



La privación de libertad y el riesgo sanitario del COVID-19

Xabier Etxebarria Zarrabeitia

Abogado colegiado ICAM; Profesor asociado UCM; Profesor contratado doctor UFV

Resumen: *Análisis de la situación actual por la que atraviesan los Centros Penitenciarios y los Centros de Internamiento de Extranjeros ante la pandemia del Covid-19 y el Estado de Alarma. Para las personas privada de libertad, los «efectos secundarios» de las medidas de prevención de la propagación del virus, dada su situación de privación, son peculiares respecto al conjunto de la población, y especialmente intensos: las cartas no llegan, los juzgados no aceptan recursos, la posible libertad se retrasa, y el valor del tiempo no es el mismo dentro que fuera. Pero quizás haya elementos que la excepcionalidad pandémica esté poniendo al descubierto.*

Una amenaza invisible nos rodea. Tenemos miedo de que nuestras propias manos y nuestro aliento diseminen enfermedad y muerte. Resucitan las inseguridades e incertidumbres sepultadas bajo capas de tecnología, bienestar y arrogancia. Un desconocido ser microscópico ha confinado a la humanidad y ha zarandeado nuestro modo de vida. A su vez, la solidaridad ha aflorado sentimientos y redes familiares, vecinales e intergeneracionales que creíamos habían perecido en el ajetreo del estrés cotidiano. Ya no seremos los mismos; no veremos las cosas igual; quizás demandemos otros modos de organización social y política.

Ya sea por miedo, solidaridad u obediencia a la autoridad, permanecemos encerrados en nuestras casas, quien la tiene, quienes tenemos la suerte de no tener que enfrentarnos a la ubicuidad del riesgo; con o sin nuestros hijos y seres queridos; con la nevera más o menos llena; con el móvil en la mano, agarrados al wifi; tras un pequeño paseo a por el pan, observamos por la ventana la inmensidad del cielo, añorando nuestra libertad perdida.

Espero que nos quede para siempre el recuerdo de su ausencia, llevadera y temporal, y, con él, la comprensión de la pérdida de quienes están completamente privados de su libertad de movimientos por el Estado. Llamé estos días a un amigo, que hace poco que vive en libertad después de muchos años de cárcel: «¿qué tal estás? ¿cómo lo llevas». «Muy bien. Algunos ya teníamos mucha costumbre. Mi piso mide tres celdas; soy dueño de mis horarios; tengo teléfono e internet; no tengo que compartir mi habitación con desconocidos; salgo de vez en cuando a comprar. O sea que muy bien.»

Al comienzo de este estado de alarma-excepción había en las cárceles españolas 54.663 hombres y 4.404 mujeres; 9.453 presuntamente inocentes a la espera de juicio y 49.614 personas cumpliendo condena.

Los funcionarios de prisiones destacan el comportamiento responsable y solidario de las personas internas desde antes del estado de alarma

Los muros de la cárcel son porosos, no solo a la droga o a los virus, también a los aplausos y a la solidaridad con el personal sanitario y demás trabajadores que mantienen el país en marcha. Los funcionarios de prisiones destacan el comportamiento responsable y solidario de las personas internas desde antes del estado de alarma. Contra lo que se pueda creer, son muchas las personas que entran y salen de las prisiones a diario; muchas personas presas dependen de estas entradas y salidas para trabajar y mantener a sus familias. E incluso ahora en la sociedad copiamos la comunicación de «celda a celda» y pasarnos cosas de ventana a balcón mediante «carros».

Son casi 60.000 personas que afrontan la travesía de la pandemia en condiciones de grave riesgo y vulnerabilidad. Primero, privadas de su libertad deambulatoria y de todos los demás derechos y libertades, bienes y servicios, que aquella lleva aparejada. Quizás ahora somos capaces de algo más de empatía para imaginarnos en sus celdas. El miedo, la angustia, la lejanía, la incertidumbre, la incomunicación, no se viven igual desde el encarcelamiento. Segundo, con las vulnerabilidades con las que ya entraron; las cárceles no son llenadas con los privilegiados de la sociedad; al contrario, la exclusión social es un factor determinante del riesgo de ser encarcelado. En las cárceles hay una mayor prevalencia de enfermedades infecciosas, de enfermedades mentales, de adicciones, pobreza, en ocasiones extrema...; en definitiva, muchas personas se encuentran en los grupos más vulnerables frente al virus. Además, el envejecimiento de la población española también afecta a las prisiones; la media de edad es la mayor de la historia y el número de mayores de 60, 70 u 80 años también (unas 2.784, en total). Tercero, las condiciones de la privación de libertad. En las prisiones españolas afortunadamente no hay hacinamiento (ni el riesgo de motines y agresiones que se está viendo en otras prisiones del mundo), pero sí hay sobrepoblación; la calidad de la asistencia médica se ha ido resintiendo desde hace ya muchos años. Las prisiones son lugares propicios para el contagio. Hay escasez de personal, de todo tipo, pero de tratamiento y sanitario en especial. El medio penitenciario es un medio que en sí mismo genera estrés y ansiedad.

Si esto son las prisiones, la mayor parte de la ciudadanía no es capaz ni de imaginar en qué condiciones se encierra en los Centros de Internamiento de Extranjeros en un Estado social y democrático de Derecho, en uno de los países más ricos del mundo. Personas que han cometido una mera infracción administrativa, parecida a «saltarse un *stop*» o cobrar una factura sin IVA, que no representan peligro alguno para la sociedad española, se encuentran privadas de libertad en condiciones deplorables; sin prácticamente asistencia médica, sin personal de custodia especializado, hacinadas. Además, en la actualidad ilegítimamente, puesto que la única finalidad de un CIE es asegurar la expulsión; si esta no es previsible en un tiempo breve, máximo 60 días, la privación de libertad deviene inútil y por tanto ilegal. En esta crisis el Ministerio del Interior no está abordando la cuestión acertadamente, por lo que algunos juzgados de control de los CIE han debido tomar la iniciativa y ordenar la liberación de las personas internadas.

Conscientes de esta vulnerabilidad de las personas encarceladas, la Organización Mundial de la Salud (OMS, en <http://www.euro.who.int>), el Alto Comisionado de las Naciones Unidas por los Derechos Humanos (ACNUDH) y el Comité para la Prevención de la Tortura del Consejo de Europa (CPT) recomendaron a los Estados miembros, entre otras medidas, un «mayor uso de alternativas a la prisión preventiva, conmutación de sentencias, libertad anticipada y libertad condicional, al tiempo que reevaluar las necesidades de continuar en internamiento involuntario de pacientes psiquiátricos, alta o liberación de los residentes de hogares de atención social, cuando sea apropiado, y abstenerse de detener en la mayor medida posible a las personas migrantes» (<https://www.coe.int>).

Tras la entrada en vigor del estado de alarma, se aprobó la suspensión de todas las comunicaciones familiares, de convivencia e íntimas

Desde comienzos de febrero y en marzo, y evolucionando en el tiempo según se aprendía, la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias adoptó una serie de medidas para proteger la salud de las personas presas y de los trabajadores penitenciarios como el aislamiento en celda individual y la comunicación inmediata a la autoridad sanitaria. Para evitar la entrada de la enfermedad en las prisiones, tras la entrada en vigor del estado de alarma, se aprobó la suspensión de todas las comunicaciones familiares, de convivencia e íntimas; letrados y ministros de culto comunicarán exclusivamente a través de locutorio; solo se permite el acceso a personal funcionario, laboral y personal *extra* penitenciario cuya labor sea imprescindible, quedando excluida la entrada a voluntarios de ONG, entidades colaboradoras, profesionales acreditados, etc.; suspensión de los traslados intercentros, salvo aquellos que obedezcan a razones excepcionales, sanitarias o judiciales; cancelación de las salidas programadas, así como el resto de salidas tratamentales, comunicándose dicha resolución a Vigilancia Penitenciaria en el caso de que hubiesen sido autorizadas por dicho órgano [Orden INT/227/2020, de 15 de marzo]. También se han habilitado algunos medios para facilitar las videollamadas con los familiares y la comunicación telefónica en general (<http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Noticias>). Posteriormente se ha ido favoreciendo la excarcelación en algunos casos, el vaciado de los Centros de Inserción Social o la aplicación del 86.4 RP a terceros grados y 100.2 RP.

En definitiva, las actuaciones se organizan en dos ejes: sanitario (prevención y tratamiento) y humanitario (de reducción de los «efectos secundarios» del aislamiento dentro del aislamiento). Por cierto, a futuro, en función de los aprendizajes hechos, será importante revisar con detenimiento la apoyatura legal y la adecuación de estas medidas. Habrá de buscarse el más adecuado equilibrio entre salud y derechos.

Hasta el momento se puede decir que las medidas han sido un éxito en cuanto al primer eje. Afortunadamente son relativamente muy pocos los casos confirmados en prisiones (con todas las cautelas, algo más del centenar y, en el momento de escribir estas líneas, solamente una interna y un funcionario han fallecido). También es cierto que algunas de estas medidas suponen una mayor aflicción para las personas encarceladas; otras suponen la reducción de esta; las medidas de excarcelación completa satisfacen ambos grupos de objetivos. Según la información disponible, Instituciones Penitenciarias habría aplicado el artículo 86.4 a 2.157 presos, que se sumarían a los 2.230 que ya había antes de la crisis del coronavirus, duplicando así la población con esta modalidad de cumplimiento. Asimismo, Cataluña facilitó que 628 personas cumplieran el tercer grado en sus domicilios, lo que supone más de la mitad de su población en régimen abierto.

Lo cierto es que, para las personas privada de libertad, los «efectos secundarios» de las medidas de prevención de la propagación del virus, dada su situación de privación, son peculiares respecto al conjunto de la población, y especialmente intensos: las cartas no llegan, los juzgados no aceptan recursos, la posible libertad se retrasa, y el valor del tiempo no es el mismo dentro que fuera.

No hay que olvidar que la prohibición de acceso para ONG, asociaciones y colectivos ha supuesto un parón tratamental y asistencial, porque en gran medida depende de la colaboración privada. Este es otro de los «efectos secundarios», que, además, podría ser importante observar a futuro.

Más de 60 asociaciones de toda España y Europa (pueden verse los documentos en <https://www.apdha.org> y

<https://www.prisonlitigation.org/covid19-prison>) han propuesto que se refuercen las medidas de asistencia médica, que se amplíen las medidas de excarcelación por razones humanitarias y que se amplíen las medidas de información y comunicación con el exterior. Puede seguirse en <https://covid19prisons.wordpress.com>, @Covid19Prisons o <https://www.euopris.org> las medidas que se están siguiendo en el mundo.

Obviamente, en la adopción de medidas para el afrontamiento de la pandemia en relación con las prisiones confluyen varios intereses que confluyen en una ponderación diferente. Por un lado, la función de custodia y de seguridad. Obviamente, en prisión hay personas con una alta probabilidad de comisión de delitos si fueran puestos en libertad. También hay personas que, desde un punto de vista retributivo y/o preventivo general no han cumplido la porción suficiente de pena para ser puestos en libertad. Existen personas que pueden ser peligrosas para sí mismas o para otras. Por otro lado, está la obligación específica del Estado de velar por la salud de las personas presas, así como por el mantenimiento de los restantes derechos no retirados a las personas presas y penadas. Es necesario encontrar el equilibrio, incluso en situaciones de crisis.

Pues bien, en momentos excepcionales como este, parece claro que la amenaza de la enfermedad y los «efectos secundarios» de las medidas de prevención y tratamiento, deben llevar a una ponderación más favorable a la libertad en varios ámbitos: así, la aplicación de la libertad provisional por los juzgados de instrucción, en la aplicación de las posibilidades de excarcelación de enfermos y septuagenarios y en la aplicación del 100.2 RP, tercer grado y libertad condicional, sobre todo para condenas cortas.

En este punto, podemos coincidir —sin pretender deslizar crítica alguna *a posteriori*; todos estamos aprendiendo día a día— en que se podían haber hecho mejor las cosas en este punto; otros países han sido más audaces en medidas a favor de la libertad, como se puede ver en las webs referidas anteriormente. No era fácil anticipar el desastre que se nos venía encima, pero podemos aprender de esto que se pueden establecer desde el inicio unos criterios de ponderación para adoptar distintos modos de excarcelación anticipada (desde aplicación del 86.4 RP o libertades condicionales hasta indultos) como la pertenencia a grupos vulnerables frente al virus, la porción de condena restante, habitualidad delictiva, pronóstico de reinserción, gravedad del delito, comportamiento penitenciario, disfrute o no de permisos, etc.; criterios que hubieran permitido a las Juntas adoptar un gran número de decisiones en un breve espacio de tiempo, favoreciendo así las medidas excarcelatorias con la mayor individualización posible, reduciendo así el margen de error. Tal como, se podría decir, están actuando en esta crisis los epidemiólogos y científicos en general; lo mejor es enemigo de lo bueno. Tomar estas decisiones después, con la reducción de personal a la que se va a ver abocado el sistema, se antoja más difícil.

Precisamente en estos momentos es cuando el sistema, incluido el judicial, necesitaría un alto nivel de respuesta, en cantidad y celeridad, a las demandas y quejas

Un punto esencial, relacionado con lo anterior, desde nuestro punto de vista jurídico, es el de los cauces para la efectividad de los derechos de las personas presas: la asistencia letrada y la función de control de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria. En este momento, incluso más que en otros de normalidad, las funciones que estos desarrollan son esenciales. Precisamente en estos momentos es cuando el sistema, incluido el judicial, necesitaría un alto nivel de respuesta, en cantidad y celeridad, a las demandas y quejas, adecuadamente priorizadas, de las personas privadas de libertad. Por eso es importante una adecuada conciliación entre la continuidad de estas funciones y la prevención de contagios; las Juntas de Tratamiento y los Juzgados de Vigilancia no pueden parar; al contrario, deben intensificar su capacidad de respuesta (así lo recomienda el CEPT en su Declaración de 20 de

marzo). Es de alabar el esfuerzo de IIPP para facilitar el trabajo a distancia de los SOJP, así como de los colegios y colegiados, aunque quizás la capacidad de respuesta del sistema administrativo y judicial a las quejas y recursos de los internos no esté siendo la deseable. La respuesta a la crisis dada por el Poder Judicial, al menos por el CGPJ, deberá ser objeto de análisis crítico en su momento.

Por otro lado, la opacidad es una de las características esenciales intrínsecas de las instituciones totales y un factor de riesgo para los derechos de las personas; los agentes de transparencia son esenciales, sobre todo en momentos de crisis.

Para concluir. Lógicamente no podemos basarnos en la excepcionalidad pandémica para cambiar las prisiones; ya había razones para hacerlo antes y las habrá después.

Pero también es cierto que quizás haya elementos que la excepcionalidad esté poniendo al descubierto. Quizás sí hay debilidades ante la pandemia que son producto de un problema preexistente del propio modelo penitenciario.

Así, para el futuro tras la epidemia, habrá que repensar y/o abordar: la posible aplicación de mecanismos de compensación del sufrimiento añadido por la epidemia y los «efectos secundarios» al cumplimiento de la pena; el acceso de las personas presas a internet y modernos medios de comunicación telemática; la excarcelación o no ingreso en prisión de personas que podían estar en libertad, lo cual exige una revisión del sistema de penas de medio abierto y cumplimiento de penas de prisión en medio abierto para que efectivamente el encarcelamiento sea última *ratio*; la adecuación de los recursos sanitarios a las necesidades de salud, lo cual necesariamente implica la asunción de las competencias sanitarias respecto a las personas presas por parte de los servicios públicos de salud, que son autonómicos, en condiciones de igualdad con la población libre, lo que exige la transferencia de los servicios sanitarios dependientes de Instituciones Penitenciarias a las comunidades autónomas para su plena integración en los correspondientes servicios autonómicos de salud (Disp. Ad. 6º Ley 16/2003), atendiendo entre otras cuestiones al envejecimiento de la población reclusa; cubrir las plazas de personal penitenciario vacantes, así como el incremento relativo del personal de tratamiento y la restauración del tejido social y asociativo colaborador; y, por último, el perfeccionamiento de los sistemas de control externo, institucional, social y judicial y la transparencia.

Y, también de cara al futuro, para cuando la crisis sanitaria deje paso a la crisis económica, las personas detenidas, procesadas, penadas y privadas de libertad, y sus tantas veces olvidadas familias, serán de nuevo un colectivo especialmente vulnerable ante sus consecuencias. Deberíamos ahora prepararnos para el previsible colapso económico, con la previsión que no tuvimos ante el invisible enemigo microscópico.