnal con persona menor de edad mediante violencia, incurrirá en prisión de trescientos (300) a quinientos (500) meses y en inhibición hormonal del deseo sexual o castración química por el doble del tiempo de la pena de prisión impuesta". De igual manera en su artículo 3 del mismo proyecto establece: "Artículo 3<sup>o</sup>. Inclúyase el artículo 206A a la Ley 599 de 2000, el cual quedará así: Artículo 206<sup>a</sup> El que realice acto sexual con persona

<sup>126</sup> Cfr. Texas Government Code - GOV'T § 501.061. Orchiectomy for Certain Sex Offenders, Puede ser consultado en la página: <https://codes.findlaw.com/tx/government-code/gov-t-sect-501-061.html>. Visto el día 1 de diciembre de 2018, en idioma inglés.

<sup>127</sup> Cfr. Puede ser consultado en la página: <https://docs.legis.wisconsin.gov/statutes/statutes/302/11>. Visto el día 1 de diciembre de 2018, en idioma inglés.

<sup>128</sup> Cfr. Iniciativa de ley estatal, con carácter de decreto, propuesto por el Grupo Parlamentario del Partido Ecologista de México, que reforma diversas disposiciones del Código penal del Estado de Chihuahua. 12 de diciembre de 2017.

<sup>129</sup> Cfr. Estudio del Consejo Superior de Política Criminal relacionados con cuatro (4) propuestas legislativas de intervención sobre las agresiones sexuales que afectan a los niños, niñas y adolescentes en Colombia. Consejo Superior de Política Criminal: Proyecto de Ley Número 197 de 2016 Senado, "por medio del cual se modifica la Ley 599 de 2000 y se dictan otras disposiciones (castración química para violadores y abusadores de menores). Disponible en: <http://www.politicacriminal.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=ZFBh5M8wDIY%3D&portalid=0&fbclid=IwAR2ykntgyw5aut6R48t41ltnSF8PNrUisU5BaJurxSAV9615nVf5IIX7yjs>. Visto el día 1 de mayo de 2019.

menor de edad mediante violencia, incurrirá en prisión de ciento ochenta (180) a trescientos sesenta (360) meses y en inhibición hormonal del deseo sexual o castración química por el doble del tiempo de la pena de prisión impuesta". De igual manera en su artículo 5 establece: "la inhibición hormonal del deseo sexual o castración química, por el doble del tiempo de la pena privativa de la libertad". La aplicación de la "pena de inhibición hormonal" del deseo sexual o castración química, se debe de contar con un comité técnico-científico encargado de realizar el control y seguimiento a la implementación, aplicación y efectividad de esta medida, y si la misma fuera aprobada es necesario un seguimiento post penitenciario, en conjunto con el Ministerio de Salud y Protección Social, con el Ministerio de Justicia y del Derecho, con un monitoreo las 24 horas del día. Se crea en su artículo 8 el "Registro de violadores y abusadores de menores de edad", como medida del seguimiento pos penitenciario"<sup>130</sup>.

### 3.1.3 La esterilización en Argentina y Perú

La castración química en Argentina sería optativa para los delincuentes condenados por delitos sexuales que no son reincidentes y se aplicaría por cirugía o por tratamiento químico que inhibe el impulso sexual. El tratamiento utilizado en Mendoza prevé inyectar por lo menos una vez al mes, una hormona que actúa sobre los neurotransmisores que controlan la producción de testosterona y esperma y es complementado por una pastilla para inhibir el deseo sexual. Su aplicación en Mendoza<sup>131</sup>, nace con el fin que los condenados por delitos de violación sexual no reincidan y prevé que los delincuentes obtengan su libertad condicional si se someten a este tipo de tratamiento. Para Pedrazzoli González<sup>132</sup> el decreto 2456, de Mendoza, desde su exposición de motivos, establece necesario abordar el problema de los delitos sexuales desde distintos enfoques sanitario, psicológico, jurídico y social: "Que es necesario encontrar respuestas eficientes al flagelo de la violencia sexual, desde un punto de vista multidisciplinario y multicausal, siempre en el marco del pleno respeto a las disposiciones legales y constitucionales vigentes". Lo importante es que se decidió crear un el Consejo Asesor de Expertos para la Prevención de la Reincidencia en Delitos de Índole Sexual y el proyecto ve la necesidad de establecer un diagnóstico criminológico. Otro aspecto es que el perfil de los abusadores sexuales es diferente en cada uno de los delincuentes que comete el delito y por lo tanto las acciones para evitar la reincidencia debe de ser diferente. En el informe la castración como método para evitar la reincidencia de los delitos sexuales, la misma es aplicada como opción terapéutica y en otros como sanción o castigo por la muerte de la víctima y en el caso argentino se reconoció que a pesar de que el Código Penal Argentino, no la prevé, ni como alternativa ni como pena no podría sancionarse porque estaría en contraposición con la Constitución Argentina. Y de igual manera se considera que si solo, se aplica la castración química es una medida que no soluciona el problema, debido a que las causas son diversas: "al no haber resuelto la problemática que lo llevó a violar, aun con el tratamiento indicado, podría abandonarlo y seguirá delinquirando". En el

---

<sup>130</sup> Cfr. Proyecto de ley: "Por medio de la cual se modifica la Ley 599 de 2000, implementado el procedimiento de castración química obligatoria, complementando la pena privativa de la libertad en caso de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, en menor de 14 años y se dictan otras disposiciones. (Castración química)". Senado de la República de Colombia, presentado por la Senadora Maritza Martínez Aristizábal.

<sup>131</sup> Cfr. Decreto No. 2456/09, 08 de octubre de 2009. Ministerio de Gobierno, Justicia y Derechos Humanos, Gobierno de Mendoza.

<sup>132</sup> Cfr. PEDRAZZOLI, C. GONZÁLEZ, S. Tratamiento penitenciario dispuesto para los agresores sexuales. Compendio Jurídico, mayo, 2012. Consultado en: [http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/fallos38575.pdf?fbclid=IwAR3iMK1DxrRUDfYvIfb\\_gHFnjfiirGROcw28FBM3Lyzf87Zk1H6vgd3tyDc](http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/fallos38575.pdf?fbclid=IwAR3iMK1DxrRUDfYvIfb_gHFnjfiirGROcw28FBM3Lyzf87Zk1H6vgd3tyDc). Visto el día 10 de febrero de 2019.

Decreto No 236<sup>133</sup> determinó que todo penado por delitos sexuales debe pasar 48 horas en un Centro de Observación cuando tenga sentencia en firme. En los delitos sexuales es necesario que se verifique que el interno cumplió con el tratamiento prescripto y tenga una evolución adecuada para los fines de ejecución de la pena, si el privado de libertad le interesa solicitar la libertad condicional y se debe señalar el tratamiento que debe continuar el privado de libertad durante el tiempo de la libertad condicional. Uno de los últimos países en aplicar la castración química a violadores sexuales es Perú, se aprobó un dictamen de proyecto de ley que modifica el Código Penal y el Código de Ejecución Penal para imponer otras medidas, la cadena perpetua y la castración química para violadores de menores de 14 años. Asimismo, se considerará un agravante si el violador es docente, sacerdote o familiar de la víctima, lo que ascenderá la pena a entre 20 y 26 años. Este proyecto de Ley, que tiene el título de Proyecto de Ley 460/2016-CR<sup>134</sup>, y la imposición de la castración química pasa hacer una medida complementaria a la pena privativa de libertad, y tiene como fundamento la necesidad de implementar medidas accesorias a la pena de prisión.

### 3.2 La pena de la esterilización vista desde el derecho interno en Europa

En los siguientes apartados, estudiaremos los países en el continente europeo, que han tenido o mantienen propuestas por imponer la castración como mecanismo de castigo para los delincuentes sexuales.

#### 3.2.1 La aplicación de la esterilización en Inglaterra y Gales

En el caso inglés<sup>135</sup> la castración química es utilizada para reducir el deseo sexual, se comenzó a utilizar a partir de 2007, en conjunto con tratamientos psicológicos ya existente. Las personas que han sido condenadas por delitos sexuales, una vez que obtiene la libertad deben de notificar a la policía de cualquiera viaje al extranjero, permanecer viviendo en un solo lugar o notificar que se encuentra viviendo en una residencia que no es regular, notificar a la policía en donde se puede ubicar, si vive en algún lugar con menores de edad y entregar los movimientos bancarios de sus cuentas y tarjetas bancarias en un plazo no mayor a los 3 días y de entregar la información de su pasaporte, documentos de identidad y notificar cualquier cambio y el incumplimiento de la obligación de notificación es un delito punible con hasta cinco años de prisión<sup>136</sup>. Sobre el uso de la castración química como tratamiento médico aplicado inicialmente dentro de los centros carcelarios a los condenados por delitos sexuales, este tratamiento tiene un fin médico y no tiene una finalidad correccional, por lo tanto, dentro del derecho

<sup>133</sup> Cfr. Decreto No. 236, 19 de febrero de 2010. Mendoza. Puede ser consultado en <http://governac.old.mendoza.gov.ar/boletin/pdf/20100304-28603-normas.pdf>. Visto el día 11 de marzo de 2019.

<sup>134</sup> Cfr. Este proyecto de Ley N.º 00460/2016-CR ha sido presentado por el Grupo Parlamentario Acción Popular, el 21 de octubre del 2016, cuyo título es 00460/2016-CR - Propone modificar los artículos 28, 172, 173, 173-A y 174 del Código Penal, la aplicación de la castración química como medida complementaria a la pena privativa de libertad en casos de delitos contra la libertad sexual.

[http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016\\_2021/Proyectos\\_de\\_Ley\\_y\\_de\\_Resoluciones\\_Legislativas/PL0046020161021.pdf](http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0046020161021.pdf). Visto el día 3 de enero de 2021.

<sup>135</sup> Cfr. Uno de los antecedentes que tenemos en el caso inglés, es de Alan Turing, científico que hizo grandes aportes a la informática y a la matemática, por ser homosexual, se le aplico la castración química para evitar en encarcelamiento en 1952, debido a que la homosexualidad era considerada ilegal y vista como una enfermedad mental.

<sup>136</sup> Cfr. Statutory Instrum 2018 No. 44 Criminal Law, England and Wales, The Sexual Offences Act 2003 (Prescribed Police Stations) (England and Wales). Regulations 2018. Puede ser consultado en: [http://www.legislation.gov.uk/uksi/2018/447/pdfs/uksi\\_20180447\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/uksi/2018/447/pdfs/uksi_20180447_en.pdf)

penitenciario inglés, sólo pueden someterse los penados que den su consentimiento. En la práctica es ofrecida a los delincuentes sexuales a través de la aplicación de inyecciones hormonales que suprimen la testosterona, un sistema menos conocido es del uso antidepresivos, ampliamente utilizados, que tienen como efectos secundarios reducir la libido, sólo puede aplicarse a delincuentes sexuales que actualmente cumplen condenas de prisión. Bajo el régimen de salud mental, los delincuentes no estaban obligados a someterse a estos tratamientos de forma inicial, en este sentido el privado de libertad queda sujeto a una relación con el Departamento de Salud y sus instituciones para aplicarlo, sin embargo, en algunas cárceles inglesas es el Ministerio de Justicia el encargado de aplicarlas o una combinación de las dos, por lo tanto, el uso de este tratamiento no implica centros carcelarios. Las decisiones pasan por el médico responsable, a través de "órdenes hospitalarias" que emiten los tribunales penales ingleses<sup>137</sup>. Los cambios en esta ley surgieron en el 2007 a la ley de salud mental inglesa<sup>138</sup> que amplía el concepto de trastorno o enfermedad mental como "cualquier trastorno o discapacidad mental", entre otras formas de trastorno mental asociadas con la delincuencia sexual, es de reconocer que el alcance de esta ley se aplica tanto a privados de libertad como a pacientes o personas que se encuentran en libertad y no han sido penados por ningún delito, sea un peligroso o reincidente. Las órdenes hospitalarias, impuestas por los tribunales, permiten de igual manera que los delincuentes sexuales sean detenidos y tratados en el hospital hasta que ya no sufran el trastorno mental que justifique dicho tratamiento<sup>139</sup>, y si la orden tiene restricciones, permiten que los tribunales penales impongan restricciones a la liberación de los delincuentes, en los casos en que se haya emitido una orden hospitalaria para proteger al público de daños graves y siendo delitos sexuales justificarán una orden de restricción. Además, la autoridad para tomar decisiones para despedir o permitir licencias para ofensores sujetos a órdenes de restricción recae en el Secretario de Estado de Justicia, que por lo tanto posee un poder de veto que limita la discreción clínica con respecto a estos ofensores, sugiriendo nuevamente un objetivo correccional. Mientras que en las órdenes internas que rigen la materia: *órdenes de la Sección 45A*<sup>140</sup>, que los tribunales pueden realizar en virtud de la sección 45A de la MHA 1983, que permiten la combinación de una dirección hospitalaria con una sentencia de prisión y requiere que se cumpla un tiempo mínimo de detención por tiempo limitado. Los delincuentes cuyo trastorno mental sea tratado exitosamente antes de la expiración de su sentencia de prisión, por lo tanto, serán trasladados a prisión para cumplir el resto de su período. Los delincuentes sujetos a las órdenes de la sección 45A se dirigen inicialmente al hospital, pero tienen el estatus legal de los reclusos, a diferencia de los pacientes. Las normas inglesas, refleja un unión de objetivos médicos y rehabilitación, y la mayoría de las intervenciones dirigidas a los penados, reciben el nombre de "tratamiento médico", para referirse a la castración química, pero al mismo tiempo hace referencia que la detención del paciente se puede llevar a cabo para la protección de las demás personas, y la protección o que el paciente se comporte violentamente o sea un peligro para sí mismo o los demás en donde esa conducta es aceptada como una manifestación de trastorno mental facilitaron

---

<sup>137</sup> 37 de MHA 1983. En nombre de individuos que han sido condenados por delitos punibles con pena de prisión y que cumplen con los criterios de admisión según la sección 3 (2) de la MHA 1983, que requieren que el delincuente

<sup>138</sup> Cfr. Mental Health Act 1983 (as amended by Mental Health Act 2007).

<sup>139</sup> MHA 1983, s 37. In practice, these can result in a substantial period of detention, eg the 'Moors murderer' Ian Brady has been detained under MHA 1983 in Ashworth Hospital since he was transferred there from prison in 1985, after having been sentenced to life imprisonment in 1966: R v Collins and another, ex parte Brady (2000) 58 BMLR 173 (QBD).

<sup>140</sup> Cfr. Guidance Remand and sentencing powers for mentally disordered offenders Guidance for the courts on remand and sentencing powers for restricted patients after the Mental Health Act 2007.

considerablemente la detención de los delincuentes por motivos de riesgo. Estas normas son las utilizadas en el derecho inglés para justificar la aplicación de los tratamientos médicos entre ellos la esterilización química de los penados.

### 3.2.2 La aplicación de esterilización en Francia y Bélgica

Los antecedentes en el ordenamiento penal francés están en la ley de 17 de junio de 1998<sup>141</sup>, esta ley que tiene como finalidad la prevención y el castigo de los delitos sexuales y la protección de los menores, estableció que de forma voluntaria, los delincuentes condenados por delitos sexuales pueden someterse a un tratamiento farmacológico dirigido a reducir la producción de testosteronas. Esta ley es conocida como la "ley Guigou" y de igual manera estableció la creación de una base de datos nacional de huellas genéticas de todas las personas condenados por delitos sexuales contra menores de edad, se establece la vigilancia post penitenciaria, que no podrá ser superior a diez años si es declarado culpable de delitos menores o veinte años por un delito grave (artículo 131-36-2), a no participar o trabajar con menores de edad, ni aparecer o visitar los lugares en donde hay menores de edad o frecuentan menores de edad ni mantener relaciones o amistad con ellos, ni de ejercer una actividad profesional o voluntaria implique un contacto habitual con menores (artículo 121-36-2). De igual manera, estableció que en los casos que el Juez de ejecución de penas, con previa consulta al Comité para la ejecución de las sentencias, que las personas condenadas a la vigilancia socio judicial incluyendo las que tienen orden de tratamiento médico, y que se niegan a someterse a tratamiento en la cárcel, no se pueden considerar que hacen esfuerzos serios de readaptación social (Art.6 de la misma ley), mientras que en su artículo 19, establece que los delitos sexuales cometidos en el extranjero contra un menor de edad por un francés o por una persona con residencia habitual en el territorio francés, la ley francesa es aplicable, por lo tanto, puede ser castigado un ciudadano francés por violaciones sexuales cometidos fuera del territorio francés y de igual manera el mismo artículo establece que si una persona es condenada a la vigilancia social judicial, que incluye una orden de tratamiento médico, el mismo por lo menos en sus inicios debe de ser aplicado en la prisión en conjunto con su correspondiente seguimiento médico y psicológico al penado. De igual manera establece que la discrecionalidad del juez en decidir si se revoca una libertad condicional vigilada, en casos en donde la víctima sea menor de edad, el juez de ejecución de la pena puede revocar la libertad condicional, si se niega a continuar con el tratamiento médico, acompañando esta decisión por dos informes de dos médicos, y de igual manera el juez está obligado a indicarle al condenado que ningún tratamiento médico puede ser aplicado sin su consentimiento (Art. 763-3). A partir del año 2007 se ha presentado numerosas iniciativas de proyectos de ley, para imponer la castración química a las personas condenadas por delitos sexuales de forma obligatoria, en el sentido que sea el tribunal penal que tenga la facultad de imponer este tratamiento, que inicia durante la ejecución de la sentencia y continua en los casos que fuera necesario cuando el delincuente sale de prisión, en caso de negativa el proyecto señalaba que las personas deberían de ser readmitidas en prisión por razones de seguridad, estos proyectos han sido rechazados por la Asamblea Nacional.

Un último proyecto se presentó a finales de 2009<sup>142</sup>, con la finalidad de reducir el riesgo de reincidencia criminal y llevar a cabo diversas disposiciones de

---

<sup>141</sup> Cfr. LOI n° 98-468 du 17 juin 1998. Relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs. La ley puede ser consultada en: [https://bdoc.ofdt.fr/doc\\_num.php?explnum\\_id=22558](https://bdoc.ofdt.fr/doc_num.php?explnum_id=22558). Visto el día 13 de enero de 2019, texto en francés.

<sup>142</sup> Cfr. N° 2030. Assemblée Nationale Constitution du 4 octobre 1958. Treizième Législature. Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 5 novembre 2009. Proposition de loi visant à rendre obligatoire et permanent la castration chimique pour les coupables d'agressions sexuelles sur mineur de quinze ans, (Renvoyée à la commission des lois

procedimiento penal, la Asamblea Nacional adoptó una enmienda que permite al juez imponer esta medida, pero el Senado lo retiró, dejando al médico la evaluación que determine si el tratamiento puede ser aplicable al penado. En el artículo 1 del proyecto de ley francés, establece que si un delincuente es condenado por violación sexual en donde la víctima es un menor de quince años, se le debe de aplicar sin su consentimiento un tratamiento por fármacos de forma obligatoria, y que dicha orden tiene efecto durante la ejecución de su sentencia mientras que en su artículo 2, establecía que si se le va aplicar el tratamiento de esterilización química al penado, el mismo debe de realizarse periódicamente en un lugar apropiado para la aplicación de dicho tratamiento. En la actualidad se establece que, en los casos de agresión sexual, el delincuente luego de cumplir su condena puede ser nuevamente arrestado y detenido en la estación de policía durante 24 horas. Si se aparece en el lugar donde vive la víctima o donde su familia reside y trabaja, para los delincuentes que han aceptado la castración química como tratamiento, y posteriormente se nieguen a cumplir, daría lugar a un nuevo encarcelamiento como parte de la detención preventiva y se crea un nuevo registro o archivo, de los datos personales recopilados en procedimientos judiciales (RDCPJ)<sup>143</sup>, aplicable a personas procesadas o condenadas por uno de los delitos por los cuales se incurre en un seguimiento social o judicial posterior a la sentencia y se amplía el registro de FNAEG (Archivo Nacional Automatizado de Huellas Dactilares)<sup>144</sup>; el Senado limitó el acceso al RDCPJ a la autoridad judicial, correspondiente. De igual manera se estableció que la prescripción de un tratamiento hormonal es competencia estricta médica, y transformó la obligación de los médicos de informar al juez sobre el tratamiento médico seguido por su paciente. La ley belga, establece diferentes medidas para los delincuentes sexuales y reincidentes, entre estas la de prohibir que los condenados una vez obtenida su libertad puedan ocupar cargos públicos, sean tutores de menores de edad, o formen parte de algún juicio como miembros del jurado. La ley de 1995 señala que cualquier condenado por delitos sexuales contra un menor de 16 años, puede estar vetado por un límite máximo de 20 años de cualquier cargo en alguna institución educativa tanto pública o privada, así como de cualquier organización cuyo principal cometido esté relacionado con menores.

### 3.2.3 El caso de Alemania ante la esterilización como castigo

Durante el régimen del Tercer Reich y durante la Segunda Guerra Mundial, se dio el programa de esterilización más amplio del siglo XX, en este sentido una de las primeras medidas al llegar Adolf Hitler al poder del Estado Alemán, fue aprobar la Ley para la prevención de descendencia con enfermedades hereditarias (Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses) en julio de 1933. La ley creó los tribunales o cortes eugenésicos (se calcula que fuera más de 200), bajo amparo legal y todos los doctores del Reich estaban obligados a reportar al Estado todos los pacientes enfermos mentales. Cada caso era visto de forma individual, presentado ante una corte de oficiales nazis y a los oficiales de salud pública que revisaban su expediente médico, tomaban testimonio a sus amigos y colegas y eventualmente decidían si ordenaban o no realizar una operación de esterilización al individuo, usando la fuerza si es que era necesario. Estas leyes tienen como antecedente, cuando se esterilizaron niños de padres africanos y alemanes, en 1937, conocidos

---

constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, à défaut de constitution d'une commission spéciale dans les délais prévus par les articles 30 et 31 du Règlement.). Puede ser consultado en: <http://www.assemblee-nationale.fr/13/propositions/pion2030.asp>, visto el 20 de febrero de 2019, en francés.

<sup>143</sup> En francés: Direction centrale de la Police judiciaire.

<sup>144</sup> En francés: l'«e Fichier national automatisé des empreintes génétiques».

como los Bastardos de Renania<sup>145</sup>. Alemania tiene tradición de aplicar la castración química, jurídicamente hablando, no solo a los delincuentes sexuales y a las personas que tienen impulsos incontrolables mayores de 25 años, las condiciones de su aplicación quedan determinadas por una ley de 1969, sobre la Castración Voluntaria y otros Tratamientos<sup>146</sup>. Según lo que establece la ley, un hombre puede someterse voluntariamente a este procedimiento, como tratamiento médico, siempre y cuando este bajo estricto seguimiento de su doctor y sea aprobado por éste para prevenir enfermedades graves, trastornos psíquicos o padecimientos anormales de la libido, así como para evitar que el paciente cometa delitos sexuales, incluyendo la pedofilia. Este tipo de operación solo puede ser aplicada a hombres con una edad mínima de 25 años, siempre y cuando dicha intervención no conlleve daños físicos o psíquicos al paciente, debe ser informado en todo el momento de las consecuencias y de las alternativas a este procedimiento. Esta ley fue modificada en 1973, regulando la operación médica o que al paciente se le pueda aplicar otro tratamiento, esta vez reversible, pero con los mismos efectos, para ofrecer la misma oportunidad a las personas desviadas sexualmente y que, dada su personalidad y sus antecedentes pueden cometer agresiones o violaciones sexuales a menores. Desde el 1 de enero de 2003, una ley inspirada en un artículo de 1998 impone a los presos condenados a más de dos años por delitos sexuales un seguimiento psicológico en una institución socio-terapéutica. Entre 2004 y 2008, después de las evaluaciones encargadas por el Ministerio de Justicia, se observó que la práctica difería de una institución a otra. En algunos casos el asesoramiento psicológico incluía medicación. Algunos convictos optan por esta solución para obtener reducciones de la sentencia o para evitar la detención de la seguridad que puede imponer el tribunal de primera instancia. La castración quirúrgica total, dirigida a delincuentes sexuales en Alemania, ha sido fuertemente criticada por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura desaprueba la operación de delincuentes sexuales en Alemania<sup>147</sup>. En el sentido que, aunque se aplique la misma de forma voluntaria, constituye una mutilación genital, irreversible, catalogada como médicamente innecesaria porque no garantiza la cura del paciente, cuando debe darse mayor énfasis a la ayuda psicológica. Para el Comité Europeo para la prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (en adelante CPT)<sup>148</sup>, es un método anticuado y que la mayoría de los Estados europeos abandonaron su uso desde fines de los años 60. Y es que el conocimiento científico ha demostrado que la castración quirúrgica no ofrece una curación completa. Alemania comparte el uso de la castración quirúrgica total con la República Checa en donde hay un programa voluntario de castración quirúrgica. Para dicho comité, en el informe sobre Alemania asegura que la castración quirúrgica de los delincuentes sexuales podría considerarse como un trato degradante, una mutilación y es irreversible.

---

<sup>145</sup> Cfr. Se calcula que durante la Segunda Guerra Mundial más de 400.000 individuos fueron esterilizados bajo la ley alemana, la mayoría de ellos durante los primeros cuatro años de su promulgación.

<sup>146</sup> Cfr. Ley del 15 de agosto de 1969, Gesetz über die freiwillige Kastration und andere Behandlungsmethoden.

Disponible en: <https://www.gesetze-im-internet.de/kastrg/BJNR011430969.html>, consultado el 13 de diciembre de 2018. Texto en idioma alemán.

<sup>147</sup> Cfr. CPT/Inf (2012) 6. Visto en: <http://www.cpt.coe.int/documents/deu/2012-06-inf-eng.pdf>. Consultado el 24 de febrero de 2012.

<sup>148</sup> Cfr. CPT/Inf (2017) 13 Report to the German Government on the visit to Germany carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), from 25 November 2015 to 7 December 2015. The German Government has requested the publication of this report and of its response. The Government's response is set out in document CPT/Inf (2017) 14. Strasbourg, 1 June 2017, puede ser consultado en: <https://rm.coe.int/168071803e>. Visto el día 1 de febrero 2019.

### 3.2.4 Las leyes de esterilización de Dinamarca y Suecia

En el caso de Dinamarca, tras una enmienda del Código Penal en 1997, se establecieron los casos en los que sería posible aplicar la castración química como sustituto de la cárcel a delincuentes castigados por delitos sexuales no violentos. En el caso de delincuentes sexuales castigados con pena privativa de libertad y que se han beneficiado con dicho tratamiento que se realiza durante el encarcelamiento o durante la libertad condicional. En todos estos casos el consentimiento del privado de libertad es obligatorio y se completa con un tratamiento psicológico. En el 2001 hubo cambios en la ley penal danesa, en la que se han implementado dos formas de aplicar la castración química: constituye la sentencia de prisión y se agrega a la sentencia de prisión. El uso de la castración química en Suecia no se ofrece a todos los delincuentes sexuales, sino a delincuentes que tienen mayor probabilidad de reincidir, una vez obtenga su libertad.

### 3.2.5 Polonia, Estonia y Rusia ante la esterilización

En Polonia la esterilización química se aplica a delincuentes que han violado a niños menores de 15 años o por incesto, pero los tribunales deben considerar la opinión de los psiquiatras antes de ordenarla y cuando abandonen la prisión. Desde 2009 los juzgados penales están obligados a informar sobre la castración química a los pedófilos y en el caso de la ley polaca, para que el delincuente sexual pueda obtener su libertad condicional es necesario que se someta a este tratamiento. Estonia aprobó la castración química obligatoria para delincuentes que cometieron delitos sexuales contra niños. Los tribunales podrán aplicar un tratamiento médico para reducir el deseo sexual por un máximo de tres años. En el caso ruso la ley permite la castración química, para los que abusen sexualmente de menores de edad, los cuales no pueden ser conmutados por una pena de libertad condicional vigilada. Los condenados podrán pedir la castración y los reincidentes en delitos sexuales contra menores afrontarán la pena de cadena perpetua.

### 3.3 La esterilización en Asia, Corea del Sur, Indonesia, e India

La ley de Corea del Sur establece la facultad de imponer la castración química a los delincuentes sexuales que han atacado a menores de edad de 16 años, como tratamiento médico, esta ley es aplicada desde el 2011 y en casos en los que la condena sea mayor de 15 a 20 años de prisión, una vez que la persona obtenga su libertad, tendrá vigilancia electrónica, tratamientos de rehabilitación obligatorios. En Indonesia, a nivel de instituciones internacionales en materia de protección de los derechos humanos, como Amnistía Internacional<sup>149</sup>, este tipo de pena o tratamiento es visto como una violación al artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: "nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes", y si es forzada se incumple la prohibición de la tortura y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de igual manera señala que puede violar la ética médica como es en el caso de Indonesia, en donde es aplicada desde el 2016, a través de un Decreto-ley para los delincuentes sexuales en donde las víctimas son menores de edad, en este país es utilizada de forma forzosa, es decir sin tomar en cuenta el consentimiento del penado, en su artículo 81, que modificó su Ley de Protección Infantil de 2002<sup>150</sup> señala: "quien cometa violencia o amenace con violencia para obligar a un niño - persona menor de 18 años- a tener relaciones sexuales con él o con otra persona, que causen más de una víctima, lesión grave, trastorno mental, enfermedades infecciosas, pérdida o disfunción de los órganos reproductores y/o muerte de la

<sup>149</sup> Cfr. <https://www.amnesty.org/download/Documents/ASA2141282016ENGLISH.pdf>. Fue visitado el día 12 de febrero de 2019.

<sup>150</sup> Cfr. Laws of Republic of Indonesia No.23, 2002. On child protection by the Grace of the One and only God President of Republic Indonesia.

víctima". Esta pena, puede ser aplicada durante un periodo no mayor de dos años tras el cumplimiento de su pena de prisión, y tiene como excepción que no puede ser aplicada para los menores de 18 años, en el caso en particular de Indonesia, para Amnistía Internacional, la castración química forzada incumple la prohibición, en virtud del derecho internacional, de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, establecida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, tratados en los que Indonesia es Estado Parte. Un aspecto interesante de la ley de este país sostiene que, si existiera algún conflicto ético por parte de los médicos y su obligación de cumplir la ley, se podría utilizar médicos militares, siempre y cuando el médico designado por el tribunal esté obligado aceptar la decisión, deberá aplicar la inyección de castración química si se establece en el veredicto, y si el mismo por alguna razón no puede o quiere hacerlo, será sometido a las sanciones legales respectivas. Indonesia aplica la pena de muerte para los delitos más graves. En India, dentro de su legislación contempla la pena de muerte para delincuentes sexuales en donde la víctima sea menor de edad y de igual manera implemente el castigo para aquellas personas que administren hormonas a menores de edad para que alcancen más rápidamente su madurez sexual. Con respecto al castigo de violación, la pena va de siete años a cadena perpetua y en la actualidad la castración química, no es aplicada por la oposición del artículo 21 de la Constitución de India de 1949: "ninguna persona será privada de su vida o de libertad personal, excepto lo establecido por la ley". De acuerdo con la Sección 375 del Código Penal de la India, solo un hombre puede cometer una violación y solo contra una mujer. Sin embargo, debido a las múltiples violaciones que se dan a los niños, existe una fuerte oposición a la no utilización de la castración química para los delincuentes sexuales porque este procedimiento "establecido por la ley", incluye la castración por la violación a menores de edad y mujeres y constituye un acto inhumano ya que sus derechos humanos no son considerados por la sociedad. Han sido numerosas las propuestas que se han presentado, que el uso de esta pena tanto física como química, conlleva la disminución de los impulsos sexuales de los violadores, la castración involuntaria es una violación del artículo 21. La castración priva al hombre del control sobre su vida sexual y de su dignidad y respeto. La castración involuntaria es una violación del derecho a la privacidad del espacio físico del paciente, a la Constitución, los derechos humanos, etc.

#### 3.4 La esterilización en Australia

La castración química, es utilizada en ciertos casos, por la legislación australiana en casos de delitos sexuales más graves, violación sexual y pederastia, pero dicha petición siempre ha sido por propia voluntad del privado de libertad, sin embargo, o propuesto números proyectos de ley, a partir del año 2015, en donde se propone que sean los jueces quienes tomen la decisión si se aplica o no, quitando la voluntariedad del privado de libertad. Sin embargo no existe una ley que se aplique a todas las regiones sobre la castración química, sin embargo dos de estas Western Australia and Victoria<sup>151</sup>, si aplican este tipo de pena, en donde la fiscalía, puede enviar una solicitud al Tribunal Supremo, para solicitar una orden de supervisión, el Tribunal decidirá, basándose en el informe de dos psiquiatras, si puede dictar la orden de que el delincuente tome medicamentos que le disminuya la libido, justo antes de obtener su libertad condicional y una vez liberado. Este tipo de medida es utilizada para aquellos delitos sexuales castigados con penas a partir

---

<sup>151</sup> Cfr. TILEMANN, H. Review of Laws Providing for Chemical Castration in Criminal Justice Research, Institute for Criminal Justice Reform Jl. May 2016. Puede ser consultado en: [http://icjr.or.id/data/wp-content/uploads/2016/06/paper-ICJR\\_ResearchNote\\_CC\\_CM.pdf](http://icjr.or.id/data/wp-content/uploads/2016/06/paper-ICJR_ResearchNote_CC_CM.pdf). Visitado el día 10 de mayo de 2019.

de 7 años o más<sup>152</sup> y si por algún motivo el delincuente no toma los medicamentos, el Tribunal puede exigir que el delincuente regrese a cumplir su pena de prisión, los medicamentos que se utilizan en Australia son acetato de ciproterona conocido en ese país como Androcur o inhibidores de serotonina. Para la aplicación de estas órdenes de esterilización conlleva a una evaluación completa del delincuente para que se le administre el medicamento, de utilizar un médico con experiencia necesaria para recetar el medicamento de forma continuada, continuos análisis de sangre para realizar un monitoreo adecuado de la administración del medicamento, los médicos que la aplican deben ser del gobierno, y sobre todo la de controlar adecuadamente los efectos secundarios y de la salud que tiene el uso de estos medicamentos, esta pena tiene como finalidad la de reducir el grado de incidencia y el tratamiento se administra al mismo tiempo que se le brinda apoyo psicológico al delincuente, y en otras regiones como New South Wales y Tasmania, estudian aplicar dichos tratamiento a los privados de libertad<sup>153</sup>.

### Conclusiones

1. La esterilización química o quirúrgica, viola el derecho fundamental de dignidad de la persona y el principio constitucional de rehabilitación y reinserción social del privado de libertad.

2. La castración química como pena complementaria contraviene también los tratados internacionales como la Convención Americana y la Convención contra la Tortura de Naciones Unidas, que prohíben el uso de penas crueles, inhumanos o degradantes contra la persona de igual manera; la Convención Europea de Derechos Humanos que prohíben la tortura y inhumanos o degradantes y contrario a las Reglas Mínimas para el tratamiento del Recluso de las Naciones Unidas.

3. Es violatoria del derecho a formar una familia, derecho de reproducción y derecho a la libertad y vida sexual, derecho a la privacidad y el derecho a no ser sometido a torturas o maltrato. Históricamente no solo ha sido utilizada como castigo y reprimir agresiones sexuales, sino que también se ha utilizada para disminuir el deseo sexual de hombres que tienen una orientación sexual diferente a lo aceptado por la sociedad. Y de igual manera la castración quirúrgica, es considerada una mutilación corporal y puede constituir un trato cruel, degradante y tortura, no solo física sino también psicológica, con consecuencias permanentes en la persona.

4. La esterilización, ya sea química o quirúrgica está regulada en los distintos ordenamientos jurídicos, como parte de la pena principal o pena de prisión, como pena secundaria, sanción complementaria, como parte del tratamiento médico o terapéutico, y en algunos casos como parte de las medidas de seguridad, etc.

5. En muchas legislaciones, pueden constituir este procedimiento una violación al debido proceso y a la proporcionalidad del castigo, en el sentido que se impone de manera adicional a la pena de prisión, convirtiendo el sujeto en imputable e inimputable, generando una contradicción con el principio de culpabilidad y el principio del *non bis in idem*, al imponer dos medidas de control de naturaleza distinta por un mismo hecho. Y de igual manera, dependiendo de dónde

<sup>152</sup> Cfr. 106 A Evidence Act 1906. Puede ser consultado en: [https://www.legislation.wa.gov.au/legislation/statutes.nsf/main\\_mrtitle\\_312\\_homepage.htm](https://www.legislation.wa.gov.au/legislation/statutes.nsf/main_mrtitle_312_homepage.htm) l. Visto el día 7 de septiembre de 2018.

<sup>153</sup> Cfr. "Submission from the Department of Corrective Services", Parliament of NSW Joint Select Committee, Inquiry into Sentencing Child Sexual Assault Offenders, Inquiry into Security Classification and Management of Inmates sentenced to life Imprisonment Organisation: Justice Action, 25/10/2015, Puede ser consultado en: <https://www.parliament.nsw.gov.au/lcdocs/submissions/39553/0020%20Justice%20Action.pdf>. Visto el día 7 de septiembre de 2018.

se aplica, puede constituirse en un requisito obligatorio para la obtención de la libertad condicional u otros beneficios penitenciarios o acuerdos de pena, en muchos casos, la mayoría de los delincuentes sexuales aceptan el tratamiento sin estar rehabilitados y reinsertados en la sociedad, solo por el hecho de obtener una pronta libertad.

6. Tiene un costo elevado, es un tratamiento médico de uso prolongado o de por vida, y tiene que ser acompañado de un tratamiento psicológico y en algunos casos de un tratamiento psiquiátrico y farmacológicamente sus efectos son reversibles, mientras que la castración quirúrgica es irreversible. La castración química tiene un fin médico no un fin correccional.

7. Debe establecerse cuáles son los medicamentos que serán utilizados de forma concreta (para inhibir la producción de testosterona) y evitar el uso de tratamientos hormonales o de feminización del privado de libertad. Debe ser aplicada solamente a personas mayores de edad.

8. Es una medida muy puntual, que no funciona de forma general para todos los casos de delincuentes sexuales, y la mayoría de los expertos concluyen que los delitos sexuales son cometidos por personas con problemas psicológicos no físicos, por lo tanto, al eliminar los aspectos físicos del sujeto no es una garantía que no cometa delitos sexuales.

9. No está garantizada su efectividad, en todos los casos de delincuentes sexuales, especialmente en los casos de delincuentes reincidentes. No tiene realmente una finalidad preventiva, su aplicación no entra en la implementación y fines de la pena privativa de libertad y en la mayoría de los países en donde se ha implementado, no han disminuido los delitos ni agresiones sexuales.

10. Igual que pasa con la pena de muerte y de cadena perpetua, la castración química o quirúrgica es utilizada como populismo punitivo y generalmente aparece en tiempos electorales como respuesta social por el crimen cometido.

11. Debe imponerse solamente con el consentimiento del penado, en forma escrita y debe tener la información de las consecuencias tanto físicas como psicológicas y sus efectos secundarios y el derecho a cambiar en cualquier momento de opinión en su aplicación.

## **Bibliografía**

- CERVELLÓ DONDERIS, V. *Derecho penitenciario*. II Edición, Tirant monografías, Número 194, Valencia, 2006.
- CERVELLÓ DONDERIS, V. "Revisión de legalidad penitenciaria en la regulación del régimen cerrado y los FIES". En *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*. Número 72, Madrid, 2010.
- CID MOLINÉ, J. "Derecho a la reinserción social. (Consideraciones a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional en materia de permiso)". En *Jueces para la democracia*, Número 32, 1998.
- DIEGO ARIAS, J. *El derecho a la intimidad de las personas reclusas*. Primer Premio Nacional Victoria Kent Año 2015, Edita: Ministerio del Interior - Secretaría General Técnica, España, 2015.
- DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1989.
- ESCALANTE CASTARROYO, J. *Constitución europea y Constitución española*. La Ley Editorial, Madrid, 2004.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, E. *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*. Editorial Dykinson, Madrid, 2001.
- GARCÍA GUERRERO, J. El consentimiento informado: algo no resuelto en el ámbito penitenciario, Revista cuatrimestral de investigación, Cuadernos de Bioética, número 96 Volumen XXIX, mayo-agosto Año 2018.

- GARCÍA, F. *El régimen disciplinario en el ordenamiento penitenciario español: luces y sombras*. Publicaciones Universidad de Alicante, Monografías, Zaragoza, 2003.
- GARCÍA MACHO, R. *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*. Editorial Tecnos, Madrid, 1992.
- GALLEGO DÍAZ, M. "El debate en torno a la pena de prisión y la cadena perpetua". En *Razón y fe: Revista hispanoamericana de cultura*. Tomo 260, Números 1329, 1330, 2009.
- GONZÁLEZ PALENZUELA, F, RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V. *Reglamento penitenciario comentado: análisis sistemático y recopilación de legislación*. Textos Legales, Colección Jurídica, III Edición, Editorial MAD, Sevilla, 2002.
- HASSEMER, W, LÖSING, N, CASAL H, J. *La jurisdicción constitucional, democracia y Estado de derecho*. Universidad Católica Andrés Bello, Konrad Adenauer Siffung, Publicaciones UCAB, Caracas, 2005.
- LLOPIS, C. *Los derechos humanos: educar para una nueva ciudadanía*. Narcea Ediciones, Madrid, 2001.
- REVIRIEGO PICÓN, F. "Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales. Algunos apuntes sobre el derecho a la intimidad en los centros penitenciarios". En *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2004.
- REVIRIEGO PICÓN, F. *Los Derechos de los reclusos en la jurisprudencia Constitucional*. Editorial Universitas, 2008.
- RIVERA BEIRAS, I. *Cárcel y derechos humanos un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*. Editorial: J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1992.
- RODRÍGUEZ ALONSO, A. *Lecciones de derecho penitenciario: adaptadas a la normativa legal vigente*. Editorial Comares, Granada, 1997.
- LASAGABASTER HERRARTE, I. *Las relaciones de sujeción especial*. Cívitas, Madrid, 1994.
- SANTAOLALLA LÓPEZ, F. *Derecho constitucional*. Editorial Dykinson, Madrid, 2004.
- SOTOMAYOR, I. *Criminología mediática, castración química a violadores y política criminal: ¿eficientismo antigarantista?* Procuraduría General de Justicia del Estado de México, Año 5, vol. X enero-julio 2013.
- MAPELLÍ, B. "El Sistema Penitenciario. Los Derechos Humanos y la Jurisprudencia Constitucional". En *Revista de Derechos y Libertades*, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, 1993.
- MAPELLI CAFFARENA, B. *Jornadas en Homenaje al XXV Aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria. El Principio de legalidad y la ejecución de la pena privativa de libertad*. Ministerio del Interior, Dirección General de Instituciones Penitenciarias, Madrid, 2004.
- MAPELLI CAFFARENA, B, TERRADILLOS BASOCO, J. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Civitas, Madrid, 1996.
- MAYER, O. *Derecho Administrativo Alemán*. Tomo I, Parte general, Editorial DePalma, Buenos Aires, 1949.
- Ministerio de Justicia. *Manual de derecho administrativo sancionador*. Parte general, Tomo I, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009.
- MORENO SAINZ, F. *Ley General Penitenciaria, trabajos parlamentarios, Cortes Generales*. Servicio de estudios y Publicaciones, Madrid, 1980.
- MUÑAGORRI LA GUÍA, I, DE MIRANDO RODRIGUES, A, RIVERA BEIRAS, I. *Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción*. Editorial Bosch, Barcelona, 2000.
- PEDRAZZOLI, C.- GONZÁLEZ, S. *Tratamiento penitenciario dispuesto para los agresores sexuales* Compendio Jurídico Mayo, 2012.
- TILEMANN, H. *Review of Laws Providing for Chemical Castration in Criminal Justice Research*, Institute for Criminal Justice Reform JI. May 2016.

VIDAL Gil, E. *Los conflictos de derechos en la legislación y jurisprudencia españolas: un análisis de algunos casos difíciles*. Universitat de Valencia, Valencia, 1999.

### **Instrumentos internacionales:**

- Amnistía Internacional "Cuerpos rotos, mentes destrozadas. Tortura y malos tratos a mujeres", octubre 2000.
- Carta africana sobre los derechos y el bienestar del menor. OUA Doc. CAB/LEG/24.9/49 (1990), entró en vigor el 29 de noviembre de 1999.
- Carta africana sobre los derechos humanos y de los pueblos, (Carta de Banjul). Aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenia.
- Carta Europea de los Derechos del Niño (DOCE no C 241, de 21 de septiembre de 1992).
- Carta Social Europea de 1961. Es un texto aprobado en Turín el 18 de octubre de 1961 en el marco del Consejo de Europa.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobó por unanimidad el documento "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas" a través de la Resolución 01/08.
- Comisión de Derechos Humanos, OB Gral Número 21, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 10-Trato Humano de las Personas Privadas de Libertad, 44º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 176 (1992).
- Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.
- Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 44/25).
- Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud. Adoptada por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 608 (XXI), de 30 de abril de 1956. Hecha en Ginebra el 7 de septiembre de 1956.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969.
- Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores. México, 18 de marzo de 1994.
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (también conocida por sus siglas en inglés CEDAW) es un tratado internacional de las Naciones Unidas, firmado en 1979. Aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenia.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965.
- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Roma, 4. XI. 1950.
- Documentos Penitenciarios 3, El control de la agresión sexual: Programa de intervención en el medio penitenciario. Un programa de tratamiento para delincuentes sexuales en prisión, Manual del terapeuta, Ministerio del Interior, Dirección General de Instituciones Penitenciarias, Catalunya, agosto 2005.

- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional.
- Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Asamblea General - Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000.
- Reglas Penitenciarias Europeas, Consejo de Europa. Comité de ministros, Recomendación Rec (2006)2 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas (adoptada por el Comité de Ministros el 11 de enero de 2006, a raíz de la 952 reunión de delegados de ministros).
- Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.